

EL MATRIMONIO Y EL CONCORDATO ESPAÑOL

SUMARIO: I. LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL EN EL DERECHO CANÓNICO. 1. La finalidad sobrenatural del ordenamiento canónico. 2. Miembros y súbditos de la Iglesia. 3. El matrimonio como institución natural y como sacramento. 4. Consentimiento y forma en el matrimonio canónico. II. LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA SECULARIZACIÓN DEL MATRIMONIO. 5. La concepción laica del matrimonio. 6. Cuestiones jurídico-civiles nacidas de la secularización. 7. La Iglesia ante la secularización del matrimonio. 8. El Estado católico ante la secularización del matrimonio. III. EL MATRIMONIO EN EL CONCORDATO ESPAÑOL DE 1953. 9. La secularización del matrimonio en España. 10. El Concordato de 1953 y sus comentaristas. IV. ADAPTACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL CONCORDATO. 11. Las fuentes en que se contiene la reforma. 12. El sistema matrimonial. a) Las clases de matrimonio. b) El régimen jurídico del matrimonio canónico. c) Carácter supletorio del matrimonio civil. d) La norma reglamentaria de tolerancia. 13. Requisitos previos a la celebración. a) La licencia para el matrimonio de los hijos. b) Licencia y permiso para el matrimonio de militares. c) Licencia y dispensa para el matrimonio de diplomáticos. d) Aviso al Juez civil del proyecto de matrimonio canónico. e) Notificación a la Autoridad eclesiástica del proyecto de matrimonio civil de apóstatas. 14. Asistencia del Juez civil al matrimonio canónico. 15. Inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil. a) La calificación registral de la clase de matrimonio. b) La naturaleza y efectos de la inscripción. c) El mantenimiento del art. 51 del Código civil. 16. Formas especiales de celebración del matrimonio. a) Matrimonio *in articulo mortis*. b) Matrimonio secreto de conciencia. c) Matrimonio de españoles en el extranjero. 17. Las causas matrimoniales. a) La competencia de la jurisdicción eclesiástica y de la civil. b) Las causas de nulidad y de separación. c) La dispensa *super rato* y el privilegio paulino. 18. La reforma del Código penal. a) La supresión de los arts. 474, 475 y 477 del Código penal. b) La supresión de los arts. 473 y 476 del Código penal. c) La modificación del art. 478 del Código penal. V. APRECIACIÓN GENERAL DE LA REFORMA. 19. Los puntos capitales del programa de reforma. 20. El reconocimiento del *ius connubii*. 21. El deslinde de competencias en materia matrimonial. 22. Los matrimonios civiles tolerados. 23. La revisión del sistema matrimonial. 24. La intervención de la Iglesia en el régimen de tolerancia.

Me propongo considerar, en visión de conjunto, la reforma llevada a cabo en nuestro Derecho interno para cumplir las exigencias que, en materia matrimonial, contiene el Concordato suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español el 27 de agosto de 1953.

Varias razones me movieron al estudio del tema.

Trátase de una cuestión merecedora de ser considerada tanto por su importancia objetiva como por su misma actualidad¹.

De otra parte, la circunstancia de haber intervenido personalmente —como miembro de las Comisiones que elaboraron los anteproyectos de la reforma— en el estudio de los nuevos textos legales, me servía de estímulo y a la par de exigencia, en cierto modo, para ofrecer las líneas generales de la reforma².

Finalmente, aun sin dicha circunstancia, me hubiera sentido también atraído a ocuparme de las nuevas normas por presentar aspectos de estrecha relación entre el Derecho civil y el Derecho canónico³.

Esta relación explica igualmente la sistemática adoptada. Para mostrar las líneas generales del nuevo Derecho matrimonial, me ha parecido oportuno exponer —previamente y en sus líneas generales también— los problemas planteados por la secularización del matrimonio, en un proceso histórico abierto en el siglo XVI y que dura todavía, así como los esfuerzos de la Iglesia dirigidos a remediar la secularización; sin cuyo examen se hace difícil, a mi juicio, apreciar debidamente las pretensiones que encierra el Concordato de 1953. Y para esclarecer los problemas planteados en el proceso secularizador, he juzgado conveniente recordar —antes que nada y en apretada síntesis— algunas de las líneas generales del Derecho de la Iglesia acerca del matrimonio.

I

LA INSTITUCION MATRIMONIAL EN EL DERECHO CANONICO

Es sin duda el matrimonio la más típica entre las materias mix-

1. Entre los estudios de conjunto dedicados al tema de que vamos a ocuparnos, merecen citarse: SANCHO REBULLIDA, *El sistema matrimonial en la reforma del Código Civil*, Zaragoza, 1958; GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959; y WEYERS, *Die Eheschliessung nach spanischem Recht*, Karlsruhe, 1960.

2. A raíz de la publicación del Concordato, traté de explicar alguna de sus normas relativas al matrimonio: FUENMAYOR, *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil*, en «Anuario de Derecho Civil», VII, 1954, págs. 61 y s.

3. Promulgada la ley de 24 de abril de 1958, he dedicado algunos estudios exegéticos a la reforma: *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1959, y *La educación de los hijos en las causas de separación y de nulidad matrimonial*, en el volumen «Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano», I, Madrid, 1959, págs. 460 y s.

tas, así llamadas porque respecto de ellas son competentes —en diversos aspectos, y para servir a distintas finalidades— tanto la Iglesia como el Estado.

Al recaer esta doble competencia sobre un mismo objeto, es cosa clara que la deseable armonía entre ambas supremas Potestades —que deben regir con normas jurídicas la institución matrimonial— exige una identidad de criterios sobre ciertas cuestiones previas fundamentales, porque, de lo contrario, tal armonía se torna de hecho inalcanzable.

Entre las cuestiones previas de carácter fundamental, aparece en primer término la necesidad de considerar el matrimonio, en su misma esencia, como una institución unitaria, anterior a todo ordenamiento positivo humano, en cuanto es institución natural creada por Dios y regida por el Derecho divino en sus rasgos esenciales.

Pero como quiera que la Iglesia reivindica para sí, con justo título, la potestad de declarar y de interpretar las verdades y las leyes divinas, es conveniente aludir al diverso carácter con que la Iglesia interviene en el matrimonio de los infieles y en el matrimonio de sus súbditos, es decir, de los bautizados, distinguiendo entre éstos, los que llamamos en sentido jurídico miembros de ella y aquellos que, sin perder la condición de súbditos, adoptan una actitud de rebeldía frente a la Iglesia.

Finalmente, dentro ya de la institución matrimonial regulada por el Derecho canónico, se hace preciso esclarecer la importancia que tienen dos de sus elementos —el consentimiento de los contrayentes y la forma de celebrar la unión— porque la diversidad de pareceres acerca del valor que uno y otro deben tener en el matrimonio, es el origen de muchas obscuridades en la determinación de la respectiva competencia del Estado y de la Iglesia sobre esta materia mixta.

1. *La finalidad sobrenatural del ordenamiento canónico.*

Quien se enfrente con alguna de las instituciones reguladas por el Derecho de la Iglesia —y no constituye excepción el matrimonio— deberá tener muy presente la finalidad suprema del ordenamiento canónico, si no quiere incidir en el riesgo de desdibujar la figura jurídica por no contemplarla desde el adecuado punto de mira.

Tal fin, como se sabe, no es otro que la *salus animarum*, y se comprende sin dificultad, por ser éste también el fin de la propia Iglesia.

La doctrina es clásica entre los canonistas. La expresó Ivo de Chartres con claridad: "Omnis institutio ecclesiasticarum legum ad salutem referenda est animarum" ⁴. Al hablar de la potestad legislativa de la Iglesia, decía Suárez: "Per se primo data est ad designandos homines in felicitatem aeternam ac supernaturalem vitae futurae; hic enim est finis ultimus per se primo intentus per hanc potestatem... Et hinc est ut haec potestas per leges suas principaliter intendat animarum salutem et ut peccata caveantur" ⁵. Doctrina que ha recordado el Papa Pío XII. en varias ocasiones ⁶.

Por razón de su fin último se contraponen el Derecho del Estado, tendente a conseguir el *supremum bonum temporale* de los sujetos destinatarios de las normas, y el Derecho canónico, dirigido a conseguir el *supremum bonum spirituale* de sus destinatarios, que pueden ser a la vez sujetos pasivos de ambos ordenamientos.

La finalidad suprema de la *salus animarum* penetra y entra en juego en el ordenamiento canónico como supremo criterio, en su aspecto negativo de la *occasio peccati* y del *periculum animae*, desarrollando positivamente su eficacia en dos momentos sucesivos: primero y sobre todo, como criterio informador de la producción del Derecho; secundariamente, como simple criterio de interpretación de las normas positivas dudosas.

El fin inmediato de las normas canónicas es el mismo de todas las normas jurídicas: dar a cada uno lo suyo. Pero siendo fin supremo de la Iglesia, y por tanto de su ordenamiento jurídico, la *salus animarum*, se caracterizan las normas canónicas por tutelar, con las notas que acompañan a todo Derecho (exterioridad, intersubjetividad, coac-

4. *Epis. 60 a Ugo*, Arzobispo de Lyon, P. L., 162, 74.

5. *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Neapoli, 1872, IV, cap. VIII, n. 2.

6. Así dirá en su discurso de 24 de junio de 1939 sobre la verdadera formación para el sacerdocio: «la ciencia del Derecho canónico se dirige a la salud de las almas, pues sus normas y leyes tienden ante todo a que los hombres vivan y mueran santos por la gracia de Dios». (A.A.S., XXXI, 1939, pág. 248).

Y en su discurso a la Sagrada Rota Romana de 13 de noviembre de 1949: La ciencia y la práctica del Derecho canónico tienen por misión «dirigir, dentro de los límites fijados por la ley divina, el sistema jurídico eclesiástico siempre y enteramente hacia el fin de la Iglesia, que es la salvación y el bien de las almas» (A.A.S., XLI, 1949, pág. 608).

tividad, etc.) a los miembros de la sociedad eclesiástica *lo suyo* en la *salus animarum*, es decir, han de buscar tales normas que unos miembros den a otros lo que deben en justicia para la *salus animarum*, que cada uno ha de conseguir ⁷.

Esto explica, en tema de matrimonio, la noble intransigencia de la Iglesia con sus súbditos rebeldes, al mantener un criterio de firmeza en bien de ellos y de toda la comunidad eclesiástica, que, con demasiada frecuencia, no entienden incluso algunos católicos incapaces de comprender la distinta finalidad que preside, en estas materias mixtas, los ordenamientos canónico y civil.

2. *Miembros y súbditos de la Iglesia.*

Bueno será recordar quiénes son los súbditos y a quiénes suele llamarse miembros de la Iglesia desde un punto de vista estrictamente jurídico ⁸.

Sin perjuicio de ulteriores esclarecimientos y puntualizaciones, podemos decir, en síntesis, que son súbditos de la Iglesia todos los bautizados y sólo ellos; que merecen exclusivamente el título de miembros aquellos bautizados que no sean cismáticos, ni apóstatas, ni herejes; y que no son miembros ni súbditos los infieles, es decir, los que no recibieron el bautismo. Tal afirma, para una consideración jurídica, la doctrina común ⁹.

Cuando hablamos del bautismo, nos circunscribimos al único que es sacramento y como tal *ianua Ecclesiae atque reliquorum sacramentorum*, al que se refiere el canon 87 del *Codex Iuris Canonici*: el bautismo de agua, no el de deseo ni el de sangre, que producen efectos teológicos, pero no jurídicos.

7. SALAZAR, *Lo jurídico y lo moral en la técnica legislativa y construcción sistemática canónicas*, en el volumen «Investigación y elaboración del Derecho Canónico», Barcelona, 1956, pág. 106.

8. Decimos miembros de la Iglesia desde un punto de vista exclusivamente jurídico, porque desde el punto de vista sólo teológico, que considera la Iglesia en su constitución íntima, vital, santificante, la expresión «miembros de la Iglesia» se emplea con un significado y alcance diferentes. Cfr. SAURAS, *El Cuerpo místico de Cristo*, Madrid, 1952, págs. 14 y s.

9. No entramos aquí, por no interesar a nuestro objeto, en la reciente polémica acerca de si los infieles, por su capacidad para algunas situaciones o actos jurídicos, deben merecer la consideración de personas, con personalidad fundada en el Derecho canónico, o sólo en el Derecho natural. Sobre esta polémica, vid. LOMBARDÍA, *Derecho divino y persona física en el ordenamiento canónico*, en «Temis», núm. 7, págs. 187 y s.

Por el sacramento del bautismo, quien lo recibe válidamente queda constituido para siempre en súbdito del ordenamiento de la Iglesia (canon 12, a sensu contrario), sin que a tal sumisión o dependencia afecte su actitud de rebeldía, porque el bautismo, según recuerda el canon 732, § 1, es sacramento que imprime carácter indeleble¹⁰.

Esa rebeldía no priva nunca al bautizado de su condición de súbdito, pero, cuando va acompañada de ciertas notas que la tipifican, le hace perder su *status* de miembro de la Iglesia.

Y es que para ser miembro hace falta algo más que el bautismo¹¹.

Siendo la Iglesia *Congregatio fidelium*, no son miembros suyos los cismáticos, por no ser *congregati*, ni los herejes, por no ser *fideles*¹².

La condición de verdadero miembro de la Iglesia, en sentido jurídico, resulta del *vinculum communionis*, que, además del vínculo que nace del bautismo (llamado vínculo litúrgico), está constituido por un doble elemento: la profesión de la verdadera fe, como vínculo simbólico, y el reconocimiento de la suprema autoridad del Romano Pontífice, como vínculo jerárquico¹³. Cuando falta alguno de estos dos elementos (el primero es indeleble), se produce el *obex ecclesiae communionis vinculum impediens* de que habla el canon 87, sin que por ello desaparezca el vínculo primero del bautismo; lo que trae consigo una aminoración de derechos dentro de la Iglesia, pero no una exención respecto de sus normas, salvo los casos en que así lo disponga, para alguna de ellas, el Derecho canónico.

En un bautizado, es decir, en un súbdito de la Iglesia, el vínculo de la comunión eclesial puede faltar inicial o sucesivamente.

A propósito del matrimonio, el *Codex* habla de los que han sido

10. Dice SANTO TOMÁS: «Quia character baptismalis, quo quis populo Dei annumeratur, est indelebilis, ideo semper remanet aliquo modo de Ecclesia baptizatus. Et sic semper de illo iudicare potest». (*Summa theologiae*, Supplementum, q. 22, a. 6, ad 1).

11. Cfr. GOMMERGINGER, *Bedeutet die Exkommunikation Verlust der Kirchengliedschaft?*, en «*Zeitschrift für Katholische Theologie*», LXXIII, 1951, págs. 17 y s.

12. Tradicional es la definición de la Iglesia que nos legó SAN ROBERTO BELARMINO: «Coetus hominum unius et eiusdem fidei christianae professione et eorumdem sacramentorum communione colligatus, sub regimini legitimorum pastorum ac praecipue unius Christi in terris vicarii Romani Pontificis» (*De controversiis christianae fidei*, tomo II, contr. I, De Ecclesia milit. l. III, c. 2).

13. MICHELIS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, 2.^a ed., Parisiis-Tornacii-Romae, 1955, pág. 22.

“bautizados en la Iglesia Católica” (cánones 1.070, § 1 y 1.099, § 1, n.º 1.º), fórmula relativa a algo muy importante: no al hecho de que existan varias clases de bautismo sacramental, porque el bautismo es uno solo y por eso produce siempre el llamado “vínculo litúrgico”, que trae por consecuencia la constitución en súbdito de la única Iglesia, es decir, de la Iglesia Católica; sino al hecho de quedarse adscrito *ab origine* a la Iglesia Católica por el hecho mismo del bautismo, en virtud de la intención del que recibe el sacramento, si es adulto, o de otra persona que sustituye, en otro caso, al bautizado. Intención que trae consigo, junto al vínculo litúrgico, los otros dos, el simbólico y el jerárquico. Cabe también una intención diferente, y entonces, por el bautismo (fuera de la Iglesia Católica) queda adscrito el bautizado a otras Iglesias o sectas organizadas, que también administran el bautismo¹⁴.

En este segundo caso —bautismo fuera de la Iglesia— hay que distinguir según que el bautizado sea infante o adulto. En el supuesto de ser adulto, se produce una falta inicial del vínculo de la comunión eclesiástica.

No así si el bautizado en una secta acatólica es infante, porque, según la sentencia más extendida, mientras permanece en la infancia, es decir, hasta los siete años cumplidos, se le considera miembro de la Iglesia, por carecer de uso de razón y no estar adherido consciente y libremente a la herejía o al cisma¹⁵.

El bautizado en la Iglesia Católica pierde el vínculo de la comunión eclesiástica: si abandona parcialmente o por completo la fe católica, o se sustrae a la legítima autoridad del Romano Pontífice, o se niega a comunicar con los miembros de la Iglesia que le están sometidos, es decir, si rompe externa y formalmente el vínculo simbólico o el jerárquico; todo ello según las previsiones del canon 1.325 y las penas del 2.314.

Puede ocurrir que el bautizado fuera de la Iglesia, se adhiera a ella voluntariamente —pues “a nadie se le debe obligar a que abraza la fe católica contra su voluntad”, según reza el canon 1.351— y en-

14. Cfr. VLAMING-BENDER, *Praelectiones iuris matrimonii ad normam Codicis Iuris Canonici*, Bussum, 1950, págs. 205 y s.; GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, I. Typis Polyglottis Vaticanis, 1932, núms. 568 y s., págs. 350 y s.

15. Cfr. FRAGHI, *De membris Ecclesiae*, Romae, 1937, pág. 71.

tonces se dice que "se convierte a ella de la herejía o del cisma", para expresar su condición de miembro voluntario de la Iglesia.

Finalmente, dejan de ser miembros de la Iglesia, en sentido teológico, los excomulgados, por apartarlos de la comunión de bienes espirituales la legítima autoridad a causa de gravísimas culpas, según la expresión de Pío XII en la Encíclica *Mystici Corporis*¹⁶. Decimos en sentido teológico, porque jurídicamente quizás sea más propio configurar la excomunión como una interdicción que como una *segregatio* del *vinculum communionis* en el sentido estrictamente jurídico de esta última expresión.

Tras estas nociones, fácil resulta comprender la competencia que la Iglesia reclama en materia matrimonial. Sin hacer distinción alguna, aplica su Derecho a todos los bautizados, por ser súbditos suyos, tanto las normas materiales (can. 1.016) como procesales (canon 1.960), pero establece un régimen especial para la forma del matrimonio, tomando en cuenta aquellos súbditos suyos que no han sido en ningún momento miembros por su propia voluntad. Lo veremos más adelante al ocuparnos del canon 1.099.

Por no haber recibido el bautismo, los infieles no son miembros de la Iglesia, ni siquiera súbditos suyos. Por eso no están directamente sometidos a las leyes eclesiásticas. Pueden estarlo indirectamente por celebrar un acto en el que sea parte un súbdito de la Iglesia, por ejemplo, matrimonio con persona fiel¹⁷.

De manera indirecta también, cuando aplica la Iglesia el privilegio paulino, queda afectado el infiel por la ley eclesiástica; y esa es la razón de que la Iglesia reivindique su propia competencia, a esos efectos, en lo que mira al llamado "matrimonio legítimo", es decir, contraído en cualquier forma válidamente por dos personas no bautizadas (canon 1.015, § 3)¹⁸.

16. A.A.S., XXXV, 1943, pág. 202. La doctrina más extendida entiende que sólo los excomulgados vitandos (canon 2.258) pierden la condición de miembros de la Iglesia. Cfr. FRAGHI, op. cit., págs. 103 y s.; GOMMENGINGER, op. cit., págs. 13 y s. Vid. también NOLASCO, *La excomunión y la pertenencia a la Iglesia*, Buenos Aires, 1956, con la crítica de la tesis opuesta de PEÑA, *¿Pertenecen los excomulgados a la Iglesia?*, *Nota a propósito de la Encíclica Mystici Corporis Christi*, en «Revista Española de Teología», V, 1945, págs. 121 y s.

17. BENDER, *Infideles et exercitium indirectum potestatis ecclesiasticae*, en «Monitor ecclesiasticus», LXXX, 1955, pág. 650.

18. GISMONDI, *La capacità giuridica degli acattolici*, en «Acta congressus internationa-

Cuando decimos que todos los bautizados son súbditos de la Iglesia y que no lo son los infieles, nos referimos a la Iglesia *regens*, es decir, en cuanto dotada de la potestad de jurisdicción, que se traduce en normas jurídicas.

Pero la Iglesia tiene otra potestad, la de magisterio —Iglesia *docens*— por la cual interpreta y declara las verdades y las leyes divinas, tanto las positivamente reveladas como las contenidas en el orden natural, y siendo universal su magisterio (Mt., XXVIII, 18), los infieles quedan afectados también por el ejercicio de tal potestad eclesiástica, en cuanto son sujetos pasivos —como todos los hombres— de las leyes divinas.

Sin embargo, no se hacen por eso súbditos de la Iglesia, porque las leyes divinas, positivas o naturales, les obligan exclusivamente *coram Deo*, no *coram Ecclesia*; mientras que a los súbditos de la Iglesia les obligan por un doble título, en cuanto son leyes divinas y en cuanto son normas canónicas, caso de que tengan tal carácter¹⁹.

Por ser leyes divinas alcanzan a los infieles, en el sentido indicado, las que la Iglesia declara, incluso para el matrimonio legítimo, proclamando su unidad e indisolubilidad²⁰, así como ser contrarios al Derecho natural determinados impedimentos.

3. El matrimonio como institución natural y como sacramento.

En el primer canon del C.I.C. relativo al matrimonio, se dice:

lis iuris canonici», Romae, 1953, pág. 138. Vide el interesante trabajo de LAMBRUSCHINI, *De potestate vicaria Romani Pontificis in matrimonium infidelium*, en «Apollinaris», XXVI, 1953, págs. 175 y s., que defiende la facultad del Papa, como Vicario de Cristo, para disolver el matrimonio legítimo, en determinadas circunstancias, cuando se dé un bien de orden superior, *sicut est bonum fidei christianae*, aunque no se bautice ninguno de los cónyuges infieles.

19. ONCLIN, *Considerationes de iurium subiectivorum in Ecclesia fundamento ac natura*, en «Ephemerides iuris canonici», VIII, 1952, págs. 14 y 15. La diferencia entre la potestad de magisterio frente a los bautizados y no bautizados se expresa claramente en el Catecismo católico del Cardenal GASPARRI: «In exercitio potestatis docendi est differentia inter baptizatos et non baptizatos: 1.º baptizatis enim Ecclesia doctrinam proponit et imponit, qui proinde eam admittere debent non solum ex lege divina, sed etiam ex potestate quam in eos Ecclesia, uti subditos, habet; 2.º non baptizatis vero Ecclesia doctrinam, Dei nomine proponit, qui eam ediscere et amplectari tenentur, non iussu Ecclesiae, sed lege divina» (q. 142 del catecismo para los adultos).

Sobre la separación entre la potestad de magisterio y la de jurisdicción, cfr. CIPROTTI, *Sulla potestà di magisterio della Chiesa*, en la misma revista, 1941, págs. 472 y s.

20. RODRIGO, *Tractatus de legibus*, Santander, 1944, núm. 138, pág. 106.

“Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados” (canon 1.012, § 1.º) y se añade: “Por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido, que por el mismo hecho no sea sacramento” (§ 2.º).

En este texto se recoge la doctrina constante de la Iglesia acerca del matrimonio como institución natural y como sacramento, que conviene recordar, en sus puntos más importantes, para hacer inteligible la oscura noción del llamado, sin más salvedades, matrimonio civil, del que muy pronto deberemos ocuparnos.

La Iglesia entiende:

- a) Que el matrimonio, aun antes de ser elevado a la dignidad de sacramento por Jesucristo, es institución natural, en el sentido de que su origen es divino, por haber sido ordenado por el mismo Dios para la propagación del género humano y por el hecho de estar sometido al imperio de la ley natural y divina ²¹.
- b) Que “el mismo contrato matrimonial”, cuando se celebra entre bautizados tiene carácter sacramental ²².
- c) Que, en todo caso, aun cuando no sea sacramento, el matrimonio —si se contrae sin atentar a lo que para él dispone la ley divina y natural— es una cosa sagrada, incluso el matrimonio entre dos infieles; y por eso no sólo lícita, sino merecedora de bendición ²³.

21. INOCENCIO III, Ep. 219, III; LEÓN XIII, en sus encíclicas *Inscrutabili Dei consilio* (21-IV-1), 1878. *Quod apostolici muneris* (28-XII-78) y especialmente *Arcanum divinae Sapientiae* (10-II-80) donde habla con amplitud sobre la institución matrimonial en el orden natural; doctrina recordada y ampliada por Pío XI en la Enc. *Casti connubii* (31-XII-1930).

22. Es dogma definido por el Concilio de Trento, sesión XXIV, canon 1 (DENZINGER-BANNWART-UMBERG, *Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, Friburgi Brisgoviae, 1928, 971).

23. Enseña LEÓN XIII en su Enc. *Arcanum*, que el matrimonio es cosa sagrada «sua natura, sua vi, sua sponte», doctrina que recuerda en la *Humanum genus* (20-IV-84) al decir: «hay en el matrimonio, según el común y casi universal sentir de todos los pueblos y siglos, algo de sagrado y religioso». Pío XI dirá en la *Casti connubii*: «hay, aún en el matrimonio natural, un algo sagrado y religioso, no advenedizo, sino ingénito, no procedente de los hombres, sino innato, puesto que el matrimonio tiene a Dios por autor, y fue desde el principio como una especial figura de la Encarnación del Verbo de Dios».

Se han discutido algunas cuestiones, siendo hoy sentencia prácticamente unánime:

- a) El carácter no sacramental del matrimonio entre un bautizado y un infiel ²⁴.
- b) La elevación a sacramento del matrimonio legítimo contraído por dos infieles, cuando ambos reciben ulteriormente el bautismo, sin necesidad de prestar nuevo consentimiento ²⁵.

De lo dicho resulta que bajo la inmediata jurisdicción eclesiástica se encuentran: el matrimonio sacramento, en todo caso; el matrimonio no sacramento siempre que uno de los contrayentes sea súbdito de la Iglesia; y el matrimonio "legítimo" desde el momento en que, por la conversión de los dos cónyuges, adquiere *ipso facto* carácter sacramental. Todas estas uniones pueden y deben ser calificadas de matrimonios canónicos, aunque algunos no llegarán a ser nunca sacramento, y aunque otros hayan podido celebrarse válida y lícitamente para el Derecho canónico ante un funcionario civil.

Ahora nos importa señalar dos puntos que juzgamos de interés: la naturaleza del derecho que tienen todos los hombres a contraer matrimonio, y la especialidad de la *intentio* de las partes en orden al sacramento matrimonial.

Como oportunamente ha subrayado Graziani ²⁶ al ponderar la *salus animarum* como fin del ordenamiento de la Iglesia acerca del matrimonio, no debe olvidarse que en el sistema jurídico canónico hay una norma divina que configura como verdadero y propio delito la fornicación y niega consiguientemente al hombre el poder de disposición del propio cuerpo en la esfera sexual. El Derecho canónico, que no ignora la humana exigencia de la satisfacción de tal instinto, considera los actos dirigidos a satisfacerlo bajo una doble calificación: positiva, en el *status* matrimonial y dentro de los límites impuestos por los fines de esta institución —*ius in corpus in ordine ad*

Cfr. GRZYMALA, *Ratio sacra in matrimonio canonico et civili*, Romae, 1935; y LAMBRUSCHINI, op. cit., págs. 193 y s.

24. Sobre las diversas sentencias acerca de este punto, cfr. CAPPELLO, *De Matrimonio*, 5.^a ed., Romae, 1947, n. 36, págs. 32 y 33.

25. Vid. FIDELIS A TERRINCA, *La sacramentalità del matrimonio di due infideli che si convertono*, Modena, 1942.

26. *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano, 1956, págs. 16 y s.

actus per se aptos ad prolis generationem—²⁷; y negativa, de verdadero y propio delito.

Dicho con otras palabras: el hombre no posee ninguna libertad sexual, es sólo titular de un *ius connubii* comprendido entre los derechos de la personalidad, que puede ejercitar o no (libertad de contraer el matrimonio) y que puede renunciar, mediante el voto de celibato. El matrimonio no puede entenderse como limitación de una libertad sexual —que jurídicamente no existe— sino como situación que hace nacer el *ius generandi* de que antes carecía el sujeto.

León XIII y Pío XI lo han explicado en sus Encíclicas con gran diaphanidad:

—El derecho a contraer matrimonio “es natural y primario de cada hombre”²⁸.

—“La autoridad legítima tiene el derecho y, por tanto, el deber de reprimir las uniones torpes que se oponen a la razón y a la naturaleza, impedir las y castigarlas”²⁹.

—Es un error afirmar que “la facultad generativa, al fundarse en la misma naturaleza, es más sagrada y se extiende más que el matrimonio, y que, por consiguiente, puede ejercitarse, tanto fuera como dentro del santuario del matrimonio”³⁰.

—“Hállase constituido el sagrado consorcio del legítimo matrimonio por la voluntad divina a la vez que por la humana: de Dios provienen la institución, los fines, las leyes, los bienes del matrimonio; del hombre, con la ayuda y cooperación de Dios, depende la existencia de cualquier matrimonio particular —por la generosa donación de la propia persona a otra por toda la vida—, con los deberes y con los bienes establecidos por Dios”³¹.

El *ius connubii* —y éste es un punto de la mayor importancia— deberá ser ejercitado siempre dentro de la esfera del ordenamiento

27. Vid. HERVADA, *Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial*, Pamplona, 1960.

28. LEÓN XIII, *Rerum novarum* (15-V-91). Cfr. GALINDO, *Encíclicas y documentos pontificios*, Madrid, 1955, págs. 356 y 357, n. 9.

29. Pío XI, *Casti connubii* (GALINDO, pág. 943, n. 4).

30. *Casti connubii* (GALINDO, pág. 953, n. 19).

31. *Casti connubii* (GALINDO, pág. 943, n. 4).

jurídico: el canónico para los súbditos de la Iglesia ³²; el civil, para los infieles, sometidos también a los preceptos del Derecho divino, natural y positivo.

De donde se sigue, que toda unión merecedora de ser calificada en verdad de matrimonio —por nacer al amparo del derecho que consagra legítimamente el *ius connubii*— deberá ser tenida como cosa santa, aunque no logre la dignidad de sacramento. Pero que, en otro caso, deberá tenerse por unión torpe, contraria a la ley, y por tanto delito de fornicación, o si se quiere decir de otra manera, concubinato. Y es que los preceptos del Decálogo, como son leyes divinas, alcanzan a todos los hombres sin excepción ³³.

Si ahora pasamos a considerar la especialidad de la *intentio* de las partes en orden al sacramento matrimonial, deberemos partir de lo que quiere expresar la fórmula "Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento *el mismo contrato matrimonial* entre bautizados", que emplea el canon 1.012, § 1.

Con tal fórmula se pone de manifiesto algo peculiar al sacramento del matrimonio, que le distingue de los otros seis sacramentos de la Nueva Ley. Quiere decirse que Cristo eligió como acto externo de este sacramento —es decir, como signo y a la vez causa instrumental de la gracia—, el mismo acto del matrimonio institución natural, que ya existía anteriormente.

Eso explica que, cuando ambos contrayentes son bautizados, no puede darse en ellos un matrimonio meramente natural; o celebran el matrimonio sacramento o no merece el nombre de matrimonio su contrato. Es la doctrina de la inseparabilidad, declarada en el canon 1.012, § 2 ³⁴, doctrina que, en estos casos, sólo reconoce el *ius connubii* que se traduce en el matrimonio sacramento.

De otra parte —como dice muy bien Bender ³⁵— el matrimonio es

32. Sobre la libertad jurídica de los súbditos de la Iglesia, véase la interesante aportación de POLITI, *Potestà ecclesiastica e libertà giuridica*, en «Studi in onore di Vincenzo del Giudice», II, Milano, 1953, págs. 325 y s.

Téngase en cuenta lo dicho anteriormente acerca de la sumisión indirecta de los infieles a la Iglesia en materia matrimonial.

33. RODRIGO, *Tractatus de legibus*, núms. 114 y 133, págs. 88 y 106

34. VLAMING-BENDER, *Praelectiones iuris matrimonii ad normam Codicis Iuris Canonici*, págs. 26 y s.

35. *Valor actus, ut aiunt, civilis in casibus qui a c. 1098 reguntur*, en «Monitor

el sacramento que menos exige en cuanto a la intención de quienes lo reciben. Basta que dos personas bautizadas quieran el matrimonio para que reciban válidamente el sacramento. Reciben el sacramento, aunque nada sepan de la existencia del sacramento; incluso aunque nieguen con acto positivo la existencia de este sacramento. Los protestantes niegan el sacramento del matrimonio y niegan que Cristo instituyese este sacramento. Y, sin embargo, siempre que dos protestantes bautizados contraen válidamente matrimonio, queriendo solamente el matrimonio, es decir, el acto *natural* por el cual se hacen cónyuges, reciben el *sacramento*. En este sentido el matrimonio constituye una excepción entre los sacramentos. Ningún otro sacramento puede ser recibido por persona adulta sin intención de realizar un acto sagrado.

4. *Consentimiento y forma en el matrimonio canónico.*

En el *trípode vital del matrimonio canónico* (capacidad, consentimiento y forma) se dice que el consentimiento constituye "el centro", "el gozne", "la clave del arco" de todo el sistema³⁶, por ser el *elemento creador* del matrimonio, mientras que el ordenamiento impone las otras dos —capacidad y forma— por razones generales externas a las partes³⁷.

Es lo que expresa el canon 1.081, § 1: "Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus; qui nulla humana potestate suppleri valet". El matrimonio *lo hace* el consentimiento: "facit... consensus".

Este principio capital de creación original de la Iglesia³⁸, se remonta a la Patrística³⁹, y es proclamado y defendido constantemente

ecclesiasticus», LXXX, 1955, págs. 115 y s. Cfr. BILLOT, *De Ecclesiae sacramentis*, I, Romae, pág. 184.

36. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, pág. 4.

37. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1950, pág. 20.

38. Frente a la contraria tesis de SEHLING, *Die Unterscheidung der Verlöbnisse im Kanonischen Recht*, Leipzig, 1885, demostró SCHEURL, *Consensus facit nuptias*, en «Zeitschrift für Kirchenrecht», XXII, 1889, págs. 269 y s., que tal principio tiene un significado profundamente diverso en Derecho romano y en Derecho canónico.

39. Cfr. D'ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, Romae, 1939, págs. 10 y s., donde se recogen numerosos textos.

por la Iglesia a lo largo de los siglos⁴⁰ para subrayar al máximo la plenísima libertad en el ejercicio del *ius connubii*.

Los fundamentos del principio son muy vigorosos:

Santo Tomás enseña: "cum in matrimonio sit quaedam spiritualis coniunctio, in quantum matrimonium est sacramentum; et aliqua materialis secundum quod est in officium naturae et civilis vitae: oportet quod mediante materiale fiat spiritualis virtute divina. Unde cum coniunctiones materialium contractum fiant per mutuum consensum, oportet quod hoc modo etiam fiat matrimonialis coniunctio"⁴¹. Y añade, poco después, que, a diferencia de los demás sacramentos, que tienen su causa "solum in Deo", el matrimonio "habet in nobis causam et in Deo"⁴²; "consensus est causa matrimonii: et ideo quod evacuat consensum, evacuat matrimonium"⁴³.

San Buenaventura dirá: "En el matrimonio, donde hay servicio del cuerpo y debe haber mutuo amor, decretó Dios que no puede ni debe obligarse nadie sino de propia voluntad"⁴⁴. Y Duns Scoto explica "potestatem sui corporis, quae sua est, nullus transfert in illum nisi per actum voluntatis suae, quia per illum, fit dominus et desinit esse dominus"⁴⁵.

Ricardo de Mediavilla da dos razones para justificar la necesidad del libre consentimiento: "Una est quia matrimonium significat coniunctionem Christi et Ecclesiae quae fit per liberum amorem. Alia est ne talia matrimonia malos exitus haberent, quia quod aliquis non diligit facile contemnit"⁴⁶.

Resumiendo el pensamiento tradicional, dirá Tomás Sánchez: "en cuanto que es un contrato humano, proveniente de la propia voluntad (como causa primera) por ningún poder puede constituirse sin el mutuo consenso. Porque aquí el consentimiento es de intrínseca razón

40. Vid. DE SMET, *Tractatus theologico-canonicus de sponsalibus et matrimonio*, Brugis, 1927, págs. 76 y s.

41. *Summa Theologica*, Supplementum, q. 45, a. 1.

42. *Suppl.*, q. 50, art. un., ad 1.

43. Q. 51, a. 1.

44. *In IV Sent.*, D. 36, a. 2, q. 2. Vid. FAGIOLO, *Formazione ed essenza del matrimonio nella dottrina di S. Bonaventura*, en «Ephemerides iuris canonici», XII, 1956, págs. III y s.

45. *In IV sententiarum*, dist. 28.

46. *Commentaria super quartum Sententiarum*, Venetiis, 1489, dist. XXIX, q. 1, a. 1.

de contrato y como es un acto del entendimiento y algo vital, por ningún poder puede producirse fuera del entendimiento: aun un contrato humano, que nace de la voluntad como del principio vital, no puede existir sin el consentimiento de ella" ⁴⁷.

El alcance del principio lo explica Pío XI: "Mas aunque el matrimonio sea de institución divina por su misma naturaleza, con todo, la voluntad humana tiene también en él su parte, y por cierto nobilísima, porque todo matrimonio, en cuanto que es unión conyugal entre un determinado hombre y una determinada mujer, no se realiza sin el libre consentimiento de ambos esposos, y este acto libre de la voluntad, por el cual una y otra parte entrega y acepta el derecho propio del matrimonio, es tan necesario para la constitución del verdadero matrimonio, que *ninguna potestad humana lo puede suplir*. Es cierto que esta libertad no da más atribuciones a los cónyuges que la de determinarse o no a contraer matrimonio y a contraerlo precisamente con tal o cual persona, pero está totalmente fuera de los límites de la libertad del hombre la naturaleza del matrimonio, de tal suerte que si alguien ha contraído ya matrimonio se halla sujeto a sus leyes y propiedades esenciales" ⁴⁸.

Como se ve, y lo ha subrayado Fedele ⁴⁹, el principio no consiste, según algunos sostienen, en el triunfo del llamado dogma de la voluntad individual, en su incoercible autonomía, porque no tiene por fin el lograr que se realice a toda costa la voluntad individual cualquiera que sea la dirección en que se manifieste. Por eso se ha podido decir con verdad que, en el sistema jurídico canónico, la naturaleza contractual del matrimonio armoniza las opuestas exigencias de carácter privado y público en una síntesis informada por el principio de la *máxima libertad de contraer* con la *mínima libertad contractual* ⁵⁰.

Esa máxima libertad en el ejercicio del *ius connubii*, explica que luchara la Iglesia, primeramente contra las leyes romanas ⁵¹ y después

47. *De sancto matrimonii sacramento*, Venetiis, 1614, lib. II, disp. XXVI, núm. 1.

48. *Casti connubii* (GALINDO, pág. 942, n. 3).

49. *Contributi alla teoria canonistica dei vizi nel consenso matrimoniale*, Firenze, 1941, págs. 1 y 8.

50. GRAZIANI, op. cit., pág. 23. Vid. también GARCIA BARBERENA, *Sobre el matrimonio «in fieri»* en «Salmanticensis», 1, 1954, pág. 440.

51. Durante algún tiempo fue defendida la tesis de que hasta el siglo XII, la Iglesia reconoció al padre el poder de obligar a la hija a un determinado matrimonio. Tesis que

contra las leyes civiles modernas⁵² que exigían el consentimiento paterno para la validez del matrimonio.

Pero la *salus animarum* impone restricciones a la libertad de contraer, con la exigencia de una forma substancial⁵³. Esto nos lleva a recordar algunos puntos de especial interés para nuestro tema, relativos a la ley canónica vigente sobre forma substancial ordinaria y extraordinaria y a la exención de esa ley consagrada por el *Codex*, con carácter general, en favor de ciertos súbditos de la Iglesia.

Si bien es cierto, como concluye Orestano⁵⁴ tras un cuidadoso examen de los textos patrísticos, que la doctrina cristiana acerca del ma-

formuló SCADUTO, *Il consenso nelle nozze, nella Professione e nell'Ordinazione secondo il diritto romano, germanico, canonico*, Napoli, 1885, págs. 242 y s.; y que siguieron FREISEN, *Geschichte des kanonischen Eherechts*, Tübingen, 1888, págs. 257 y s. y KÖSTLER, *Die väterliche Ehebewilligung*, en «Kirchenrechtliche abhandlungen», LI, Stuttgart, 1908, págs. 109 y s.

Contra esta tesis se alzan otros autores, que demuestran que en el Derecho de la Iglesia siempre fueron válidos los matrimonios contraídos sin la autorización paterna: Notas de GÉNESTAL en la obra de ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, I, 2.^a edic., París, 1935, págs. 170 y s.; LE BRAS, «Mariage», en el *Dictionnaire de theologie catholique*, bajo la dirección de VACANT y MANGENOT, IX, 2, col. 2.160 y 2.161; HERRERA, *La doctrina canónico-legal del contrato esponsalicio*, en «Rivista italiana per le scienze giuridiche», XVI, 1941, págs. 242 y s.; GISMONDI, *La celebrazione del matrimonio secondo la dottrina e la legislazione canonica sino al Concilio Tridentino*, en «Ephemerides iuris canonici», V, 1949, págs. 324 y 325.

52. Cfr. SAFFIRIO, *L'assenso degli ascendenti nel matrimonio dei minori*, Napoli, 1937, págs. 109 y s.

53. Como dice DOSSETTI, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, Milano, 1943, págs. 19 y 20, el mínimo para que pueda hablarse de forma en el negocio matrimonial consiste en una acción cualquiera —palabras, signos, etc.— que sirvan para manifestar externamente de modo inequívoco la voluntad matrimonial y para poner, además, tal voluntad en conocimiento del otro contrayente. Cfr. VERMEERSCH, *De forma celebrationis matrimonii*, en «Periodica de re morali, canonica, liturgica», XXIII, 1934, págs. 201 y s.

Quando hablamos de forma substancial nos referimos a algo distinto; a las solemnidades externas impuestas por el Derecho positivo para la celebración del matrimonio (CONTE A CORONATA, *De Sacramentis*, III, De matrimonio, Taurini-Romae, 1948, n.º 529, pág. 733) a la obligación *ex iure Ecclesiae* de observar una forma determinada para manifestar el consentimiento, que hace inválido el acto de contraer matrimonio sin la observancia de la forma establecida (BERTOLA, *Il matrimonio religioso*, 3.^a ed., Torino, 1953, pág. 62).

54. *La struttura giuridica del matrimonio romano (Del diritto classico al diritto giustiniano)*, Milano, 1951, pág. 302. Recientemente LALAGUNA, *El matrimonio como acto jurídico formal*, en «Estudios de Derecho matrimonial», Pamplona, 1962, ha analizado el distinto alcance que ofrecen las exigencias formales en el sistema canónico y en el sistema jurídico secular: «la forma se muestra en el Derecho civil como rígida objetivación del consentimiento», en cuanto «no existe otro consentimiento que el manifestado en la forma requerida» (pág. 248); en el Derecho canónico «la forma contribuye a la perfección jurídica del consentimiento, dotándolo de publicidad» y «no es una limitación que reste vigor al consentimiento, sino un medio que hace posible su protección» (pág. 245); «la imperatividad de la forma canónica es una cualidad perfectiva del principio de libertad consensual», estableciéndose «como mínima exigencia de seguridad jurídica conveniente al propio consentimiento» (pág. 241).

trimonio se orienta hacia la objetivación cada vez más precisa y formal del *consensus*, con una tendencia cada vez más pronunciada a atribuir función constitutiva a modos taxativamente determinados e impuestos, debe distinguirse en la larga evolución histórica de la forma ⁵⁵ dos grandes períodos separados por el Concilio de Trento.

Antes del tridentino no se impone forma sustancial alguna, pero se prohíben gravemente las nupcias clandestinas ⁵⁶.

El Derecho canónico, desde las fuentes apostólicas y los escritos de los Padres, desaprueba los matrimonios celebrados secretamente y reclama su celebración ante la autoridad eclesiástica ⁵⁷; pero reconoce que, por un principio de Derecho natural, el matrimonio se realiza por el simple consentimiento y no puede anularse por falta de solemnidad ⁵⁸. Sólo exigía que el mutuo consentimiento fuera dado *de praesenti, palam, publice et sponte et certa scientia*, y que no existieran impedimentos. Por eso si los dos contrayentes estaban bautizados y otorgaban el consentimiento naturalmente suficiente, los matrimonios se habían celebrado *in facie Ecclesiae*, aunque no se celebrasen ante el párroco u otro sacerdote legítimamente delegado (*legitime deputatus*) y los contrayentes no recibieran la bendición nupcial ⁵⁹.

Graves motivos de bien público determinarán un cambio de régimen en el Concilio de Trento, para acabar con los abusos de los matrimonios clandestinos, que fácilmente podían encubrir impedimentos y que, en ocasiones, ofrecían grandes dificultades de prueba ⁶⁰.

55. Sobre tal evolución, cfr. JOYCE, *Die christliche Ehe*, Leipzig, 1934, págs. 103-108; y CAPELLO, *De Matrimonio*, n.ºs 657 y s., págs. 637 y s.

56. Vid. GISMONDI, *La forma del matrimonio canonico fino al Concilio di Trento*, en «Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto», Milano, 1951, IV, págs. 374 y s.

57. Ya TERTULIANO advertía: «apud nos occulte quoque coniunctiones, id est non prius apud Ecclesias professae, juxta moechiam et fornicationem judicari periclitantur» (*De pudicitia*, n. 987, en Migne P.L., II, col. 1038).

LE BRAS indica que el problema de la forma fue el último de los problemas planteados por la Patristica, porque comienza cuando se afirma en la conciencia colectiva cristiana la preeminencia de la jurisdicción de la Iglesia en materia matrimonial, es decir, alrededor del año mil («Mariage», en D.T.C., 2.138).

58. BALLINI, *Il valore giuridico della celebrazione nuziale cristiana dal primo secolo all'età giustiniana*, Milano, 1939, págs. 76 y 77.

59. SALVIOLI, *La benedizione nuziale fino al Concilio di Trento specialmente in riguardo alla pratica e alla dottrina italiana del sec. XIII al sec. XIV*, en «Archivio Giuridico», 1894, pág. 181.

Sobre los significados antiguo y moderno de la expresión matrimonio celebrado *in facie Ecclesiae*, vid. CAPELLO, *De Matrimonio*, n. 648, pág. 626.

60. Otra razón profunda de la reforma, la señala con acierto GISMONDI: «El substrato

En el célebre capítulo *Tametsi*, el Concilio, "considerando los graves pecados que se originan de los matrimonios clandestinos", impone, bajo pena de nulidad, que se celebren *in facie Ecclesiae*, en presencia del Ordinario o del párroco o de otro sacerdote delegado y de dos testigos⁶¹, disciplina que, con algunas variantes, ha llegado hasta nosotros⁶².

Según el *Codex*, para que el consentimiento produzca el matrimonio, es necesario que los contrayentes lo manifiesten "legítimamente" (canon 1.081, § 1), es decir, según la forma substancial establecida por el canon 1.094, a cuyo tenor: "*Solamente son válidos aquellos matrimonios que se celebren ante el párroco, o ante el Ordinario del lugar, o ante un sacerdote delegado por uno u otro, y además ante dos testigos por lo menos, según las reglas establecidas en los cánones que siguen y salvo las excepciones contenidas en los cánones 1.098 y 1.099*".

El canon 1.098 establece una peculiaridad en la forma substancial para el caso de celebrarse el matrimonio en peligro de muerte, si no se puede tener o no se puede acudir sin incomodidad grave a ningún párroco u Ordinario o sacerdote delegado; y también, fuera de peligro de

de la reforma introducida por el *Tametsi* fue la reafirmación como principio dogmático del origen divino de la institución y consiguientemente de la *iurisdictio* de la Iglesia. Sobre esta esencial premisa fueron unánimes los delegados del Concilio, por lo que puede pensarse que no hubieran podido acoger la propuesta de Gardi que había sostenido debía limitarse la reforma a prescribir que los matrimonios se concluyeran en presencia de tres testigos, de los cuales uno al menos fuese un oficial público, civil o eclesiástico (notarius aut sacerdos) porque, en definitiva, trataba de perpetuar una situación de hecho, tolerada hasta entonces por la Iglesia, pero nunca explícitamente convalidada, es decir, la ingerencia del poder civil en la formación del matrimonio» (GISMONTI, *L'attuazione dottrinale e pratica delle norme tridentine sulla forma del matrimonio*, en «Rivista italiana per le scienze giuridiche», VI, 1953, pág. 255).

61. Conc. Trid. sess. XXIV, c. 1.

62. Se discutió en el Concilio si la imposición de la forma substancial excedía la competencia de la Iglesia, que no puede mudar la substancia de los sacramentos, dudas que se exponen con gran claridad por Benedicto XIV en sus Letras Apostólicas *Paucis ab hinc*, 19 de marzo de 1758 (Cfr. GASPARRI, *Codicis Iuris Canonici Fontes*, II, Typis Polyglottis Vaticanis, 1938, 447, II, pág. 575), y por eso construyeron la forma substancial como un nuevo impedimento, el de clandestinidad («eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit»). Esa fue la razón de que, a pesar de no configurarse ya como impedimento en el *Codex*, se modificara, a propuesta de Palmieri, la inscripción del cap. VI («De matrimonii forma») de modo que se viera que la forma se refiere a la celebración y no al sacramento, y por eso dice: «De forma celebrationis» (Cfr. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, pág. 101, nota 1).

El *Codex*, siguiendo en esto, como en otros tantos puntos, al Decreto *Ne temere* (2 de agosto de 1907), estableció de manera directa la forma substancial de la celebración.

Sobre las novedades introducidas por el *Ne temere*, vid. AMOR RUIBAL, *Análisis teológico-canónico del Decreto Ne temere*, Santiago de Compostela, 1912.

muerte, si prudentemente se prevé que aquel estado de cosas habrá de durar por un mes. En ambos casos basta, para la validez, que el matrimonio se celebre ante testigos ("coram solis testibus")⁶³.

Se entiende —y es digno de notar— que entre los testigos que pide el canon 1.098, pueden contarse el ministro acatólico o el funcionario civil, o los dos testigos privados que asistan al matrimonio acatólico o civil⁶⁴.

Veamos, finalmente, el alcance de la exención de la forma substancial, que establece el canon 1.099. Dice así en su actual redacción, después de la reforma introducida por Pío XII, mediante el Motu proprio de 1 de agosto de 1948⁶⁵:

"§ 1. Están obligados a guardar la forma determinada en los cánones anteriores:

1.º Todos los que han sido bautizados en la Iglesia católica y todos los que se han convertido a ella de la herejía o del cisma, aunque tanto éstos como aquéllos la hayan después abandonado, si es que contraen matrimonio entre sí;

2.º Estos mismos, si contraen matrimonio con acatólicos, estén bautizados o no, aunque hayan obtenido dispensa del impedimento de mixta religión o del de disparidad de cultos.

3.º Los orientales, si contraen con latinos obligados a guardar esta forma.

§ 2. Quedando firme lo que se prescribe en el párrafo 1, núm. 1.º, los acatólicos, tanto los bautizados como los no bautizados si contraen matrimonio entre sí, en ninguna parte están obligados a observar la forma católica del matrimonio"⁶⁶.

63. Sobre si cabe aplicar la norma del canon 1098 en algunos casos especiales, y, en particular, cuando la ley civil prohíbe bajo graves penas la asistencia del párroco al matrimonio canónico, vid. DE SMET, *De sponsalibus et matrimonio*, n. 135 y s., págs. 109 y s.; CONTE A CORONATA, *De matrimonio*, n. 569, págs. 790 y s.; BIDAGOR, *De forma extraordinaria celebrationis matrimonii casus singulares*, en «Monitor ecclesiasticus», LXXX, 1955, págs. 449 y s.; BENDER, *Forma matrimonii extraordinaria (c. 1098)*, en «Monitor», 1956, págs. 657 y s.

64. Con particular referencia a los matrimonios celebrados en España en zona roja, vid. MICELI, *De forma celebrationis matrimonii juxta c. 1098*, en «Monitor ecclesiasticus», LXXV, 1950, págs. 234 y s., y FERNÁNDEZ DEL CORRAL, *Validez jurídica de los matrimonios contraídos en la «zona roja» española*, en «Revista Española de Derecho Canónico», VIII, 1953, págs. 585 y s.

65. A.A.S., XL, 1948, págs. 305 y 306.

66. Es de tener en cuenta el Motu proprio *Crebrae Allatae, de disciplina sacramenti matrimonii pro Ecclesia orientali* (A.A.S., XXXI, 12 marzo 1949, págs. 89 y s.), que ha

Si recordamos las consideraciones hechas al tratar de los súbditos y miembros de la Iglesia, podemos decir, con fórmula sintética, que están exentos de la forma jurídica substancial los que, siendo sujetos pasivos de las leyes meramente eclesiásticas (canon 12 CIC), no fueron en ningún momento miembros de la Iglesia, es decir, los que ni recibieron el bautismo en la Iglesia católica ni se convirtieron a ella de la herejía o del cisma ⁶⁷.

Quien alguna vez ha estado obligado a la ley de la forma canónica ⁶⁸, no puede eludirla, aunque al tiempo de contraer el matrimonio haya perdido la condición de miembro de la Iglesia católica, por el cisma, la herejía o la apostasía. Y tanto menos puede eludirla quien alega como único pretexto el no profesar —o el profesar tibiamente— la Religión Católica.

Antiguamente —bajo la ley tridentina— regía, en tema de forma substancial, el principio: *pars immunis communicat alteri suam immunitatem* ⁶⁹. Esta exención fue suprimida por el Decreto *Ne Temere*, que consagró el opuesto principio: *pars ligata communicat alteri suum ligamen*, principio que anima el canon 1.099 (§ 1, núms. 2.º y 3.º) ⁷⁰.

Un súbdito de la Iglesia sólo puede hoy contraer matrimonio válido sin observar la forma católica si, estando él personalmente exento

introducido para los católicos de rito oriental la forma substancial del matrimonio con principios muy semejantes al *Ne temere*.

Vid. GALTIER, *Le mariage: discipline orientale et discipline occidentale*, Beyrouth, 1950, págs. 236 y s.; POSPISIL, *Motu proprio Crebrae Allatae*, Filadelfia, 1951; GISMONDI, *I poteri del parroco e del vescovo nella celebrazione del matrimonio secondo la vigente legislazione canonica latina ed orientale*, en «Studi in onore di Vincenzo del Giudice», I, Milano, 1953, págs. 373 y s.

67. Es muy de notar que el canon no emplea en ningún momento el término «católicos». Con gran prudencia aconseja BENDER: «Qui vult accurate loqui et evitare longas explicationes, absteineat in hac materia ab usu verbi 'catholici', quod in canonibus non adhibetur, proprio quia non concordat cum distinctione personarum quam lex respicit» (VLAMING-BENDER, op. cit., pág. 434).

68. Recuérdese que, a tenor del canon 12, las leyes meramente eclesiásticas —y tal carácter tiene la que impone sobre forma substancial el canon 1094— no obligan a los que no han cumplido todavía los siete años. Por eso, cabría decir simplemente que sólo están exentos de la ley de la forma canónica los que no fueron nunca sujeto pasivo de dicha ley, es decir, aquellos que, bautizados fuera de la Iglesia católica, no se convirtieron en ningún momento a ella.

69. Cfr. la declaración de la Congregación del Concilio de 4 de noviembre de 1741 (GASPARRI, *Codicis Iuris Canonici Fontes*, V, n. 3527), las letras apostólicas de Pío VIII de 25 de marzo de 1830 (ibid., II, n. 482), y la Constitución *Provida* de Pío X de 18 de enero de 1906 (ibid., III, n. 670).

70. Cfr. DE SMET, op. cit., n. 141, págs. 115 y 116; GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, n. 1.021, pág. 114.

de tal ley, contrae con persona también exenta. Es lo que dispone el § 2 del canon 1.099.

Como dice Miguélez ⁷¹, la Iglesia ha ido restringiendo las exenciones y dando mayor universalidad a la ley que establece la forma canónica del matrimonio, a pesar de las dificultades que surgen en la práctica por la aplicación de esa ley, no solamente en el fuero canónico, sino también en el del Estado; pues de que se aplique o no dicha forma, depende el que muchos matrimonios no sean tales matrimonios sino puras y simples uniones concubinarias ante Dios y ante la Iglesia —y alguna vez ante el Estado—, aunque socialmente se las considere uniones legítimas.

Todo ello se explica por ser la *salus animarum* el fin supremo del ordenamiento canónico.

Al bien de las almas alude Pío XII en el preámbulo del Motu proprio de 1 de agosto de 1948, por el que se suprimió la última parte del canon 1.099, § 2, que decía: "Igualmente (no están obligados a observar la forma católica del matrimonio) los hijos de acatólicos, aunque hayan sido bautizados en la Iglesia católica, si desde la infancia fueran educados en la herejía, en el cisma o en la infidelidad o sin ninguna religión".

La norma derogada respondía evidentemente a un criterio de benignidad hacia ese grupo de súbditos de la Iglesia —católicos por el bautismo, mas no por la profesión—, pero como en el matrimonio tienen gran peso —porque afectan a la salud de las almas— las razones del bien público, el Romano Pontífice ha derogado aquella exención, porque interesa al bien público poseer una norma objetiva, mediante la cual pueda conocerse con certeza qué matrimonios son válidos y cuáles nulos, pues el juzgar —como antes era necesario— acerca de si alguien ha sido educado en la herejía, el cisma o la infidelidad o sin ninguna religión, es cosa que muchas veces ofrece dificultades insuperables ⁷².

Digamos también que exención de la ley de la forma no significa —por lo que mira a los súbditos de la Iglesia, es decir, por lo que afec-

71. *Documentos de la Santa Sede en materia matrimonial*, en «Revista Española de Derecho Canónico», III, 1948, pág. 1.024.

72. MIGUÉLEZ, loc. cit., págs. 1.028 y 1.029.

ta a todos los bautizados dentro o fuera de la Iglesia católica —exención de todas las demás normas que rigen el matrimonio canónico.

II

LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA SECULARIZACION DEL MATRIMONIO

Hasta ahora nos hemos referido al matrimonio dentro del ordenamiento canónico, y nos ha parecido oportuno recordar —para esclarecer la intrincada problemática de la institución matrimonial— que la *salus animarum* es la finalidad de aquel ordenamiento.

El recuerdo de tal finalidad entraña —como afirmación metodológica fundamental— el predicar que las normas canónicas no son un fin en sí mismas, sino que, por el contrario, tienen carácter eminentemente instrumental, en cuanto se hallan al servicio de una finalidad que trasciende del ordenamiento.

Este carácter instrumental no es exclusivo del Derecho de la Iglesia: puede y debe afirmarse igualmente de las normas jurídicas estatales, aunque su finalidad sea diversa, por ser distinto el fin de la sociedad que reclama y respalda su eficacia.

Trátase de una fecunda afirmación metodológica, imprescindible para entender y valorar toda suerte de normas jurídicas, y en particular las relativas al matrimonio.

Quien advierta que todo Derecho —tanto el canónico como el civil— tiene carácter instrumental, sentirá con fuerza la necesidad de considerar el matrimonio como un *prius* anterior al ordenamiento positivo humano.

Este enfoque metodológico se hace hoy particularmente necesario. La natural dificultad que imprime al tema su gran riqueza de matices, se ha agravado considerablemente al abordarlo con un criterio positivista. El olvido del carácter instrumental del Derecho, es el reverso de la despótica soberanía que confiere el positivismo a la norma jurídica al cifrar ciegamente toda su legitimidad en la voluntad del legislador.

Es una verdad frecuentemente olvidada que el matrimonio es una

institución única, creada por Dios y regida en sus rasgos esenciales por la ley divina, que conservando su naturaleza, fue elevada por Cristo a la dignidad de sacramento ⁷³.

De aquí se sigue que —por ser siempre el matrimonio una institución natural— constituye un *prius* anterior a las leyes humanas, una institución única que sólo puede nacer al amparo del Derecho (canónico o civil) que consagra, según los casos, legítimamente el *ius conubii* y que, cuando es contraída por cristianos, tiene necesariamente carácter sacramental. Es la doctrina, antes recordada, de la inseparabilidad, entre bautizados, del contrato y del sacramento.

Tal doctrina fue combatida por los reformadores protestantes —al negar el carácter sacramental del matrimonio— y por algunos civilistas, para extender más allá de sus propios límites la competencia del Estado sobre el matrimonio.

Desde entonces aparece el llamado “matrimonio civil”, en contraposición al canónico, con unas características muy definidas, derivadas del ambiente secularizador de la época. A partir de este momento se inicia —con signo fuertemente polémico— un dualismo (matrimonio-contrato frente a matrimonio-sacramento) que, al romper la unidad de la institución, siembra de conflictos insolubles la materia matrimonial y establece una pugna de competencias entre la Iglesia y el Estado y, muchas veces también, una contraposición grave entre la ley civil y la ley divina.

Es éste un punto que merece ser tratado con cierta amplitud, para comprender la función de los Concordatos en la tarea de revisar tal dualismo y de poner remedio progresivamente a sus consecuencias en el campo del Derecho.

5. *La concepción laica del matrimonio.*

Sabido es que durante la Edad Media la Iglesia alcanza pleno dominio sobre el sacramento del matrimonio, lo cual constituyó un

73. La unidad institucional del matrimonio es explicada por BENDER con estas palabras: «Datur unum specie matrimonium et omnia matrimonia singula ad eandem speciem pertinent. sicut omnes homines sunt individui speciei unius scilicet humanae. Neque elevatio matrimonii ad sacramenti dignitatem seu aliud specie diversum matrimonium instituit, sed idem matrimonium, eundem contractum constituit causam et signum gratiae» (*Praelectiones iuris matrimonii*, pág. 554).

gran bien para la sociedad de entonces, abocada a la división y a la diversidad ⁷⁴.

Lo que la Iglesia quería entonces —y lo que entonces logró— era reglamentar (en la esfera legislativa) y fallar (en la esfera judicial) acerca de las condiciones de validez y de licitud del contrato matrimonial de los cristianos, por tratarse de un sacramento. El poder civil queda dueño de todo aquello que le corresponde: cuanto mira, de acuerdo con la ley divina y natural, al matrimonio de los no cristianos, y a los efectos civiles del matrimonio de los súbditos de la Iglesia, es decir, aquellos accesorios que no tocan el sacramento, lo que la doctrina canonista posterior llamará efectos civiles separables ⁷⁵.

De hecho, sin embargo, en las postrimerías de la Edad Media, el acuerdo de la Potestad eclesiástica con la civil es más teórico que práctico. En el orden legislativo, el poder civil ampara la clandestinidad e impone abusivamente, con graves consecuencias civiles, el requisito del consentimiento paterno, que tanto repugna a la Iglesia por afectar a la voluntariedad de los cónyuges en la celebración del matrimonio; y en el orden judicial, la llamada *appellatio ab abusu* (precedente de los recursos de fuerza), creación del regalismo, fue un arma poderosísima esgrimida por el poder civil contra la jurisdicción eclesiástica.

Con los tiempos modernos se inicia una nueva etapa, que llevará a la secularización del matrimonio, como opinión doctrinal primero y, muy pronto, con fórmulas legales que conducen a crear el matrimonio civil frente al canónico.

Los reformadores protestantes inician la etapa con ataques directos a las concepciones clásicas.

Lutero, que en su sermón sobre “el estado del matrimonio” pronunciado en 1519 había permanecido fiel a la doctrina tradicional, la combate de frente en 1520, en su obra *De captivitate*. Niega rotunda-

74. Con elocuencia señaló estos beneficios CÁRDENAS, *El matrimonio en sus relaciones históricas con el Estado y con la Iglesia*, Madrid, 1870, pág. 25.

75. La doctrina clásica es firme y se contiene en un principio muy simple. El Estado es competente en materia matrimonial, pero el ejercicio del derecho del Estado se subordina a la observancia de la ley evangélica y a la decisión de la Iglesia. Los escolásticos únicamente reconocen valor a las leyes seculares si han sido canonizadas. El Estado tiene sólo cierta independencia en la reglamentación del régimen económico matrimonial. Vid. SANTO TOMÁS, *In IV Sententiarum*, dist. XXXIV, q. 1 y dist. XLII, q. 2; *Contra Gentes*, l. IV, c. 78.

mente que el matrimonio sea sacramento y lo considera como un asunto civil: "ein weltliches Geschäft, ein weltliches Ding", repetirá más tarde con frecuencia. Estimando que el acto conyugal es una necesidad física, deduce que es contraria a la naturaleza la indisolubilidad, y proclama la licitud del divorcio ⁷⁶.

Calvino afirma también que el matrimonio no es sacramento; si la Iglesia lo ha tenido por tal es, a su juicio, para reservarse la legislación y la jurisdicción sobre esta materia ⁷⁷.

Fruto de estas ideas es la ley holandesa de 1 de abril de 1580, que establece el primer atisbo de matrimonio civil, al disponer que los católicos y otros disidentes de la secta calvinista se hallaban obligados a contraer matrimonio, bajo pena de nulidad, bien ante el ministro calvinista o ante el magistrado civil ⁷⁸.

Sin embargo, la consagración legislativa del matrimonio civil, que invadirá todos los Estados incluso los tradicionalmente católicos, fue obra de la Revolución francesa.

En el fondo la cuestión que se debate es la competencia de la Iglesia y del Estado; y la cuestión no puede negarse que se trata con gran habilidad por parte de los legistas.

Las reformas tridentinas exigen, dentro del campo católico, una reconstrucción parcial de las doctrinas tradicionales, provocando los debates a que da lugar la revisión en todas sus partes de la síntesis escolástica, con las inevitables divergencias entre los teólogos, que son aprovechadas insidiosamente por los legistas para someter el Derecho canónico al servicio del Príncipe.

Los regalistas galicanos, sin negar al matrimonio su naturaleza de sacramento, tratan de debilitar la jurisdicción eclesiástica mediante una sutil distinción entre el contrato y el sacramento ⁷⁹.

Entre los civilistas, Pothier acogerá la doctrina galicana y la lle-

76. Vid. CRISTIANI, *Luther et le luthéranisme*, París, 1909, págs. 207 y s.

77. Vid. DOUMERGUE, *Jean Calvin*, II, Lausanne, 1902, págs. 445 y s.

78. Cfr. GISMONDI, *Il matrimonio e la società civile*, en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XI, 1957, pág. 63.

79. Vid. COVILLARD, *Le mariage considéré comme contrat civil dans l'histoire du droit français*, París, 1899; SAGNAC, *La législation civile de la révolution*, París, 1898, págs. 284 y s.

vará a sus últimas consecuencias. Según él, los príncipes seculares tienen derecho a reglamentar el matrimonio de sus súbditos, para prohibirlo a ciertas personas (impedimentos dirimentes) o para imponer ciertas formalidades de validez (forma civil sustancial), declarando nulos los matrimonios que se contraigan contra las leyes civiles, como ocurre en todo contrato. Partiendo del predominio absoluto de la ley civil sobre la canónica —donde se encuentra el origen del error— entiende Pothier que cuando la ley secular declara nulo un contrato de matrimonio, no toca en absoluto el sacramento, puesto que no anula el sacramento: únicamente impide, dice con sutileza, que nazca el sacramento, porque la materia del sacramento es justamente el contrato, que, por ser nulo, no puede servirle de soporte ⁸⁰.

Con esta doctrina del “contrato civil-materia del sacramento” se han sentado las bases para la completa secularización del matrimonio, que encuentra clima favorable en el ambiente doctrinal creado, durante los siglos XVII y XVIII, por los filósofos de la Ilustración, que acostumbra a los espíritus a rechazar las reglas religiosas como arbitrarias y crueles limitaciones de las necesidades y derechos naturales del hombre ⁸¹.

En vísperas de la Revolución, Luis XVI publicó un edicto —en 1787— por el cual todos los que no profesaban la religión católica podían presentarse indistintamente con cuatro testigos ante el párroco católico o ante el juez civil, el cual (el juez civil) declararía “*en nombre de la ley*, que las partes estaban unidas en legítimo e indisoluble matrimonio” ⁸².

80. Cfr. LEMAIRE, *Le mariage civil*, 2.^a ed., París, 1904, págs. 70 y s.

81. Los autores de la Escuela protestante del Derecho Natural no se detienen en el camino de las innovaciones morales: condenan el celibato, con PUFFENDORF; defienden el divorcio, con LOCKE; y hasta ponen en duda —como hace THOMASIIUS— que la sodomía y la bestialidad sean contrarias al Derecho Natural.

“El matrimonio —escribe VOLTAIRE— es un contrato del Derecho de gentes, convertido en sacramento por los católicos romanos. Pero el sacramento y el contrato son cosas muy diferentes: a éste corresponden los efectos civiles, a aquél las gracias de la Iglesia”. Y concluye: “El matrimonio puede, pues, subsistir con todos sus efectos naturales y civiles independientemente de la ceremonia religiosa”.

Vid. LE BRAS, «Mariage», en *Dictionnaire de théologie catholique*, tomo IX, 2.^a parte, París, 1927, col. 2.267 y s.

82. Durante mucho tiempo, los protestantes franceses habían comparecido ante sus pastores para celebrar el matrimonio, y la jurisdicción secular había reconocido efectos civiles a esta unión.

Revocado por Luis XIV el Edicto de Nantes (22 de octubre de 1685), por el que se había concedido a los protestantes la libertad de cultos, se estableció la presunción legal de que no existían en Francia protestantes. Con base en esta presunción, no se les permitió

Un paso más y llegamos ya al establecimiento en Francia del matrimonio civil. La Constitución de 1791 sienta el principio de que "la ley sólo considera el matrimonio como contrato civil"; y la Asamblea legislativa, por ley de 20 de septiembre de 1792, establece que el matrimonio es exclusivamente un contrato civil ⁸³.

Faltaba todavía una nota de perfección del sistema: dotar el matrimonio civil de obligatoriedad para todos los ciudadanos, incluidos los católicos. Esta nota fue un regalo de Napoleón ⁸⁴.

Concertada la paz con la Iglesia, el artículo orgánico 54, añadido unilateralmente por el Emperador al Concordato francés de 1801, prohibió a los párrocos "dar la bendición nupcial" a los que no probasen debidamente "haber contraído matrimonio con anterioridad ante el funcionario civil" ⁸⁵.

El principio fue consagrado en el Código Napoleón de 1804 y de él pasó a otros muchos Estados, estableciéndose el matrimonio civil con carácter obligatorio generalmente en las naciones latinas, y con carácter facultativo en las naciones anglosajonas y escandinavas ⁸⁶.

6. *Cuestiones jurídico-civiles nacidas de la secularización.*

La aparición del "matrimonio civil" trae consigo, en el campo jurídico, el planteamiento de una serie de cuestiones nuevas que aborda

que siguieran prestando su consentimiento matrimonial ante los ministros de los cultos disidentes; de hecho, se vieron obligados a contraer ante los párrocos católicos, quienes, por su parte, se oponían a autorizar tales matrimonios para cortar el grave riesgo de simulación y profanación.

Luis XIV, con su Edicto de 1687, quiso resolver el conflicto, regulando unilateralmente el matrimonio de los protestantes.

83. La nueva institución ha cristalizado plenamente a través de sucesivas fórmulas.

Con criterio galicano, había dicho POTHIER: «Hay dos cosas en el matrimonio: el contrato civil y el sacramento, al que el contrato sirve de soporte y de materia».

En los Constituyentes, DURÁN DE MAILLANE avanza para afirmar: «El matrimonio es por su naturaleza un contrato civil».

MURAIRE cerrará el ciclo, al declarar en la Asamblea legislativa que «el matrimonio es tan sólo un contrato civil».

Cfr. LEMAIRE, op. cit., págs. 136 y s.

84. Vid. DANIEL, *Le mariage chrétien et le Code Napoleon*, París, 1870.

85. Napoleón quiso evitar que, gozando ahora de libertad para el ejercicio de su culto, los católicos contrajeran antes el matrimonio canónico y crearan al Poder civil situaciones enojosas.

86. Vid. PÉREZ MIER, *Iglesia y Estado Nuevo*, Madrid, 1940, págs. 499 y s. En algunas naciones el carácter facultativo del matrimonio civil se atenúa al concederse al ministro acatólico el carácter de funcionario civil y al obliar a los católicos a contraer ante él, desconociendo el matrimonio celebrado ante el ministro católico.

la doctrina científica y que las leyes civiles tratan de resolver, primero unilateralmente, y más tarde —cuando decae el apasionamiento de los ánimos— mediante Concordatos con la Iglesia.

La primera y más importante de estas cuestiones consiste en delimitar la vigencia que, dentro del ordenamiento de cada Estado, corresponde al matrimonio civil frente al canónico. Nacen así los llamados sistemas matrimoniales ⁸⁷.

Si la ley sólo autoriza la unión que ella regula, tendremos un sistema monista, llamado de matrimonio civil obligatorio, frente al cual aparecen los sistemas dualistas, que reconocen, dentro del ordenamiento secular, dos tipos de uniones matrimoniales (matrimonio canónico y matrimonio civil), autorizadas indistintamente (sistema de matrimonio civil facultativo, cuyo nombre indica la absoluta libertad que tienen de celebrarlo todos los ciudadanos) o con criterio de preferencia a favor del canónico (en el sentido de que un grupo de ciudadanos tienen sólo acceso al matrimonio *coram Ecclesia*), sistema este último que se llama de matrimonio civil subsidiario o supletorio ⁸⁸.

Es nota común del proceso secularizador —que caracteriza, con raras excepciones, a todos los sistemas— la importancia que en el régimen del matrimonio asume la forma. Y esto no sólo en cuanto se eleva a la categoría de elemento esencial, con la consiguiente sanción de invalidez, sino en el sentido de que en torno a la forma —canónica o civil— se plantean las principales cuestiones de competencia entre la Iglesia y el Estado.

El sistema de matrimonio civil obligatorio, en su radical hostilidad frente al matrimonio canónico, no pudiendo desarraigar en los súbditos la tendencia a celebrar la unión de acuerdo con las prescripciones de la Iglesia, intenta reducir la celebración del matrimonio canónico a una simple ceremonia de carácter religioso, y se ocupa de ella para consentirla, a veces, condicionadamente, exigiendo, por ejemplo, la previa celebración ante el funcionario civil ⁸⁹.

87. Algunos sistemas matrimoniales aluden también al problema de los efectos civiles de las uniones celebradas ante una autoridad religiosa no católica. Prescindimos de estos supuestos por no interesar directamente al tema principal de nuestro estudio.

88. Nos hemos ocupado de las características de estos tres clásicos sistemas en *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1959, págs. 75 y s.

89. Vid. PÉREZ MIER, *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, en «Revista Española de Derecho Canónico», XIV, 1959, págs. 152 y 153.

En los sistemas dualistas es muy fácil comprobar, en ocasiones, un criterio simplista al parecer, que encierra en el fondo una gran habilidad por parte de los civilistas. El criterio consiste en presentar al matrimonio canónico y al matrimonio civil como dos formas de matrimonio, dejadas al arbitrio del ciudadano en el sistema facultativo⁹⁰, o reguladas por la ley secular con cierta preferencia a favor de la forma canónica en el sistema de matrimonio civil supletorio⁹¹.

Según este criterio, todo parece sencillo: la calificación de un matrimonio se hará atendiendo a la sola circunstancia de haberse celebrado en forma canónica o civil, aplicándose correlativamente el régimen jurídico de la Iglesia o del Estado, y sometiendo la unión a la competencia jurisdiccional de una u otra de estas Potestades. La cuestión es, sin embargo, mucho más compleja, pues basta decir —y volveremos sobre este punto— que cabe hablar de matrimonios canónicos celebrados en forma civil, sin que la forma pueda servir en estos casos para negar la competencia de la Iglesia sobre ellos.

En estos sistemas dualistas aparecen también las llamadas formalidades civiles del matrimonio canónico, ahora exigidas por la ley secular para reconocer eficacia civil a las uniones celebradas de conformidad con los sagrados cánones⁹².

Entre todas estas formalidades o requisitos, descuella por su importancia la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil, institución que, como se sabe, trae también su origen de criterios secularizadores. La formalidad de la inscripción se utiliza ordinariamente por los Estados para impedir que algunos matrimonios canónicamente válidos logren eficacia civil por ser contrarios a ciertos im-

90. En el informe dado por la Comisión senatorial italiana, en 26 de junio de 1864, acerca de las ventajas del matrimonio civil obligatorio, se caracteriza el sistema de matrimonio civil facultativo poniendo el acento en la forma de celebración.

Tras decir que el sistema facultativo «traería consigo todos los inconvenientes del sistema del matrimonio canónico exclusivo, además de algunos otros que le serían propios, y no menos graves», añade: «A estos inconvenientes hay que agregar el descrédito del matrimonio civil, en el que el propio legislador mostraría que no tenía confianza, la incitación a una especie de lucha entre las dos formas de matrimonio consideradas por la ley como iguales».

Cfr. JEMOLO, *El Matrimonio*, Buenos Aires, 1954, págs. 35 y 36.

91. Basta recordar —entre los sistemas supletorios— el famoso art. 42 de nuestro Código civil, que, en su primitiva redacción, presentaba el matrimonio canónico y el matrimonio civil como dos formas de matrimonio.

92. Vid. SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid, 1955, págs. 16 y s.

pedimentos, que, con carácter de orden público, sanciona la legislación secular de dos maneras: con la nulidad de las uniones civiles que las contravienen, y con la simple privación de los efectos civiles de los matrimonios canónicos celebrados por las partes a pesar de tales impedimentos ⁹³.

El legislador estatal ha tomado conciencia de los conflictos creados por el triunfo de las nuevas doctrinas y trata de resolverlos, a su modo, con fórmulas sancionadas unilateralmente.

La razón de estos conflictos está en la desarmonía entre los ordenamientos canónico y civil, que se traduce, ordinariamente, en la negación por parte del Estado de efectos civiles del matrimonio canónico, al menos en ciertos casos. La desarmonía es máxima en el sistema de matrimonio civil obligatorio, abundante en el sistema facultativo, y menor en el sistema supletorio, pudiendo en este último desaparecer por completo si todos los súbditos de la Iglesia han de someterse, por imperio de la ley secular, al régimen del matrimonio canónico en sus diversos puntos (forma de celebración, capacidad, impedimentos, consentimiento, etc.).

En rigor, los conflictos son proporcionales a la cuantía de la secularización del matrimonio en cada ordenamiento civil, y disminuyen al disminuir aquélla, porque secularización quiere decir que el Estado se atribuye ilegítimamente una competencia en materia matrimonial que a la Iglesia corresponde con exclusividad para reglamentar, en la esfera legislativa, y para fallar en la esfera judicial, acerca de las condiciones de validez y de licitud del contrato matrimonial de los cristianos.

Secularización quiere decir también, en otro orden, desconocimiento por parte del Estado, en el régimen del matrimonio de los infieles, de las exigencias contenidas en las normas del Derecho divino, natural y positivo, acerca de su objeto, fines y propiedades esenciales, y del respeto que merece el *ius connubii*. Son manifestaciones claras de ese desconocimiento el divorcio vincular, que se opone a la indisolubilidad, propiedad esencial del matrimonio, y los impedimentos contrarios a la ley natural sancionadora del *ius connubii*.

93. Vid. FUENMAYOR, *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil*, separata del «Anuario de Derecho Civil», Madrid, 1954, págs. 35 y s.

La raíz última de la obra secularizadora del matrimonio, se encuentra en un grave pecado contra la humildad que el legislador humano comete cuando olvida que el Derecho por él creado debe tener carácter instrumental, para servir gustosamente a los planes del legislador divino que, por la gran estima en que tiene la institución matrimonial, quiso regularla en sus líneas esenciales y la puso en manos de la Iglesia y del Estado, dentro de ciertos límites que señalan con exactitud la legítima intervención de estas dos Sociedades perfectas en esa cosa santa que se llama matrimonio ⁹⁴.

7. *La Iglesia ante la secularización del matrimonio.*

A lo largo de un período de cuatro siglos —durante los cuales las nuevas doctrinas acerca del matrimonio invaden, con mayor o menor hondura, las legislaciones de aquellos pueblos que se habían mantenido tradicionalmente fieles a las enseñanzas y al Derecho de la Iglesia— tuvo ésta que oponerse, en cumplimiento de su divina misión, a esas nuevas concepciones, empleando a tal fin todas las armas de que dispone.

Es por demás notable la maestría con que la Iglesia ha sabido conciliar —en este tema, como siempre que se ha visto colocada frente al error y a la rebeldía de sus súbditos— la más grande audacia en la proclamación de la buena doctrina con la más perfecta acomodación a las circunstancias de la vida real. Guiada por la suprema finalidad de la *salus animarum*, la Iglesia ha cumplido sin vacilaciones los deberes que le impone su oficio magisterial, a la par que, con admirable realismo, ha utilizado adecuadamente, como instrumentos de carácter jurídico, un grupo de instituciones que le son propias —la *dispensatio*, la *exemptio*, la *tolerantia* y la *dissimulatio*—, consciente de que en ocasiones —*hic et nunc*— no es lo mejor la observancia estricta de la norma, y de que el tiempo corre a su favor, mientras produce la caducidad de los sistemas y de las instituciones creadas por los hombres con olvido de la ley de Dios.

94. Es muy valiosa la confesión de un autor de nuestro tiempo, que no milita ciertamente en contra de la secularización.

«La introducción del matrimonio civil —escribe JEMOLO, op. cit., págs. 27 y 28— no es más que un corolario de la afirmación del Estado ético: es decir, del Estado en cuanto su actividad no puede menos de tomar impulso de principios morales ni dejar de inspirarse en ellos, pero que no se limita a aceptar los principios de la Iglesia y a convertirse en respetuoso y fiel ejecutor de ellos, sino que afirma una noción propia del bien y del mal y quiere actuarla sin preocuparse de si corresponde siempre o no con la de la Iglesia».

Todos y cada uno de los errores que preceden o acompañan a la secularización del matrimonio, han sido abierta y reiteradamente combatidos por el magisterio de la Iglesia.

En Trento reafirma, como principio dogmático, el origen divino de la institución y de la consiguiente *iurisdictio* de la Iglesia⁹⁵; fulmina anatema contra los que niegan el carácter sacramental del matrimonio, sus caracteres de unidad e indisolubilidad, y la competencia de los jueces eclesiásticos sobre las causas matrimoniales⁹⁶.

Vienen luego, a partir del siglo XVIII, las condenas dirigidas expresamente contra el matrimonio civil celebrado por los súbditos de la Iglesia⁹⁷; la enseñanza explícita —frente a la doctrina galicana— de que el contrato matrimonial constituye una misma cosa con el sacramento⁹⁸; y la defensa, en numerosos documentos pontificios, de la jurisdicción de la Iglesia en materia matrimonial⁹⁹.

Paralelamente, movida por la *salus animarum* —mientras proclama la buena doctrina— la Iglesia se adapta perfectamente a las cir-

95. Vid. *supra*, nota 60.

96. Sesión XXIV, cánones 1, 2, 5, 6, 7 y 12, *De sacramento matrimonii* (DENZINGER, 971 y s.).

97. BENEDICTO XIV se ocupa de la cuestión en su Carta *Inter omnigenas* (2 de febrero de 1744) y en el Breve *Redditae sunt nobis* (17 de septiembre de 1746), declarando en este último documento que el matrimonio celebrado por los obligados a la forma tridentina ante el magistrado civil, no puede estimarse válido ni como contrato ni como sacramento. Cfr. CICF, I, 339, págs. 803-810 y II, 372, págs. 41-43.

Pío VI se enfrenta con el matrimonio civil obligatorio establecido en Francia y da normas a la autoridad eclesiástica sobre el modo de proceder de los católicos, en el Breve *Perlatas sunt* (28 de mayo de 1839) dirigido al Obispo de Luçon. Cfr. LEITE, *Competência da Igreja e do Estado sobre o Matrimónio*, Porto, 1946, pág. 148, nota 54.

Pío IX resume en las proposiciones 71 y 73 del *Syllabus* sus condenas contra el matrimonio civil que se contienen en su Carta al Rey de Cerdeña *Ad Apostolicas* (22 de agosto de 1851) y en sus alocuciones *Acerbissimum* (27 de septiembre de 1852) y *Multis gravibusque*. Cfr. DENZINGER, núms. 1.171 y 1.173.

LEÓN XIII, con terminología ya empleada por su predecesor, llama al matrimonio civil de los obligados al matrimonio canónico, «abominable concubinato» y «unión ilícita y escandalosa» (Encíclicas *Arcanum*, A.A.S., XII, 1879-80, pág. 388, y *Novae condendae legis*, A.A.S., XXV, 1892-93, págs. 459 y 474).

98. Es la doctrina, antes recordada, de la inseparabilidad del contrato y del sacramento en el matrimonio de los cristianos, enseñada por los Papas a partir de Pío VI y, principalmente, por Pío IX y León XIII. Cfr. DENZINGER, *Enchiridion*, núms. 1766 y 1854.

99. En el proceso secularizador del matrimonio, no puede olvidarse —junto al galicanismo francés— el esfuerzo del josefismo, cuya manifestación culminante se contiene en una constitución promulgada en 1783 por el Emperador José II, que excluye las causas matrimoniales del fuero eclesiástico y las atribuye con exclusividad a los tribunales civiles.

Pío VI defiende la jurisdicción eclesiástica en su célebre bula *Auctorem fidei* de 28 de abril de 1794 (Cfr. DENZINGER, núms. 1558-1560). En igual sentido se manifiestan, en la primera mitad del siglo XIX, Pío VII, León XII, Pío VIII y Gregorio XVI. (Cfr. LÉBRAS, loc. cit., col. 2.277 y s.).

cunstances para reducir al mínimo, en el terreno de la práctica, los efectos del mal. Esto le lleva a utilizar unas veces la dispensa, relajando en casos concretos la aplicación de las leyes eclesiásticas sobre el matrimonio, otras, a disimular o tolerar el mal, dentro de ciertos límites, y, en ocasiones, incluso, a reducir el ámbito de aplicabilidad de su propio Derecho a través de una exención, dispensando con carácter general de alguna ley eclesiástica en favor de cierta categoría de súbditos, en particular de los súbditos rebeldes.

Dentro del campo de la *exemptio*, es ejemplo muy típico la actitud de la Iglesia frente al matrimonio clandestino de los cristianos acatólicos domiciliados en lugares tridentinos.

Por hallarse vigente en tales lugares la obligación canónica de la forma substancial introducida en el capítulo *Tametsi*, los matrimonios contraídos por los cristianos acatólicos eran ciertamente inválidos. Sin embargo, Benedicto XIV, en su Declaración *Matrimonia*, de 4 de noviembre de 1741, reconoce explícitamente la validez de los matrimonios contraídos, en cualquier forma, por los herejes en las provincias federadas de Holanda y de Bélgica¹⁰⁰, estableciendo las bases para la exención de la ley de la forma consagrada por el canon 1.099 del *Codex Iuris Canonici*.

Otra de las cuestiones que originaron graves conflictos, fue el régimen de los matrimonios mixtos. Al respecto merece citarse la célebre Instrucción Lambruschini de 30 de abril de 1841, dictada para Hungría en el pontificado de Gregorio XVI¹⁰¹. El Papa declara que, por una razón de tolerancia, puede el Párroco —para evitar que la unión se celebre ante un ministro acatólico— asistir sin rito eclesiástico a la celebración de matrimonios mixtos en que, sin dispensa del impedimento, se hayan emitido las necesarias cauciones; y aconseja acudir a la *dissimulatio* en los casos en que se hubiera preferido, contraviniendo la forma tridentina, la celebración del matrimonio mixto ante el ministro acatólico: “inspectis tam praeteritis quam praesentibus locorum peculiaribus circumstantiis, erunt ab episcopis et paro-

100. Cfr. *Codicis Iuris Canonici Fontes*, V, n. 3527. Sobre el estado de la cuestión en el tiempo de Benedicto XIV, vid. GISMONDI, *L'attuazione dottrinale e pratica delle norme tridentine sulla forma del matrimonio*, en «Rivista italiana per le scienze giuridiche», VI, 1953, págs. 279 y s.

101. Instr. *De matrimoniis mixtis*, en «Acta Gregorii Papae XVI», III, Romae, 1902, n. 86, pág. 125.

chis *prudenter dissimulanda, et, quamvis illicita, pro validis habenda*"¹⁰².

Entre todas las instituciones citadas, la Iglesia hizo uso principalmente de la tolerancia en su lucha contra la secularización del matrimonio. Como ha observado agudamente Olivero, en estos siglos el *tolerari potest* se presenta como un medio peculiarmente idóneo para hacer frente a las hostiles expansiones de los ordenamientos laicos que, en los últimos siglos, han interferido en aquellos ámbitos que son de la competencia exclusiva de la jurisdicción eclesiástica¹⁰³. La tolerancia de la Iglesia toma por cauce, de ordinario, los Concordatos con los Estados.

No se crea, sin embargo, que la tolerancia es incompatible con el Estado confesional. Es éste un punto que merece una breve consideración.

8. *El Estado católico ante la secularización del matrimonio.*

El proceso secularizador del matrimonio, iniciado en el siglo XVI y desenvuelto desde entonces, con gran amplitud aunque en medida diversa, en las distintas naciones, ha exigido que los Estados católicos fijaran su posición ante los nuevos problemas.

Esta toma de posición ha venido determinada por un doble criterio, cuya armonía representa la clave del acierto; doble criterio que es indispensable tener en cuenta para interpretar acertadamente las soluciones dadas en un determinado momento histórico por el Estado confesional.

Este doble criterio de que hablamos, es el que expresan dos términos clásicos en la terminología tradicional de los pensadores católicos. Nos referimos a la célebre distinción entre *tesis* e *hipótesis*.

La tesis indica el ideal a que debe tender, por razón de su confesionalidad, el Estado católico. La hipótesis descubre lo que cabe ha-

102. Otra institución utilizada para conciliar la forma substancial establecida en Trento con las exigencias de la realidad, fue la *sanatio in radice*. A ella acudió, por ejemplo, Pío X en la Constitución *Provida*, sanando los matrimonios mixtos contraídos sin la debida forma en cualquier región del Imperio Germánico hasta el 15 de abril de 1906. Cfr. *Acta Sanctae Sedis*, XXXIX, pág. 81.

103. OLIVERO, *Dissimulatio et tolerantia nell'ordinamento canonico*, Milano, 1953, págs. 35 y s.

cer, de acuerdo con la confesionalidad, en las concretas y particulares circunstancias de un momento histórico dado.

La tesis, en cuanto expresa el ideal, exige al Estado que camine hacia la meta última, exige que inspire su ordenamiento en los principios del dogma y de la moral cristiana. Y en el tema particular que nos ocupa, presenta la perfecta armonía entre los ordenamientos canónico y civil en los puntos sustanciales como el ideal que deriva de la confesionalidad.

Pero no siempre lo que es ideal en términos absolutos, con abstracción de las particulares circunstancias históricas, entra en el campo de lo posible. Y es función de la hipótesis decir al Estado católico lo que *debe* hacer, en cuanto *pueda* hacerlo con la mira puesta en el ideal señalado por la tesis ^{103 bis}.

Así aparece la tolerancia como un postulado de la prudencia política del Estado confesional.

Cuando hablamos de tolerancia —como siempre que se utiliza un término empleado con sentidos diversos según las diferentes concepciones culturales— se hace necesario introducir precisiones.

Y es que existe una concepción católica de la tolerancia —permisión de un mal para evitar males mayores— y una concepción relativista de la tolerancia, que está muy lejos de la concepción católica, o, por mejor decir, se opone a ella ¹⁰⁴.

Mientras la tolerancia tomada en sentido católico distingue —y parte de la distinción— entre la verdad y el error, entre el bien y el mal; la idea de tolerancia en sentido relativista procede de una amplia corriente filosófica, cultural y política que toma cuerpo en el siglo XVII, con la Ilustración, y determina en el cristianismo no católico un movimiento de laicización y racionalismo.

Como se ve, mientras la tolerancia del Estado católico es una actitud, impuesta por las circunstancias, que no renuncia a combatir el proceso secularizador en los distintos campos (y entre ellos el que se opera en el ordenamiento civil relativo al matrimonio); la tole-

^{103 bis}. Sobre la distinción entre tesis e hipótesis, vid. mi trabajo *A tese do Estado Confessional*, en «Rumo», V, 1961, págs. 478 y s.

¹⁰⁴. Vid. HARTMANN, *Vraie et fausse tolérance*, Paris, 1958, págs. 15 y s.

rancia nacida con la Ilustración¹⁰⁵, funda sus pretensiones en un relativismo dogmático de signo neutralista que, lejos de combatir tal proceso, lo alimenta en un plano puramente especulativo.

La tolerancia, en la tradición católica, es una actitud comprensiva, inspirada por la caridad, ante los que son víctimas del error, y es una actitud ante el mal, que no siempre puede combatirse mediante la fuerza. La tolerancia del relativismo es una apertura a todas las doctrinas, por estimar que en ninguna se halla exclusivamente la verdad; una postura frente al dogmatismo religioso, que se condena en nombre de la razón soberana.

La tolerancia católica respeta a las personas, pero no aprueba el error en que se hallan; la tolerancia racionalista suprime los límites entre la verdad y el error. No se trata, en esta segunda concepción, de permitir el mal; se trata de definirlo como bien: hay aquí una flagrante subversión de valores, defendidos cuidadosamente por la concepción católica, que sigue siendo dogmática, como no puede por menos.

Todo esto explica que la tolerancia que, en ocasiones, puede y debe practicar el Estado católico se vea sometida, mejor diríamos, caracterizada por la permanente tensión que sobre ella ejerce la confesionalidad, en cuanto que ésta ha de tener siempre como ideal, como norte y meta última del Estado, la perfecta armonía en puntos sustanciales entre los ordenamientos canónico y civil, respetando, sin embargo, las esferas propias y peculiares de cada uno de ellos.

Si quisiéramos expresar brevemente y en términos vulgares el modo práctico con que deben conciliarse las exigencias del ideal con las exigencias de la realidad, podríamos decir que, rectamente entendida, es aquí válida la sentencia popular, según la cual "lo mejor es enemigo de lo bueno": lo mejor es lo ideal en términos absolutos; lo bueno es lo hacedero, lo posible en una situación determinada. O dicho con otras palabras: lo posible en una situación determinada es lo mejor, porque es lo prudente, porque significa lo bueno realizable según los criterios extraídos del ideal¹⁰⁶.

105. Son sus campeones, en los siglos XVII y XVIII, LOCKE, con sus *Letters on Toleration* de 1689 y VOLTAIRE, con su escrito sobre la tolerancia de 1763. Pero en general, todo aquello que suele llamarse Pensamiento moderno, incluye entre sus afirmaciones habituales esta idea de la tolerancia.

106. Dice PIEPER, *La prudencia*, Madrid, 1957, págs. 66 y 71, que la prudencia es

Por ser la tolerancia —entendida como permisión del mal— un postulado propio de la prudencia del Estado católico, es claro que debe quedar circunscrita a los límites estrictamente requeridos por la razón de esa tolerancia. Y es claro también que (a diferencia del carácter permanente o estático de la tolerancia nacida del relativismo) la tolerancia del Estado católico se caracteriza por la nota de transitoriedad o dinamismo, en el sentido de que debe aspirarse a reducir la permisión del mal o a combatirlo por entero cuando mejoren las circunstancias justificativas del criterio tolerante ^{106 bis}.

En suma: el criterio seguro para determinar el modo práctico con que deben aplicarse *hic et nunc* las exigencias derivadas de la confesionalidad, es dado por las circunstancias reales, apreciadas y ponderadas con el criterio que informa la tolerancia entendida como permisión de un mal para evitar mayores males; pero con la mira puesta en procurar también que esas circunstancias cambien para caminar hacia soluciones cada vez más próximas al ideal.

Si ahora venimos ya al examen de las actitudes adoptadas históricamente por el Estado católico ante el fenómeno objeto de nuestro estudio, bastará decir dos palabras acerca de un tema concreto: el relativo a los sistemas matrimoniales, que constituye el problema más típico y relevante de la secularización.

En términos generales, debe afirmarse, de acuerdo con la doctrina defendida por canonistas y teólogos, que obra lícitamente el legislador secular al establecer el sistema de matrimonio civil facultativo cuando se dan razones graves impuestas por las circunstancias de la vida civil moderna; pero no es lícita la conducta de los contrayentes y de los testigos que, al amparo de la permisión del Estado, concurren a la celebración del matrimonio civil en aquellos casos para los cuales la Iglesia exige la observancia de la forma sustancial canónica ¹⁰⁷. Con tanta mayor razón es lícito que el Estado católico establezca un sistema de matrimonio civil supletorio, por el que permita (por exigirlo

causa, raíz, «madre», medida, ejemplo, guía y razón formal de la justicia y de las otras virtudes morales; esta primacía de la prudencia «no denota otra cosa que la conformidad del querer y el obrar a la realidad objetiva. Antes de ser lo que es, lo bueno ha tenido que ser prudente; pero prudente es lo que es conforme a la realidad».

^{106 bis}. Algunos textos pontificios relativos a este punto pueden verse en VALCÁRCE, *Peligros y posibilidades para el culto católico en una nación católica*, en el volumen «Der Kult und der heutige Mensch», München, 1961, pág. 204.

¹⁰⁷. Vid. BENDER, *Matrimonium civile*, en «Ephemerides Iuris Canonici», VI, 1950 págs. 50 y s.

así las circunstancias de la vida social) el matrimonio civil a un grupo determinado de ciudadanos obligados por la ley eclesiástica a la forma canónica de celebración.

Ejemplos de Estados confesionales sancionadores del sistema facultativo nos lo ofrecen Italia y la República Dominicana ¹⁰⁸. Muestra del otro supuesto —matrimonio civil supletorio— la tenemos en el Código civil español, antes y después de la reforma de 1958.

Cabe, sin embargo, preguntar cómo es posible —sin caer en contradicción— que la Iglesia permita moralmente al Estado católico el establecimiento de un sistema por cuya virtud pueden contraer la unión civil, con plenitud de efectos dentro del ordenamiento secular, personas a quienes prohíbe el Derecho canónico tal unión, y que, al mismo tiempo, la Iglesia castigue con penas canónicas graves tanto a los contrayentes como a los que actúan de testigos en la forma civil del matrimonio.

Para disipar esta aparente antinomia, Pérez Mier nos ofrece una sugestiva explicación. En síntesis afirma que, cuando en un Estado confesional el legislador, en aplicación del principio jurídico-positivo de tolerancia, permite el matrimonio civil a personas a quienes se lo prohíbe la Iglesia, no pretende producir con su permisión un matrimonio válido, sino que, partiendo de la invalidez de dicho matrimonio (que corresponde declarar, dentro de su ordenamiento, a la Iglesia por tratarse de personas que son súbditos suyos) concede —para evitar males mayores— que el acto civil obtenga exclusivamente los efectos civiles dependientes del ordenamiento del Estado. Y es que matrimonio o vínculo matrimonial inválido y efectos civiles del matrimonio, son cosas diversas; diversas no sólo en cuanto emanan, se inscriben y dependen de dos ordenamientos distintos, sino aun dentro de un mismo ordenamiento; v. gr. el canónico o el civil respectivamente. Así, por ejemplo, ambos ordenamientos admiten el matrimonio putativo, el cual no obstante su invalidez, produce efectos canónicos y civiles respectivamente, tanto respecto de los cónyuges y de los hijos como en relación con terceros; en otros términos, que son efectos diversos, pero no incompatibles ¹⁰⁹.

108. Vid. FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1959, págs. 113 y s.

109. PÉREZ MIER, *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, en «Revista Española de Derecho Canónico», XIV, 1959, págs. 203 y 204. Para llegar a estas

Para fijar con claridad las diferentes actitudes que, según las circunstancias, puede adoptar el Estado católico ante la secularización del matrimonio, cabe establecer las siguientes conclusiones:

a) Representa un primer paso de avance el tránsito del sistema de matrimonio civil obligatorio al facultativo. Es un progreso porque ahora ya no se impone el matrimonio civil a ninguna de las personas obligadas a la forma canónica, pero tampoco se impide a nadie el acceso al matrimonio civil.

b) Un nuevo avance significa la instauración del sistema de matrimonio civil subsidiario. Ahora se prohíbe a determinadas personas la unión civil, que sólo se autoriza a quienes no están comprendidos en el grupo anterior.

Dentro de este supuesto hay que distinguir.

Si todos los obligados a la forma canónica por el Derecho de la Iglesia lo están también por la norma del Estado, se habrá alcanzado el ideal, pues existe en cuanto al sistema matrimonial la deseada armonía entre ambos ordenamientos.

En otro caso, el sistema será objetivamente más o menos perfecto en razón inversa a la tolerancia, es decir, cuando más reducido sea el grupo de personas a quienes el ordenamiento estatal autoriza (en discrepancia con el Derecho canónico) a celebrar el acto civil.

c) Finalmente, entre dos sistemas de matrimonio civil subsidiario que toleren en igual medida cuantitativa el matrimonio civil, será más perfecto aquel que combine la tolerancia con una amplia intervención de la Iglesia para que pueda combatir eficazmente, desde su propio campo, el proceso secularizador del matrimonio.

III

EL MATRIMONIO EN EL CONCORDATO ESPAÑOL DE 1953

Quien examine la reforma llevada a cabo en el Derecho civil español para acomodar nuestro Derecho interno a las exigencias del

conclusiones, el autor estudia previamente con amplitud (págs. 134 y s.) los cuatro órdenes jurídicos distintos que concurren en la regulación del matrimonio: el derecho natural, el derecho divino positivo, el ordenamiento canónico y el ordenamiento civil.

Parece oportuno precisar que, aunque el legislador en un Estado confesional no pre-

Concordato de 1953 en materia matrimonial, difícilmente podrá acertar en su exégesis si no lo hace a la luz de contraste que proporciona la historia del régimen jurídico del matrimonio en nuestra Patria.

El Concordato de 1953 no incide en la legislación española como un elemento aparecido inopinadamente, de modo súbito y como por sorpresa, como algo ajeno a la realidad social que pretende moldear con imperio jurídico.

Por el contrario, el Concordato —ley a un tiempo canónica y civil— procede de un acuerdo cuidadosamente elaborado por ambas Potestades con pleno conocimiento de la realidad social y del proceso histórico de la secularización del matrimonio. Más aún: el Concordato pretende —en su designio fundamental— rectificar el fruto de ese proceso, pero no con violencia y con ingenuidad precipitada, sino con tacto y con tino, prudentemente, como pide siempre cualquier reforma legislativa y, de manera especial, la reforma del régimen matrimonial.

Por eso, partiremos de una breve consideración en torno al proceso secularizador del matrimonio entre nosotros y nos detendremos en un examen de conjunto de las exigencias concordatarias en materia matrimonial, antes de estudiar —en sus líneas generales— la adaptación del Derecho civil español al Concordato vigente.

9. *La secularización del matrimonio en España.*

Tardíamente y como un regalo de la Revolución, conoce también España la desarmonía y pugna entre los ordenamientos canónico y civil, que hasta entonces se habían mantenido plenamente concertados¹¹⁰.

Como se sabe, la Constitución de 1869, quebrando la tradicional

tende producir en el supuesto estudiado un matrimonio válido en sentido absoluto, sí, en cambio, intenta producir un matrimonio válido ante el ordenamiento positivo estatal, aun cuando reconociendo su invalidez en los ordenamientos divino y canónico.

110. Es errónea la afirmación de SÁNCHEZ ROMÁN —*Estudios de Derecho civil español*, V, Madrid, 1898, pág. 408— de que «desde que se constituyó en nacionalidad, con vida y Derecho propio, a principios del siglo V, hasta que muy vencido el XVI Felipe II introdujo, como legislación del Estado en materia matrimonial, la reforma tridentina, bien puede decirse que coexisten las formas civil y religiosa del matrimonio, y, por consiguiente, que se mantuvo en las leyes españolas el concepto de la secularización jurídica del matrimonio por un número de siglos evidentemente mayor que los 308 años, en los que subsiste como exclusivo el matrimonio canónico, después de la Real Cédula de aquel Monarca».

confesionalidad católica del Estado español, estableció en su artículo 21 la libertad de cultos y declaró, en el 27, que la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos eran independientes de la religión profesada por los españoles.

Es el tiempo del liberalismo decimonónico que, entre sus más relevantes frutos, producirá la Ley provisional del matrimonio civil, de 18 de junio de 1870, que introduce por vez primera en España el matrimonio civil como "forma obligatoria" para todos los españoles, aunque por virtud del bautismo estuvieran sujetos a la jurisdicción de la Iglesia¹¹¹, y atribuye a la jurisdicción civil la competencia exclusiva para conocer y decidir "todas las cuestiones a que diere margen la observancia de esta ley".

Triunfante en nuestra legislación civil el criterio secularizador, inspirado en la errónea tesis antes estudiada de la separación del sacramento y del contrato, quedará planteado entre nosotros desde este año de 1870 un problema grave y espinoso a un tiempo: grave por los estragos que va a producir en la sociedad española, tradicionalmente católica; y espinoso, porque en su solución habrá que proceder con parsimonia, sin que sirvan a resolverlo definitivamente ni el entusiasmo ni la buena voluntad de los que pondrán sus manos en él a lo largo de casi un siglo de esfuerzos bienintencionados. Y es que en el limpio trigal de las leyes matrimoniales españolas se ha sembrado la cizaña en 1870 y la operación de escarda, que corresponde como un deber inexcusable al legislador civil, ha de hacerse por éste con gran sentido de responsabilidad, con prudencia suma no exenta de energía, teniendo muy presentes las reales circunstancias de la vida social española en las que logró dejar hondas raíces el liberalismo decimonónico.

La operación de escarda es iniciada por el Ministerio de la Regencia, mediante tres importantes disposiciones dictadas en 1875. El Decreto de 22 de enero estableció que se inscribieran como legítimos

En contra, CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 7.^a ed., Madrid, 1951, III, pág. 459, seguido por la mayoría de los autores.

111. Frente al parecer de ROMERO VIEITEZ, *Las normas del Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, en «Revista de Derecho Privado», XXV, 1941, págs. 69 y 70, que pone en duda la afirmación corriente de ser la Ley de 1870 la primera en introducir en España el matrimonio civil único, vid. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 12, nota 37.

los hijos procedentes de matrimonios exclusivamente canónicos, es decir, celebrados a espaldas de la Ley provisional de matrimonio civil. Por el Decreto de 9 de febrero, el Gobierno declara "el deber imperioso de apresurarse a restablecer la conveniente armonía entre la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, devolviendo a este Santo Sacramento todos los efectos que le reconocían nuestras antiguas leyes, y restituyéndolo a la exclusiva jurisdicción de la Iglesia". En la Real Orden de 27 de febrero, dictada como complemento del anterior Decreto, se insiste en que éste ha restablecido "la correspondiente armonía entre la legislación civil y la canónica, en punto al matrimonio de los católicos, dando por lo mismo a este Sacramento todos los efectos civiles que le atribuía nuestra legislación".

¿Son ciertas estas declaraciones del Gobierno de la Regencia? ¿Puede decirse con todo rigor que, en virtud de estas disposiciones revisionistas, se ha restablecido plenamente la armonía entre la legislación civil y la canónica que había roto la ley de 1870?

Aun sin desconocer la buena fe e incluso la oportunidad que inspiraron tales declaraciones, la respuesta a los interrogantes que acaban de formularse ha de ser negativa si quiere ser sincera. Ciertamente se restablece la armonía entre la legislación civil y la canónica, pero esto ocurre sólo parcialmente. Por vez primera nuestro legislador civil va a utilizar un sutil concepto que será desde 1875 el eje en torno al cual gire el sistema matrimonial español. El propio legislador, consciente sin duda de su grave responsabilidad, va a declararnos también los graves motivos que le impiden el logro inmediato de la armonía en toda su plenitud.

"El Gobierno no puede impedir que residan en España personas de otra creencia que la verdadera, *ni obligar a las prácticas del culto a los malos católicos sujetos a las censuras y penas eclesiásticas*. Admitido este hecho, que es ineludible lo mismo ahora que bajo la antigua Monarquía¹¹², el Estado no debe privar a tales personas de los medios de constituir familias que puedan ingresar algún día en el seno de la Iglesia".

112. Esto no es cierto, porque «bajo la antigua Monarquía» nunca fue permitido el matrimonio civil a los «malos católicos», que ahora se concede como una transigencia

Esto dice, en su preámbulo, el Real Decreto de 9 de febrero de 1875, que saca en seguida la consecuencia, al añadir que el Gobierno no puede menos de dejar subsistente la ley de 1870 en cuanto al consorcio de índole civil “que hayan contraído o lleguen a contraer los que *no profesando la religión de nuestros padres*, estén imposibilitados de santificarlo con el sacramento”.

Aquí tenemos ya el nuevo concepto —el de profesar o no la religión católica— que tanto va a influir en nuestro Derecho matrimonial.

La Real Orden de 27 de febrero de 1875 dictada con el designio de esclarecer el Decreto de 9 de febrero, lejos de disipar, agrava las dudas. Instruye a los jueces municipales en el sentido de que “sólo pueden autorizar los matrimonios de aquellos que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia católica”. Agrava, decimos, las dudas, porque, refiriéndose a los que, católicos por el bautismo (y, por tanto, pertenecientes a la Iglesia católica, aunque en rebeldía frente a ella) no profesan la religión católica, permite el matrimonio civil a quienes manifiesten de modo ostensible no pertenecer a la Iglesia, como si la pertenencia o no —hecho objetivo independiente de cualquier declaración —dependiera de la actitud subjetiva de los que no profesan de hecho la religión católica.

Exaltados se hallaban los ánimos de quienes contendían en pro o en contra del flamante “matrimonio civil”, al extremo de que el Gobierno de la Regencia consideró oportuno no insertar en la Gaceta la Real Orden citada de 27 de febrero. Y exaltados continuaban en el ambiente apasionado de los años siguientes, en que se abre una nueva etapa de nuestra legislación matrimonial con la que me he permitido llamar “ley tolerante de 1887”.

Con esta denominación me refiero al comunicado pontificio leído ante el Senado el día 14 de marzo de 1887, por el Ministro de Gracia y Justicia Alonso Martínez, acerca de la fórmula por él ideada, que contiene una actitud tolerante de la Iglesia para las disposiciones dictadas más tarde por el Estado español, consagrando la validez ci-

inevitable ante la presión de las circunstancias sociales provocada por el quinquenio de vigencia de la Ley de 1870.

vil, en contraste con el Derecho canónico, de ciertas uniones de los heterodoxos ¹¹³.

La etapa que ahora se inicia a casi veinte años de distancia de la Ley matrimonial de 1870, se inspira como las disposiciones de 1875 en un afán conciliador, pero se caracteriza por un rasgo nuevo de la mayor importancia.

En las disposiciones de 1875 el Estado español, fiel a la tradición católica (pronto se consagrará de nuevo la confesionalidad en el artículo 11 de la Constitución de 1876), se ve forzado a adoptar una actitud tolerante ante el nuevo fenómeno de la secularización del matrimonio. Se trata, sin embargo, de una tolerancia unilateral, de la tolerancia que se denomina técnicamente "civil", como propia del Estado católico, frente a la llamada "tolerancia eclesiástica", es decir, a la que sanciona la Iglesia, legalizando dentro de ciertos límites y por graves razones una conducta que juzga tolerable.

Pues bien, el Papa León XIII legalizó anticipadamente, dentro de ciertos límites, la futura conducta del Estado como legislador del matrimonio civil. Por eso he llamado "ley tolerante" a la declaración pontificia de 1887, que sanciona la fórmula de compromiso ideada por Alonso Martínez, fórmula que se incorpora a la base 3.ª de la Ley de 11 de marzo de 1888 y que un año más tarde se reproduce casi a la letra en el artículo 42 del Código civil.

La fórmula de Alonso Martínez y con ella el artículo 42 del Código en su primitiva redacción, hace girar todo el sistema matrimonial en torno a una expresión ambigua —ya empleada por el Decreto de 9 de febrero de 1875 y mantenida en la reforma de 1958— que admite variedad de significados: "los que profesen la religión católica".

Viene luego la exégesis, por vía administrativa, del artículo 42 del Código, que hará decir a éste cosas distintas según el criterio inspirador de la política confesional de los sucesivos gobiernos.

En rigor, el artículo 42 ha sido aplicado prácticamente durante treinta años conforme a la interpretación dada por la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, que exigió como requisito para autorizar

113. He tratado de la cuestión ampliamente en *El sistema matrimonial español*, págs. 103 y s.

el matrimonio civil la manifestación hecha ante la autoridad competente, por ambos contrayentes o, al menos, por uno de ellos, de no profesar la religión católica.

El Conde de Romanones deroga esta Real Orden con la de 27 de agosto de 1906, que al resolver "no se exija a los que pretendan contraer matrimonio civil ... declaración alguna relativa a la religión que profesen", trata de instaurar en la práctica un sistema de matrimonio facultativo, contrario a la ley tolerante de 1887 y al contenido del artículo 42 del Código. Dura poco, sin embargo, esta aventurada y artificiosa interpretación. Con la Real Orden de 28 de febrero de 1907 se deroga la de Romanones y se restablece la de 1900, reiterada por la de 28 de junio de 1913.

Una nueva tentativa —ésta más seria y lamentable por sus efectos— corre a cargo del Gobierno de la II República, mediante la Orden de 10 de febrero de 1932 que, al prohibir se exija "a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto a sus creencias religiosas y a la religión que profesan", vuelve al sistema de matrimonio civil facultativo, sistema que dura apenas medio año. Triunfa después la tendencia secularizadora con la ley republicana de 28 de junio de 1932: queda suprimido el artículo 42 del Código, al instaurar el matrimonio civil obligatorio, para todos los españoles, con carácter único en cuanto a la producción de efectos civiles; y se suprimen también los impedimentos de orden sagrado y profesión solemne, contenidos en el n.º 4.º del art. 83 del Código, impedimentos que habían sido respetados por la ley de 1870. Igualmente se introduce en el Derecho español el divorcio vincular, mediante la ley de 2 de marzo de 1932, nueva conquista de la secularización que no había logrado la ley de 1870.

Antes de referirnos al Concordato de 1953, merece recordarse la Orden de 10 de marzo de 1941, que contiene un cambio radical de criterio en la interpretación del artículo 42 del Código civil. Esta Orden, que merece aplauso por su recta intención y que ha sido criticada por algunos desde un punto de vista meramente técnico, ofrece varios criterios nuevos en la exégesis administrativa del artículo 42: traduce la frase "no profesen la religión católica", empleada anteriormente con expresión tomada del artículo 42, por la de "no pertenezcan a la religión católica"; sustituye el requisito de la "declaración expresa" por la "prueba documental" y, supletoriamente, la "declaración jura-

da"; exige a ambos cónyuges contrayentes la prueba de la acatolicidad; y supedita la validez del matrimonio civil a la exactitud de la prueba exigida.

No hay que ponderar, porque salta a la vista, el espíritu informador de la Orden de 1941. Estamos nuevamente en tiempos revisionistas, como aquellos de 1875, pero ahora sin voces militantes en contrario. No hace mucho se hizo lo más, al derogar por la ley de 12 de marzo de 1938 la legislación republicana sobre matrimonio civil obligatorio y sobre divorcio vincular. Se ha restablecido el viejo artículo 42 del Código, pero no puede olvidarse el vaivén de las interpretaciones administrativas y el peligro de que reaparezcan los intentos de restablecer en la práctica el matrimonio civil facultativo, y se cree llegada la hora de acabar con cualquier rebrote de divergencia entre el Derecho canónico y el Derecho civil. Por eso el art. 42 se interpreta en términos tales que cuantos están obligados —según el canon 1.099— a celebrar matrimonio canónicamente no tendrán acceso al matrimonio civil. De hecho debe reconocerse que —tal vez por considerarla ya inoportuna, dadas las nuevas circunstancias de la vida social española— esta Orden de 1941 no acoge el criterio de tolerancia que inspiró la fórmula ideada por Alonso Martínez, sancionada por León XIII y vertida en la base 3.^a.

En este clima aparece en el horizonte de nuestro Derecho el Concordato de 1953. Permítaseme una pregunta sin inmediata contestación: ¿puede extrañar que la mayor parte de los comentaristas del nuevo Concordato vean en él una exigencia para el logro de la deseada armonía de la legislación matrimonial española con la doctrina y el Derecho de la Iglesia?

10. *El Concordato de 1953 y sus comentaristas.*

Es grande el contraste que ofrecen nuestros dos últimos Concordatos con la Santa Sede. Mientras el de 1851 ni siquiera alude al matrimonio, el de 1953 le dedica los artículos XXIII y XXIV y varias prescripciones complementarias del Protocolo final en relación con el artículo XXIII.

Tal contraste no puede extrañar si se recuerda que el proceso secularizador del matrimonio no había hecho acto de presencia en nuestra Patria antes de 1870 y si se tiene en cuenta además que, como acaba-

mos de ver, el Código civil vigente en 1953 sigue marcado, como en su origen, aunque ahora con notables atenuaciones, por la impronta secularizadora.

Apenas publicado el Concordato de 1953, suscrito entre la Santa Sede y el Estado español en 27 de agosto, se hace objeto de amplios comentarios tanto por los canonistas como por los cultivadores del Derecho secular.

Al referirnos ahora a esta exégesis inmediata, nos importa principalmente señalar la actitud de los comentaristas.

Ante todo es de advertir que algunas de las cuestiones expresamente reguladas en el Concordato atrajeron poco la atención de los exégetas, aunque no faltaron estudios sobre ellas dirigidos especialmente a preparar la acomodación de nuestro Derecho interno a las prescripciones concordatarias, en cumplimiento de lo establecido en el artículo XXXVI del propio Concordato. Así ocurrió en relación con la licencia y el consejo paternos para el matrimonio¹¹⁴ y respecto de la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil¹¹⁵.

Mayor atención prestaron los comentaristas a alguna cuestión de índole procesal y en particular discutieron acerca de si, según el artículo XXIV del Concordato, la concesión de efectos civiles a las decisiones eclesiásticas de separación conyugal está subordinada a que las expresadas decisiones se dicten por la vía contenciosa¹¹⁶, o si después del Concordato se ha abierto en España la vía gubernativa, a efectos civiles, en las causas de separación temporal¹¹⁷.

114. Es notable el trabajo de CASTRO, *El matrimonio de los hijos*, en «Anuario de Derecho civil», VII, 1954, págs. 35 y s.; se ocupó también del tema FERNÁNDEZ RUIZ, *La licencia o consejo civil de los padres para el matrimonio de sus hijos, en trance de revisión*, en «Ecclesia», 1955, págs. 234 y s.

115. FUENMAYOR, *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil*, en «Anuario de Derecho Civil», VII, 1954, págs. 61 y s.; SANCHEZ RERULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid, 1955, págs. 154 y s.

116. Tal fue la tesis defendida por MIGUÉLEZ, a la sazón Decano de la Rota Española: *El Concordato entre la Santa Sede y el Estado español*, en «Revista de Derecho Notarial», 1954, págs. 33 y s.; y *Las causas matrimoniales de separación temporal*, separata de la «Revista Española de Derecho Canónico», 1954, págs. 8 y s.

La misma opinión sostuvieron PÉREZ MIER, *El Concordato español de 1953*, en «Revista Española de Derecho Canónico», IX, 1954, págs. 36 y s.; y MALDONADO, *Una autorizada opinión sobre la repercusión del Concordato en materia procesal matrimonial*, en «Revista de Derecho Procesal», 1954, págs. 682 y s.

117. Defendieron esta posición REGATILLO, *El matrimonio canónico en el registro del Estado*, en «Ecclesia», 1953, pág. 514, y MONTERO, *El Nuevo Concordato español*, Madrid, 1954, pág. 141.

Pero el tema que especialmente atrajo el interés de los comentaristas fue el de la reforma de nuestro sistema matrimonial, opinando los más, con criterio rígido y con el alborozo de ver llegada la hora ansiada de restablecer la plena armonía entre los ordenamientos canónico y civil, que el Estado español ha asumido en el Concordato la obligación de acoger plenamente en su Derecho interno la exigencia del canon 1.099, y que, por consiguiente, debía reformar sus leyes en el sentido de excluir positivamente del matrimonio civil a todos aquellos a quienes se lo prohíbe la Iglesia.

Lo curioso es que el Concordato no contiene declaración alguna directamente relativa a reforma tan radical de nuestro Derecho ¹¹⁸.

Como quiera que he estudiado con amplitud en otro lugar la argumentación de los autores que defendieron la tesis rígida, así como la de aquellos otros, menores en número, que se inclinaron, a raíz del Concordato, por una interpretación más amplia, abierta a una previsión de tolerancia, dentro de ciertos límites, para el matrimonio civil de personas obligadas a la forma substancial canónica ¹¹⁹, bastará recoger brevemente mi parecer, que coincide con el de estos últimos, como punto de partida para examinar las soluciones dadas por el legislador español al llevar a cabo la acomodación de nuestro Derecho interno a las prescripciones concordatarias.

El Concordato no quiso de intento adoptar la tesis rígida. De haberlo querido, no se ve dificultad para que, entre sus numerosas declaraciones sobre el matrimonio, no incluyera una dedicada expresamente a lograr la plena armonía de los dos ordenamientos en relación con el sistema matrimonial ¹²⁰.

El Concordato sólo contiene una exigencia inmediata, obligatoria para el Estado español, en el tema a que nos referimos. Se expresa en el Protocolo final (en relación con el art. XXIII, C): "En materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas

118. Así hicieron, p. ej., REGATILLO en el artículo últimamente citado y MALDONADO, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, en «Anuario de Derecho Civil», VII, 1954, pág. 149.

119. Pueden verse recogidas las opiniones de unos y otros en mi trabajo *El sistema matrimonial español*, págs. 32-40 y 112-130.

120. Vid. SANCHO REBULLIDA, *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*, Zaragoza, 1958, pág. 7.

y no católicas, el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho Canónico”.

Con esta declaración del Protocolo final, el Concordato ha querido revisar, derogándola implícitamente, la ley tolerante de 1887, en cuanto en aquel sistema, sobre el que se fundó el primitivo texto del artículo 42 del Código civil, la imperatividad de la forma canónica —como exigencia proclamada en la ley civil— se limitaba al caso de que *ambos contrayentes* profesasen la religión católica. Esto explica que en diferentes disposiciones administrativas, antes recordadas, se estimase suficiente para autorizar el matrimonio civil la declaración de acatolicidad de uno de ellos.

La finalidad de la repetida declaración del Protocolo es, a mi juicio, muy clara y precisa: pactar concretamente la reforma del art. 42 del Código mediante una redacción que prohíba el matrimonio civil cuando se trate de “matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas”.

En conclusión, entiendo que el Protocolo exige, de manera inmediata y directa un mínimo, sin renunciar por ello la Iglesia al máximo; dar un paso más que en 1887 en el restablecimiento de la armonía de los dos ordenamientos, pero sin la exigencia concordataria de alcanzar la perfecta armonía. Es éste un ideal para todos y cada uno de los Estados confesionalmente católicos, que —atendidas las circunstancias reales de la vida social— es lícito y conveniente atemperar con las exigencias de la tolerancia, porque también la justicia cae bajo el imperio de la prudencia, a la que corresponde una grave e insoslayable función moderadora ¹²¹.

A quien se extrañe de que el Estado español no haya incorporado a su Derecho interno la norma rígida e inflexible del canon 1.099, en el que se expresa el ideal de la perfecta armonía, habría que preguntarle si hay actualmente en el mundo algún Estado que lo haya hecho o pueda hacerlo.

121. Sobre la función de la prudencia en relación con la justicia, vid. PIEPER, *La prudencia*, págs. 57 y s.

IV

ADAPTACION DEL DERECHO INTERNO AL CONCORDATO

Llegados ya al objeto de nuestro estudio, vamos a examinar, en sus líneas generales, la reforma llevada a cabo en el Derecho español para acomodarlo a las prescripciones del Concordato vigente en materia matrimonial.

Trátase de un complejo de disposiciones nuevas que intentaremos contemplar de modo sistemático, con la mira puesta en descubrir el espíritu que las anima, tarea que esperamos se vea facilitada por las consideraciones de índole doctrinal e histórica que hemos expuesto en páginas anteriores.

Tras indicar el elenco de las fuentes en que se contiene la reforma, estudiaremos ésta en su conjunto, para concluir con una valoración general de la obra realizada por el Estado español en el cumplimiento de sus compromisos concordatarios.

11. *Las fuentes en que se contiene la reforma.*

Todas ellas se cuidan de advertir en su preámbulo o exposición de motivos que tienen por finalidad dar cumplimiento al Concordato de 1953, aunque la mayor parte afectan también a otras materias. Las citaremos por orden cronológico:

a) Decreto del Ministerio de Justicia de 26 de octubre de 1956, por el que se reforman varios artículos (37, 38, 41 y 100) del Reglamento del Registro civil de 13 de diciembre de 1870. En el preámbulo se indica su finalidad: "La necesaria reforma de la legislación del Registro civil, cada vez más sentida y actualmente en trance de realización, debe dar previo paso a la urgente armonización de ciertas disposiciones reglamentarias con el Código sobre la forma civil del matrimonio, *el cual debe ser a este fin interpretado dentro del espíritu que anima al Concordato vigente entre la Iglesia Católica y el Estado*". El Decreto contiene una nueva interpretación gubernativa del art. 42 del Código civil, que sustituye a la dada por la célebre Orden de 10 de marzo de 1941.

b) Circular de la Dirección General de los Registros dirigida en 2 de abril de 1957 a los Presidentes de las Audiencias Territoriales so-

bre la aplicación del citado Decreto de 1956, y en particular sobre el espíritu del art. 42 del Código civil "en orden a la no profesión de la Religión Católica, que constituye un presupuesto necesario" para que puedan ser autorizados los matrimonios civiles.

c) Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957, que deroga la de 1870. Dice en su exposición de motivos que "en la regulación de la inscripción del matrimonio canónico se ha procurado la adaptación al régimen concordatario y al Código civil".

d) Ley de 13 de noviembre de 1957 relativa al matrimonio de militares, adaptada al Concordato con la Santa Sede¹²², y desarrollada por la Orden de la Presidencia del Gobierno de 27 de octubre de 1958.

e) Ley de 24 de abril de 1958, que reforma numerosos artículos del Código civil. Su exposición de motivos declara que "la presente modificación del Código civil, la más extensa de las introducidas hasta ahora, afecta principalmente al régimen del matrimonio, para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato"¹²³.

f) Otra ley de 24 de abril de 1958, por la que se suprimen varios artículos y se reforma otro del Código penal. En la exposición de motivos se justifica la reforma con estas palabras: "Reformado el título IV del libro I del Código civil, para ampliar la libertad de contraer matrimonio en ejecución del vigente Concordato, es aconsejable poner en armonía nuestro Código penal con aquella reforma".

g) Otra ley de la misma fecha, 24 de abril de 1958, sobre modificación del título IV del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "exigida —dice su exposición de motivos— por la que se opera en determinados artículos del Código civil relativos al matrimonio y a la situación jurídica de la mujer".

h) Reglamento de la Ley del Registro Civil aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, que implícitamente deroga el citado Decreto de 26 de octubre de 1956.

122. Comienza su exposición de motivos con estas palabras: «El art. 36 del Concordato con la Santa Sede determina la obligación, por parte del Estado español, de promulgar las disposiciones necesarias para su ejecución, y en su consecuencia, se impone la necesidad de modificar las normas vigentes que regulan el matrimonio del personal de las Fuerzas Armadas, en sus distintas categorías.»

123. La reforma contiene también nuevas normas sobre la adopción, la capacidad jurídica de la mujer y los derechos sucesorios del cónyuge superviviente.

i) Ley de 22 de julio de 1961 relativa al matrimonio de funcionarios de la carrera diplomática, que contiene una nueva reglamentación sobre la materia, determinada, entre otras causas, por "las obligaciones contraídas por el Estado español como consecuencia del Concordato", según dice la exposición de motivos.

Como se ve, las disposiciones son numerosas y de índole diversa: por su rango (unas son leyes, otras preceptos administrativos); y por su finalidad: el Decreto de 1958 viene a ser una disposición puente, preparatoria de la reforma de la legislación registral y del Código civil.

Es de advertir que todas estas disposiciones responden a un idéntico espíritu informador y se dictan para la ejecución del Concordato. Esto explica que la Circular de 1957, a pesar de dictarse para la aplicación del Decreto de 1956, pueda estimarse vigente en la actualidad.

Puede decirse que, a la hora de cumplir sus compromisos concordatarios, la Autoridad civil quiso proceder con suma prudencia: prepara la reforma del régimen matrimonial codificado mediante el Decreto del 56, la Circular del 57 y la Ley del Registro civil; y completa la reforma del Código con una disposición gubernativa: el Reglamento de la Ley del Registro civil. El preámbulo de esta última disposición es muy expresivo: "En cuanto al matrimonio se adapta el Reglamento al vigente Concordato del Estado español con la Santa Sede, cuyas doctrinas están reflejadas en el Código y en la Ley del Registro civil. La inscripción del matrimonio canónico, por lo demás, es objeto de nuevo desarrollo reglamentario. Las normas sobre matrimonio civil siguen la línea impuesta por el Código, recientemente reformado; por la Ley del Registro, por el Decreto de 26 de octubre de 1956 y por la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de abril de 1957".

Junto a estas numerosas disposiciones de la Autoridad civil para la aplicación del Concordato en materia matrimonial, no puede olvidarse la disposición —única pero importantísima— dictada por la Autoridad eclesiástica. Nos referimos a la Circular dirigida a todos los Ordinarios de España, en 25 de marzo de 1957, por Mons. Antoniutti, Nuncio Apostólico de Su Santidad, para fijar el criterio de la Iglesia

sobre la aplicación del Decreto del Ministerio de Justicia de 26 de octubre de 1956 ¹²⁴.

La publicación de tal Circular está dentro de la praxis tradicional de la Iglesia, que ha querido fijar un criterio ante sus súbditos, con documentos unilaterales ante la aplicación que hicieran los Estados del régimen matrimonial concordatario ¹²⁵. La Circular —como sus análogos documentos— se dicta para que produzca efectos jurídicos en su propio campo, el eclesiástico, pero no por eso carece de valor para la exégesis de las disposiciones civiles, según explicaremos oportunamente.

12. *El sistema matrimonial.*

Viniendo ya al examen de la reforma en su misma sustancia, debemos considerar primeramente el nuevo sistema matrimonial, es decir, la cuestión relativa a la vigencia que, dentro del ordenamiento del Estado, corresponde al matrimonio civil frente al canónico. Para mayor claridad, dividiremos su problemática en varios apartados: a) las clases de matrimonio; b) el régimen jurídico del matrimonio canónico; c) carácter supletorio del matrimonio civil; d) la norma reglamentaria de tolerancia. La consideración separada de estos aspectos nos permitirá después, por vía de síntesis, apreciar en sus líneas más características el nuevo sistema matrimonial.

a) *Las clases de matrimonio.*

Como ya dijimos anteriormente, es nota común del proceso secularizador la importancia que en el régimen del matrimonio asume la forma; y no sólo en cuanto ésta se eleva a la categoría de elemento esencial (también tiene este carácter en Derecho canónico, desde la reforma tridentina), sino en el sentido de que en torno a la forma (canónica o civil) plantearon los secularizadores las principales cues-

124. El texto íntegro de la Circular de la Nunciatura, puede consultarse en mi trabajo *El sistema matrimonial español*, págs. 130 y s.

125. Sirvan de ejemplo las siguientes Instrucciones de la Sagrada Congregación de Sacramentos: 1 de julio de 1929 (A.A.S., XXI, 1929, págs. 352 y s.), 21 de septiembre de 1940 (A.A.S., XXXIII, 1941, págs. 29 y s.) y 25 de marzo de 1955 (A.A.S., XXXVII, 1955, págs. 630 y s.), dictadas respectivamente con ocasión de los Concordatos de Italia, de Portugal y de la República Dominicana.

tiones de competencia entre la Iglesia y el Estado con táctica sutil y habilidosa.

Por eso en la acomodación de nuestro Derecho interno al Concordato, se ha aprovechado la oportunidad para revistar la terminología —por otra parte errónea— de nuestro Código civil. El nuevo artículo 42 ya no dice “la ley reconoce dos *formas* de matrimonio”, sino que rectifica el término para decir: “La ley reconoce dos *clases* de matrimonio: el canónico y el civil”. La nueva terminología se ha llevado también a las rúbricas de la sección 1.ª (“De las *clases* de matrimonio”) y de la sección 2.ª (“Disposiciones comunes a las dos *clases* de matrimonio”) del título IV, capítulo I, libro I del Código civil.

Dejando aparte la cuestión terminológica, podemos preguntarnos si el hablar ahora el Código civil de “clases de matrimonio” tiene alguna importancia práctica en nuestro régimen jurídico.

Decididamente entiendo que la tiene, y grande, lo cual se comprueba si se advierte que el nuevo sistema matrimonial admite unos supuestos singulares que yo he denominado “matrimonios canónicos en forma civil” ¹²⁶.

Antes de la reforma, el sistema matrimonial del Código civil estaba dominado por un criterio formalista que influía poderosamente en el régimen del matrimonio canónico y del civil, pues se atendía a la forma de celebración como criterio decisivo para determinar la competencia de la Iglesia o del Estado respecto de cada matrimonio: si se había celebrado en forma civil, era competente en todo caso el Estado; y lo era la Iglesia sólo si la celebración se había hecho *in facie Ecclesiae*. Para comprobar esta característica del anterior sistema basta leer, en su texto primitivo, los arts. 75 y 80 del Código civil, en relación con los arts. 103 y 107 del mismo Cuerpo legal.

Después de la reforma, el criterio formalista ha perdido su valor catalizador. Ahora es únicamente criterio orientador del régimen y competencia en los casos de forma canónica. No lo es si los contrayentes celebraron su unión en forma civil, ya que caben “matrimonios canónicos en forma civil”, a los cuales debe aplicarse el régimen canónico (salvo en lo relativo al régimen de forma, donde parece deberá

126. Vid. FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, págs. 95 y s.

aplicarse el de la ley civil) tanto en lo que mira a su validez como en lo tocante a la jurisdicción competente para conocer en las causas que ellos puedan originar, tratándolos a tal respecto como si hubieran sido contraídos en forma canónica.

Estos matrimonios canónicos en forma civil han sido expresamente contemplados por el art. 263 del Reglamento del Registro civil de 1938: "La resolución canónica de que un matrimonio inscrito como civil fue desde el principio o ha pasado a ser válido matrimonio canónico y la celebración del último entre los mismos cónyuges, se inscribirá al margen, en virtud de certificación eclesiástica. Inscrita la ulterior celebración, no se podrá inscribir sentencia civil sobre validez, nulidad o separación mientras no se inscriba la declaración canónica de nulidad del segundo enlace".

En la norma que acabamos de transcribir, se contemplan los dos grandes supuestos de matrimonios canónicos en forma civil, según que su naturaleza canónica se dé en ellos inicialmente, es decir, al tiempo de celebrar la unión en forma civil, o en un momento ulterior.

Son ejemplos del primer caso el matrimonio contraído en forma civil por bautizados exentos de la forma sustancial canónica; y el celebrado civilmente, incluso por personas obligadas en principio a la forma sustancial, si dentro del supuesto excepcional que regula el canon 1.098, lo contraen (según las previsiones de este canon) ante el Juez y los dos testigos privados que exige para la celebración civil el art. 100 de nuestro Código.

La naturaleza canónica del matrimonio es sobrevenida en el matrimonio contraído entre infieles cuando ambos cónyuges o, al menos, uno de ellos reciba el bautismo; y también en el matrimonio contraído civilmente por súbditos de la Iglesia obligados a observar la forma canónica cuando tenga lugar la *sanatio in radice* o cuando formalicen canónicamente su unión.

b) *El régimen jurídico del matrimonio canónico.*

A él se refiere el nuevo art. 75 del Código civil: "El matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia Católica".

Si se contrasta con el texto derogado, se observa ante todo que dejan de emplearse los términos "forma" y "celebración" canónicas, para no excluir ningún supuesto de matrimonio canónico. De tal manera se hacen posibles entre nosotros los matrimonios canónicos en forma civil a que acabamos de referirnos. Estos supuestos quedan también incluidos en la nueva fórmula: "en todo cuanto se refiere a su constitución y validez".

De otra parte, se suprimen los términos "solemnidades" y "requisitos" por venir ya incluidos en la frase indicada, que se completa con las palabras "y, en general, a toda su reglamentación jurídica", para aludir, no sólo a las normas de validez, sino también de licitud (en sentido jurídico, no meramente moral). Así, por ejemplo, la violación del precepto que puede dar el Ordinario prohibiendo en un caso particular y "ad tempus" la celebración de un matrimonio.

Se suprime también la frase "y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino", por resultar anacrónica la alusión al régimen tridentino y para limpiar el precepto de resabios regalistas. La frase "admitidas como leyes del Reino" nos trae al recuerdo el "pase regio", del que se ha querido prescindir absolutamente de conformidad con lo establecido en el artículo II, núm. 2 del Concordato¹²⁷.

La fórmula "se rige por las disposiciones de la Iglesia Católica" comprende tanto el Derecho actualmente en vigor como el que pueda dictarse en el futuro, y no condiciona su observancia a ningún control por parte del Estado.

c) *Carácter supletorio del matrimonio civil.*

Entre los rasgos característicos del nuevo sistema merece subrayarse el carácter supletorio del matrimonio civil, que existía ya antes de la reforma, pero con notable ambigüedad, tanto que fue muy fácil —aunque con notoria infracción del art. 42— establecer por dos veces, mediante interpretación administrativa (R. O. de 27 de agosto

127. El artículo II del Concordato de 1953 dice, en su n. 2, que «la Santa Sede podrá libremente promulgar y publicar en España cualquier disposición relativa al gobierno de la Iglesia y comunicar sin impedimento con los Prelados, el clero y los fieles del país, de la misma manera que éstos podrán hacerlo con la Santa Sede».

de 1906 y D. de 10 de febrero de 1932) un sistema de matrimonio civil facultativo. De otra parte, el permitir (como hacían las restantes disposiciones gubernativas que interpretaron el art. 42, salvo la Orden de 1941) el matrimonio civil sin exigir a ninguna de las partes la prueba de no profesar la religión católica, pues bastaba la simple declaración del contrayente, ocasionaba con frecuencia el fraude a la ley y la ineficacia práctica del carácter supletorio del matrimonio civil.

Este carácter ha sido notablemente reforzado mediante la reforma de los arts. 42 y 86 del Código.

En el 42 se da cumplimiento a las exigencias del Protocolo final del Concordato por lo que se refiere a los "matrimonios mixtos entre personas católicas y no católicas". Y así se dice que "el matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica".

De tal modo se eliminan —como dice la exposición de motivos de la Ley de 1958— "antiguas dudas sobre si era posible el matrimonio civil cuando sólo uno de los contrayentes no profese la religión católica. Basta por tanto que uno de los contrayentes profese esta religión para que no quepa otra clase de matrimonio que el canónico".

Aquí reside la nota característica del sistema supletorio, en el cual uno de las dos clases de matrimonio (en nuestro caso, el canónico) se estima por la ley del Estado como institución de rango superior, principal o preferente en relación con la otra clase.

En el nuevo sistema español, el matrimonio canónico es principal: es el único abierto a determinados ciudadanos (los que profesan la religión católica) a quienes está prohibido el matrimonio civil, bajo sanción de nulidad¹²⁸; es también preferente, por ser el adecuado a la mayor parte de los españoles, razón por la cual se presume, mientras no se demuestre lo contrario. Y el matrimonio civil tiene carácter supletorio o subordinado, porque sólo se permite a quienes no están civilmente obligados a contraer *in facie Ecclesiae*; y tiene carácter ex-

128. Sobre los fundamentos legales para apoyar la nulidad, vid. FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, págs. 71 y s.; a favor de la nulidad, las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959. La primera de estas sentencias ha sido comentada por LALAGUNA, *Nulidad de matrimonio civil por confesión católica de uno de los contrayentes*, en «Ius Canonicum», I, 1961, págs. 271 y s.

cepcional (por estar a disposición de una minoría exigua), razón por la cual debe probarse el derecho otorgado por las leyes civiles para contraer matrimonio de tal clase.

Mientras se dice en el segundo apartado del nuevo art. 42 que “el matrimonio *habrá de contraerse canónicamente* cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica”, queda establecido en el tercero —con giro cuidadosamente elegido— que “*se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe* que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica”.

El Estado clasifica a los ciudadanos en dos grupos por razón de su profesión de catolicismo: a unos les impone el deber jurídico —si desean contraer matrimonio— de someterse a las exigencias del Derecho canónico; a los otros únicamente les “autoriza” a contraer civilmente. Aquí autorizar equivale a “permitir”, que es tanto como “tolerar”. y es que —como veremos enseguida— se ha visto precisado el Estado español, a pesar de su confesionalidad católica, a consagrar en el Código una norma que hace posible la tolerancia del matrimonio civil, dentro de ciertos límites, a los súbditos rebeldes de la Iglesia, a quienes alcanza, a pesar de su rebeldía, en todo su rigor la norma imperativa del canon 1.099, que exige —bajo pena de nulidad ante la Iglesia— la celebración del matrimonio canónicamente.

En la misma línea del reformado artículo 42, el nuevo art. 86 habla de quienes “*pudieren* contraer matrimonio en forma civil” y les exige presenten “la *prueba* de no profesar la religión católica”.

La exposición de motivos de la Ley de 1958 subraya la nota que venimos examinando con estas palabras: “En el art. 42 y en el 86, que ahora se reforman, queda claramente establecido el carácter supletorio del matrimonio civil”.

d) *La norma reglamentaria de tolerancia.*

Muchos esperaban que, con la reciente reforma del Código civil, desapareciera del art. 42 el concepto legal expresado en la frase “los que profesan la Religión católica”. Tal opinaban quienes vieron en el Concordato de 1953 la exigencia imperativa —como obligación impuesta al Estado— o, al menos, la coyuntura propicia de lograr en términos absolutos la plena armonía del ordenamiento civil con el ca-

nónico en lo que mira al sistema matrimonial, sin margen alguno para la tolerancia del matrimonio civil en favor de los súbditos de la Iglesia rebeldes a ella.

Sin embargo, el nuevo art. 42 —para dar justamente cauce a una posible solución de tolerancia— ha respetado en su texto la discutida frase, que ahora se utiliza por dos veecs, en los apartados segundo y tercero: positivamente (“cuando uno al menos de los contrayentes *profese la religión católica*”) y de modo negativo (“cuando se prueba que ninguno de los contrayentes *profesa la religión católica*”) como criterio discriminador de los que *han de observar* la forma canónica y de aquellos a quienes *se autoriza* el matrimonio civil.

Cabe preguntar la razón por la cual el legislador español ha conservado, como eje del sistema, el viejo concepto legal —profesar o no la religión católica— a pesar de haber sido severamente criticado por su ambigüedad. La respuesta la hemos apuntado hace un momento, pero no estará de más precisarla.

No tratamos ahora de justificar el criterio de tolerancia, al que nos hemos referido por extenso en otra ocasión¹²⁹, sino de exponer el instrumento técnico empleado por el legislador para hacerla posible.

Ese instrumento ha sido el concepto legal de la “no profesión”, útil como ningún otro para resolver prudentemente el arduo problema de la tolerancia formulada con criterio católico (tolerancia civil del Estado confesional).

Útil, decimos. Y se nos podrá objetar: ¿útil por su ambigüedad? A lo que respondemos: útil ciertamente, pero no por lo que tiene de ambiguo, que denota pobreza ante las exigencias del orden jurídico, caracterizado por su tendencia a la seguridad y certidumbre; sino por lo que tiene de elástico, como tantos otros “conceptos válvulas”, que la norma positiva acoge con frecuencia para lograr esa otra nota del Derecho caracterizada por su fiel acomodación a las circunstancias reales de la vida social, respecto de la cual es mero instrumento que, caminando con la mira puesta en el alto ideal de la justicia, se ve, sin embargo, moderada por los imperativos de la prudencia, ante la cual —*auriga virtutum*— debe también plegarse humildemente la misma justicia.

129. Vid. *El sistema matrimonial español*, págs. 138 y s.

Pero al afirmar que el concepto legal de que venimos hablando es un concepto elástico —y por eso, útil y fecundo— no queremos negar que sea, a la vez, ambiguo, y, por eso, necesitado de ulterior definición.

Lo que ocurrió con el primitivo texto del art. 42, ocurre también ahora —es algo, a la par, inevitable y previsto— después de la reforma llevada a cabo por la Ley de 1958: se hace necesario, en todos los momentos de su vigencia, una norma reglamentaria que tome partido, con criterio de autoridad, entre las varias posibles acepciones del ambiguo concepto legal.

Esta norma reglamentaria existe. Se contiene en el nuevo Reglamento del Registro civil, que, con ligeros retoques, ha hecho suyo el criterio sentado por el Decreto de 26 de octubre de 1956, anteriormente calificado por nosotros como “disposición puente”, en cuanto su finalidad principal fue preparar la reforma del Código civil y de la legislación registral.

Antes de referirnos a los criterios de la vigente norma reglamentaria, importa hacer una consideración de cierto interés.

El legislador de 1958 ha utilizado —como sus predecesores— el discutido concepto de la “no profesión” para autorizar el matrimonio civil de sus súbditos. Pero de aquí no se sigue —sería precipitada y errónea conclusión— que, mediante ese idéntico instrumento técnico, haya llegado a las mismas soluciones del problema. De ser así, ¿para qué la reforma?

Ya hemos señalado las novedades que contiene el actual artículo 42. Algunas de ellas (sustituir “formas” por “clases” de matrimonio, y exigir la prueba de la no profesión, en este artículo y en el 86, para autorizar la unión civil), bastarían para afirmar con fundamento que la reforma representa un paso importante hacia una más lograda armonía de ambos ordenamientos.

La mayor novedad consiste, sin embargo, en haber dado nueva redacción al art. 42, que, por estar oscuramente redactado, planteaba la duda de si, para considerar obligatoria la forma canónica era preciso que *ambos* contrayentes profesasen la Religión católica o bastaba que la profesase *uno solo* de ellos¹³⁰. La duda ha desaparecido, en fa-

130. Tal era el criterio sentado, entre otras, por la Resolución de la Dirección General

vor del criterio restrictivo, para dar cumplimiento a las exigencias del Protocolo final del Concordato. Según el nuevo texto no cabe sino el matrimonio canónico "cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica"; y el matrimonio civil sólo se autoriza "cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica".

De tal modo se permite, con carácter supletorio, el matrimonio civil únicamente en estos casos:

- 1) Si ambos contrayentes son infieles.
- 2) Si uno y otro son, por su bautismo, cristianos acatólicos.
- 3) Si ninguno de ellos profesa actualmente la Religión católica, aunque hubiera ingresado en la Iglesia por el bautismo o la conversión.

En los dos primeros casos se abre el matrimonio civil a quienes lo tienen también autorizado por el Derecho canónico (cánones 1.015 y 1.099, § 2).

En el tercer caso queda autorizado —por el art. 42— el matrimonio civil, pero no se impone legalmente esta forma a quienes podrán utilizar la canónica, a tenor del canon 1.099, § 1.

Así se combinan las dos declaraciones del Concordato sobre la materia: la ya citada del Protocolo final relativa al "matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas" (que en todo caso requiere forma canónica) y la contenida en el art. XXIII, según el cual "el Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico", toda vez que no se excluye de la forma canónica ninguna de las uniones previstas por el canon 1.099 ¹³¹.

Como se ve, es notable el avance que representa el nuevo art. 42 pa-

de los Registros de 28 de julio de 1913, en la que se afirma ser «criterio constante de interpretación, con reducidas y efímeras desviaciones, que la declaración hecha por ambos o por uno solo de los que pretenden contraer matrimonio civil, de no profesar la religión católica, basta para exceptuarlos de la imposición contenida en la primera parte del citado artículo», es decir, de contraer la unión en forma canónica.

131. Frente a los que afirman que el Estado español, por virtud del art. XXIII del Concordato, viene obligado a no reconocer plenos efectos civiles al matrimonio celebrado contra las normas del Derecho canónico, véase mi trabajo *El sistema matrimonial español*, págs. 113 y s.

ra la aproximación al Derecho canónico de nuestro sistema matrimonial.

Sin embargo, una cosa es que la ley civil no excluya de la forma canónica ninguna de las uniones previstas por el canon 1.099, lo cual es tanto como decir que rechaza cualquier atisbo de matrimonio civil obligatorio (exponente de la máxima pugna entre ambos ordenamientos); y otra cosa distinta, que imponga la forma canónica a cuantas personas están obligadas a ella, en el fuero eclesiástico, por virtud de lo dispuesto, so pena de nulidad, en el canon 1.099.

Aquí estriba la discordancia todavía existente. Discordancia que ahora es menor, al haberse ampliado considerablemente en el Código civil el círculo de personas a las cuales *impon*e la forma canónica de celebración: basta que una de las partes *profese* la religión católica para que no pueda autorizarse la unión civil.

Hechas las anteriores salvedades, vengamos ya al examen de la norma reglamentaria de tolerancia; examen que deberá ser breve, pues sólo pretendemos señalar su espíritu informador.

El nuevo Reglamento del Registro civil dedica los arts. 243 a 250 al tratamiento del matrimonio civil. Sus preceptos carecen de especial interés, salvo los relativos al requisito de la notificación circunstanciada que el Encargado del Registro ha de hacer a la autoridad eclesiástica diocesana sobre el matrimonio civil proyectado por "personas que, bautizados en la Iglesia Católica o convertidas a ella de la herejía o del cisma, hubiesen apostatado posteriormente"; requisito del que nos ocuparemos más adelante.

Lo que ahora importa es contemplar el perfil del supuesto a que se refiere el Reglamento en su art. 245, porque en él se determinan —aunque sólo en sus líneas más generales y típicas— los límites en que el Estado ha concedido, por vía de tolerancia, el matrimonio civil a personas obligadas, por el Derecho de la Iglesia, a la celebración en forma canónica.

Trátase de "personas que, bautizadas en la Iglesia Católica o convertidas a ella de la herejía o del cisma, hubiesen apostatado posteriormente" (art. 245 citado).

El supuesto está tomado del Decreto de 26 de octubre de 1956, el cual hablaba, con expresión menos clara, de "bautizados en la Igle-

sia Católica o de aquellos que, convertidos a ella, hubiesen apostatado posteriormente e intentaren contraer matrimonio civil entre sí o con personas acatólicas”.

Aquí queda acotado el campo de la tolerancia por vía de interpretación administrativa (en el Decreto del 56, para el viejo texto del art. 42 del Código civil, “interpretado dentro del espíritu que anima el Concordato”, y en el Reglamento del Registro para el nuevo texto del Código), y se nos dice hasta dónde puede llegarse en la práctica aplicación del concepto legal de “no profesión”.

Poco después de publicarse el Decreto del 56, aparece la Circular de la Nunciatura, fechada en 25 de marzo de 1957, que tiene por fin —a la vista de las normas contenidas en el Decreto gubernativo— insistir sobre el celo con que la autoridad eclesiástica “debe proceder y precaver a los fieles contra posible defecciones y hacer respetar las leyes de la Iglesia”.

La Circular de la Nunciatura dice que “con sujeción al texto del susodicho Decreto gubernativo, se pueden fijar (entre otros) estos puntos: a) la admisión a la estipulación del acto civil solamente puede tener lugar en el caso de que ambos interesados hayan apostatado de la Fe Católica, o cuando una persona que se halle en tal desdichada condición intente unirse con una acatólica; b) la norma no puede, por tanto, ser extendida a otras condiciones de personas, aun cuando sean indiferentes u hostiles a la práctica de los deberes religiosos”.

Haciéndose eco de estos criterios de la Autoridad eclesiástica (aunque sin referirse a ellos), la Circular de la Dirección General de los Registros, después de decir que “la circunstancia de profesar o no profesar la religión católica queda erigida por la norma en concepto clave, en concepto decisivo para la delimitación de los sujetos a quienes es posible el matrimonio civil”, agrega que “la forma civil del matrimonio sólo será aplicable en el caso de que ambos contrayentes hayan evidentemente apostatado de la fe católica, sin que, por tanto, la posibilidad de proceder al acto civil pueda extenderse a otra condición de personas, aunque sean indiferentes u hostiles a la práctica de la Religión”, y luego se extiende en determinar con notable precisión los criterios que deben observarse en la prueba rigurosa de no profesar la religión católica, según la interpretación restrictiva antes señalada, que sólo admite, en los obligados a la forma canónica por el

canon 1.099, la celebración del matrimonio civil cuando acrediten con prueba suficiente y adecuada "su actitud ostensiblemente desvinculadora y apóstata de la dogmática fundamental del catolicismo".

Como ya indicamos anteriormente, esta Circular de la Dirección de los Registros debe estimarse en vigor, porque, si bien fue dictada como complemento del Decreto de 1956, su finalidad era y sigue siendo, según palabras de la propia Circular, "instruir a los órganos que intervienen en la celebración de matrimonios civiles sobre el espíritu del citado artículo 42 (del Código civil) en orden a la no profesión de la Religión católica, que constituye un presupuesto necesario para que estos actos puedan ser autorizados". Hoy constituye la interpretación gubernativa del art. 42, y un complemento de los preceptos antes recordados del nuevo Reglamento del Registro civil.

Por análogas razones, debe estimarse valedera también, dentro de su propio campo, el eclesiástico, la Circular de la Nunciatura antes citada.

Para completar la fisonomía del nuevo sistema matrimonial español, debemos añadir que —como se cuida de hacer constar la Circular de la Dirección de los Registros de 2 de abril de 1957, y antes lo había indicado en su preámbulo el Decreto del 56— "continúa permaneciendo en pleno vigor lo dispuesto en el artículo 83, n.º 4 del Código civil, relativo a los que han recibido órdenes sagradas o se hallen ligados con voto solemne de castidad, los cuales no pueden contraer matrimonio, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica". Consideración que sigue siendo actual, por haberse conservado intacto, después de la reforma del Código, el indicado art. 83. Así, pues, estas personas no pueden acogerse al régimen de tolerancia, aunque prueben su condición de apóstatas, si no acreditan también la oportuna dispensa, dada por la Iglesia, del impedimento de orden sagrado o voto solemne de castidad, según los casos.

Si ahora resumimos, por vía de síntesis, los rasgos característicos del nuevo sistema matrimonial español, según las reformas introducidas en el antiguo para dar cumplimiento al Concordato, debemos decir ante todo que deben distinguirse las normas llevadas al Código civil y las que se contienen en disposiciones gubernativas.

Por lo que se refiere al Código, a mi juicio resultan claros los puntos siguientes:

a) Ha perdido la "forma civil" el excesivo valor que le atribuía anteriormente el Código. Ahora lo que decide es la objetiva naturaleza del matrimonio. En todo caso la definición de si un determinado matrimonio tiene naturaleza canónica se hace tomando en cuenta las normas del Derecho de la Iglesia, y no exclusivamente la forma de celebración. Por eso caben entre nosotros matrimonios canónicos en forma civil.

b) Se ha ampliado el círculo de las personas que sólo pueden contraer matrimonio canónicamente; y, como consecuencia, se ha reducido el grupo de quienes están autorizados por la ley estatal para contraer la unión civil.

c) Se ha prevenido el fraude a la ley exigiendo la prueba de la "no profesión" como presupuesto para poder celebrar el matrimonio civil. No basta con la simple declaración de la acatolicidad del propio contrayente.

Todo esto hace del nuestro un sistema de matrimonio civil subsidiario, claro en sus líneas fundamentales y adecuadamente elaborado desde el punto de vista de la técnica jurídica. Y de otra parte, el Código civil ha avanzado un trecho considerable en la línea de aproximación al Derecho canónico.

d) Se ha conservado, como eje del sistema, el concepto legal de "profesar o no la religión católica", dotándolo de precisión en su contexto y en su relación sistemática con otras normas concordantes, y reservando su necesaria y específica concreción a preceptos gubernativos.

Esto lleva consigo que las interpretaciones del art. 42 podrán cambiar también en el futuro según diversos criterios, como ocurrió en el pasado, antes de la reforma. Pero si esto es cierto, no lo es menos que cabe llegar, con el actual texto, a una interpretación de plena concordancia con el canon 1.099, como lo pretendió —basada en el anterior texto— la Orden de 1941; mientras que, por el contrario, no cabe volver a los viejos criterios, toda vez que el art. 42 reformado las hace imposibles al exigir, de una parte, que ambos contrayentes (y no sólo uno de ellos) se encuentren en la circunstancia de no profesar la religión católica, y de otra, que ambos prueben su falta de profesión.

Por lo que se refiere al sistema matrimonial tal como es configurado por las actuales normas gubernativas (Reglamento del Registro civil y, especialmente, Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de abril de 1957), deben anotarse las siguientes características:

a) Se define con precisión el círculo de personas a quienes alcanza la tolerancia estatal del matrimonio civil, es decir, de aquellos a quienes se permite esta clase de unión a pesar de estar obligados, según el Derecho de la Iglesia, a contraer canónicamente.

De tal manera, es abordado de frente, con decisión y pulcritud técnica, el problema de la tolerancia, extraordinariamente confuso y por demás laxo en las anteriores normas gubernativas.

b) Se ha tomado partido, al interpretar la reforma del art. 42 del Código, a favor de una solución intermedia entre las varias que admite el concepto de "no profesión", sin aceptar la más rigurosa (acogida por la Orden de 1941, que lo hace equivalente a no pertenecer, por el bautismo o la conversión, a la Iglesia católica) ni admitir la más amplia (seguida por las restantes disposiciones gubernativas anteriores a la reforma), toda vez que exige que la "no profesión" sea cualificada (los contrayentes a quienes se tolera el matrimonio civil han de ser apóstatas de la fe católica), y rechaza la posibilidad de extender la tolerancia a los bautizados en la Iglesia Católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma que sean simplemente indiferentes u hostiles a la práctica de la Religión.

c) Se dictan criterios muy rigurosos en lo que mira a la prueba de la "no profesión", y se previene el fraude a la ley al exigir "que se desconfie de las apostasías que tienen lugar al tiempo que se pretende contraer matrimonio civil, pues bien pudieran ser motivadas, más que por un cambio de la fe, por el deseo de eludir la disciplina canónica del matrimonio".

d) Se reduce prácticamente la admisión al matrimonio civil —en los casos de contrayentes obligados por el Derecho de la Iglesia a la forma canónica— a un círculo limitadísimo de personas. Tras decir que "el supuesto de apostasía es excepcional y, por tanto, debe ser objeto siempre de interpretación y ampliación restrictiva", se traduce en instrucciones prácticas este criterio restrictivo. Son tan rigu-

rosos los criterios de la Circular, que ésta se ve en el caso de declarar que el Juez cuidará siempre “de eliminar cualquier subterfugio que pueda eludir el mandato del artículo 42 del Código civil, pero evitando, asimismo, que sus exigencias constituyan obstáculos de hecho invencibles”.

En resumen: el nuevo art. 42 hace posible —sin regularla— la tolerancia del matrimonio civil y se acerca a la completa armonía con el Derecho canónico al ampliar considerablemente el círculo de personas obligadas por la ley civil a la forma canónica; la norma de tolerancia se contiene en disposiciones gubernativas presididas por criterios rigurosamente restrictivos.

13. *Requisitos previos a la celebración.*

En una visión panorámica de la disciplina de los requisitos previos a la celebración del matrimonio se debe considerar como aspectos más importantes: a) la licencia para matrimonio de los hijos; b) la licencia y permiso para el matrimonio de militantes; c) la licencia y dispensa para el matrimonio de diplomáticos; d) aviso al Juez civil del proyecto de matrimonio canónico; e) la notificación a la Autoridad eclesiástica del proyecto de matrimonio civil de apóstatas. Pronto veremos que algunos de estos puntos han sido incluidos en la reforma de nuestro Derecho interno por explícita exigencia del Concordato, mientras otros proceden del afán del Estado de acomodarse al espíritu de las disposiciones concordatarias.

a) *La licencia para el matrimonio de los hijos.*

El apartado B) del Protocolo final en relación con el art. XXIII del Concordato de 1953 dice así: “Las normas civiles referentes al matrimonio de los hijos tanto menores como mayores, serán puestas en armonía con lo que disponen los cánones 1.034 y 1.035 del Código de Derecho Canónico”.

Para justificar la reforma llevada a cabo en cumplimiento de esta disposición concordataria, dice la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, que “ese poner en armonía” no hace referencia, sin duda alguna, a una futura y posible discordancia de ambos orde-

namientos, sino que postula una revisión actual de las normas civiles vigentes¹³².

Con el fin de ilustrar el sentido de la reforma parece conveniente hacer un contraste entre el Derecho canónico y el régimen civil anterior al Concordato; pero antes será oportuno fijar la atención sobre algunos aspectos fundamentales expresivos de la tradición multi-secular de la Iglesia en la materia, para encuadrar en su contexto doctrinal el espíritu de la norma concordataria.

Son puntos fundamentales de la tradición canónica, los siguientes:

a) La Iglesia ha destacado siempre el matrimonio celebrado *sine consensu parentum*, entendiendo que peca el hijo, en ocasiones incluso mortalmente, por contravenir el precepto que impone obediencia y reverencia hacia los padres, y por tratarse de materia que puede ser grave. Al resumir la antigua doctrina de canonistas y jurisperitos, decía Pedro de Ledesma: "*Regulariter et per se loquendo si filius debet contrahere matrimonium, illud debet facere ex voluntate parentum, et si non faciat peccat mortaliter et idem docent doctores, theologi quam jurisperiti*"¹³³. Se entendió siempre que la obligación de los hijos se extiende a pedir consejo y a doblegarse en caso de oposición razonable de los padres, de modo que no infringe este deber quien, pedido el consejo, contrae contra la oposición no razonable de los padres.

b) Pero la Iglesia ha afirmado también que el matrimonio que contrae el hijo desobediente es plenamente válido¹³⁴. Desde el Concilio de Trento, el punto quedó definitivamente establecido. El *Decre-*

132. Así resultaba de las palabras que se leen en el Mensaje del Jefe del Estado a las Cortes españolas: «armonizaremos con los preceptos del Derecho canónico las normas civiles relativas al matrimonio de los hijos».

133. *De magno matrimonij sacramento*, Salmanticae, 1592, qu. 47, arf. 6.

134. Este principio fue decididamente proclamado por PEDRO LOMBARDO (*Sentent.*, IV, c. 2) quien afirmó que el *consensus parentum* sólo se requería «ad decorem et honestatem debitam sacramenti». De este modo la exigencia del consentimiento de los padres quedaba fuera del campo de la validez o licitud, en sentido estricto (impedimentos dirimentes o impedientes), de las nupcias; en esta línea de pensamiento y a partir del s. XII, fue ya general la afirmación de que «licitum est nubere cui vult, patre consentiente vel non consentiente». Sobre este punto, señala con acierto D'AVACK (*Corso di diritto canonico, Il matrimonio*, I, Milano, 1959, págs. 270 y s.) que «las razones que indujeron a la Iglesia a adoptar esta nueva doctrina, verdaderamente revolucionaria, que venía a destacarla completamente de los antiguos dictados del derecho romano y a ponerla en contraste con las

tum de reformatione matrimonii, de 11 de noviembre de 1563, después de advertir que los Padres del Concilio no han querido mudar "disciplinam iam ab aliquot saecula receptam", fulmina anatema contra los sostenedores del criterio contrario: "Eos Sancta Synodus anathemate damnat, qui... falso adfirmant matrimonia a filiis familiae sine consensu parentum contracta, irrita esse et parentes ea rata vel irrita facere posse: nihilominus Sancta Dei Ecclesia ex iustissimis causis, illa semper detestata est atque prohibuit".

c) Las leyes civiles —en su lucha con el Derecho canónico— ni se atrevieron a atacar esta doctrina de la Iglesia ni quisieron someterse a los cánones conciliares. Y acudieron a sutiles distinciones para anular los matrimonios de los hijos rebeldes: especialmente las ficciones de la "clandestinidad" y del "rapto de seducción". De tal manera, mantenían el control paterno por consideraciones señoriales o meramente políticas, llevando hasta los mayores excesos el ejercicio de la patria potestad ¹³⁵.

d) Los canonistas pusieron en claro la competencia de la potestad civil frente a los hijos desobedientes, diciendo más o menos lo que explicaba Ledesma: "Omnes nationes quamvis barbarae detestantur eos, qui contrahunt matrimonium sine voluntate parentum et existimant esse irreverentiam gravissimam. Cum contrahere matrimonium contra voluntatem parentum sit peccatum contra lege naturae, et pacis perturbativum, iustum est ut publica auctoritate puniantur".

e) El tema se reducía, entonces, a una cuestión de prudencia, pues si bien la ley civil podía imponer sanciones a la desobediencia, traicionaba, sin embargo, el espíritu del Derecho canónico si las sanciones eran desproporcionadas, ya que, en última instancia, había que salvar a un tiempo la reverencia a los padres —con las ventajas de evitar los matrimonios celebrados por los hijos irreflexivamente— y la libertad plena de los contrayentes expresada en el viejo principio

correspondientes disposiciones de las varias legislaciones civiles, fueron principalmente dos: por una lado, la preocupación de salvaguardar la *salus animarum* contra el *periculum incontinentiae*, eliminando todo obstáculo o impedimento a la posibilidad de que contrajesen matrimonio aquellos que eran *ad coeundum potentes* y sujetos, como tales, a los estímulos de la *carnalis concupiscentia*; por otro lado, el deseo de asegurar la plena libertad del consentimiento de los contrayentes, sustrayéndolos completamente a toda potestad o ingerencia familiar».

¹³⁵. Vid. supra, notas 51 y 52; y el importante estudio de CASTRO, ya citado, *El matrimonio de los hijos*, pág. 47.

matrimonium autem solo consensu contrahitur acogido por Gregorio IX en las Decretales (c. 14, X, *de sponsal*, IV, 1), y ahora en el *Codex*: "Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus: qui nulla humana potestate suppleri valet" (canon 1.081, § 1).

Partiendo de los puntos indicados, es fácil parangonar el viejo sistema del Código civil con el que establece el *Codex* en los cánones 1.034 y 1.035, que dicen así:

Canon 1.034: "Exhorte el párroco gravemente a los hijos de familia menores de edad a que no contraigan matrimonio sin el conocimiento de sus padres o con la oposición razonable de ellos; y si no lo atienden, no debe asistir a su matrimonio sin consultar antes al Ordinario del lugar".

Canon 1.035: "Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe".

Las diferencias más notables con el sistema del Código civil eran las siguientes:

a) El requisito de la aprobación del matrimonio por los padres se limita en el *Codex* a los hijos menores de edad. El Código español lo exigía tanto a los menores (licencia) como a los mayores de edad (consejo).

b) El *Codex* habla de "oposición razonable". El Código prescindía de las razones de la oposición, y no daba contra el disenso recurso alguno.

c) El disenso tiene un único efecto jurídico (no meramente moral) en el sistema canónico: la obligación del párroco de elevar consulta al Ordinario. Este puede autorizar el matrimonio, por parecerle infundada la oposición, o hacer uso de la potestad que le concede el canon 1.039, § 1, y prohibir el matrimonio, "pero sólo con carácter temporal, con justa causa y mientras ésta subsista". Es de advertir que la prohibición impuesta por el Ordinario no reviste el carácter de impedimento, por lo que el matrimonio que se contrajera a pesar de ello sería válido, pero ilícito. El contraste es de importancia, pues de la ilicitud pueden extraerse consecuencias jurídicas en el orden civil, según se indicará más adelante.

Las consecuencias del disenso y de la falta de consejo, en el ordenamiento español eran numerosas ¹³⁶; y algunas, tan excesivas por su dureza que de hecho podían representar un freno para la libertad de los hijos en la celebración del matrimonio.

La reforma ha venido a dar satisfactorio cumplimiento a las exigencias del Concordato. En su elaboración se tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones, convergentes todas ellas en procurar la plena armonía de ambos ordenamientos:

1.ª Por lo que se refiere al matrimonio canónico, se tuvo presente que, en pura doctrina, la ley civil no debe dictar regla ninguna que entrañe de alguna manera sanción para los hijos si el matrimonio se contrae con plena licitud según el Derecho de la Iglesia. La unión es ilícita —a la luz de este Derecho— sólo en los casos en que, siendo los hijos menores de edad, no se pidió el parecer a los padres o se mostraron éstos, con justa causa, contrarios al proyectado matrimonio. Corresponde al Ordinario examinar, en última instancia, si existe o no en la negativa paterna una causa razonable: el matrimonio celebrado con autorización del Ordinario (en los casos de disenso paterno) es lícito; y no lo es si, ante la negativa de los padres, deja de consultarse al Ordinario, o si, a pesar de haber éste dispuesto que se dilate la celebración, se contrae el matrimonio, lo cual puede hacerse de hecho por inadvertencia o mala fe del párroco.

2.ª Se estimó también que no era procedente mantener el requisito del consejo para el matrimonio de los hijos mayores de edad. Y eso no sólo por reclamarlo claramente el Concordato, sino para concordar nuestro Derecho con la legislación extranjera, que desconoce tal institución, desaparecida incluso en Francia por una ley de 2 de febrero de 1933.

3.ª Por lo que se refiere al matrimonio civil, se juzgó oportuno establecer un sistema paralelo al que acogiera la reforma para el matrimonio canónico, sustituyendo la intervención del Ordinario por la de la autoridad judicial, que cumple tantas funciones de orden familiar en el sistema civil español.

¹³⁶. Se contenían en los arts. 50, 1.333, n.º 3.º, 1.340 y 1.432 del Código civil; en el art. 1.880, n.º 3.º de la L. de Enjuiciamiento civil; y en los arts. 474 y 478 del Código penal.

4.^a En cuanto a las sanciones de orden civil en caso de incumplirse el requisito de la licencia (el punto más delicado que exigía especial ponderación), se pensó que deberían limitarse (pero no suprimirse) en términos que, sin mermar la libertad de los contrayentes, se consiguiera hacer eficaz tal requisito. Y es que interesa, sin duda, al Estado que los hijos, en materia grave cual es el matrimonio, no obren irreflexivamente, por lo que puede y debe intervenir con medidas adecuadas y equitativas para exigir la efectividad del requisito de la licencia.

La acomodación del Código civil al Concordato se ha traducido en las siguientes reformas, llevadas a cabo por la Ley de 24 de abril de 1958 ¹³⁷.

1. Se ha suprimido enteramente la institución del consejo ¹³⁸.
2. Se ha reservado el nombre de licencia para denominar la autorización paterna, que antes se designaba indistintamente con los términos de licencia o consentimiento ¹³⁹. Con esto se ha querido indicar que, no afectando para nada la autorización paterna a la validez del matrimonio, éste se origina por el consentimiento de los hijos sin necesidad de complemento alguno a este respecto. Sin embargo, como señala García Cantero ¹⁴⁰, el art. 44 del Código civil conserva la referencia al consentimiento, sin duda por olvido del legislador.

3. Se ha establecido un recurso ante la negativa a otorgar la licencia, que puede ser injustificada. Al efecto se dispone en el nuevo texto del art. 49 que "si la licencia fuera negada, el matrimonio podrá celebrarse si se autoriza por el Ordinario del lugar o por el Presidente de la Audiencia Territorial, según fuera canónico o civil". Pero se ha conservado el primitivo texto del art. 49 ¹⁴¹, que ahora dice, como primer apartado del nuevo: "Ninguno de los llamados a otorgar la licencia está obligado a manifestar las razones en que se funda para

137. Se ha aprovechado la reforma para introducir algunas otras novedades en el régimen de la licencia motivadas por consideraciones puramente técnicas o por el nuevo régimen de la adopción que establece la propia Ley de 1958.

138. Al efecto se han modificado los arts. 45, n.º 1.º, 47, 48, 49 y 86 del Código civil.

139. Antes de la reforma se hablaba de licencia en los arts. 45, 46 y 48; y se utilizaba el término de consentimiento en los arts. 44, 46, 49, 1.333 y 1.340.

140. *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, pág. 131, nota 123.

141. Cambiando las palabras «consentimiento o consejo» por «licencia» y suprimiendo la prohibición del recurso contra el disenso.

concederla o negarla". La regla está basada en la consideración de que tales razones pueden ser tan íntimas y delicadas (en particular, ciertos impedimentos ocultos), que es conveniente los desconozcan incluso los propios menores; pero esto no significa, en modo alguno, que no deban ser expuestas, en caso de recurso, ante el Ordinario, o ante el Presidente de la Audiencia Territorial, que deberán mantenerlos convenientemente reservados.

4. Se declara que a todos los efectos la autorización dada por estas autoridades equivale a la licencia ¹⁴², con el fin de extraer iguales consecuencias en ambos casos: en el de licencia otorgada inicialmente y en el de autorización que emana del recurso; en uno y en otro caso se estima que el matrimonio no es sólo válido, sino también plenamente lícito, por no ser razonable la oposición ¹⁴³.

5. Se han atenuado las sanciones derivadas de la ilicitud, suprimiendo cuanto en el antiguo régimen inmediato a la reforma representaba una coacción a la libertad de los contrayentes.

A tal fin se han introducido las siguientes modificaciones en el art. 50 del Código civil:

Se ha borrado toda referencia a las sanciones de orden penal ¹⁴⁴.

Ha desaparecido por entero la antigua regla segunda: imponer la incapacidad activa y pasiva a los dos cónyuges (al inocente lo mismo que al culpable) para recibir del otro cosa alguna por donación o testamento, significaba una sanción casi de orden penal, injusta por desproporcionada y excesiva también en cuanto no admitía posible revisión.

En la antigua regla tercera (que ha pasado a ser segunda) desaparece la limitación de la cuantía del derecho a alimentos (cifrada en

142. Así se dice en el art. 49, y se alude a las consecuencias de tal equiparación en los arts. 1.333, n.º 3.º y 1.340.

143. Aunque se trata de cuestión secundaria, merece también citarse la novedad introducida en el art. 48, en cuanto al modo de acreditar la licencia antes de la celebración: «Cuando se trate de matrimonio canónico, podrá ser también autorizado el documento por el párroco y por un Notario eclesiástico». Ya había declarado la Real Orden de 11 de marzo de 1915, con relación al texto primitivo del art. 48, que el documento de que hablaba este precepto podían suscribirlo los párrocos en su calidad de notarios eclesiásticos.

144. Consiguientemente, se ha reformado el Código penal en el sentido que luego examinamos.

la venta líquida de los bienes del menor emancipado) por no juzgarla justificada ¹⁴⁵.

b) *Licencia y permiso para el matrimonio de militares.*

Tradicional en nuestro Derecho ha sido la exigencia de una autorización administrativa ¹⁴⁶ a los militares para contraer matrimonio, basada en las necesidades del servicio o en el prestigio y decoro del Ejército ¹⁴⁷.

El Estado español ha querido modificar el régimen de esta autorización administrativa, por entender que la declaración contenida en el Protocolo final del Concordato, en relación con el art. XXIII, B), le obligaba a poner en armonía su legislación con lo dispuesto en el canon 1.035 del Código de Derecho Canónico, según el cual "pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe"; y al efecto ha revisado las normas administrativas que limitaban la libertad matrimonial en lo que se refiere a las uniones, tanto canónicas como civiles de los individuos pertenecientes al Ejército.

Todas estas disposiciones representaban la prohibición (asegurada con graves sanciones) de contraer matrimonio absoluta y relativamente, pero con una importantísima diferencia respecto de los afectados, pues mientras puede estar justificado (por conveniencias del servicio, prestigio del Cuerpo, etc.), en el caso de quienes forman parte del Ejército con carácter voluntario, que pueden salvar la prohibición de contraer matrimonio al margen de la autorización administrativa solicitando la separación del servicio, no tiene justificación suficiente en el caso de quienes se hallan obligatoriamente sujetos al servicio militar. Partiendo de estas consideraciones, se llevó a cabo

145. La reforma ha dulcificado también las consecuencias de orden civil en los supuestos de los núms. 2.º y 3.º del art. 45: matrimonios de la viuda y del tutor. Siendo casos análogos al de los hijos menores, era justo dictar para ellos reglas idénticas.

146. Por su carácter estrictamente administrativo, esta autorización queda al margen de la esfera del Derecho civil, razón por la cual no han de exigirla el Párroco ni el Encargado del Registro civil como requisito previo a la celebración. Vid. GARCÍA CANTERO, op. cit., págs. 162 y s.

147. El preámbulo del Real Decreto de 27 de diciembre de 1901, refrendado por Weyler, justifica la autorización, al señalar que tiene por finalidad «restringir un tanto enlaces prematuros, y evitar que se realicen con personas que, por sí o por sus familias, no reúnen condiciones para compartir con los militares los honores correspondientes a los cargos que éstos desempeñan».

la reforma por medio de la Ley de 13 de noviembre de 1957 (sobre matrimonios de militares de los tres Ejércitos¹⁴⁸), desarrollada con normas complementarias por la Orden de la Presidencia del Gobierno de 27 de octubre de 1958, que incluye también los Cuerpos de la Guardia Civil y Policía Armada y de Tráfico.

Distinción fundamental de la reforma es la relativa al matrimonio de las clases de tropa, a quienes se exige un simple permiso; y al matrimonio de los demás militares, que deben contar con una licencia especial.

La *licencia* exige la tramitación de un expediente, en el que ha de acreditarse (salvo dispensa de carácter graciable) la nacionalidad española, hispano-americana, portuguesa, brasileña o filipina de la futura contrayente, el satisfactorio comportamiento social de ésta, así como su buena conducta moral y la de su familia. Las sanciones por el incumplimiento de este requisito, se han suavizado¹⁴⁹.

El *permiso* para el matrimonio de las clases de tropa, se solicita del Jefe del Cuerpo, Unidad o Centro o Buque de que dependan "los cuales lo otorgarán en todo caso sin existir la concurrencia de condición alguna por la futura contrayente, y en el más breve plazo posible, subordinado solamente a las necesidades del servicio"¹⁵⁰. La inobservancia de este "inocente" requisito administrativo, hace incurrir a los infractores "en la falta leve de inexactitud en el cumplimiento de obligaciones reglamentarias del art. 443 del Código de Justicia Militar", y los marineros en el primer año de la situación de disponibilidad son sancionados con arresto gubernativo de uno a treinta días¹⁵¹.

De tal manera, se ha suprimido el celibato temporal obligatorio —que era contrario al Derecho natural— impuesto durante el servicio militar y asegurado con graves sanciones¹⁵². Se mantiene en la

148. Vid. GARCÍA CANTERO, *La ley de 13 de noviembre de 1957 relativa a matrimonios militares*, en «Anuario de Derecho Civil», XI, 1958, págs. 225 y s.

149. Vid. art. 12 de la Ley.

150. Cfr. art. 7 de la Orden citada.

151. Art. 13 de la Ley.

152. El Reglamento para el reclutamiento y reemplazo del Ejército, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1943, disponía en su art. 32 que «los individuos sujetos al servicio militar no podrán contraer matrimonio desde que ingresen en caja hasta su pase a la situación de reserva»; los contraventores, a tenor del art. 408, incurrirían en la pena que marca el Código de Justicia Militar.

reforma la prohibición de contraer matrimonio a los alumnos de Academias Militares mientras duren sus estudios, bajo la sanción de ser dados de baja: aquí no padece de hecho la libertad para celebrar el matrimonio, porque el interesado puede abandonar, si lo prefiere, su condición castrense¹⁵³.

c) *Licencia y dispensa para el matrimonio de diplomáticos.*

Mediante la Ley de 22 de julio de 1961, el Estado español ha querido establecer —entre otras razones, para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en el Concordato de 1953— una nueva regulación legal del matrimonio de los funcionarios de la Carrera Diplomática, “haciendo compatible —dice la exposición de motivos— el *derecho natural al mismo* con las necesidades del servicio exterior de la Nación”.

Ahora como antes se exige a estas personas una autorización administrativa, pero, por virtud de la reforma, se han atenuado las consecuencias de la falta de licencia, y se ha introducido la posibilidad de obtener dispensa para contraer ciertos matrimonios que antes estaban prohibidos. De tal modo, se ha logrado reconocer con mayor amplitud el “derecho natural al matrimonio” de que habla la nueva ley.

Todos los funcionarios de la Carrera Diplomática —incluso los Embajadores no procedentes de la Carrera— y los alumnos de la Escuela, necesitan para contraer matrimonio obtener la oportuna *licencia* del Jefe del Estado. La licencia exige la tramitación de un expediente administrativo, en el que ha de acreditarse la nacionalidad española, hispanoamericana, filipina, portuguesa o brasileña de

La ley de reclutamiento de la Armada, de 14 de diciembre de 1933, en su art. 36, prohibía a los marineros contraer matrimonio hasta su cese en el servicio activo o hasta transcurrido el primer año en situación activa, pero autorizaba a concederles licencia en casos especiales; la prohibición iba acompañada de la pena de arresto para los contraventores, prevenida en el art. 104.

153. Cfr. art. 4.º de la Ley citada.

Otras situaciones son claramente explicadas en la Exposición de Motivos de dicha Ley: «aun cuando se establece la condición de soltero para la obtención de sucesivos reenganches, una vez cumplido el tiempo de servicio forzoso o el compromiso inicial, se reserva a los Ejércitos, para el mejor cumplimiento de sus fines, la facultad de dispensar de este requisito según los casos.—Por lo que se refiere a los especialistas, en razón de la misión técnica que desempeñan, se facilita la continuación en el servicio de los que han contraído matrimonio, al no exigirles el requisito de dispensa para la renovación del compromiso cuando hayan cumplido veinticinco años de edad.»

la futura contrayente, así como su buena conducta moral privada y social. La sanción por el incumplimiento de este requisito se ha atemperado: el art. 69 del Reglamento de 15 de julio de 1955 castigaba el matrimonio celebrado sin licencia con la baja automática en el Escalafón; la nueva Ley deroga expresamente esta norma y califica aquella infracción de "falta grave", que nunca se sanciona con la baja.

Cuando la futura contrayente fuere de nacionalidad distinta de las antes indicadas, el funcionario deberá obtener previamente *dispensa* del Ministro de Asuntos Exteriores, y una vez obtenida podrá elevarse la solicitud de licencia al Jefe del Estado. El hecho de casarse sin haber obtenido la necesario dispensa, se sanciona con la separación del servicio, previa tramitación del procedimiento correspondiente. En este punto la Ley del 61 ha suavizado también el régimen anterior, que no admitía dispensa alguna e imponía en todo caso la separación del servicio ¹⁵⁴.

d) *Aviso al Juez civil del proyecto de matrimonio canónico.*

Para dar cumplimiento a la norma concordataria según la cual "en ningún caso la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico será considerada condición necesaria para el reconocimiento de sus efectos civiles" (Protocolo final, en relación con el art. XXIII, apartado A, 1), la Ley de 1958 ha introducido dos importantes modificaciones en el art. 77 del Código civil:

a) Se ha suprimido la prohibición impuesta al Cura párroco de proceder a la celebración del matrimonio canónico sin presentar los contrayentes el recibo del aviso al Juez civil ¹⁵⁵.

b) Ha desaparecido también la arbitraria regla ¹⁵⁶ que —para el caso de haberse celebrado el matrimonio canónico sin la concurrencia del Juez civil cuando, por culpa de los contrayentes, no se le hubiera dado el previo aviso— establecía que sólo produciría efectos ci-

154. Sobre toda esta materia, vid. GARCÍA CANTERO, *Matrimonio de los funcionarios de la carrera diplomática*, en «Anuario de Derecho Civil», XIV, 1961, págs. 897 y s.

155. Sobre los posibles efectos que pudiera llevar consigo el incumplimiento de tal prohibición. vid. SANCHO, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, pág. 108 y s.

156. Véase el duro ataque dirigido a la antigua regla por SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, V, 1, pág. 443.

viles desde la fecha de su inscripción en el Registro y no desde su celebración, cuando aquéllos usasen del derecho que se les reconocía de subsanar la falta solicitando la inscripción ¹⁵⁷.

e) *Notificación a la Autoridad eclesiástica del proyecto de matrimonio civil de apóstatas.*

Al estudiar anteriormente las diversas actitudes que, según las diferentes circunstancias, puede adoptar el Estado católico ante la secularización del matrimonio, hacíamos observar que, entre dos sistemas de matrimonio civil subsidiario que toleren en igual medida cuantitativa el matrimonio civil, será más perfecto aquel que combine la tolerancia con una amplia intervención de la Iglesia (dentro de su campo propio, es decir, el eclesiástico) para que pueda combatir eficazmente el proceso secularizador del matrimonio.

Es oportuno repetir ahora tal observación para apreciar la importancia grande del requisito a que debemos referirnos, introducido por la reforma reciente en nuestro Derecho, y cuya procedencia se encuentra en la Convención entre la Santa Sede y Colombia de 1924 ¹⁵⁸.

Antes de examinar las normas reguladoras del requisito tal como ha sido establecido en España, conviene llamar la atención acerca de las fuentes en que se contiene. Es de advertir que, mientras en Colombia, el requisito se formula en una de las Notas del Cardenal Gasparri, que forma parte de la Convención, siendo por tanto, a la vez, norma eclesiástica y norma estatal; entre nosotros el requisito viene regulado civilmente por el Decreto de 26 de octubre de 1956 (ahora sustituido por los arts. 245 y 250 del Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958) y precisado por la Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de abril de 1957, pero a la vez —y como norma válida sólo en la esfera eclesiástica— el requisito viene también disciplinado por la Circular de la Nunciatura de

¹⁵⁷ Tal regla fue benignamente interpretada por la jurisprudencia, para salvar las graves consecuencias que aparejaba la irretroactividad de la inscripción (Sentencias 16 de febrero de 1892, 21 de noviembre de 1916 y 15 de febrero de 1928). Vid. también Resolución de la D. General de los Registros de 1 de julio de 1916.

¹⁵⁸ Cfr. PÉREZ MIER, *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, págs. 197 y s.

25 de marzo de 1957. Esta última dualidad de fuentes —que, por lo demás, coinciden plenamente en la orientación fundamental— exige, en el intérprete, el tratamiento del tema con gran pulcritud, procurando a la vez: a) no confundir las normas civiles con las canónicas, pues cada una tiene su imperio propio, aunque sean unas mismas personas sus destinatarios; b) no divorciarlas tampoco, porque constituyen piezas coordinadas de un único sistema. Trátase de algo peculiar en nuestro Derecho, que no puede entenderse por entero si tales piezas se consideran aisladas, como si entre ellas no existiera conexión.

La disciplina civil se contiene en las siguientes normas:

a) Los que pretendan contraer matrimonio civil declararán en el Registro Civil de su domicilio que no profesan la Religión católica y si hubieran sido bautizados en la Iglesia Católica o convertidos a ella, acompañando la prueba de la no profesión ¹⁵⁹.

b) Ratificados los contrayentes, si se tratase de personas que, bautizadas en la Iglesia Católica o convertidas a ella de la herejía o del cisma, hubieran apostatado posteriormente, el Encargado expondrá circunstanciadamente el proyecto de matrimonio a la autoridad eclesiástica diocesana, la que podrá pedir información supletoria ¹⁶⁰.

c) No se celebrará el matrimonio en tanto no transcurra un mes desde la expedición de la comunicación, o desde la última, si las declaraciones de los contrayentes se presentan a diferentes Encargados ¹⁶¹. Mientras transcurre el mes se practicarán las pruebas propuestas o acordadas de oficio, encaminadas a acreditar la religión de los contrayentes ¹⁶².

d) Si surgiesen dudas a los Encargados sobre la concurrencia de los requisitos para hacer viables estos matrimonios civiles, se suspen-

159. Arts. 86 del Código civil y 243 y 244 del Reglamento del Registro.

160. Art. 245 del Reglamento del Registro.

En la notificación deberán consignarse «los datos que identifiquen a los contrayentes, domicilios respectivos, actitud en que se hallan, según declaración, respecto de la Religión Católica, y cuantos elementos de juicio consten en el expediente. Si la Autoridad eclesiástica diocesana demandase una mayor información o el conocimiento de antecedentes, el juez, si obraren en el expediente, deberá facilitar copia o nota suficiente» (Circular de la D. Gral. de los Registros, IV).

161. Art. 245, ap. 2 del Regl. del Reg.

162. Art. 246 del Regl. del Reg.

derá la ejecución del auto dictado por el Juez de primera instancia y se elevará, con el dictamen del Fiscal y demás antecedentes, a la Dirección General para su resolución definitiva ¹⁶³.

e) El Ministerio Fiscal, que debe ser notificado por el Juez de la existencia del expediente sobre matrimonio civil, puede aportar las pruebas oportunas y si estimare, frente al Juez que habría de autorizar el matrimonio, que no debe procederse a su celebración, actuará en cualquier momento anterior a la celebración del matrimonio, conforme a los artículos 97 y 98 del Código civil, suspendiéndose aquella celebración mientras dure el procedimiento ¹⁶⁴.

Las normas canónicas relativas a la conducta que debe observar la autoridad eclesiástica, se contienen en la Circular de la Nunciatura de 25 de marzo de 1957, y son las siguientes:

A) Tan pronto sea recibida la notificación de las autoridades civiles, el Ordinario u Ordinarios interesados tendrán esmerada diligencia en comprobar si resulta efectivo el abandono de la Fe Católica por parte de los desdichados de quienes se trate, y sobre todo si ello había ocurrido *tempore non suspecto*; y en evitar que realmente alguno se lance a declararse con ligereza "no católico", al exclusivo fin de sustraerse a la legislación canónica del Matrimonio: lo que equivaldría a abrir un portillo a la multiplicación de uniones civiles, con las funestas consecuencias fácilmente adivinables;

B) será bien que los Reverendísimos Ordinarios pidan siempre a las autoridades civiles —si no va adjunta ya al acto de la notificación— la documentación presentada por los interesados para probar el verificado abandono de la Fe Católica;

C) cuando esto no resulte conforme a verdad, sino que se com-

163. Art. 250 del Regl. del Reg.

Tales dudas «han de versar fundamentalmente sobre cuestiones de Derecho, entre las que están las que se originen sobre los conceptos utilizados por las normas, y concretamente el de profesar o no profesar la Religión Católica, en relación con la prueba practicada. Sin embargo, quedan a salvo las superiores prerrogativas de la Dirección General y de los jueces de Primera Instancia, quienes acordarán lo que estimen más conveniente para el mejor desempeño de las funciones que los jueces que les están subordinados tienen en orden a la celebración del matrimonio, como, por ejemplo, el ordenar la ampliación de las pruebas, e, incluso, imponer la superior apreciación de las presentadas» (Circular de la Dir. Gral., V).

164. Circular de la Dir. Gral., V.

pruebe tan sólo el caso de indiferencia o incluso de hostilidad a la práctica de la Fe, será de ello informada la autoridad civil. En caso de particular importancia, los Ordinarios podrán dirigirse directamente al Excelentísimo Sr. Ministro de Justicia, exponiéndole el resultado de las propias indagaciones;

D) al mismo tiempo, los Excelentísimos Sres. Obispos, por medio de los párrocos u otras personas que consideren idóneas, procurarán disuadir, con toda claridad y prudencia, a los interesados, de su deplorable propósito, haciéndoles comprender las consecuencias de orden espiritual y moral a que se encaminan, y conminándoles con las penas en que pueden incurrir;

E) cuando tales gestiones resultasen infructuosas al fin deseado, no se hará notificación alguna a la autoridad civil. Esta, sin embargo, no podrá autorizar la estipulación sin que primeramente haya transcurrido un mes completo desde la fecha en que haya recibido el aviso la autoridad eclesiástica.

La Circular de la Nunciatura añade que, cuando haya tenido lugar la estipulación del acto civil, el Ordinario competente procederá a la declaración de las penas incurridas, que serán las siguientes:

a) Para los contrayentes, ya católicos que han abandonado la Fe, las señaladas en el canon 2.314 del C.I.C. Tal declaración será hecha *per modum praecepti*, esto es: con un breve Decreto razonado, dada la certeza del delito, a tenor de los cánones 2.223, § 3, y 1.933, § 4;

b) para los fieles católicos que eventualmente tomaren parte en la estipulación del acto civil actuando de testigos, el entredicho *ab ingressu ecclesiae* de que trata el canon 2.277, por el escándalo que su comportamiento produce entre los fieles en una nación católica como España. También esta declaración deberá ser hecha en la forma arriba indicada.

Tratándose de censuras, éstas no cesan sino con la absolución (c. 2.248, § 1), la cual supone, como condición, el *recessus a contumacia*, que para los contrayentes consistirá en retornar a la Fe y, por consiguiente, legalizar canónicamente su posición matrimonial, o separarse; y para los testigos, la retracción pública del mal causado.

La Circular declara expresamente la finalidad que persigue, al decir que el vigilante celo de los Sagrados Pastores y la estricta obser-

vancia de las normas indicadas en la propia Circular, harán que no se multipliquen “las uniones civiles entre personas obligadas al respeto de las prescripciones canónicas”.

Teniendo en cuenta las normas civiles y las prescripciones canónicas que acabamos de transcribir, es fácil comprobar que —debiendo evitarse la confusión entre ellas— constituyen, sin embargo, piezas de un único sistema, que cumple el objetivo de reducir al mínimo la celebración de matrimonios civiles contrarios al Derecho canónico (son los matrimonios tolerados por el Estado confesional); objetivo que se trata de alcanzar dando ocasión a la Iglesia para que, en cada caso concreto, pueda tener una activa intervención cerca de la autoridad civil y cerca de sus súbditos rebeldes, para lograr de aquélla que no extienda la tolerancia en la práctica más allá de lo establecido en las normas civiles, y para realizar una labor pastoral preventivamente con los que pretenden acogerse a la tolerancia por medio de la persuasión, y, tras la celebración del matrimonio, mediante la aplicación de las penas canónicas tanto a los contrayentes como a los testigos. Esta acción de la Iglesia queda autorizada, más aún, alentada por el Estado como el medio más eficaz para desterrar hasta sus últimas raíces la secularización del matrimonio en nuestra Patria¹⁶⁵.

Considerando en su conjunto el sistema de intervenciones civiles y eclesiásticas que tienen su punto de arranque en el nuevo requisito de la notificación circunstanciada, parece claro que la tolerancia del Estado concedida a los apóstatas para contraer matrimonio civil —de espaldas a la Iglesia, de la que siguen siendo súbditos, aunque rebeldes— se ha establecido con las más rigurosas garantías. Con él se trata de evitar que el sistema de matrimonio civil subsidiario pueda de hecho convertirse en facultativo; y se quiere evitar también, de una parte, que sean estimados como apóstatas quienes no lo son, y, de otra, que la tolerancia en favor de éstos pueda desorientar a los buenos católicos, toda vez que las penas canónicas vienen a proclamar en cada caso, con la consiguiente descalificación social de contrayentes y testigos, que ese matrimonio civil es un concubinato, por celebrarlo quienes están obligados a la forma canónica.

165. No puede producirse entre nosotros un caso como el de Prato, cuyo Obispo fue procesado por difamación a causa de haber calificado de concubinarios y públicos pecadores a una pareja de bautizados que habían celebrado matrimonio civil, de acuerdo con el sistema italiano de matrimonio civil facultativo.

14. *Asistencia del Juez civil al matrimonio canónico.*

La reforma ha mantenido este requisito y se ha cuidado de puntualizar algunos extremos que antes aparecían dudosos:

a) El Juez encargado asistirá por sí o por delegado a la celebración del matrimonio canónico al solo efecto de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil ¹⁶⁶.

b) El Encargado o su delegado comparecerá en el lugar y hora señalados en el aviso y dará a conocer su carácter al sacerdote autorizante; si, transcurrido un tiempo prudencial, no se procede a la celebración, podrá retirarse ¹⁶⁷.

15. *Inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil.*

Con referencia a este punto, son de tener en cuenta el artículo XXIII del Concordato y las declaraciones del Protocolo final.

Artículo XXIII.—“El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico”.

Protocolo final.—En relación con el art. XXIII.

“A) Para el reconocimiento, por parte del Estado, de los efectos civiles del matrimonio canónico, será suficiente que el acta del matrimonio sea transcrita en el Registro Civil correspondiente.

“Esta transcripción se seguirá llevando a cabo como en el momento presente. No obstante, quedan convenidos los siguientes extremos:

“1. En ningún caso la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico será considerada condición necesaria para el reconocimiento de sus efectos civiles.

“2. La inscripción de un matrimonio canónico que no haya sido anotada en el Registro inmediatamente después de su celebración, podrá siempre efectuarse a requerimiento de cualquiera de las partes o de quien tenga un interés legítimo en ella.

166. Art. 77 del Código civil y 71 de la Ley de Registro Civil.

Según el art. 240 del Reglamento del Registro, «el encargado puede, bajo su responsabilidad, delegar la asistencia en cualquier español capaz. Delegará, preferentemente, en autoridad, funcionario, Licenciado en Derecho o Procurador de los Tribunales y comunicará, con la debida antelación, la delegación y sus instrucciones».

167. Art. 241 Regl. del Reg.

"A tal fin, será suficiente la presentación en las oficinas del Registro civil de una copia auténtica del acta de matrimonio extendida por el Párroco en cuya Parroquia aquél se haya celebrado.

"La citada inscripción será comunicada al Párroco competente por el encargado del Registro civil.

"3. La muerte de uno o de ambos de los cónyuges no será obstáculo para efectuar dicha inscripción.

"4. Se entiende que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito regirán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio. Sin embargo, cuando la inscripción del matrimonio sea solicitada una vez transcurridos los cinco días de su celebración, dicha inscripción no perjudicará los derechos adquiridos, legítimamente, por terceras personas".

La acomodación de nuestro Derecho interno al Concordato, exigía: a) trasladar con la mayor fidelidad posible las declaraciones concordatarias a la ley española; y b) suprimir en ésta cualquier traba al reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico, sólo condicionado por el Concordato a la inscripción en el Registro Civil. En cuanto a este segundo extremo, hemos examinado ya la reforma al ocuparnos del aviso al Juez civil del proyecto de matrimonio canónico. Y en lo que se refiere a la incorporación de las declaraciones concordatarias, fácil es comprobar la fidelidad con que han sido recogidas en los arts. 76 y 77 del Código civil¹⁶⁸.

Para enjuiciar la reforma no basta, sin embargo, cotejar la nueva redacción dada a estos artículos con las declaraciones del Concordato. Es necesario, como vamos a hacer brevemente, analizar los preceptos reglamentarios referentes a la constancia registral de la clase de matrimonio, la naturaleza y efectos de la inscripción después de la reforma, y la repercusión que en todo el sistema lleva consigo el haber dejado subsistente e intacto el art. 51 del Código civil.

a) *La calificación registral de la clase de matrimonio.*

Con relación a las inscripciones matrimoniales en el Registro Civil, es digno de notar el cuidado que ha puesto la reforma en dejar

168. Son correlativos a estos preceptos los arts. 70 y 71 de la Ley del Registro Civil, que habían acogido ya las declaraciones del Concordato.

constancia expresa de la clase de matrimonio. El Derecho registral ha querido de tal modo hacerse eco de las normas sustantivas del nuevo sistema matrimonial que, al hablar de clases de matrimonio, ha superado el criterio puramente formalista de nuestro sistema anterior.

Dispone el Reglamento del Registro Civil que en la inscripción de matrimonio canónico se hará constar su carácter canónico, y la parroquia, nombre y apellidos del sacerdote que asiste (art. 254); y en la inscripción del civil se hará constar el carácter civil del matrimonio (art. 255). Normas que tienen su complemento en el art. 263 del propio Reglamento, que manda inscribir al margen la resolución canónica de que un matrimonio inscrito como civil fue desde el principio o ha pasado a ser válido matrimonio canónico y la celebración del último entre los mismos cónyuges, precepto que hemos considerado anteriormente al referirnos a los matrimonios canónicos en forma civil.

En cuanto al alcance de la calificación, debe tenerse muy en cuenta que el Encargado del Registro sólo está autorizado a calificar, como advierte Díez Gómez, las formas externas de los documentos eclesiásticos que sirven de título a la inscripción¹⁶⁹. Así resulta del nuevo artículo 77 del Código civil, según el cual la inscripción podrá hacerse "mediante copia auténtica del acta sacramental o de certificación eclesiástica acreditativa del matrimonio"; y del art. 263 del Reglamento del Registro en el que se dispone que la resolución canónica relativa a la naturaleza canónica de un matrimonio inscrito antes como civil, se inscribirá "en virtud de certificación eclesiástica".

b) *La naturaleza y efectos de la inscripción.*

La reforma de nuestro Derecho por aplicación del Concordato, ha venido a confirmar la naturaleza de la inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil, subrayando con nitidez la doble finalidad a que sirve: proporcionar a los cónyuges un título de legitimación para el ejercicio de los derechos y facultades de carácter civil que tienen su causa originadora en el matrimonio; y constituir una garantía para los terceros, a quienes se les respetan los derechos que adquirieron legítimamente en el caso de que la inscripción del matrimonio no se hubiere realizado dentro de cierto plazo.

169. *La Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis*, en «Revista de Derecho Notarial», XXI-XXII, 1958, pág. 347.

En cuanto título legitimador, la inscripción hace referencia exclusivamente a la posibilidad de ejercitar derechos y facultades que tienen su causa y origen en el matrimonio. Por eso es impropio, por equívoco, hablar en este tema de retroactividad. Los efectos del matrimonio nunca se retrotraen, porque siempre se producen como una consecuencia del matrimonio, que les sirve de causa y de soporte. En rigor, lo único que ocurre es que no pueden ejercitarse sino por el obligado cauce de la inscripción.

Con el recuerdo de estas ideas fundamentales, fácil resulta señalar el sentido de las normas reguladoras de la materia, y comprobar que no existe entre ellos contradicción alguna.

Dice así el nuevo artículo 76 del Código civil:

“El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles.

“Para que éstos sean reconocidos bastará con la inscripción del matrimonio correspondiente en el Registro Civil.

“Cuando la inscripción se solicite una vez transcurridos cinco días desde la celebración, no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas”.

En el primer apartado de este artículo queda claramente establecido el matrimonio canónico como causa originadora de los efectos civiles, es decir, como título de adquisición. En el segundo se configura la inscripción como necesario y suficiente título legitimador: es el requisito indispensable y único para el reconocimiento de los efectos, es decir, para el ejercicio de los derechos y facultades que tienen su causa en el matrimonio. En el tercero se define la otra finalidad que tiene la inscripción como medio de publicidad del matrimonio y la consiguiente garantía del tercero.

Como se ve, cosas distintas son, de una parte, los efectos civiles del matrimonio y su reconocimiento, y de otra, la garantía otorgada al tercer adquirente.

Sin embargo, cabe abrazar a un tiempo las dos finalidades que cumple la inscripción para advertir —punto éste que juzgamos de gran interés— que ambas hacen referencia de modo exclusivo a la eficacia civil del matrimonio.

El artículo 76 del Código civil constituye una pieza clave de nuestro sistema matrimonial, cuyo juego ha de combinarse con el que es propio de los arts. 75 y 51 del propio Código. Veamos ahora cuál es el campo de los arts. 75 y 76, para ver más tarde la conexión que existe entre estos dos preceptos y el art. 51.

A tenor del art. 75, en su actual redacción, "el matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica". El precepto tiene un claro sentido, a nuestro juicio. Representa el paladino reconocimiento por parte del Estado de la competencia exclusiva de la Iglesia para reglamentar jurídicamente —con normas propias— la institución jurídica denominada "matrimonio canónico", sin que la ley secular tenga nada que decir —por ser incompetente— acerca de la validez o invalidez de tal matrimonio¹⁷⁰. Complemento del art. 75 es el 80 del Código civil, en el que se deja sentado con toda claridad que el conocimiento de las causas relativas a los matrimonios canónicos "corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico".

Tanto el art. 75 como el 80 significan, simplemente, una revisión de los excesos del regalismo secularizador (recuérdese la errónea doctrina civilista, anteriormente examinada, acerca del llamado "contrato civil materia del sacramento"), para devolver a la Iglesia su autonomía legislativa y jurisdiccional, liberándola de aquellas leyes que fueron dictadas por el Estado en materia eclesiástica con desconocimiento del Derecho canónico¹⁷¹.

Como quiera que el matrimonio es la más típica entre las materias mixtas, así llamadas porque respecto de ellas son competentes —en diversos aspectos, y para servir a distintas finalidades— tanto la Iglesia como el Estado, no puede extrañar que en el ordenamiento canónico y en el civil existan normas relativas —con carácter genérico— a

170. Tal vez podría alegarse que el legislador español regula la validez del matrimonio canónico en el art. 50 del Código civil, aplicable a ambas clases de matrimonio. El argumento no tiene valor, a mi juicio, porque aquí lo que viene a decir el legislador es que para nada queda afectada la validez del matrimonio si se contrae «a pesar de la prohibición del artículo 45». Confirma más bien el sentido del art. 75.

171. He tratado ampliamente la cuestión, al comentar el art. 23 del vigente Concordato en *El sistema matrimonial español*, págs. 113-122.

la competencia que cada una de estas supremas Potestades reconoce a la otra en materia matrimonial.

También el *Codex Iuris Canonici* se refiere a la competencia del Estado, entre otros cánones, en el 1.016, según el cual, “el matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el derecho divino, sino también por el canónico, *sin perjuicio de la competencia de la potestad civil, sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio*”; precepto que tiene su complemento en el canon 1.961, que se refiere también a los efectos *mere civiles* ¹⁷².

Como se sabe, los efectos *mere civiles* de que hablan estos cánones son los llamados por los canonistas *efectos separables* de la esencia del matrimonio, frente a los *efectos inseparables*, que reciben este nombre por estar necesariamente unidos a todo matrimonio. Entre estos últimos, se citan el vínculo conyugal (canon 1.110), el mutuo e igual derecho y correlativo deber en lo que mira a los actos propios de la vida conyugal (c. 1.111), el derecho y el deber de educar a los hijos (c. 1.113) y la legitimidad de la prole (c. 1.114 y 1.115). Tienen la consideración de “efectos separables” los de carácter patrimonial, aunque algunos de ellos —por ejemplo, la legítima de los hijos—, por ser de Derecho natural, no pertenecen incondicionadamente a la competencia del Estado. De otra parte, éste puede dar disposiciones complementarias acerca de los efectos inseparables, siempre que no contradiga las de la Iglesia, y puede sancionar civilmente las normas del Derecho canónico relativas a tales efectos ¹⁷³.

De lo dicho se desprende que la expresión “mere civiles” sirve para individualizar en el conjunto de efectos civiles del matrimonio un grupo determinado, existiendo, además, otros efectos que merecen también el calificativo de civiles: son aquellos que, sin lesionar la competencia de la Iglesia, consagran las normas civiles, bien para sancionar con eficacia civil —es decir, con el amparo de la fuerza del Estado— las normas canónicas relativas a los efectos inseparables del matrimonio canónico, bien para completarlas en la esfera civil.

172. «Las causas acerca de los efectos meramente civiles del matrimonio, si se tratan como causa principal, pertenecen al magistrado civil, en conformidad con el canon 1.016; pero si como causa accidental y accesoría, puede también el juez eclesiástico conocer en ellas y sentenciarlas en virtud de su potestad propia».

173. Vid. GARCÍA BARBERENA, *Matrimonios mixtos*, págs. 4 y 5; y las observaciones que hace al criterio de distinción entre unos y otros efectos del matrimonio, PÉREZ MIER,

Tras estas consideraciones, podemos fácilmente penetrar en el sentido del art. 76 del Código civil.

En el primer apartado de este artículo se establece que "el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles". Se habla aquí de la producción de efectos civiles, y lo primero que debemos preguntarnos es si esta norma del Código civil viene a ser un eco del canon 1.016, que habla de efectos "mere civiles". Bien se ve que la cuestión sólo puede tener una respuesta negativa. El art. 76, en su actual texto, emplea un término distinto, tomado del art. XXIII del Concordato; no dice que el matrimonio produce desde su celebración los efectos meramente civiles, sino que produce "plenos efectos civiles". Con ello quiere indicarse algo muy importante: que el Estado no privará al matrimonio canónico de ninguno de los efectos que otorgue en su legislación al matrimonio, cualquiera que sea el régimen jurídico de éste (Derecho canónico, para los bautizados; Derecho civil, para los infieles)¹⁷⁴. El antiguo texto del art. 76 —con fórmula menos feliz, aunque de igual sentido— decía que "el matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles *respecto de las personas y bienes* de los cónyuges y sus descendientes".

El apartado segundo del art. 76 del Código, en su nueva redacción, se refiere al reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico, acogiendo el acuerdo establecido acerca de este punto entre la Iglesia y el Estado español en el art. XXIII del Concordato y en el Protocolo final. Según el art. XXIII, "el Estado español *reconoce plenos efectos civiles* al matrimonio celebrado según las normas del De-

Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato, págs. 142 y s.

174. Entre las «disposiciones comunes a las dos clases de matrimonio», nuestro Código civil dedica una sección, la cuarta, a tratar «de los derechos y obligaciones entre marido y mujer» (arts. 56 y s.), que, en buena parte, constituyen, por su naturaleza, efectos inseparables del matrimonio: especialmente los establecidos en los arts. 56 y 57, que tienen su complemento en otras normas seculares de carácter penal. Sobre el marcado intervencionismo judicial en las relaciones conyugales, rasgo característico del moderno Derecho civil, vid. CASTÁN, *Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales*, Madrid, 1954, págs. 131 y s.

El art. 5 de la ley matrimonial italiana de 27 de mayo de 1929, dictada en ejecución del Concordato con la Santa Sede, dice: «El matrimonio celebrado ante el ministro del culto católico, según las normas del Derecho canónico, produce, desde el día de la celebración, *los mismos efectos del matrimonio civil*». En términos semejantes se expresa el art. 3 de la ley de 20 de septiembre de 1954 dictada por la República Dominicana en ejecución del Concordato celebrado con la Santa Sede en 16 de junio de 1954.

recho canónico"; según el Protocolo, "*para el reconocimiento por parte del Estado, de los efectos civiles del matrimonio canónico, será suficiente que el acta del matrimonio sea transcrita en el Registro civil correspondiente*"; según el art. 76 del Código, "*para que éstos (los "plenos efectos civiles" de que habla el apartado anterior del propio artículo) sean reconocidos, bastará con la inscripción del matrimonio correspondiente en el Registro Civil*". Es claro, pues, que el Concordato, siguiendo en esto a nuestro Derecho anterior, no ha pretendido en modo alguno introducir en la legislación española el concepto de "efectos meramente civiles", concepto que sólo tiene el valor (por lo demás, muy grande) que le dan —al exclusivo objeto de establecer la Iglesia la competencia que al Estado reconoce en relación al matrimonio canónico— los cánones 1.016 y 1.961. Más tarde veremos —al hablar de las causas matrimoniales— cómo se ha tenido en cuenta por la reforma lo establecido en estos cánones.

De otra parte, el Protocolo contiene la siguiente norma: "*Se entiende que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito regirán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio. Sin embargo, cuando la inscripción del matrimonio sea solicitada una vez transcurridos los cinco días de su celebración, dicha inscripción no perjudicará los derechos adquiridos, legítimamente, por terceras personas*". Esta norma, que contiene una regla general y una excepción, ha sido acogida en el art. 76 del Código. La excepción ha sido transcrita a la letra en el apartado tercero. La regla general se ha llevado con expresión distinta, a los apartados primero y segundo del art. 76: en lugar de decir que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito, *regirán* a partir de la celebración canónica, se dice que "*el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles*" (ap. 1.º), y se añade que "*para que éstos sean reconocidos bastará con la inscripción*" (ap. 2.º).

De lo que no habla directamente el Código civil —ni ahora, ni antes de la reforma— es de los efectos del matrimonio canónico mientras no se inscribe y del posible reconocimiento de tales efectos. Los autores suelen decir que el matrimonio no inscrito no carece de efectos. Tal afirma, por ejemplo, García Cantero, quien añade que, por de pronto, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su inscripción en cualquier momento; también podrán instarla sus hijos, aun des-

pués de la muerte de sus padres; produce además incapacidad para celebrar nuevo matrimonio¹⁷⁵. Esta doctrina es, a mi juicio, impecable en lo que mira a las soluciones que defiende y, entre ellas, las citadas de legitimar a determinadas personas para la inscripción (supuesto ahora amparado en el nuevo art. 77 del Código civil) y de originar el impedimento de ligamen como obstáculo para otro matrimonio y como determinante de un posible delito de bigamia. Pero siendo cierto todo esto, cabe preguntar si, al hacer referencia a estas "consecuencias" del matrimonio no inscrito, puede emplearse, sin aclaración, el término de "efectos del matrimonio". Quiero decir si estos "efectos" son de la misma naturaleza de aquellos otros que se contemplan en el Concordato (art. XXIII y Protocolo final) y en el art. 76 del Código civil, cuando hablan, con relación al matrimonio canónico, de que *produce* y se le *reconocen* "plenos efectos civiles". Si antes, al comentar el alcance de esta última expresión, dijimos que en ella quedan comprendidos todos los efectos que nacen del matrimonio, y no sólo los llamados "mere civiles"; ahora debemos añadir que los efectos que al canónico "reconoce" por medio de la inscripción, el art. 76, como "producidos" por tal matrimonio (siempre que se haya constituido y sea válido, a tenor del 75, según "las disposiciones de la Iglesia"), son las que algún autor ha llamado efectos *típicos*, caracterizados por ser el fin a que se ordena el vínculo matrimonial¹⁷⁶, quedando al margen del art. 76 esos otros efectos, que pueden llamarse atípicos y cuya característica común reside en ser consecuencias que al matrimonio canónico atribuye el ordenamiento secular, por considerarlo, no en cuanto es un *acto jurídico* (encaminado a producir los efectos característicos de la institución matrimonial, que las partes buscan al contraerlo), sino en cuanto es un *hecho jurídico*¹⁷⁷.

En resumen, podemos establecer, como características de la inscripción después de la reforma, las siguientes:

1. La inscripción es el requisito exigido por el Estado (de acuerdo

175. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, pág. 207. Habla este autor del matrimonio civil no inscrito, pero antes ha advertido que, a su juicio, es idéntica la función de la inscripción para ambas clases de matrimonio.

176. Emplea esta terminología LALAGUNA. *El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio*, en «Anuario de Derecho Civil», XIV, 1961, pág. 413, nota 76.

177. Vid. BELLINI, *Sui conflitti in materia matrimoniale fra ordinamenti laicizzati e ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica*, en «Il Diritto Ecclesiastico», LXVII, 1956, pág. 118.

con el Concordato) para reconocer los efectos civiles del matrimonio canónico.

2. Los efectos que se reconocen son todos los civiles (sin distinguir entre separables e inseparables), producidos ya desde la celebración del matrimonio.

3. Tales efectos, sólo reconocidos mediante la inscripción, son los típicos de la institución matrimonial, debiendo distinguirse de otras consecuencias del matrimonio dentro del Derecho secular (de orden civil, penal, administrativo, etc.) que se producen y pueden actuarse con independencia de la inscripción.

4. El reconocimiento de los típicos efectos civiles después de la inscripción, puede quedar limitado —en los casos de inscripción tardía, es decir, si fue solicitada “una vez transcurridos cinco días desde la celebración”— cuando de otro modo se perjudiquen “los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas”.

Claramente se comprueba que el art. 76 del Código regula la *eficacia civil* del matrimonio canónico, supeditada en su actuación práctica al requisito de la inscripción; eficacia que tiende a ser plena, pero que puede ser limitada si existen terceros dignos de protección.

c) *El mantenimiento del art. 51 del Código civil.*

Veamos ahora la repercusión que en nuestro sistema matrimonial, tal como lo ha configurado la reciente reforma, lleva consigo el hecho de haber dejado subsistente e intacto el art. 51 del Código civil. Aquí debemos examinar la conexión que existe entre este proceso y los artículos 75 y 76 del Código.

Como dice Castán, el art. 51 trata de prevenir civilmente la bigamia y, en particular, el supuesto de que, contraído matrimonio civil, se celebre posteriormente por uno de los cónyuges otro canónico con tercera persona, ya que los restantes casos de bigamia se hallan suficientemente cubiertos por otras normas civiles¹⁷⁸.

Si el nuevo art. 42 del Código civil no hubiera, de intento, adoptado un sistema que hace posible la tolerancia de matrimonios civiles

178. CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, V, I, 8.ª ed., con CALVILLO, Madrid, 1961, págs. 677 y 678.

contraídos a espaldas de la Iglesia, la hipótesis a que responde el artículo 51 —posibilidad de conflictos de primer matrimonio civil y de segundo canónico, contraído éste por quien puede hacerlo ante la Iglesia— sería bizantina, y es claro que el art. 51, como algunos propugnaban, debiera haberse suprimido ¹⁷⁹.

Dada la posibilidad de futuros conflictos, era obligado mantener el art. 51 como norma básica del sistema matrimonial ¹⁸⁰. Ahora nos importa ver en qué medida representa el mantenimiento de este precepto un obstáculo para el libre juego de los arts. 75 y 76.

Por lo que se refiere al art. 75, la cuestión, a mi juicio, es muy sencilla. Ni antes ni después de la reforma, existía entre él y el art. 51 antinomia alguna. El 75 se refiere a la validez del matrimonio canónico; el 51, a su eficacia civil. Por eso, ambas piezas pueden funcionar sin roce alguno. Debe rechazarse la opinión de quienes afirman que, en el conflicto de doble matrimonio, el art. 51 sanciona el segundo canónico con la nulidad o con la inexistencia ¹⁸¹. El juego armónico de ambos preceptos, después de la reforma, ha sido muy bien explicado por Castán, al decir que el segundo matrimonio no podrá ser declarado nulo ni por la jurisdicción eclesiástica (ya que canónicamente dicho matrimonio es válido) ni por la jurisdicción civil (a la que no compete la declaración de nulidad de los matrimonios canónicos: artículo 80), pero podrá ser declarado civilmente ineficaz por la jurisdicción del Estado ¹⁸². Ya antes dijimos, al examinar el art. 75, que la ley secular (no sólo la jurisdicción estatal) nada tiene que decir —por ser incompetente, según reconoce este precepto— acerca de la validez o invalidez del matrimonio canónico.

Porque el art. 51 habla sólo de los “efectos”, no de la “validez” del matrimonio canónico o civil, deja en su campo propio al art. 75, sin hacerle sombra. Por igual razón, entra en liza con el art. 76, que re-

179. Vid. el estado de la doctrina, antes de la reforma, en LALAGUNA, op. cit., págs. 402 y s.

180. Vid. FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, págs. 84 y s., donde se estudia también el problema de si puede hablarse, en este caso, de bigamia desde el punto de vista del Derecho penal español (págs. 91 y s.); a los autores allí citados, puede añadirse PORTERO, *Comentario a la sentencia de la Sala 2.ª del T. S. de 5 de marzo de 1959*, en «Revista Española de Derecho Canónico», XIV, 1959, págs. 495 y s.

181. Vid. los autores que cita LALAGUNA, op. cit., págs. 416 y s., así como su crítica; y *Estudios de Derecho matrimonial*, págs. 89 y s.

182. Op. cit., pág. 677.

gula —lo hemos visto antes con alguna amplitud— la eficacia civil del matrimonio canónico; y se hace necesario señalar con precisión el campo propio de estos preceptos.

Dice el art. 51 que “no producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil *cuando* cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado *legítimamente*”. Hemos subrayado de intento algunas palabras de este artículo porque van a servirnos para ensayar su interpretación en un sentido nuevo, aconsejado por la nueva redacción del art. 76.

El segundo matrimonio canónico —si no existiera el vínculo del matrimonio civil anterior de uno de los cónyuges— por haberse “celebrado según las normas del Derecho canónico”, produciría “desde su celebración plenos efectos civiles”, al amparo del art. 76. Pero, como quiera que uno de los cónyuges está “casado legítimamente”, cae bajo la norma del art. 51, y por eso, “no producirá efectos civiles”. ¿Cuáles son los efectos no producidos? Entiendo que todos y cada uno de los efectos civiles típicos del matrimonio, tanto los separables como los inseparables. A mi juicio, el art. 51 representa un eclipse total del 76, que habla de “plenos efectos civiles”. Esto no quiere decir —por lo expuesto al hablar del matrimonio no inscrito— que de ese matrimonio canónico no pueden derivarse “consecuencias jurídicas”: ser impedimento para una ulterior unión matrimonial de cualquiera de los cónyuges, y servir de base para considerar incurso en delito de bigamia a quien contrajo matrimonio canónico subsistente el vínculo del matrimonio civil anterior (art. 471 del Código penal).

La ineficacia civil que sanciona el art. 51 significa la privación de todos los efectos civiles típicos del matrimonio canónico, único medio de prevenir —como pretende el precepto, que no tiene otra razón de ser— la bigamia civil. El medio es ciertamente enérgico, pero inevitable. Se justifica por la finalidad a que sirve, debiendo aplicarse en toda la extensión que pide la *ratio legis*, por lo que hablamos de un eclipse total —para el supuesto que regula— del art. 76. Sin embargo, la propia *ratio legis* está pidiendo que la norma del art. 51 deje de aplicarse tan pronto desaparezca el peligro de bigamia que trata de evitar. Tal ocurre desde el momento en que —subsistente el vínculo creado por el matrimonio canónico— cese de existir el vínculo del primer matrimonio civil, por disolución de éste a consecuencia de la muerte del cónyuge no binubo (art. 52 del Código civil), o por declaración de su nulidad (por infracción del art. 42, por alguna de las

causas del art. 101, o por aplicación del art. 87 del Código civil). Desaparecido el vínculo del primer matrimonio, causa de la ineficacia del segundo matrimonio canónico, no hay razón para negar a éste los efectos civiles. Desde entonces es inaplicable el art. 51, porque ha cesado el supuesto que regula —la dualidad de matrimonios en uno de los cónyuges— y la justificación de la ineficacia. Por eso puede decirse que si el art. 51 origina un eclipse total del art. 76, este eclipse es temporal, pues opera únicamente mientras la dualidad de matrimonios mantiene en órbita el art. 51 ¹⁸³.

Cuanto acabamos de decir se desprende del propio texto del art. 51 que emplea un adverbio de tiempo para calificar el supuesto de hecho que regula: "...*cuando* cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente"; expresión que podría mudarse en esta otra: "*mientras* cualquiera de los cónyuges...".

Pero no es necesario, para justificar el carácter temporal y transitorio de la ineficacia consagrada en el art. 51, acudir a sutilezas de interpretación literal. Ahí está, con toda su fuerza, la *ratio legis* y están, además, otros preceptos de nuestro Derecho, que justifican y exigen tal interpretación.

El segundo matrimonio canónico tiene franco acceso al Registro civil tan pronto desaparezca el vínculo anterior, que le servía de obstáculo. Desde entonces podrá y deberá ser inscrito. Así resulta del artículo 77 del Código civil ("*están obligados* a promover la inscripción del matrimonio en el Registro civil los propios contrayentes"; "... *ésta podrá hacerse* en cualquier momento, aun fallecidos los contrayentes, a petición de cualquier interesado"), del art. 71 de la Ley del Registro civil (que contiene un precepto equivalente) y de dos preceptos del Reglamento del Registro civil: "no podrá inscribirse matrimonio canónico o civil *cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente*" (art. 252); "no procede la inscripción incompatible con otra anterior *sin antes remover legalmente el obstáculo*" (art. 123). Mientras subsista el primer vínculo civil es imposible la inscripción del matrimonio canónico; al desaparecer tal obstáculo —por disolución o declaración de nulidad— tiene acceso al Registro el subsistente

183. Sobre este carácter temporal de la ineficacia, vid. LALAGUNA, op. cit., págs. 422 y s.

matrimonio canónico, por solicitud de los cónyuges (para quien es un deber) o por pedirlo cualquiera interesado.

Inscrito el matrimonio canónico en el Registro civil, cuando esto sea posible, entra en juego el art. 76 del Código, que será aplicable al supuesto que venimos examinando, sin olvidar las consecuencias que se derivan de la aplicación hasta ese momento de la norma contenida en el art. 51. Con fórmula general podemos decir que el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico quedará limitado por los derechos legítimamente adquiridos por el cónyuge de la primera unión civil que no contrajo aquel segundo matrimonio canónico y por los hijos de la primera unión hasta el momento de quedar disuelto o declarado nulo aquel matrimonio civil, siempre que tales derechos tengan la consideración de efectos civiles de este matrimonio; debiendo protegerse también los demás derechos legítimamente adquiridos por esas personas y por otros terceros en los términos que establece el último apartado del art. 76, es decir, sólo en el caso de "inscripción tardía", esto es, si la inscripción del matrimonio canónico hubiere sido solicitada una vez transcurridos los cinco días desde la celebración.

Como se ve, propugnamos una interpretación que conduce a proteger con criterios distintos a los dos grupos de terceros antes indicados: a) el cónyuge y los hijos del primer matrimonio civil (en cuanto son terceros cualificados); b) los demás terceros (que llamaremos terceros comunes). Unos y otros sólo coinciden en su condición de terceros respecto del matrimonio canónico ulterior, que ahora ha tenido acceso al Registro Civil. Respecto de los terceros comunes, parece lógico y obligado protegerles tan sólo con la regla del último apartado del art. 76: en el caso de que la inscripción del matrimonio canónico hubiera sido solicitada antes de transcurrir cinco días desde la celebración, carecerán de protección registral, porque no merecen una particular protección derivada del hecho del matrimonio civil anterior. Distinto trato merecen, por parte de la ley, el cónyuge y los hijos del primer matrimonio civil, en lo que mira a los derechos que adquirieran legítimamente como "efectos civiles" de aquel matrimonio; no son unos terceros cualesquiera, sino unos terceros cualificados, cuyo amparo no viene por el cauce del art. 76, sino por aplicación del 51. Con relación a estos terceros, la solución que defendemos es equivalente a la que se obtendría de considerar que el matrimonio

canónico —ahora inscrito— fue celebrado en el momento de quedar disuelto o declarado nulo el primer matrimonio civil. Hasta ese momento quedan amparados estos terceros cualificados por el art. 51, que, si priva de efectos civiles al matrimonio canónico ulterior, es para proteger los efectos civiles correspondientes al matrimonio civil mientras subsista el vínculo conyugal por él creado. Suponiendo que se solicitara inmediatamente la inscripción y que este matrimonio canónico se hubiera de hecho celebrado poco antes también (sin haber transcurrido los cinco días que previene el art. 76), no cabe privar al cónyuge y a los hijos del primer matrimonio civil de los derechos que hubieran podido adquirir por su *status* de cónyuge o de hijos, hasta el momento en que aquél sea disuelto o declarado nulo, alegando que la inscripción no ha sido tardía, porque les ampara hasta esa fecha el art. 51. En cuanto a los demás derechos legítimamente adquiridos —con independencia de su cualidad de cónyuge o de hijos— sólo merecen la protección de los terceros comunes.

En concreto, entendemos que, con la inscripción del matrimonio canónico, podrán ejercitarse cuantos derechos y facultades corresponden a los efectos civiles de carácter personal basados en tal matrimonio. Se reconocerá a los cónyuges y a los hijos la legitimidad de su *status* (con base en el art. 75, según el cual el matrimonio es válido, y con base en el apartado segundo del art. 76, que sólo exige la inscripción para el reconocimiento de los efectos civiles, y entre ellos los de carácter personal); sin que resulte extraño que, como consecuencia de la consideración que la ley otorga a la primera unión, sean legítimos los hijos de tales matrimonios, y de que, incluso, en el supuesto de nulidad con buena fe, existan respecto del cónyuge que pasó a la segunda unión, un cónyuge legítimo y otro putativo. Estos supuestos pueden darse igualmente a consecuencia de la celebración sucesiva —sin obstáculo legal— de dos uniones.

Las limitaciones a la eficacia civil del segundo matrimonio canónico —una vez disuelto o declarado nulo el matrimonio civil anterior e inscrito el canónico— sólo proceden de la protección que otorga la ley a los derechos legítimamente adquiridos por el cónyuge no binubo y por los hijos del matrimonio civil. Tales derechos son los de carácter patrimonial ¹⁸⁴, que forman el contenido económico de los efec-

184. Sobre el carácter necesariamente patrimonial de los «derechos legítimamente ad-

tos civiles del matrimonio. Entre ellos están los derechos en la sucesión forzosa y abintestato.

En el supuesto de disolverse el primer matrimonio por la muerte del cónyuge no binubo, es claro que sucederán al otro tanto los hijos de este matrimonio como los habidos en el segundo canónico, sin que puedan ser excluidos éstos por la injustificada alegación de ser aquellos titulares de "derechos legítimamente adquiridos" en relación con la herencia.

Si no se trata de disolución sino de nulidad del primer matrimonio civil, habrá que atender al momento en que se dicte la sentencia anulatoria: si es posterior a la muerte del binubo, no será inscribible el matrimonio canónico y sólo le sucederán (como herederos forzosos y abintestato), si pueden ampararse en el art. 69, la mujer y los hijos del matrimonio civil; si es anterior, sucederán los hijos de ambos matrimonios (si por el art. 69 resultan legítimos los del civil) y la mujer del matrimonio canónico que habrá podido tener acceso al Registro.

En ningún caso parece que puedan concurrir, en la sucesión forzosa y en la abintestato, la mujer del primer matrimonio y la del segundo: una a otra se excluyen por completo, pues todo depende de que la primera haya adquirido o no legítimamente derecho a la sucesión.

Es curioso observar que se emplea el mismo adverbio —"legítimamente"— en el viejo art. 51 del Código civil y en el nuevo art. 76 del Código, tomado por éste del Concordato. El artículo 51 habla de que "cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente"; el 76 de los "derechos *legítimamente* adquiridos por terceras personas". Algo hay tras este adverbio, común a las finalidades perseguidas por ambas normas. Entre los varios sentidos que tiene esta palabra, hay uno que arroja mucha luz en la materia. Y es que "legítimamente" quiere decir "con arreglo a la ley", siendo aquí ley equivalente a "ley civil". Legítimamente parece a primera vista un vocablo vulgar y hasta superfluo, pero cuando se repara en el sentido que acabamos de indicar, puede concluirse que fue elegido de intento: por los redactores del Código civil para no decir "civilmente".

quiridos por terceras personas», de que hablan el Concordato y el nuevo art. 76 del Código civil, vid. FUENMAYOR, *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil*, págs. 49 y s.

porque resultaba descarnada la expresión¹⁸⁵; por los redactores del Concordato, para incluir los derechos nacidos de la ley civil en casos como el regulado en el art. 51, en que el matrimonio protegido es matrimonio sólo civilmente, "legítimamente", ya que se trata en verdad de un concubinato, según explicamos al ocuparnos de la tolerancia otorgada a los apóstatas. Hablar de "derechos legítimamente adquiridos" permite incluir también esta clase de supuestos, que de otra manera podrían ser controvertidos, en contradicción con los criterios de tolerancia a que responden¹⁸⁶.

16. *Formas especiales de celebración del matrimonio.*

Examinados anteriormente los que hemos denominado matrimonios canónicos en forma civil, vamos a considerar ahora las siguientes formas especiales de celebración: a) matrimonio *in articulo mortis*; b) matrimonio secreto de conciencia; c) matrimonio de españoles en el extranjero. Más tarde veremos, al ocuparnos de las causas matrimoniales, el matrimonio canónico que, por virtud del privilegio paulino, disuelve uno anterior civil.

a) *Matrimonio "in articulo mortis".*

La reciente reforma de nuestro Derecho contiene algunas novedades acerca del matrimonio *in articulo mortis*, tanto canónico como civil¹⁸⁷.

Con relación al primero la reforma ha afectado al art. 78 del Código civil, en cuyo apartado segundo, además de haberse sustituido la

185. Sobre el empleo del término «legítimamente» en el art. 51 del Código civil, vid. FUENMAYOR, *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 170, 1941, págs. 454 y s.

186. Con referencia a la transcripción tardía del matrimonio canónico en el Registro civil, disponen que «no perjudicará los derechos adquiridos *legítimamente*» por los terceros, tanto la ley italiana de 27 de mayo de 1929 (dictada para la ejecución del Concordato), en su art. 14, como el art. 3 de la Ley de la República Dominicana de 20 de septiembre de 1954 (en ejecución del Concordato).

187. El art. 3.º, ap. 1.º de la Ley de 13 de noviembre de 1957 excluye de la previa licencia especial a los matrimonios de militares «contraídos *in articulo mortis* según los preceptos del Código Civil y de la Legislación Canónica».

No se encuentra norma alguna relativa a estos supuestos, con referencia al matrimonio de diplomáticos, en la Ley de 22 de julio de 1961. GARCÍA CANTERO sostiene que —por analogía con lo establecido para los militares en la norma antes citada— parece razonable estimar posible el cumplimiento a posteriori de los requisitos de dispensa o de licencia, por ser normalmente imposible acudir al Ministerio, en tales circunstancias, antes de celebrar el matrimonio (*Matrimonio de los funcionarios de la carrera diplomática*, pág. 907).

palabra "penas" por "sanciones"¹⁸⁸, se ha suprimido el último inciso, que contenía una regla especial relativa al reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico *in articulo mortis*. Según la regla desaparecida, "en todo caso, para que el matrimonio produzca efectos civiles desde la fecha de su celebración, la partida sacramental deberá ser inscrita en el Registro dentro de los diez días siguientes". Esta reforma venía exigida implícitamente por el Concordato, toda vez que, al no contemplar éste expresamente el matrimonio canónico *in articulo mortis*, era obligado extender a tal supuesto el régimen general convenido por ambas Potestades acerca del reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico¹⁸⁹. Con la reforma del artículo 78, se aplica a este caso particular la regla general consagrada en el art. 76 del Código civil.

Por lo que se refiere al matrimonio civil, la especialidad de la celebración en inminente peligro de muerte, ha exigido una regla especial en cuanto al requisito, establecido por vez primera en la reforma reciente, de la notificación a la Autoridad eclesiástica del proyecto de matrimonio civil de apóstatas. Puntualizando el criterio ya establecido en la Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de abril de 1957¹⁹⁰, el art. 248 del nuevo Reglamento del Registro Civil contiene la siguiente regla: "Para autorizar el matrimonio civil *in articulo mortis* basta que ambos contrayentes declaren no profesar la Religión Católica; en su caso, en cuanto sea posible, se hará la previa comunicación a la Autoridad eclesiástica a través del Párroco"¹⁹¹.

La reforma ha creado un nuevo expediente técnico para la constancia en el Registro Civil de los dos supuestos anteriores y de otros casos análogos, distinto de las inscripciones y notas marginales. Trátase de las llamadas "anotaciones", de valor simplemente informativo, acogidas con carácter general en el art. 38 de la Ley del Registro

188. Con esta sustitución ha querido ponerse en armonía el art. 78 con el 77, ap. 3, del Código civil, que habla también de «sanciones».

189. Vid. FUENMAYOR, *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil*, págs. 50 y 51.

190. Según el n. IV de esta Circular, «el Juez autorizará el matrimonio civil del que se halle en inminente peligro de muerte, si ambos contrayentes declarasen que no profesan la Religión Católica; en este supuesto se cumplirán las prescripciones establecidas en cuanto fuesen compatibles con la urgencia del acto».

191. Este artículo agrega en su último apartado: «El Juez de Paz está dispensado de pedir instrucciones al Encargado cuando lo impida la urgencia del caso; pero le dará cuenta inmediata del matrimonio autorizado».

Civil y que se permite según el art. 80 de la Ley, a petición del interesado o del Ministerio fiscal, en caso de "matrimonio canónico contraído *in articulo mortis* o sólo ante testigos, en tanto no se certifique canónicamente su existencia", y en el de matrimonio civil "mientras no se acredite debidamente que ambos contrayentes no profesan la religión católica o la libertad de los mismos por inexistencia de impedimentos" ¹⁹².

b) *Matrimonio secreto de conciencia.*

Dice así el nuevo texto del art. 79 del Código civil:

"El matrimonio secreto de conciencia celebrado ante la Iglesia no está sometido a lo dispuesto en el artículo 77".

"Para los efectos civiles, basta su inscripción en el Registro especial que se lleva en la Dirección General de los Registros, pero no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas, sino desde su publicación en el Registro Civil correspondiente, la cual se practicará a petición de los cónyuges, de común acuerdo, del sobreviviente si el otro hubiere fallecido, o del Ordinario en los casos en que cesa para él la obligación canónica del secreto".

El apartado 1.º de este artículo, de acuerdo con la especial naturaleza del matrimonio secreto, suprime los requisitos del aviso previo al Juez civil y de la presencia de éste en el acto de la celebración, así como la inscripción en el Registro Civil, que, como regla general, constituye un deber de ciertas personas y es un derecho de cada uno de los cónyuges separadamente e, incluso, "de cualquier interesado". todos los cuales están legitimados para promover la inscripción, según el art. 77 ¹⁹³.

En el apartado segundo del nuevo art. 79 se encuentran dos normas —relativas al reconocimiento de los efectos civiles y a las personas autorizadas para promover la publicación del matrimonio secreto— que merecen un breve comentario.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, es de advertir que el

192. Desarrollan esta materia los arts. 271 y 272 del Reglamento del Registro Civil.

193. El texto reformado acogía en este punto igual régimen que el actual, al decir, con expresión poco acertada, que «el matrimonio secreto de conciencia, celebrado ante la Iglesia, no está sujeto a ninguna formalidad en el orden civil».

nuevo texto no contiene, en rigor, ninguna novedad sustancial, aunque en él ha procurado expresarse con fórmula más precisa el régimen anterior. No compartimos el parecer de Díez Gómez, al decir que "con la actual regulación, el Registro especial de matrimonios secretos que lleva la Dirección General pierde toda su utilidad, puesto que los efectos civiles de estos matrimonios se producirán desde su celebración, pero no perjudicarán los derechos legítimamente adquiridos por terceros sino desde su transcripción en el Registro Civil, lo que ocurrirá tanto si ha habido inscripción en dicho Registro especial como si no" ¹⁹⁴.

El texto originario del art. 79 contenía dos reglas acerca de la eficacia civil del matrimonio canónico secreto de conciencia: a) no "producirá efectos civiles sino desde que se publique mediante su inscripción en el Registro" (ap. 1); b) "producirá, sin embargo, efectos civiles desde su celebración" si se inscribe en el Registro especial de la Dirección General (ap. 2). La segunda de estas reglas, tomada a la letra, daba al reconocimiento de los efectos civiles un gran alcance, porque incluía los efectos contra terceros; mientras que la regla primera, aplicada sólo literalmente, privaba al matrimonio secreto de toda suerte de efectos civiles, incluso los producidos *inter partes*. Tan rigurosas interpretaciones fueron prudentemente moderadas por el Tribunal Supremo, que, con referencia, unas veces, al valor de la inscripción tardía en general del matrimonio canónico en el Registro Civil, y, al aplicar otras el ap. 2.º del art. 79, dejó a salvo los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas y reconoció los efectos *inter partes* del matrimonio, desde la fecha de su celebración, una vez practicada la inscripción (Sentencias 15 de febrero de 1928 y 16 de febrero de 1892).

Sin embargo, los términos literales del viejo artículo 79 no permitían entender con claridad el distinto valor de la inscripción del matrimonio secreto en el Registro especial de la Dirección General y de la inscripción en el Registro Civil ordinario, a pesar de que el propósito del legislador era, sin duda, distinguir ambas inscripciones.

El nuevo texto del art. 79 trata de establecer con claridad tal distinción, que corresponde exactamente a los dos aspectos que ofrece,

194. Op. cit., pág. 348.

en todo caso, la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil: en cuanto es título de legitimación y en cuanto es medio de publicidad; aspectos que se dan conjuntamente en la generalidad de los casos y que aparecen separados en el supuesto del matrimonio secreto de conciencia.

Tras el recuerdo de estos conceptos fundamentales, es clara a mi juicio la inteligencia del régimen ahora establecido en el art. 79. ap. 2: "para los efectos civiles, basta su inscripción en el Registro especial que se lleva en la Dirección General de los Registros, pero no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas, sino desde su publicación en el Registro Civil correspondiente". ¿Puede decirse que ha perdido toda su utilidad el Registro especial de matrimonios secretos de la Dirección General? Su utilidad es la que antes tenía, la que había expresado la propia Dirección General en su Resolución de 20 de abril de 1910. Esa inscripción sin publicidad tiene todo el valor de un título legitimador: es, para decirlo con palabras de la citada Resolución, "*una medida excepcional, provisional y de precaución, encaminada, cuando los interesados lo deseen, a suministrar, en su caso, transitoriamente, la prueba de los derechos y deberes nacidos del acto realizado, mientras subsistan las causas que obligan a los cónyuges a mantener secreto el matrimonio*". Mediante esta inscripción, las partes adquieren un título de legitimación para obtener, cuando lo deseen, "*la prueba de los derechos y deberes nacidos del acto realizado*", es decir, el reconocimiento de los efectos *inter partes*. Pero como quiera que la inscripción es secreta, no afecta a los terceros: los derechos por ellos adquiridos legítimamente sólo quedan perjudicados desde la publicación del matrimonio en el Registro Civil ¹⁹⁵.

195. Dice el nuevo art. 79 del Código civil que el matrimonio secreto de conciencia celebrado ante la Iglesia «no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas, sino desde su publicación en el Registro Civil correspondiente»; y cabe preguntar si será aplicable también a este supuesto la regla general que, para «el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico» contiene el ap. 3.º del art. 76, según el cual «cuando la inscripción se solicite una vez transcurridos cinco días desde la celebración, no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas».

A mi juicio —según indicaba a raíz de la publicación del Concordato, *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil*, pág. 54— debe prevalecer el art. 76, porque la especialidad del matrimonio secreto no pide en este punto norma distinta de la general. Sólo en el caso de inscripción tardía en el Registro Civil —transcurridos cinco días desde la celebración— podrán pretender los terceros que se les respeten los derechos que adquirieran legítimamente antes de ella.

Por lo que se refiere a la publicación del matrimonio secreto mediante su inscripción en el Registro Civil, el primitivo texto del artículo 79 sólo hablaba de que “los interesados” podían solicitarla. El nuevo texto es más explícito: dice que la publicación en el Registro Civil correspondiente “se practicará a petición de los cónyuges de común acuerdo, del sobreviviente si el otro hubiere fallecido, o del Ordinario en los casos que cesa para él la obligación canónica del secreto”. Las novedades son sólo aparentes, aunque la nueva redacción resulta más correcta y precisa. En rigor ha venido a incluir en la norma legal las aclaraciones que habían hecho el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros: “el matrimonio secreto inscrito en el libro especial del Obispado, sólo puede publicarse *a petición de ambos cónyuges, a no ser que medien las circunstancias del canon 1.106*” (Sentencia de 28 de junio de 1928); la inscripción del matrimonio secreto en el Registro municipal *puede pedirla el cónyuge sobreviviente*, siendo en este caso la Dirección General la que resuelve. “en vista de los hechos y alegaciones” (Resolución de 20 de abril de 1910) ¹⁹⁶.

A tenor del canon 1.106, cesa para el Ordinario la obligación de guardar secreto ¹⁹⁷ en el caso “en que, de guardarse el secreto, haya peligro inminente de escándalo o de injuria grave contra la santidad del matrimonio, o si los padres no se preocupan de bautizar a los hijos habidos de tal matrimonio, y si los hacen bautizar expresando nombres falsos y no dando cuenta al Ordinario, en el plazo de treinta días, de la prole habida y bautizada y de quiénes son sus verdaderos padres, o si descuidan el darles educación cristiana” ¹⁹⁸.

Ha desaparecido en el nuevo texto del art. 79 la mención de las personas autorizadas para solicitar la inscripción del matrimonio secreto en el Registro especial de la Dirección General, sin que por eso haya introducido la reforma cambio sobre este particular. Ahora, co-

196. Hoy es suficiente acompañar a la solicitud de publicación —que puede presentarse ante cualquier Registro— «la prueba del fallecimiento del cónyuge premuerto» (art. 269, ap. 1 del Reglamento del Registro Civil).

197. El canon 1.105 dispone: «El hecho de permitir que se celebre matrimonio de conciencia lleva consigo la promesa y obligación grave de guardar secreto por parte del sacerdote asistente, de los testigos, del Ordinario y sus sucesores; y también de cualquiera de los cónyuges, si el otro no consiente en su divulgación».

198. Dice el art. 269, ap. 2 del Reglamento del Registro Civil: «En la solicitud del Ordinario, cuando proceda, constará que ha cesado la obligación canónica del secreto, sin necesidad de expresar la causa».

mo antes, pueden hacer tal solicitud ambos cónyuges, de común acuerdo: así resulta del art. 78 de la nueva Ley del Registro Civil y del art. 266 de su Reglamento.

Digamos, por último, que la reforma del Registro Civil se ha aprovechado para dar una amplia reglamentación al matrimonio civil secreto, tomando como modelo el régimen del correspondiente matrimonio canónico¹⁹⁹.

c) *Matrimonio de españoles en el extranjero.*

A lo largo de la vigencia del Código civil, se discutió vivamente sobre la posibilidad de que los españoles celebraran matrimonio civil con arreglo a una forma legal extranjera, por aplicación de la regla *locus regit actum*²⁰⁰.

La discrepancia estaba originada, en el fondo, por el diverso significado que los contendientes atribuían al sistema matrimonial español, ciertamente poco definido —de intento— en sus rasgos fundamentales. Para unos era el nuestro un sistema electivo (los contrayentes podían elegir con libertad entre la “forma canónica” y la “forma civil”) susceptible, por tanto, de acoger también la forma civil del país extranjero. Para otros era, por el contrario, un sistema de matrimonio civil subsidiario (determinados contrayentes sólo podían celebrar el matrimonio en “forma canónica”) y era preciso ampararlo, mediante la aplicación del principio de “orden público”, para evitar el fraude de la ley, que podría producirse al admitir en esta materia el juego de la regla *locus regit actum*.

No es de extrañar que, siendo tan radical la discrepancia y tan poco definido nuestro sistema matrimonial, acudieran los exégetas, en apoyo de sus tesis antagónicas, a otros preceptos del Código civil, por no encontrar claro fundamento en las piezas claves del sistema. Esto

199. La Ley del Registro Civil se ocupa de esta materia en los arts. 70, ap. 2, 78 y 79; el Reglamento dedica una Sección (la 7.^a del Capítulo II del Título quinto), bajo la rúbrica «De los matrimonios secretos», a tratar en los arts. 266 a 270 los canónicos y los civiles conjuntamente. Vid. SANCHO REBULLIDA, *El sistema matrimonial en la reforma del Código Civil*, págs. 39 y 40; GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, págs. 211 y s.

200. Sobre toda esta materia, puede consultarse el estudio, documentado y sugestivo, de LALAGUNA, *Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero*, en «Anuario de Derecho Civil», XIII, 1960, págs. 881 y s.

explica que la discusión se hiciera girar en torno a los arts. 9 y 11 del Código civil, que contienen normas de Derecho internacional, y al 100 del mismo Código, relativo ciertamente a la forma del matrimonio civil celebrado en el extranjero, pero que en nada afecta a la cuestión previa de si procede en un caso determinado la "forma canónica" o la "forma civil"; combinado este último precepto con la regla contenida en el núm. 3.º del art. 101, que sanciona con nulidad el matrimonio civil "que se celebre sin la intervención del Juez municipal competente, o del que en su lugar deba autorizarlo".

Planteada la cuestión sin otra alternativa, la elección no era dudosa: defender la posibilidad de celebrar matrimonio civil según la forma del país extranjero, era exponerse a toda suerte de fraudes, pues, como decía D. Benito Gutiérrez al criticar la aplicación de la regla *locus regit actum*, cualquier español, sin más que atravesar el Pirineo, podría contraer un matrimonio civil y obligar a las autoridades españolas a tenerle por legítimamente casado²⁰¹. Por eso, no encontrando firme apoyo en el art. 42 del Código, para permitir en unos casos y negar en otros el matrimonio civil celebrado según la forma local extranjera, se optó por negarla con carácter general: se hizo decir al ap. 3.º del art. 100 que los Cónsules y Vicecónsules son los *únicos competentes* para autorizar los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero; por lo que fue muy fácil eliminar el fraude posible, estimando nulos los que se contrajeran en forma distinta, en virtud de lo establecido en el art. 101, núm. 3.º.

La reciente reforma ha superado la alternativa que acabamos de indicar, y ha seguido una vía intermedia, que permite la celebración del matrimonio civil según la forma local extranjera y evita, a la vez, el posible fraude a las exigencias propias del sistema de matrimonio civil supletorio.

La reforma se contiene en el Código civil y en la legislación registral.

En cuanto al Código, algunos lamentan que no hayan sido reformados —como cabía esperar— los arts. 100, ap. 3.º y 101, núm. 4.º²⁰². Lo lamentan indebidamente, a nuestro juicio, porque ¿había necesi-

201. *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 5.ª ed., I, Madrid, 1881, pág. 321.

202. En tal sentido, GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, pág. 220.

dad, acaso, de reformar tales preceptos? Para llegar al resultado apetecido, ¿no era necesario y suficiente reformar aquellos otros preceptos en que se contienen los rasgos fundamentales de nuestro sistema matrimonial? Y esto es lo que se hizo, de manera que tales rasgos, antes desdibujados de intento, quedaron subrayados con nitidez, para evitar la duda radical acerca de si el nuestro era un sistema de matrimonio civil electivo o de matrimonio civil supletorio.

Sobre estas bases nuevas, vino a dar cauce al debatido problema la reforma de la legislación registral que puede sintetizarse en los puntos siguientes:

1. Se admite expresamente, de manera clara e inequívoca, la posibilidad del matrimonio contraído "en país extranjero con arreglo a la forma del país" (art. 73 LRC).

2. Se introduce un nuevo requisito para que tal matrimonio pueda ser inscrito: "la inscripción sólo procederá en virtud de expediente" (art. 73 LRC), "en el que se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la Religión Católica, su libertad por inexistencia de impedimentos y, cuando no conste auténticamente, la celebración; en el expediente se publicarán edictos o proclamas, si se hubieren omitido, y se practicarán las debidas diligencias probatorias de la religión y libertad de los contrayentes" (art. 249, ap. 1. RRC).

3. Entretanto no se acredite —mediante el oportuno expediente— que ambos cónyuges no profesaban la Religión Católica y su libertad por inexistencia de impedimentos, el matrimonio sólo es susceptible de anotación en el Registro Civil, (arts. 38, núm. 3.º LRC y 152 y 272 RRC).

4. Se hace constar el valor que merece para el Derecho español el matrimonio civil celebrado en país extranjero si alguno de los contrayentes profesaba la Religión Católica: "Al comunicar a los órganos extranjeros el cumplimiento solicitado de proclamas o la concesión de dispensas para matrimonio civil de españoles se advertirá especialmente que, *conforme al Derecho español, dicho matrimonio sólo será eficaz si los contrayentes no profesan la Religión Católica*" (art. 249, ap. 2. RRC).

Cabe preguntar, a la vista de los preceptos transcritos, si la posibilidad, expresamente reconocida en el art. 73 de la Ley, del matri-

monio celebrado "en país extranjero con arreglo a la forma del país", es de carácter general o ha de entenderse limitada (según las exigencias de una interpretación sistemática, que reclama tener en cuenta otras normas vigentes de nuestro Derecho) a algún supuesto raro y excepcional, como sostiene García Cantero, que hace una severa crítica de la reforma. Este autor escribe: "Cuando se trate de dos españoles entendemos que sigue vigente el párrafo tercero del art. 100 C. c., y, en consecuencia, sigue siendo preceptiva la intervención del Cónsul o Vicecónsul; el matrimonio según la ley del lugar sólo es susceptible de anotación con limitados efectos. El art. 73 de la Ley sólo será aplicable, en nuestra opinión, cuando se trata de una española que se case con extranjero en el país del marido y cuando, según la Ley nacional de éste, pierda la mujer su nacionalidad; entonces el matrimonio podrá inscribirse en el Consulado español, en virtud del expediente a que se refiere el artículo 249, 1 Regt. R.C." ²⁰³.

A mi entender, con la reciente reforma del Código civil y de la legislación registral, se ha dado un planteamiento claro a la vieja cuestión, antes debatida entre brumas por la oscuridad de nuestro sistema matrimonial; y hoy cabe admitir sin escrúpulo la posibilidad del matrimonio civil celebrado en el extranjero en todos los supuestos imaginables, conforme a la forma local, sin temor a que ningún español logre fraudulentamente contraer matrimonio civil si le está prohibido por la ley española ²⁰⁴.

La reforma del Código —lo hemos dicho y repetido a lo largo de nuestro trabajo— ha privado a la "forma civil" del excesivo valor que antes tenía, y ha prevenido el fraude a la ley exigiendo la prueba de la "no profesión" como requisito para poder celebrar el matrimonio civil.

203. *El vínculo del matrimonio civil*, pág. 221.

204. A mi entender este punto está perfectamente claro y no es necesario insistir sobre él. La interpretación del Código dominante en la doctrina y en la jurisprudencia antes de la reforma, ha inducido a algunos a pensar que el nuevo régimen registral entra en pugna con el régimen del Código sobre la materia. En este sentido. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, págs. 215-221; también PORTERO, *Matrimonio de españoles en el extranjero y de extranjeros en España*, en «Anuario de Derecho Civil», XIII, 1960, págs. 512-513, para quien el régimen del Código queda derogado por la nueva legislación del Registro civil. A juicio de LALAGUNA, op. cit., págs. 931 y s., la nueva legislación registral no supone innovación, sino aclaración y precisión de la disciplina del Código; caben según este autor, sin lugar a dudas, los matrimonios de españoles en el extranjero, siempre con subordinación a las exigencias del carácter confesional de nuestro sistema. En parecido sentido, WEYERS, *Die Eheschliessung*, págs. 65-67; PERÉ RALUY, *Panorama del primer*

Hoy no hace falta, para evitar el fraude, hacer decir al ap. 3.º del art. 100 de nuestro Código lo que, en verdad, no dice. Su interpretación literal —tomadas sus palabras lisa y llanamente— se ve ahora reforzada por las exigencias de una interpretación sistemática. A tenor de ese apartado, “los Cónsules y Vicecónsules *ejercerán las funciones* de jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero”.

Este precepto fue interpretado en el sentido de que, “así como en España sólo los Jueces pueden autorizar matrimonios civiles, en el extranjero serán los Cónsules los únicos funcionarios capacitados para desempeñar esta función” (Resolución de la Dirección General de los Registros de 19 de febrero de 1941).

Claramente se aprecia que, para obtener una bienintencionada conclusión, se hace uso de una argumentación artificiosa. No puede, en efecto, darse el mismo trato a la celebración del matrimonio civil en territorio español y en país extranjero, porque, mientras en el primer caso no hay opción posible (ha de celebrarse, so pena de nulidad, según el art. 101, núm. 4.º, con intervención del Juez municipal competente), sí que existe tal opción, al menos en principio, cuando trata de celebrarse el matrimonio civil en un país extranjero. Como dice Castán ²⁰⁵, doctrinalmente se estima que la solución más conforme a los principios generales es la de admitir que los españoles en el extranjero tenían la facultad de optar entre la *ley del lugar*, celebrando el matrimonio ante las autoridades extranjeras y con arreglo a las formalidades establecidas por dicha ley, o la *española*, celebrando el matrimonio ante los Cónsules o Vicecónsules españoles.

La citada Resolución de 1941 nos dice cuál era, en verdad, la razón —ciertamente poderosa— para no reconocer esta facultad de optar, en cuanto a la forma, entre la ley del lugar y la española: califica el ap. 3.º del art. 100 —interpretado en el sentido de reservar, bajo pena de nulidad, la autorización del matrimonio a nuestros agentes consulares— como “norma de indiscutible justicia, *pues en caso contrario podrían los españoles infringir las disposiciones referentes al matrimonio civil trasladándose al extranjero*”.

trienio de vigencia de la nueva ordenación del Registro civil, en «Pretor», XI, 1962 pág. 272.

²⁰⁵. Derecho Civil Español, Común y Foral, 8.ª ed., V, I, pág. 176.

En el fondo se niega la opción en materia de forma matrimonial —que tenía y tiene su apoyo en el art. 11, ap. 1 del Código civil— por el temor de que, fraudulentamente, hagan uso de una opción diversa los contrayentes. Esta segunda opción no consiste en elegir libremente entre un matrimonio civil en forma española y un matrimonio civil en forma local extranjera, sino en elegir el matrimonio civil en lugar del canónico quienes, según el art. 42 del Código, sólo pueden celebrar éste legítimamente. Eso explica que —como hacen las Sentencias de 1 de mayo de 1919 y de 26 de abril de 1929—, para evitar el fraude, se declare nulo el matrimonio celebrado en el extranjero sin autorizarlo nuestros agentes cónsules, invocando, no sólo los arts. 100 y 101, sino también el 11, ap. 2 del Código civil relativo a las leyes prohibitivas y a las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres.

Después de la reforma, debe considerarse innecesaria esa forzada interpretación del art. 100, ap. 3 del Código. Restablecida —sin peligro de fraudes— la opción en materia de forma (por haber perdido ésta su antigua importancia), no hay dificultad en reconocer, en todos los casos posibles, la legitimidad de celebrar el matrimonio civil en país extranjero según la forma local. Ahora no puede hablarse de nulidad —sería contrario por completo a todo nuestro sistema matrimonial— por el juego conjunto del art. 100, ap. 3 y del 101, núm. 4. Hoy la garantía viene dada por el nuevo requisito del expediente previo para inscribir este matrimonio en el Registro civil español. El expediente esclarecerá si la norma que verdaderamente ha de respetarse —el art. 42 del Código civil, ahora redactado en términos precisos— se ha cumplido o no, al examinar si ambos contrayentes no profesaban la Religión Católica al tiempo de celebrar el matrimonio en el país extranjero. Hoy la garantía viene dada por la imposibilidad de que se inscriba el matrimonio sin el previo expediente.

El art. 249, ap. 2 del Reglamento del Registro Civil recuerda algo que merece subrayarse: “conforme al Derecho español, dicho matrimonio (el de españoles en el extranjero) sólo será eficaz si los contrayentes no profesan la Religión Católica”. Es de advertir que no ha querido hablarse de validez, sino simplemente de eficacia (como en el discutido art. 51 del Código civil), lo que parece muy atinado: a través del expediente se examinará el requisito de la no profesión; y si éste falta, se denegará la inscripción, con lo que no podrán ser reco-

nocidos "los efectos civiles" de tal matrimonio, a tenor de lo dispuesto en el art. 70 de la Ley del Registro Civil.

17. *Las causas matrimoniales.*

El Concordato de 1953 dedica un extenso artículo, el XXIV, a tratar de las causas matrimoniales, para señalar la competencia de la Iglesia y del Estado en las causas relativas al matrimonio canónico. La Ley de 24 de abril de 1958, por la que se reforma el Código civil, ha modificado numerosos artículos de éste, para acomodar nuestra legislación a las exigencias concordatarias (artículos 67 a 74 y 80 a 82)²⁰⁶; y otra Ley de la misma fecha ha modificado el título cuarto de la primera parte del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 1.880 a 1.917), para ponerla en armonía con los nuevos preceptos del Código. La nueva Ley del Registro Civil y su Reglamento contienen también algunos preceptos interesantes sobre la materia.

Con el fin de señalar las líneas generales de la reforma, examinaremos sucesivamente: a) la competencia de la jurisdicción eclesiástica y de la civil; b) las causas de nulidad y de separación; c) la dispensa *super rato* y el privilegio paulino. Al considerar estas cuestiones, nos importa sobre todo hacer un contraste entre el régimen establecido por la reforma y el anterior, para ver cómo se han cumplido por el Estado las normas concordatarias en su designio de establecer un claro deslinde de las esferas canónica y civil en materia de causas matrimoniales.

a) *La competencia de la jurisdicción eclesiástica y de la civil.*

A tenor del canon 1.960 del Código de Derecho canónico, "las causas matrimoniales entre bautizados pertenecen por derecho propio y exclusivo al juez eclesiástico".

El principio recogido en este canon fue incorporado fielmente al Concordato español de 1953, con referencia expresa a las distintas

206. Se aprovechó también la reforma para modificar el art. 105 del Código civil en el sentido de que, en todo caso, y dentro del matrimonio civil, es causa legítima de separación «el adulterio de cualquiera de los cónyuges». Se recordó —dice BATLLE— el criterio canónico, más justo, y «se pensó que no podía perpetuarse la injusticia de que mientras el adulterio de la mujer era causa de separación en todo caso, el del marido tan sólo cuando resultara escándalo público o menosprecio para la mujer» (*Observaciones sobre la reforma del Código civil*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1958, II, pág. 438).

causas matrimoniales: "El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al privilegio paulino" (art. XXIV, 1) ²⁰⁷.

Según el canon 1.961 —en el que se contiene el Derecho común de la Iglesia sobre la competencia que ésta reconoce al Estado en la materia— "las causas acerca de los efectos meramente civiles del matrimonio, si se tratan como causa principal, pertenecen al magistrado civil, en conformidad con el canon 1.016; pero si como causa incidental y accesoria, puede también el juez eclesiástico conocer en ellas y sentenciarlas en virtud de su potestad propia".

Nos encontramos de nuevo con el concepto canónico de "efectos meramente civiles del matrimonio", al que ya hicimos referencia al ocuparnos del reformado artículo 76 del Código civil. Y nos parece oportuno repetir ahora una consideración que hicimos entonces. El concepto de efectos meramente civiles es un concepto canónico que tiene por finalidad exclusiva establecer un criterio para deslindar las esferas de competencia de la Iglesia y del Estado en relación con el matrimonio canónico. Cumplida esa finalidad, no es obligado que el concepto de efectos *mere civiles* se incorpore al Derecho interno del Estado. Y es que a la Iglesia no le importa en absoluto que el Estado dicte también normas acerca de los *efectos inseparables* del matrimonio, siempre que estas normas: a) no lesionen la competencia de la Iglesia; b) sirvan para sancionar con eficacia civil las normas canónicas relativas a los efectos inseparables, o para completarlas en la esfera civil ²⁰⁸.

207. Para combatir el proceso secularizador, la Iglesia procuró, desde el siglo XVIII, incluir en numerosos Concordatos el reconocimiento de su competencia en las causas matrimoniales. Vid. LEITE, *Competência da Igreja e do Estado sobre o Matrimónio*, Porto, 1946, págs. 210 y s.

208. Son muy claras las palabras de Pío XI en la Encíclica *Casti connubii*. Dice el Papa que «no sólo interesa a los poderes públicos que el matrimonio y la familia estén bien constituidos en lo que toca a los *bienes temporales*, sino también en aquellos que deben llamarse *bienes propios de las almas*, es decir, que se dicten y se hagan observar fielmente leyes justas relativas a la fidelidad de la castidad y a la mutua ayuda de los cónyuges». Esta distinción entre bienes temporales y bienes propios de las almas, corresponde prácticamente a la distinción entre efectos separables (o *mere civiles*) y efectos inseparables del matrimonio.

Pío XI agrega que la misión de la Iglesia «puede verse, en efecto, muy favorecida por las leyes civiles, siempre que al dictarlas se tenga presente lo que ha sido estatuido por la

Todo esto explica que, mientras el canon 1.960 fue incorporado en su tenor literal al Concordato, no lo fuera el 1.961: se estimó preferible establecer las líneas generales del sistema relativo a los "efectos civiles" —sin distinguir entre separables o "meramente civiles" e inseparables— derivados de las causas matrimoniales. El artículo XXIV contiene, en sus números 2 y 3, el deslinde de competencias entre la Iglesia y el Estado con relación a los efectos civiles dimanantes de las causas referentes a la nulidad o a la separación, la dispensa *super rato* y a la aplicación del privilegio paulino y hace una declaración, en el número 4, que sobrepasa la materia matrimonial, al decir que "en general todas las sentencias, decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las Autoridades eclesiásticas en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efectos en el orden civil cuando hubieran sido comunicados a las competentes Autoridades del Estado, las cuales prestarán, además, el apoyo necesario para su ejecución".

Veamos ahora el nuevo artículo 80 del Código civil en relación con el XXIV del Concordato y en contraste con su texto anterior.

Según el artículo 80 reformado, "el conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos, sobre dispensa del matrimonio rato y no consumado y sobre uso y aplicación del privilegio paulino, corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil, a tenor del artículo 82".

Ante todo es de observar que —mientras el artículo XXIV del Concordato emplea los términos de Tribunales y Dicasterios eclesiásticos (n. 1)²⁰⁹, Tribunal Eclesiástico (n. 2 y 3) y Autoridades eclesiásticas (n. 4)— el nuevo artículo 80 del Código civil usa el más amplio la jurisdicción eclesiástica, que engloba a todos los anteriores, sin ex-

ley divina y la eclesiástica y se castigue a los infractores. Pues no faltan quienes piensen que lo que las leyes civiles permiten o no castigan de una manera clara, o les es lícito también conforme a la ley moral o, pese a la disconformidad de su conciencia, lo ponen por obra, porque ni temen a Dios ni ven nada que temer por parte de la ley civil».

209. El término «Dicasterio» designa, etimológicamente, toda clase de organismos, pero el estilo de la Curia Romana ha restringido su significación a la de organismos administrativos, y concretamente a las Sagradas Congregaciones, que actúan prevalentemente en vía administrativa, en contraposición a los Tribunales, que proceden en vía contenciosa.

cluir ningún órgano concreto de los que pueden intervenir canónicamente en las causas matrimoniales.

El reconocimiento de la competencia jurisdiccional de la Iglesia se hace, respecto del matrimonio canónico, con carácter exclusivo, según pedía el artículo XXIV del Concordato. Y se añade en el Código civil algo que no estaba en la letra, aunque sí en el espíritu del precepto concordatario: se dice que "corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, *conforme al procedimiento canónico*", expresión al parecer superflua, pero de gran importancia, pues de ella se deduce —como ha observado Bernárdez Cantón— que "el ordenamiento estatal se inhibe de la vía que utilicen los organismos eclesiásticos, remitiéndose a lo establecido en el Derecho canónico" ²¹⁰.

Las últimas palabras del artículo 80 consagran la "eficacia en el orden civil" —sin distinguir entre efectos separables e inseparables— de las "sentencias y resoluciones firmes" dictadas por la jurisdicción eclesiástica: eficacia civil regulada en el artículo 81, con norma especial, en relación con las causas de nulidad y de separación, durante la sustanciación del proceso; mientras se establece en el artículo 82 el sistema para el reconocimiento de la eficacia civil de las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica en las cuatro clases de causas matrimoniales de que habla el artículo 80 (sobre nulidad o separación de matrimonio canónico y sobre dispensa de matrimonio rato no consumado o aplicación del privilegio paulino).

La congruencia entre el régimen establecido por estos tres nuevos artículos del Código civil y las estipulaciones que contiene el XXIV del Concordato, salta a la vista y no requiere ningún comentario. Sin embargo, esta afirmación, que es valedera en líneas generales, debe ser matizada en algún aspecto particular, como veremos al ocuparnos enseguida de cada una de las causas matrimoniales.

Ahora nos importa tan sólo contrastar el nuevo texto del artículo 80 con el anterior.

El antiguo texto decía: "El conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde a los Tribunales eclesiásticos".

210. *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid, 1961, pág. 639.

Las diferencias más notables con la nueva redacción son las siguientes:

1. Ha desaparecido la duda acerca de si las dispensas de matrimonio rato y no consumado se hallaban incorporadas al Código civil por hablar el primitivo texto de "pleitos" y por no ser sentencias esas dispensas ²¹¹.

2. En este artículo y en todo el Código civil, la expresión "separación personal" sustituye en la forma conveniente el término "divorcio" y sus derivados ²¹². Esta reforma ha tenido en cuenta el hecho de que la palabra "divorcio" designa, en la terminología usual extranjera, la disolución del vínculo, sin que entrañe tampoco novedad, porque el Código civil español ya usaba la palabra separación en alguno de sus preceptos (artículos 108 y 111).

3. Se hace ahora mención expresa del privilegio paulino, con lo que desaparecen las dudas que —como luego veremos— existían en algunos sobre el reconocimiento de esta institución.

4. Se dice con toda claridad que la jurisdicción eclesiástica tiene competencia *exclusiva* sobre las causas relativas al matrimonio canónico y que le corresponde conocer de ellas "conforme al procedimiento canónico".

Este último punto es el más importante de la reforma, porque de él se deduce esta consecuencia: siempre que un matrimonio merezca la calificación de canónico según el Derecho de la Iglesia, será competente la jurisdicción eclesiástica para conocer las causas que puedan dimanar de él. Y esto es así dentro del nuevo régimen establecido por la reciente reforma para todos los supuestos imaginables, incluso los que hemos denominado "matrimonios canónicos en forma civil" ²¹³.

211. Vid. GUASP, *El Concordato y el Derecho procesal del Estado*, en el volumen «El Concordato de 1953» (Facultad de Derecho de Madrid), Madrid, 1956, pág. 258.

212. Así lo dispone el art. cuarto de la Ley de 24 de abril de 1958. Sobre este punto dice la Exposición de Motivos: «Se ha querido también desterrar del Código el término divorcio y sus derivados, lo que se ha traducido en el simple retoque de algunos artículos y rúbricas de secciones y en una disposición general por la que en todo el Código el término 'divorcio' se substituye por la expresión 'separación personal'».

213. Para una consideración más extensa de este tema, vid. FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, págs. 94-97.

b) *Las causas de nulidad y de separación.*

Para señalar con precisión el deslinde de las esferas canónicas y civil en las causas de nulidad y de separación relativas al matrimonio canónico, tal como ha sido establecido por la reciente reforma de nuestro Derecho interno, nos parece oportuno sentar las siguientes proposiciones:

1. Corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica el conocimiento de todas las causas relativas a la nulidad y a la separación del matrimonio canónico, debiendo aplicarse el Derecho de la Iglesia tanto en lo que mira a los casos en que procede la nulidad o la separación (artículo 75 del Código civil reformado) como en lo referente a la vía o procedimiento de tramitación (nuevo artículo 80 del Código civil).

En este primer punto nuestro Derecho es un ejemplo de singular fidelidad a la Iglesia, pues, como señala Pérez Mier, "España es el único país donde no resulta posible obtener una sentencia de separación personal ante la jurisdicción civil, ya que en Irlanda misma los pleitos de separación de los cónyuges se ventilan ante los Tribunales civiles, y en los Concordatos de Italia y Austria y últimamente en el Convenio de Colombia la Santa Sede concede que las causas de separación de los cónyuges sean juzgadas por los Tribunales civiles"²¹⁴, pudiendo aplicarse, según esa concesión, el Derecho civil sustantivo y procesal en lo que no sea contrario a las leyes divinas o eclesiásticas²¹⁵.

2. A tenor del nuevo artículo 81 del Código civil, "incoada ante la jurisdicción eclesiástica una demanda de nulidad o de separación de matrimonio, corresponde a la jurisdicción civil dictar, a instancia de la parte interesada, las disposiciones referidas en el artículo 68". El contenido de estos preceptos plantea la duda —que luego examinaremos— de su armonía con lo establecido en el artículo XXIV, número 2, del Concordato.

²¹⁴. *El Concordato español de 1953*, en «Revista Española de Derecho Canónico», IX, 1954, págs. 36 y 37.

²¹⁵. Vid. LEITE, op. cit., pág. 214.

Es de advertir que la Convención suscrita en 22 de abril de 1942 por la Santa Sede y el Gobierno de Colombia, no entró en vigor, a pesar de haber sido aprobada por el Congreso de la República, a causa de no haberse realizado el canje de los instrumentos de ratificación. En el art. 10 de esta Convención se decía: «La Santa Sede consiente que las causas de separación de cuerpos sean juzgadas por los jueces del Estado».

3. Compete a la jurisdicción civil promover la inscripción y ejecutar en todo lo demás relativo a efectos civiles, las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica sobre nulidad o separación de matrimonio canónico (nuevo artículo 82 del Código civil).

4. Las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos "tendrán —según lo dispuesto en el nuevo artículo 80 del Código— eficacia en el orden civil, a tenor del artículo 82".

Este último punto plantea una cuestión importante, que ya fue suscitada a raíz del Concordato: la de si, en las causas de separación temporal de los cónyuges, se otorga entre nosotros efectos civiles únicamente a las sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos o se reconoce también eficacia en el orden civil a las resoluciones dictadas en vía administrativa por los Ordinarios.

Es ésta cuestión tal, que —por su carácter previo— merece ser considerada en primer lugar.

Para entender la diversidad de pareceres mantenida por los comentaristas del Concordato, puede ser útil recordar algunos antecedentes relativos al tema discutido.

Ante todo conviene tener en cuenta que la cuestión sólo se plantea en torno a las causas de separación temporal, porque sólo en ellas puede seguir la jurisdicción eclesiástica facultativamente una doble vía —judicial o administrativa—, mientras que las causas de nulidad y las de separación perpetua han de tramitarse por vía judicial; y en cuanto a las de dispensa *super rato* y las relativas al privilegio paulino, deben serlo por vía administrativa.

Antes del Código de Derecho Canónico todas las causas de separación —tanto perpetua como temporal— seguían el procedimiento judicial. Esto explica que el Código civil español (artículos 80, 81 y 82) y nuestra Ley de Enjuiciamiento civil (artículos 1880 a 1899), por ser anteriores al *Codex*, sólo contemplaran los efectos civiles dimanantes de las decisiones dictadas judicialmente por la Iglesia en las causas de separación temporal.

La novedad vino, en 1917, con el canon 1131, según el cual procede

la separación temporal *auctoritate Ordinarii loci*. El sentido de esta fórmula fue precisado en la respuesta dada, en 25 de junio de 1932, por la Comisión Pontificia de Intérpretes del Código: estas causas deben tramitarse en forma administrativa, "a no ser que el Ordinario, de oficio o a instancia de las partes, disponga otra cosa", es decir, que se tramiten contenciosamente.

Después del *Codex*, la práctica constante de las curias diocesanas en España ha sido la de tratar estas causas por vía judicial ²¹⁶. No dejó, sin embargo, de existir algún caso tramitado administrativamente, como el que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1949, que se inclinó a reconocer efectos civiles al decreto del Ordinario, por entender que ha de darse ejecución civil a toda resolución canónica, "sin que a esto pueda obstar que tal resolución se denomine decreto cuando contiene pronunciamientos que la hacen merecer por su fondo el concepto de sentencia", ya que lo dispuesto en el art. 82 del Código civil "ha de entenderse aplicable a cuantas resoluciones firmes acuerde efectos cuya ejecución ha de obtenerse de los tribunales ordinarios". Este fallo del Tribunal Supremo fue comentado por dos ilustres canonistas en el sentido de ser posible atribuir entre nosotros efectos civiles a los simples decretos ²¹⁷ y de ser, además, conveniente utilizar, en ciertos casos, la vía administrativa para tramitar algunas de las causas de separación temporal ²¹⁸.

Hasta aquí el estado de la cuestión al publicarse el Concordato de 1953. Sus inmediatos comentaristas, teniendo en cuenta los antecedentes recordados, plantearon el tema, para afirmar unos que la palabra tribunal, empleada en los números 2 y 3 del art. XXIV, había de interpretarse ampliamente, por lo que debía reconocerse efectos civiles a los decretos de separación temporal dictados en vía gubernativa, tanto más que los números 1 y 3 hablan de "Dicasterios" y de "resoluciones" ²¹⁹; mientras otros se inclinaron por una interpretación restrictiva.

216. Vid. JUBANY, *Causas de separación temporal*, en el volumen «Las Causas Matrimoniales», Salamanca, 1953, pág. 555, donde se indica la armonía de esta práctica con la citada respuesta de la Comisión del Código.

217. MALDONADO, *Reseña de Derecho del Estado sobre materias eclesásticas*, en «Revista Española de Derecho Canónico», IV, 1949, págs. 948 y s.

218. JUBANY, op. cit., págs. 555 y 556.

219. Esta fue la opinión de REGATILLO y de MONTERO. Vid. *supra*, nota 117.

El paladín de esta segunda tesis fue Miguélez, cuya argumentación merece resumirse, por su interés ²²⁰. Para defender que no debían producir efectos civiles los decretos de los Ordinarios en materia de separación de matrimonio, alegó varias razones:

1. De orden puramente exegético: el n. 2 del art. XXIV del Concordato exige, para la concesión de efectos provisionales civiles, que haya sido "interpuesta y admitida ante el *Tribunal* eclesiástico la demanda de separación". Este criterio ha de aplicarse también —y con mayor motivo— al reconocimiento de los efectos civiles definitivos, y es el acogido en los números 1 y 3 del art. XXIV: en ellos se observa que se engloban las causas de nulidad y de separación con otras dos —las de dispensa *super rato* y sobre el privilegio paulino— que se tramitan siempre en vía administrativa; por eso, para comprenderlas todas, el n. 1 habla de "Tribunales y Dicasterios" y el n. 3 de "sentencias y resoluciones", sin que estas expresiones sean aplicables conjuntamente a las causas de separación, contempladas de modo particular —en cuanto a los efectos provisionales— en el n. 2. Y no cabe alegar la norma general establecida en el n. 4 —según la cual todas las "decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las Autoridades eclesiásticas en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efecto en el orden civil"— porque, precisamente por su carácter *general*, debe ceder ante la norma *especial* del n. 2.

2. De orden jurídico: la defensa de los derechos subjetivos, máxime los de naturaleza patrimonial, debe ventilarse en vía contenciosa, con todas las garantías del procedimiento judicial.

3. De carácter histórico: entre nosotros ha sido siempre normal —como antes recordamos— seguir la vía contenciosa para tramitar y resolver todas las causas canónicas de separación. El *Codex*, al abrir la vía administrativa, quiso probablemente evitar que los cónyuges católicos tuvieran que sostener un doble pleito —canónico y civil— para separarse, por lo que, tratándose de separación temporal, se contenta con el procedimiento administrativo. La norma está aconsejada para la generalidad de los países, que sólo reconocen efectos

220. De la tesis de MIGUÉLEZ participaron PÉREZ MIER y MALDONADO. Vid. *supra*, nota 116.

civiles a la separación decretada por los Tribunales del Estado; pero no puede extrañar, sino todo lo contrario, que la Iglesia —*motu proprio* o mediante un Concordato— imponga la vía contenciosa eclesiástica en un país, como España, que reserva el conocimiento de las causas de separación dimanantes del matrimonio canónico —con plenitud de efectos civiles— a la jurisdicción eclesiástica.

Ante estas dos claras posturas de los exégetas, ¿cuál fue el criterio acogido en la acomodación del Derecho español al Concordato?

Para responder a esta pregunta, todavía hay que distinguir, pues la cuestión debatida fue abordada tanto por el Estado como por la Iglesia, siendo de diverso alcance y naturaleza, como en seguida veremos, los pronunciamientos de ambas Potestades.

El Estado reformó el art. 82 del Código civil en estos términos: "La jurisdicción civil promoverá la inscripción y ejecutará en todo lo demás relativo a efectos civiles, las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica, sobre nulidad o separación de matrimonio canónico y sobre dispensa de matrimonio rato no consumado o aplicación del Privilegio Paulino. La ejecución se llevará a cabo en virtud de comunicación canónica de las sentencias o resoluciones, o a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio".

A juicio de Bernárdez Cantón, el nuevo texto se ha redactado de manera que exista una cierta correspondencia entre la forma del pronunciamiento y el objeto o materia del mismo; lo que induce a pensar que el legislador otorga la eficacia civil a las sentencias de nulidad y separación, por una parte, y a las resoluciones concernientes a la dispensa *super rato* y al privilegio paulino, con lo cual vendría a limitarse la eficacia civil de la separación canónica al caso de que ésta se hubiese fallado judicialmente ²²¹.

En sentido contrario, afirma Del Amo que quien compare los nuevos arts. 80, 81 y 82 del Código civil con los anteriores no tendrá que esforzarse mucho para comprender que los cambios introducidos están más acordes con la opinión de los comentaristas que interpreten el Concordato de modo que éste se ajuste a los procedimientos que la

221. BERNÁRDEZ CANTÓN, op. cit., págs. 639 y 640.

autoridad eclesiástica observa en la tramitación de las causas matrimoniales: unas veces el procedimiento judicial; otras, en la separación temporal de los cónyuges, el procedimiento administrativo. Y Del Amo concluye que las resoluciones de las causas de separación temporal tramitadas administrativamente conforme al procedimiento canónico, tendrán eficacia en el orden civil ²²².

A mi entender, la reforma reciente de nuestro Código ha tomado partido en favor de la tesis más amplia, para reconocer efectos en el orden civil, no sólo a las sentencias, sino también a las resoluciones dictadas en vía administrativa por la jurisdicción eclesiástica en las causas de separación temporal. Así lo estimo por las razones siguientes:

1. Del nuevo art. 82 no se deduce, como afirma Bernádez, una correspondencia entre la forma del pronunciamiento (sentencias y resoluciones) y el objeto o materia del mismo (sentencias de nulidad o de separación; y resoluciones concernientes a la dispensa *super rato* o al privilegio paulino). Su texto autoriza a concluir lo contrario, siendo de advertir, por otra parte, que su redacción fue muy cuidada y laboriosa, por lo que, de haberse querido establecer esa correspondencia, se hubieran empleado, sin duda, unos términos claros y precisos para alejar cualquier incertidumbre.

2. El designio del legislador de dar cabida a las resoluciones firmes dictadas en vía administrativa en las causas de separación temporal, para reconocerles efectos civiles, se pone de manifiesto en la redacción dada a varios preceptos del Código:

a) El nuevo art. 73 dice: "*La ejecución de separación producirá los siguientes efectos ...*"; antes decía: "*la sentencia de divorcio...*".

b) El reformado art. 74 habla de que "*la reconciliación pone término al procedimiento de separación*", en lugar de referirse, como hacía el anterior al "*juicio de separación*".

c) El nuevo art. 70 dice, en su ap. 5.º, que "*si el tribunal que conoció sobre la nulidad* hubiese, por motivos especiales, proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos..."; mientras que el 73, 2.º:

²²². *Procedimiento en las causas de separación*, en «Revista de Derecho Privado», XLIII, 1959, pág. 563.

se refiere a un supuesto análogo y no habla de Tribunal: “si *al juzgarse de la separación* ...”, expresión que se utiliza también en otro lugar de este artículo.

3. Con expresión clara y precisa, el art. 260, ap. 1, del nuevo Reglamento del Registro Civil dispone que “las inscripciones de las *sentencias y resoluciones* precisarán su alcance y la causa de la *nulidad o separación*”. No hay duda alguna que con el término resoluciones quiere referirse a las dictadas por los Ordinarios en los procedimientos administrativos sobre separación personal. Lo confirma el ap. 2.º de este artículo, al decir que “en la *inscripción de la sentencia de nulidad* se expresará la cancelación de la de matrimonio”: aquí se habla sólo de sentencia porque no cabe hablar, en sentido técnico, de resolución con referencia a las causas de nulidad matrimonial²²³.

4. En contra de la interpretación que defendemos, cabría tal vez alegar que, en otros lugares del Código civil, se encuentran algunas expresiones incompatibles con el reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones canónicas sobre separación conyugal.

Así parece ser en el art. 1.432, que exige para la separación de bienes entre los cónyuges “providencia judicial”; y, con referencia al mismo tema, el art. 1.433 pide “sentencia firme”. Sin embargo, para rechazar el argumento bastará recordar que la separación de bienes no es un efecto necesario, sino meramente potestativo de la separación conyugal; es una facultad que tiene el cónyuge inocente, quien para ejercitarla debe acudir a los tribunales civiles, lo que puede hacer en cualquier caso, tanto si la separación fue acordada en procedimiento civil o si —por tratarse de matrimonio canónico— fue resuelta por la autoridad eclesiástica, en vía judicial o en vía administrativa²²⁴.

223. Que a los términos sentencia y resolución ha querido dárselos su preciso significado, lo confirma el título de la sección quinta —«De las sentencias y resoluciones»— en que se encuentra el art. 260.

Esta terminología fue introducida en el art. 76 de la nueva Ley del Registro Civil: «Las *sentencias y resoluciones* sobre validez, nulidad o separación del matrimonio y cuantos actos pongan término a ésta se inscribirán al margen de la inscripción de matrimonio».

224. Muy oportunamente, advierte CASTÁN, op. cit., pág. 349, nota 1, que «a pesar de la posibilidad —prevista en el art. 82 reformado— de que la jurisdicción civil ejecute, en lo relativo a efectos civiles, las sentencias dictadas por la jurisdicción eclesiástica sobre separación de matrimonio canónico, en virtud de comunicación canónica de las sentencias, subsiste el carácter rogado de la separación de bienes y la legitimación exclusiva del cónyuge inocente para pedirla, en virtud de lo dispuesto especialmente por el art. 1.433».

Según el nuevo texto del art. 74, ap. 1, "la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto; pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del *Tribunal* que entienda o haya entendido en el *litigio*". Cabe preguntar si los términos que aquí se emplean —Tribunal y litigio— tomados de la redacción anterior, son un obstáculo para admitir los efectos civiles de las resoluciones canónicas sobre separación temporal. A mi entender, el Código quiere sólo referirse a la jurisdicción civil, es decir, al Juez "que entienda o haya entendido en el litigio": y esto bien se trate de las medidas provisionales (artículos 68 y 81), o de la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica (artículo 82). Para nada ha quedado referirse al procedimiento canónico de la separación del que —como antes veíamos al ocuparnos del nuevo artículo 80— se inhibe por completo²²⁵. El artículo 74 no puede presentarse como obstáculo para la admisión de efectos civiles a las resoluciones dictadas por el Ordinario en las causas de separación temporal.

225. La contraria interpretación conduciría a resultados absurdos, porque significaría admitir, sin razón suficiente, una excepción al principio básico de que el matrimonio canónico se rige por las disposiciones de la Iglesia (art. 75), y a la norma clara de que el conocimiento de las causas de separación «corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico» (art. 80). Así lo entendemos por las consideraciones siguientes:

a) El art. 74 del Código civil acoge la tendencia —por algunos criticada— de restablecer sin trabas y con las máximas facilidades la vida común entre los cónyuges, permitiendo que un simple acuerdo entre las partes pueda prevalecer sobre la sentencia judicial. Vid. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho Español*, pág. 295.

b) Entienden la mayoría de los autores que, según la norma del art. 74, los efectos derivan del puro hecho de la reconciliación y se producen aunque no haya sido comunicada al tribunal. Cfr. DÍEZ PICAZO, *La situación jurídica del matrimonio separado*, en «Revista de Derecho Notarial», IX, 1961, pág. 119.

c) El Código de Derecho Canónico, con criterio distinto, exige en el canon 1.131, § 2, que la cesación de las causas de la separación temporal se haga constar mediante un acto jurisdiccional (resolución del Ordinario o, analógicamente, sentencia judicial) de la misma índole del que la instaurara; así lo exige para impedir abusos.

d) Nuestro Código, en cuanto a la cesación de los efectos de la separación —escribe BERNÁRDEZ, op. cit., págs. 696 y 697— sólo ha tenido en cuenta la regulación civil de la separación, a pesar de que el art. 74 se encuentra entre las disposiciones comunes a las dos clases de matrimonio.

A mi juicio, puede concluirse que —en esta materia— se mantienen independientes el fuero eclesiástico y el civil: la *eficacia canónica* de la reconciliación exige —para las causas de separación temporal— decreto del Ordinario o sentencia del juez eclesiástico, sin cuyo requisito no tiene el cónyuge inocente obligación de restaurar la vida común; civilmente, por el contrario, la reconciliación obliga a restablecer la vida común por el solo hecho de producirse. Sin embargo, en la práctica, la discrepancia entre el criterio de nuestro Código civil y el establecido en el canon 1.131 es menor de lo que parece, pues, como advierte DÍEZ PICAZO, op. cit., pág. 123, al comentar el art. 76 de la nueva Ley del Registro Civil, «la existencia de un deber jurídico de los cónyuges de poner en cono-

Hasta ahora hemos examinado la cuestión teniendo en cuenta la reforma llevada a cabo en el Código civil, es decir, tomando en consideración el criterio de una de las partes que suscribieron el Concordato. Pero es que, además, contamos con una importante Circular de la Nunciatura Apostólica dirigida a los Ordinarios de España, que aborda también el tema de la tramitación administrativa o judicial de las causas de separación temporal. La Circular lleva fecha 2 de agosto de 1958 y dice así:

"Excelencia Reverendísima:

"Adaptado por el excelentísimo Gobierno español el artículo 82 del Código civil a las disposiciones del artículo XXIV del vigente Concordato, la Santa Sede, al DUBIO: 'Si en España, para tratar las causas de separación de personas, a que se refieren los cánones 1.128-1.132 del Código de Derecho Canónico, se pueden seguir los procedimientos administrativos previstos por el mismo Código o se deba proceder por vía judicial' ha tenido a bien responder:

"En vista de las especiales circunstancias, y ateniéndose a la práctica generalmente seguida en España, es propósito de la Santa Sede que, en los casos mencionados, se proceda por trámites judiciales ante el Tribunal eclesiástico competente."

"Al comunicarle a Vuestra Excelencia Reverendísima para su debido cumplimiento, en comunión de plegarias, me reitero de Vuestra Excelencia Reverendísima, atto, ss. Firmado: Hildebrando Antoniutti, N. A.

"A los Excmos. Prelados de España" ²²⁶.

cimiento del tribunal su reconciliación y el hecho de que el Registro sea la única vía de exigir coactivamente el cumplimiento de este *deber* que, en otro caso, queda sin sanción, induce a concluir en la conveniencia de exigir como título inscribible la resolución dictada por el tribunal como consecuencia de la comunicación recibida de las partes de haberse reconciliado».

Lo que de ningún modo cabe concluir es que el deber impuesto a los cónyuges de comunicar su reconciliación al tribunal, sea un obstáculo para reconocer efectos civiles al decreto que, en vía administrativa, dicte el Ordinario, de acuerdo con el canon 1.131, § 2, para declarar que ha cesado la separación a consecuencia de la reconciliación de los cónyuges por él comprobada.

En toda esta materia conviene tener muy en cuenta el art. 83, ap. 2.º del Reglamento del Registro Civil: «las sentencias o resoluciones canónicas, para ser inscritas, requieren que su ejecución, en cuanto a efectos civiles, haya sido decretada por el *Juez o tribunal correspondiente*», es decir, por la «jurisdicción civil» (art. 82 del Código civil).

²²⁶. Cfr. «Boletín oficial eclesiástico del Obispado de Madrid Alcalá», 15 de octubre de 1958, pág. 401.

El alcance de esta Circular ha sido diversamente estimado por los autores.

Según Del Amo, la solución vaticana es práctica, no doctrinal, y no dice que las autoridades eclesiásticas están obligadas por el Concordato contra los cánones 1.128-1.132, a proceder judicialmente en todas las causas de separación; no dice que el Código civil adaptado a las disposiciones del artículo XXIV del Concordato impida reconocer efectos civiles a las separaciones temporales autorizados por decreto del Ordinario; lo único que afirma es el "propósito de la Santa Sede", es decir, que la Santa Sede tiene intención o ánimo de que en la práctica "se proceda por trámites judiciales". Y concluye este autor que el "propósito de la Santa Sede es su deseo y voluntad de que los Ordinarios en España tramiten todas las causas de separación por vía judicial, pero es voluntad que impone el deber de ser cumplida como expresamente lo dice el señor Nuncio en su Circular: "Para su debido cumplimiento" ²²⁷.

A juicio de Bernárdez, la Circular de la Nunciatura parte del supuesto de que los decretos administrativos del Ordinario han quedado sustraídos de la eficacia civil que regula el artículo 82 y que ello se hace de acuerdo con el artículo 24 del Concordato; la respuesta de la Santa Sede constituye una norma simplemente directiva, pero no una norma imperativa instauradora de un régimen especial —desde el punto de vista estrictamente canónico— de Derecho particular español con derogación del Derecho común, por lo que podrá en algún caso procederse administrativamente sin que tal conducto haga inválido el fallo. Las "especiales circunstancias" a que alude la respuesta de la Santa Sede, "no pueden ser otras que la restricción operada por los reformados artículos 81 y 82 del Código civil, en cuanto a la ejecución civil de los pronunciamientos eclesiásticos de separación" ²²⁸.

A mi modo de ver, el alcance de esta Circular de la Nunciatura es muy distinto del que debe darse a la Circular dirigida por la propia Nunciatura a los Ordinarios de España en 25 de marzo de 1957. Al ocuparme de esta última, llamé la atención sobre la conveniencia de

227. DEL AMO, *Procedimiento en las causas de separación*, pág. 564.

228. BERNÁRDEZ, op. cit., págs. 642 y 643.

considerarla como una pieza complementaria de las disposiciones civiles por las que se ha introducido entre nosotros el requisito de notificar a la Autoridad eclesiástica el proyecto de matrimonio civil de apóstatas, y de tenerla muy en cuenta para acertar en la interpretación de esas disposiciones civiles. Razón de ser diferente tiene la Circular de 2 de agosto de 1958: en ella no se pretende señalar el sentido del reformado art. 82 del Código civil, aunque se parte de él para orientar la práctica canónica en las causas de separación temporal.

La Circular parte de un hecho —el haberse adaptado el artículo 82 del Código civil, por el Gobierno español, a las disposiciones del artículo XXIV del Concorato— para exponer la duda formulada acerca del procedimiento canónico que deba seguirse en las causas de separación temporal. El enlace entre aquel antecedente de hecho y el *du-bium* planteado a la Santa Sede, es a mi juicio plenamente lógico: como quiera que el nuevo texto del art. 82 contiene un criterio distinto del anterior (pues mientras el antiguo se refería a “la *sentencia firme* de nulidad o divorcio del matrimonio canónico”, el reformado habla, con criterio más amplio, de “las *sentencias y resoluciones firmes* dictadas por la jurisdicción eclesiástica sobre nulidad o separación de matrimonio canónico”), se plantea la duda de si, dada la mayor amplitud del precepto civil, debe mantenerse o rectificarse en lo sucesivo, “la práctica generalmente seguida en España”, según la cual se procedía por vía judicial —y no por la administrativa—, en la tramitación canónica de estas causas.

La duda se contesta, con una regla de carácter directivo, en favor de que continúe la práctica anterior. Como fundamento de la respuesta se habla de “especiales circunstancias”, sin concretar cuáles sean éstas. Cualquier intento de concreción por parte del intérprete será siempre aventurado, por tratarse de simple conjetura. Con tal carácter, nos inclinamos a pensar que, entre esas “especiales circunstancias”, pudieran figurar: a) el hecho singular de que en España tengan plenos efectos civiles las resoluciones y sentencias canónicas, por lo que es aconsejable seguir, en principio, la vía judicial, por ofrecer mayores garantías ²²⁹; b) el hecho singular también de existir entre nosotros el Tribunal de la Rota de la Nunciatura, ante el cual se ventilan los recursos de las causas de separación tramitados en vía

229. En sentido contrario, DEL AMO, op. y loc. cit.

judicial, sin tener que acudir a Roma —con el consiguiente gravamen de las partes— como es siempre necesario en las causas tramitadas administrativamente, pues en este caso sólo pueden acudir las partes, si quieren revisar la resolución dictada por el Ordinario, ante la Sagrada Congregación de Sacramentos (canon 249) ²³⁰.

En resumen —y con esto terminamos el examen de la eficacia civil de las sentencias y resoluciones canónicas firmes sobre separación temporal— entendemos: a) que el Código civil acoge ahora, para otorgarles plenos efectos civiles, tanto las sentencias como las resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica; b) que ésta deberá, en principio, mantener la práctica anterior de utilizar la vía judicial, pero si en algún caso —como puede hacerlo— el Ordinario siguiera la vía administrativa, no existe dificultad alguna para reconocer efectos civiles a su resolución.

Volviendo a la reciente reforma del Código civil, debemos ocuparnos brevemente de tres cuestiones para señalar —como nos hemos propuesto— el deslinde de las esferas canónica y civil en las causas de nulidad y de separación relativas al matrimonio canónico: a) si las “medidas provisionálsimas o previas”, anteriores a la presentación de la demanda, representan de algún modo una invasión de la esfera eclesiástica por parte de la civil; b) si los reformados artículos 68 y 81 del Código civil están en armonía con el XXIV del Concordato, al regular las llamadas “medidas provisionales”; c) si estas medidas pueden adoptarse también en el caso de tramitarse administrativamente las causas canónicas de separación temporal ²³¹.

En cuanto a las medidas previas, dispone el nuevo art. 67 del Código civil: “La mujer que se proponga demandar la separación o nulidad de su matrimonio puede pedir que se le separe provisionalmen-

230. La ya citada respuesta de la Comisión Pontificia de Intérpretes del Código, de 25 de junio de 1932, declaró que en la segunda instancia de las causas de separación se ha de observar la misma forma, administrativa o judicial, que se hubiese observado en la primera.

231. No podemos entrar en el examen de otros muchos puntos de la reforma, que ha introducido notables innovaciones en nuestra legislación civil relativa a las causas de nulidad y de separación. Además de los estudios ya citados de GARCÍA CANTERO, DÍEZ GÓMEZ, BERNÁRDEZ CANTÓN y DÍEZ PICAZO, pueden consultarse: FERRER MARTÍN, *El nuevo procedimiento para la separación provisional de los cónyuges*, en «Revista General de Derecho», XV, 1959, págs. 9-19 y 220-229; GARCÍA LAVERNIA, *Medidas provisionales en relación con la mujer casada*, en «Revista jurídica de Cataluña», LVIII, 1959, págs. 639 y s.

te de su marido y que se le confíen, con igual carácter, los hijos menores de siete años, se le señale un domicilio y, si es menor de edad, la persona a cuya custodia ha de quedar, así como los auxilios económicos necesarios a cargo de su cónyuge, medidas que quedarán sin efecto si en los treinta días siguientes no se acreditara la interposición de la demanda o en cuanto se justifique la inadmisión de ésta”²³². El precepto es aplicable tanto al matrimonio civil como al canónico, por lo que, en relación con este último, cabe preguntar si está o no en armonía con el Derecho canónico.

La duda se plantea por el silencio del Concordato acerca de estas “medidas previas”, mientras que expresamente alude a las “medidas provisionales”, para atribuir las a la jurisdicción civil. Y la cuestión es importante porque, entre las medidas previas, figuran algunas que atañen directamente a ciertos efectos del matrimonio que, por no ser calificables de *mere civiles*, no parece puedan entrar en la esfera propia de la jurisdicción civil: tal es el caso de la separación provisional de los cónyuges y de la atribución a la madre de los hijos menores de siete años.

La dificultad, sin embargo, es más aparente que real. Aquí se comprueba la corrección del criterio antes expuesto, acerca del deslinde de competencias entre el fuero eclesiástico y el civil. A la Iglesia —decíamos— no le importa en absoluto que el Estado dicte también normas relativas a los *efectos inseparables* del matrimonio, siempre que estas normas: a) no lesionen la competencia de la Iglesia; b) sirvan para sancionar con eficacia civil las normas canónicas relativas a los efectos inseparables, o para completarlas en la esfera civil. En el caso que nos ocupa se dan plenamente las dos condiciones indicadas²³³. En efecto, las medidas previas que establece el art. 67 del Código civil no lesionan para nada la competencia de la jurisdicción eclesiástica en las causas de nulidad y de separación, porque la facultad que aquel precepto concede a la mujer para acudir a la jurisdicción civil

232. Estas medidas están reguladas, en su aspecto procesal, por los nuevos arts. 1.881 a 1.885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el último de estos preceptos se dispone que el término de treinta días de que habla el art. 67 del Código civil, «podrá prorrogarse por otro igual si se acreditase a satisfacción del juez que por causa no imputable a la mujer ha sido imposible intentar la demanda».

233. MIGUÉLEZ trató del tema por extenso y profundamente, con anterioridad a la reforma del Código civil, en su estudio *Las causas matrimoniales de separación temporal*, págs. 13 y s. Sus conclusiones son plenamente valederas después de la reforma.

no limita en modo alguno su acceso a la jurisdicción canónica. Esas medidas previas tampoco significan el reconocimiento o concesión graciosa por la ley civil de un derecho de separación que el cónyuge no tuviera ya reconocido por el Derecho canónico: estamos en un caso de aplicación del derecho a separarse "por propia autoridad" ²³⁴. El art. 67 del Código español sirve para sancionar civilmente las normas canónicas relativas a la separación por propia autoridad y para completarlas en la esfera civil, otorgando tutela y protección a la mujer, que, sin las garantías de aquel precepto, podría quedar privada de libertad para acudir a la jurisdicción eclesiástica, ante la posibilidad de que su marido interpusiera la acción penal contra ella por abandono de familia, si se apartaba de él para preparar, sin coacciones, su defensa.

Veamos ahora si los reformados arts. 68 y 81 del Código civil están en armonía con el XXIV del Concordato, al regular las llamadas "medidas provisionales" relativas a las causas de nulidad y de separación.

El art. XXIV, n. 2 del Concordato dice así:

"Incoada y admitida ante el Tribunal eclesiástico una demanda de separación o de nulidad, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las normas y medidas precautorias que regulen los efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente".

Toda la cuestión estriba en el alcance que deba atribuirse a la expresión "los efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente", que puede entenderse en un doble sentido: a) en el de que estos "efectos civiles" son tan sólo los *mere civiles*; b) o en el sentido de que son todos los "efectos civiles", que, para este supuesto, el

²³⁴. Este derecho está expresamente consagrado en el canon 1.130 para el caso de adulterio, en el que cabe la separación indefinida por autoridad propia.

El canon 1.131, § 1, después de enumerar algunas de las causas legítimas de separación temporal, añade: «y otras semejantes», entre las cuales, como dice MIGUÉLEZ, op. cit., pág. 15, «se halla la probabilísima y casi segura dificultad de hacer vida en común, no sólo después que se ha introducido y admitido la demanda, sino también durante el período preparatorio de la misma». Pues bien, el propio canon 1.131, § 1, dice que todas las que cita son «causas legítimas para que el otro cónyuge pueda separarse con autorización del Ordinario local, y hasta por autoridad propia, si le constan con certeza y hay peligro en la tardanza». Sobre el alcance de la separación por propia autoridad, vid. BERNÁRDEZ, op. cit., págs. 75 y s.

Derecho secular regula también con referencia a las causas de separación y de nulidad del matrimonio civil. Si se admitiera la primera interpretación, sería obligado concluir que el nuevo art. 68 del Código civil, al que se remite el 81, contradice lo dispuesto en el Concordato, en cuanto contiene medidas precautorias reguladoras de efectos no meramente civiles: la separación de los cónyuges y el cuidado de los hijos.

A mi juicio, tal interpretación no se acomoda ni a la letra ni al espíritu del Concordato. El art. XXIV, n. 2 habla de "efectos civiles" y no dice "meramente civiles", por lo que no hay razón para aquella interpretación restrictiva; como veíamos al ocuparnos del nuevo artículo 76 del Código, que, al hablar en el art. XXIII y en el Protocolo final de "efectos civiles" no quiso tampoco referirse a sólo los efectos *mere civiles*, sino a éstos y a todos los demás consagrados en la ley del Estado tanto para el matrimonio canónico como para el matrimonio civil.

De otra parte, es claro que el Concordato tuvo muy presente el estado de la legislación civil relativa al matrimonio, por lo que, en las cuestiones merecedoras de revisión, dictó normas claras para lograrla: basta ver las normas de revisión contenidas en el Protocolo final, en relación con el artículo XXIII ("Las normas civiles ... serán puestas en armonía", dice el apartado B; "... el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho canónico", declara el apartado C).

El n.º 2.º del art. XXIV tuvo, sin duda, a la vista el viejo art. 81 del Código civil. Tanto que parece una reproducción de su texto, según el cual "incoada ante el Tribunal eclesiástico una demanda de divorcio o de nulidad, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las disposiciones referidas en el art. 68".

Concluimos, pues, que los nuevos arts. 68 y 81 del Código civil están en perfecta armonía con las disposiciones concordatarias.

Al considerar estas medidas provisionales tal como han sido reguladas en la reforma del Código civil, conviene determinar si pueden adoptarse también en el caso de tramitarse administrativamente las causas canónicas de separación temporal.

Recordemos que los comentaristas del Concordato dieron diverso alcance a la expresión empleada en el art. XXIV, n.º 2: "Incoada y

admitida ante el *Tribunal eclesiástico una demanda* de separación o de nulidad...". Para unos los términos Tribunal y demanda debían interpretarse estrictamente, por lo que las medidas provisionales o "precautorias" sólo quedaban reconocidas al Tribunal civil si la causa seguía el procedimiento judicial. Para otros, debían interpretarse aquellos términos en sentido lato, por lo que no eran partidarios de limitar tales medidas al caso de tramitación judicial.

Esta diversidad de pareceres de los comentaristas del Concordato fue tenida en cuenta, sin duda, al prepararse la reforma de los artículos 68 y 81 del Código civil, en cuya redacción se emplearon unos términos cuidadosamente elegidos, que contrastan claramente con los del texto derogado.

El primitivo art. 68 decía: "Interpuestas y admitidas las demandas de que habla el artículo anterior..." y en éste —cuya norma ha desaparecido, por superflua y para dar cabida a la que regula los "efectos previos" —se hablaba de "sentencias" y de "Tribunales". El nuevo art. 68 dice: "Admitidas las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, el Juez, adoptará, durante la sustanciación del proceso..."

El viejo texto del artículo 80 comenzaba diciendo: "Incoada ante el Tribunal eclesiástico una demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio...". El nuevo dice, en contraste con el anterior y con el artículo XXIV, que lo transcribió casi a la letra: "Incoada ante la jurisdicción eclesiástica una demanda de nulidad o de separación de matrimonio..."

Parece claro que un cambio tan notorio de terminología sólo se explica por el designio de incluir entre las medidas provisionales las causas de separación temporal tramitadas administrativamente.

A mayor abundamiento, debemos añadir que una razón de congruencia obliga a defender esta amplia interpretación. ¿No sería acaso incongruente el legislador al reconocer, de una parte, efectos civiles, como hemos visto, a las resoluciones firmes dictadas en vía administrativa por el Ordinario en esas causas, y al negar, por otra, los efectos civiles que acompañan a las medidas provisionales durante la sustanciación del proceso? Si tal hiciera, dejaría en la más absoluta indefensión a las partes que, autorizadas civilmente a seguir la vía administrativa para lograr los efectos definitivos, se encontrarían

obligadas a mantener la vida común a lo largo del procedimiento, so pena de sufrir los efectos de una posible acción penal por abandono de familia.

Con referencia todavía a las causas de separación y de nulidad, debemos llamar la atención acerca de algunas importantes novedades introducidas en el Código civil para reconocer la competencia eclesiástica en una materia sobre la cual existía anteriormente una grave antinomia con el Derecho canónico ²³⁵.

A tenor del canon 1.132 del *Codex*, "verificada la separación, los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente, y si uno de los cónyuges es católico, al lado del cónyuge católico, a no ser que en uno u otro caso haya el Ordinario decretado otra cosa, atendiendo al bien de los hijos y dejando siempre a salvo la educación católica". Las facultades discrecionales concedidas por este canon al Ordinario las tiene también el Tribunal eclesiástico que juzga la separación, cuando la causa canónica se tramita por vía judicial; y corresponden igualmente por analogía, al Tribunal que conoce las causas de nulidad.

Estas facultades discrecionales que a la jurisdicción eclesiástica reconoce y concede el canon 1.132, responden a la honda preocupación que siente la Iglesia por atender "*al bien de los hijos, dejando siempre a salvo la educación católica*" ²³⁶.

El sistema canónico se caracteriza por estas dos notas: a) atender, en las causas de separación y de nulidad, al bien de los hijos, con independencia de la culpabilidad o inocencia de los padres, que no tienen relevancia cuando está en juego la educación católica de la prole; b) conceder la más amplia discrecionalidad al Ordinario o, en su caso, al Tribunal eclesiástico, para salvaguardar el valor supremo de la educación católica.

235. El problema fue planteado por MIGUÉLEZ, *Las causas matrimoniales de separación temporal*, págs. 31 y s. Vid. también FUENMAYOR, *La educación de los hijos en las causas de separación y de nulidad matrimonial*, en el libro «Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano», I, Madrid, 1959, págs. 460 y s. Como quiera que en este estudio traté por extenso la cuestión, con referencia también al criterio de otros ordenamientos civiles, a él me remito para los puntos no considerados ahora en el texto.

236. «Los padres —dice el canon 1.113— tienen la obligación gravísima de procurar con todo empeño la educación de sus hijos, tanto la religiosa y moral como la física y civil, y de proveer también a su bien temporal». Este canon es uno de los pocos que el Código de Derecho Canónico dedica a tratar de «los efectos del matrimonio», y representa una obligada consecuencia de ser «la educación de la prole, fin primario del matrimonio» (canon 1.013, § 1). Constituye claramente un efecto inseparable.

El sistema de nuestro Código civil, antes de la reforma, se asentaba sobre bases distintas: a) no tomaba en cuenta la educación de los hijos, como criterio determinante de su cuidado después de la separación o nulidad; b) se fijaba, no en el bien de los hijos, sino en la culpabilidad o inocencia de los padres, confundiendo la esfera de las relaciones conyugales con la esfera, muy distinta, de las relaciones paternofiliales; c) establecía criterios de automática atribución de los hijos, y sólo concedía discrecionalidad al Juez tratándose de hijos menores de tres años (arts. 70, ap. 3 y 73, 2.º, ap. 2).

La discrepancia entre ambos sistemas planteaba un grave conflicto entre la jurisdicción eclesiástica y la civil, por cuanto a ésta quedaba atribuída la materia que nos ocupa, sin posibilidad de que obtuvieran efectos civiles las sentencias o resoluciones canónicas en que, por aplicación del canon 1.132, se hubiera proveído acerca de la educación de los hijos, según criterios no coincidentes con los del Código civil.

Establecido en el art. XXIV del Concordato que “el Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges” (n. 1), así como que “todas las sentencias, decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las Autoridades eclesiásticas en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efecto en el orden civil cuando hubiesen sido comunicadas a las competentes Autoridades del Estado” (n. 4), era forzoso revisar los arts. 70, 71 y 73 para respetar la competencia de la jurisdicción eclesiástica y dotar de eficacia civil a lo que, en algún caso, pueda disponer acerca del cuidado de los hijos por aplicación del canon 1.132²³⁷.

La reforma de nuestro Código civil ha introducido varias normas importantísimas —que significan un claro deslinde de competencias— para dotar de eficacia civil a los pronunciamientos de la jurisdicción eclesiástica de acuerdo con el citado canon.

Estas normas se contienen en los arts. 70, 71 y 73.

237. La declaración a que se refiere el canon 1.132 entra claramente en la competencia de la jurisdicción eclesiástica y excluye cualquier resolución contraria de la civil. Vid. FUENMAYOR, op. cit., págs. 472 y 473.

Los dos últimos párrafos adicionados al texto del art. 70 —que ha sufrido también otras alteraciones—, dicen así:

“Sin embargo de lo establecido en estas normas, si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese, por motivos especiales, proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado por él”.

“Por análogos motivos, y en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el Juez que haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso”.

Como se ve, se ha procurado establecer un deslinde de competencias en favor de la jurisdicción eclesiástica, y se ha establecido —para evitar la anterior antinomia con el canon 1.132— un criterio de discrecionalidad, del que puede hacer uso, con eficacia en la esfera civil, el Juez eclesiástico, y que se reconoce igualmente a la jurisdicción civil en dos supuestos: a) cuando ella conoce las causas de nulidad del matrimonio civil (art. 103); b) cuando ejecuta a efectos civiles las sentencias firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica (art. 82). La discrecionalidad concedida al Juez civil en este último supuesto “debe interpretarse —comenta Díez Gómez— en el sentido de que el Juez encargado de la ejecución puede suplir o complementar lo decretado por el que conoció de la nulidad, mas no dejar sin efecto o sustituir sus decisiones por otras” ²³⁸.

Se ha revisado también el art. 71, que admitía incondicionalmente —con el solo fundamento de la buena fe de cualquiera de los cónyuges— el pacto por ellos establecido acerca del cuidado de los hijos, en atención a que tal pacto puede ser contrario a los intereses morales de la prole. Las normas antes transcritas del nuevo art. 70 son aplicables —según el art. 71 reformado— en el caso de existir un pacto de los padres acerca del cuidado de los hijos.

En el nuevo texto del art. 73, relativo a las causas de separación, se han introducido igualmente las normas antes comentadas. Es de advertir tan sólo una ligera variante de redacción, debida al afán de incluir las resoluciones dictadas administrativamente por el Ordinario: mientras el art. 70 dice “*si el Tribunal* que conoció sobre la nuli-

238. Díez GÓMEZ, op. cit., pág. 340.

dad del matrimonio *hubiese*, por motivos especiales, *proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos*", el 73 dice "*si al juzgarse sobre la separación se hubiera, por motivos especiales, proveído acerca del cuidado de los hijos*"; diferencia de redacción que también se observa en el último párrafo de cada uno de esos artículos: el 70 emplea las palabras "*en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el Juez que haya de ejecutarla*", mientras el 73 dice "*en lo que no se haya proveído, el Juez encargado de la ejecución...*".

La reforma ha tomado del texto anterior el criterio de discrecionalidad para el supuesto de mala fe de ambos cónyuges, pero lo ha ampliado considerablemente. Según el nuevo art. 73 (al que se remite, para igual supuesto en materia de nulidad, el art. 70), "*si ambos fueren culpables, el Juez discrecionalmente, podrá proveer de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de siete años*". Como se ve, es reconocida la competencia de la jurisdicción eclesiástica para determinar, discrecionalmente, a quién corresponde tener el cuidado de los hijos menores de siete años.

Es también digna de mención la nueva fórmula introducida en el art. 73: "A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen a la separación *no afectase a la formación moral de los hijos*". El texto anterior decía: "*si la causa que dió lugar al divorcio hubiese sido el adulterio, los malos tratamientos o las injurias graves*". La modificación es digna de alabanza, porque: a) la referencia expresa que se hacía a las causas concretas de la separación estaba tomada del régimen dictado por el Código para el matrimonio civil (art. 105, 1.º y 2.º), con olvido del régimen propio del matrimonio canónico, al que igualmente se refieren los arts. 67 a 74, reguladores de los efectos civiles de la nulidad y de la separación; b) la fórmula actual —como indica Díez Picazo— evita el automatismo que antes tenía la norma y permite enjuiciar las circunstancias de cada caso; un mismo hecho —enquadable siempre como causa de separación— puede afectar o no afectar a la formación moral de los hijos, según las circunstancias que lo hayan rodeado y la repercusión que haya tenido o pueda tener en el ámbito de la familia ²³⁹.

239. Díez PICAZO, op. cit., pág. 109.

c) *La dispensa super rato y el privilegio paulino.*

A tenor del canon 1.119 del Código de Derecho Canónico, "el matrimonio no consumado entre bautizados, o entre una parte bautizados y otra que no lo está, se disuelve tanto por disposición del derecho —*ipso iure*— en virtud de la profesión religiosa solemne, como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga".

El art. XXIV del Concordato español de 1953, siguiendo en esto el precedente próximo de otros Concordatos ²⁴⁰, se refiere a la "dispensa del matrimonio rato y no consumado" (n. 1), o "dispensa *super rato*" (n. 3), sin hablar para nada de la disolución del vínculo matrimonial en virtud de la profesión religiosa solemne. Dejando aparte, por ahora, este último punto, que merece una consideración especial, bastará llamar la atención sobre los extremos siguientes:

1. El Concordato se limita a declarar que el Estado español reconoce la competencia exclusiva de los *Dicasterios* eclesiásticos en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y a establecer que las resoluciones de que se trate, serán comunicadas por el *Tribunal eclesiástico* al Tribunal civil competente, el cual decretará lo necesario para que sean anotados en el Registro del Estado Civil al margen del acta de matrimonio.

2. Estas declaraciones han sido trasladadas, casi literalmente, a los nuevos artículos 80 y 82 del Código civil, con pequeñas variantes: a) el 80 evita el término "Dicasterios", que engloba en el más amplio de "jurisdicción eclesiástica", y añade una referencia muy oportuna al "procedimiento canónico" ²⁴¹; b) el art. 82, además de otras variantes de poca importancia, en vez de exigir que las resoluciones sean comunicadas "por el Tribunal eclesiástico al Tribunal civil competente", dice que "la ejecución se llevará a cabo en virtud de comunicación canónica de las sentencias o resoluciones, o a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio". De tal ma-

²⁴⁰. Cfr. art. 34 del Concordato con Italia de 1929; art. 7 del Concordato con Austria de 1933; y art. 25 del Concordato con Portugal de 1940. En todos ellos se reconoce la competencia de la Iglesia para juzgar en las causas sobre dispensa del matrimonio rato y no consumado, exigiendo, para su ejecución en la esfera civil, que las resoluciones canónicas sean comunicadas al tribunal civil por el tribunal de la Signatura Apostólica.

²⁴¹. Nada decimos acerca de estas variantes, por haberlas comentado anteriormente, al estudiar la reforma de este art. 80.

nera se ha rectificado lo que, sin duda, había sido un *lapsus* en el texto concordatorio, por ser inadecuada la referencia al Tribunal eclesiástico en el caso de dispensa *super rato* y de aplicación del privilegio paulino, causas ambas que, como ya dijimos, se tramitan siempre por vía administrativa²⁴². El art. 82 no exige esa intervención del Tribunal eclesiástico y llega a más, en cuanto permite lograr la ejecución "a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio".

3. Ni el art. XXIV del Concordato ni los reformados preceptos del Código civil han previsto la concesión de medidas cautelares cuando alguno de los cónyuges se proponga impetrar la dispensa del matrimonio *rato* y no consumado²⁴³. Esto confirma la opinión, antes expuesta, de que el Concordato tuvo sólo en cuenta, en este punto, el viejo texto del art. 81 del Código civil.

4. Como se ve, la única novedad estriba en la referencia expresa a estas causas, para reconocer la competencia de la Iglesia y el modo de lograr la eficacia civil de las resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica²⁴⁴.

242. A raíz del Concordato, escribió MIGUÉLEZ, con referencia al art. XXIV: «tal vez haya habido un *lapsus* de redacción al decirse en el número 3 que el tribunal eclesiástico ha de comunicar al tribunal civil no sólo las sentencias, sino también las resoluciones en las causas de dispensa de *rato* y aplicación del privilegio paulino, las cuales son puramente administrativas. Decimos que 'tal vez' sea defectuosa la redacción, porque no nos explicamos cómo en una causa administrativa se hace intervenir a un tribunal eclesiástico; mas también puede haber ocurrido que lo que se pretendió fue que, aun siendo administrativa la causa, la comunicación de la resolución se hiciera directamente de tribunal a tribunal, por ser el tribunal civil el órgano estatal a quien compete ejecutar la resolución en la esfera civil» (op. cit., pág. 10).

243. Vid. BERNÁRDEZ, op. cit., pág. 641, nota 20.

244. Con referencia a la práctica civil española anterior al Concordato, escribía JUBANY, op. cit., pág. 556: «Los tribunales civiles no tienen inconveniente alguno en atribuir efectos jurídicos a los rescriptos de la Sagrada Congregación de Sacramentos, concediendo la disolución de un matrimonio *rato* y no consumado».

Merece citarse, como precedente de los nuevos preceptos del Código civil, la quinta disposición transitoria de la Ley de 28 de septiembre de 1939, que derogó la de Divorcio de 1932:

«Se reconoce plena eficacia jurídica en el Fuero civil, desde el momento de su firmeza y validez canónica, a las sentencias firmes de los tribunales eclesiásticos competentes, declarando la nulidad de un matrimonio, y a los *Rescriptos pontificios de disolución de matrimonio rato y no consumado*, dictadas y otorgadas, respectivamente, durante la vigencia de la llamada Ley de Separación y de Divorcio o con posterioridad a aquélla».

«Los interesados quedan obligados a inscribir dichas sentencias y rescriptos en el Registro civil correspondiente, en el plazo de seis meses, que comenzarán a contarse desde la fecha de promulgación de esta Ley».

5. La reciente legislación sobre el Registro civil no contiene ninguna norma particular relativa a la dispensa *super rato* ²⁴⁵.

Ante el silencio que guardan tanto el Concordato como la legislación civil española acerca de la profesión religiosa solemne como causa que produce *ipso iure*, por virtud de lo establecido en el canon 1.110, la disolución del matrimonio no consumado entre bautizados, o entre una parte bautizada y otra que no lo está, cabe plantear la duda de si tal causa de disolución está o no reconocida en nuestro Derecho civil.

Bueno será recordar que la cuestión fue planteada por la doctrina italiana a propósito de lo establecido en el art. 17 de la ley de 27 de mayo de 1929, por la que se daba cumplimiento al art. 34 del Concordato ²⁴⁶, ante la referencia expresa de estas disposiciones a la dispensa *super rato* y ante el silencio de la disolución del matrimonio por la profesión religiosa solemne. Salvo contadas voces en contrario ²⁴⁷, la mayoría de los comentaristas se inclinaron por el reconocimiento de efectos civiles. Según Rebuttati, "si la ley del Estado reconoce eficacia a la dispensa concedida *graciosamente* por la Santa Sede, es decir, a la disolución que se realiza a consecuencia de una dispensa concedida *por gracia*, debe reconocerse, *a fortiori*, eficacia a la disolución que se realiza *ipso iure*", y esto con mayor motivo si se tiene en cuenta que "la legislación de la Iglesia siempre puede crearse y modificarse por la plena y absoluta potestad del Romano Pontífice" ²⁴⁸. Al decir de Badii, el Concordato italiano ha reconocido implícitamente la disciplina del privilegio paulino, "como ha aceptado implícitamente —y en esto todos se hallan de acuerdo— la dispensa del matrimonio *rato* y no consumado por profesión religiosa solemne" ²⁴⁹. D'Avack afirma

245. Son de aplicación al caso las reglas generales que se contienen en el art. 25 de la Ley del Registro Civil y en el art. 83, § 2 de su Reglamento.

246. El régimen italiano reconoce la competencia de la jurisdicción eclesiástica en materia de dispensa *super rato* y exige, como únicos requisitos para su eficacia civil, que el rescripto correspondiente sea examinado por el tribunal de la Signatura Apostólica y trasladado por éste al correspondiente tribunal de apelación del Estado, el cual dictará un mandamiento de ejecución en el fuero civil y ordenará su anotación en el Registro del estado civil.

247. Cfr. BOSCO, *Le nuove leggi sul matrimonio*, en «Rivista di diritto internazionale», 1930, pág. 491; FUNAIOLI, *Sulla riforma attuata nella disciplina del matrimonio civile*, en «Studi senesi», 1931, pág. 364; SCHIAPPOLI, *Il matrimonio*, Alvano, 1932, pág. 267.

248. REBUTTATI, *L'art. 17 della legge sul matrimonio*, Génova, 1930, pág. 47, nota 8.

249. BADII, *Intorno al Privilegio Paulino*, en «Il Diritto Ecclesiastico», XLII, 1931, pág. 33. En igual sentido, BENASSAI, *Il procedimento nelle cause matrimoniali secondo il diritto canonico*, en «Rivista di diritto civile», 1929, pág. 594.

que si la Iglesia "viera rechazado su pronunciamiento declarativo de la disolución *ipso iure*, podría presentarlo nuevamente bajo la forma de disolución por dispensa pontificia y obtener así de igual modo la ejecución civil" ²⁵⁰. En opinión de Piola produce cierta perplejidad la disolución *ipso iure* por profesión religiosa solemne, en cuanto se basa en una declaración emitida por uno de los cónyuges, pero, "aparte del inconveniente procesal, fácil de eliminar con un pronunciamiento eclesiástico que declare la disolución y pueda ser presentado ante el Tribunal de apelación a los efectos del art. 17, me parece —concluye este autor— que en este caso debe prevalecer el espíritu de la ley sobre su letra, pues la profesión de los votos solemnes no hace, en sustancia, otra cosa que sustituir —y, a la vez, constituir en este caso en que se produce *ope legis*— la justa causa requerida, además de la no consumación, para obtener la dispensa" ²⁵¹.

Por lo que se refiere al Derecho español, el supuesto ha pasado, en general, inadvertido a nuestros autores. Miguélez ²⁵² y Castán ²⁵³ se limitan a indicar, respectivamente, que no ha sido recogido ni por el Concordato ni por la reciente reforma de nuestro Derecho civil. Sancho Rebullida se ocupa brevemente del tema al estudiar la cancelación de la inscripción civil del matrimonio canónico: "propiaamente, la cancelación la produce la resolución canónica de nulidad de matrimonio o de dispensa del rato y no consumado (en cuya fórmula van comprendidos los casos de disolución por rescripto pontificio y las de profesión religiosa solemne)" ²⁵⁴.

A mi juicio, es muy explicable el silencio del Concordato y del Código civil sobre este supuesto, dada su poca importancia práctica ²⁵⁵. Por eso, sin duda, no se hizo expresa mención de él, lo cual no

250. D'AVACK, *Il principio dell' indissolubilità e l'efficacia civile delle sentenze straniere di divorzio nei riguardi dei matrimoni canonici concordatari*, en «Il Diritto Ecclesiastico», XLIV, 1933, pág. 618, nota 19.

251. PIOLA, *Lo scioglimento del matrimonio per inconsumazione*, en «Il Diritto Ecclesiastico», XLV, 1934, pág. 273.

252. Op. cit., pág. 3.

253. Op. cit., pág. 663.

254. SANCHE REBULLIDA, *El sistema matrimonial en la reforma del Código Civil*, pág. 31.

255. En la práctica son rarísimos los casos de disolución del matrimonio por profesión religiosa solemne, porque para que sea válida esta profesión se requiere: a) el noviciado, durante un año como mínimo, previa la dispensa pontificia del impedimento del vínculo matrimonial (cánones 542, 1.º y 555); b) la subsiguiente profesión simple, durante tres años por lo menos (c. 574).

quiere decir que no tenga cabida en nuestro Derecho. La tiene al amparo del art. 75, reformado, del Código civil, pues cabe perfectamente en su amplísima fórmula: "El matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, *en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica*"; y entre ellas se encuentra el canon 1.119 que establece, como causa productora *ipso iure* de la disolución del matrimonio, la profesión religiosa solemne²⁵⁶. Un aspecto particular del reconocimiento civil de esta causa de disolución es el que ofrece su constancia registral. En este punto me parece correcta la observación de Sancho Rebullida, agregando tan sólo que los efectos civiles, en el caso de profesión religiosa solemne, pueden lograrse mediante el cumplimiento de estos dos requisitos exigidos con carácter general por nuestro sistema registral: a) una resolución de la autoridad canónica, por la que se declare el hecho de la profesión religiosa solemne y la disolución del matrimonio; b) que se decrete por la jurisdicción civil la ejecución, a efectos civiles, de aquel pronunciamiento canónico²⁵⁷.

El art. XXIV del Concordato español hace un reconocimiento expreso del privilegio paulino, siguiendo el precedente próximo del Concordato con Austria de 1933²⁵⁸.

Ante todo es digno de notar que tal reconocimiento se hace con relación a las causas matrimoniales originadas por la aplicación del privilegio: el n. 1 del art. XXIV habla del "procedimiento relativo al Privilegio Paulino"; y el n. 3 habla de "resoluciones firmes y ejecutivas", exigiendo el doble requisito de ser comunicadas al Tribunal civil

Como durante este largo período de tiempo no se ha disuelto todavía el vínculo matrimonial, la Santa Sede —para evitar una espera tan larga al otro cónyuge que permanece en el mundo— suele conceder la dispensa del trienio de profesión simple o la dispensa del matrimonio *super rato*. Cfr. PALAZZINI, *Indissolubilità del matrimonio*, Roma, 1952, págs. 34 y 35.

256. No es obstáculo el art. 52, que en este punto queda limitado por el art. 75, como lo está también —por virtud de este precepto y de los arts. 80 y 82 del Código civil— en lo que se refiere a la disolución del matrimonio *rato* por dispensa pontificia.

257. Cfr. arts. 81, ap. 2, 82 y 83, ap. 2 del Reglamento del Registro Civil.

258. El no haber aludido al privilegio paulino los Concordatos italiano y portugués, fue ocasión para que la mayor parte de la doctrina civilista negara la posibilidad de reconocer, en esos países, eficacia civil al privilegio. Cfr. en cuanto a Portugal, FIGUEIREDO, *A Concordata e o casamento*, Lisboa, 1940, pág. 95, y CUNHA, *Direito de família*, II, Lisboa, 1941, pág. 97. La bibliografía italiana puede consultarse en FUENMAYOR, *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*, en «Revista General de Legislación y jurisprudencia», XXXVIII, 1941, pág. 466, y CONDE-PUMPIDO, *El Privilegio paulino: posibilidades de su aplicación en el régimen matrimonial español*, en «Rev. Gen. de Leg. y jurisp.», CVIII, 1960, págs. 31 y 32.

competente y de que éste decreta "lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles" y ordene cuando se trate de "aplicación del Privilegio Paulino que sean anotadas en el Registro del Estado civil al margen del acta de matrimonio".

Hemos querido llamar la atención sobre este punto para establecer claramente cuál es el sentido en que se hace referencia a esta materia tanto en el Concordato como en los nuevos artículos 80 y 82 del Código civil, que son reproducción casi literal del precepto concordatario.

Para exponer con claridad el tema, nos parece, sin embargo, oportuno anticipar algunas conclusiones:

1. El hecho de haber reconocido el Concordato —y con él, los artículos 80 y 82 del Código— la eficacia civil de las resoluciones dictadas por la jurisdicción eclesiástica en el procedimiento relativo al privilegio paulino, autoriza a concluir que el ordenamiento secular español ha incorporado el privilegio paulino como una nueva causa de disolución del matrimonio civil ²⁵⁹.

2. El único precepto de nuestro Derecho que contempla el privilegio paulino como causa de disolución del matrimonio civil es el artículo 262 del nuevo Reglamento del Registro Civil: "Para inscribir la disolución por aplicación del Privilegio Paulino se requiere especialmente certificación de inscripción del nuevo matrimonio, si no consta en el mismo Registro, y se hará referencia a este asiento en el de disolución".

3. Ni el Concordato ni los arts. 80 y 82 del Código civil se refieren directamente a la aplicación del privilegio paulino como causa de disolución del matrimonio civil. Sólo contemplan el procedimiento que ha de seguirse ante la jurisdicción eclesiástica ²⁶⁰ cuando en un caso concreto ha sido controvertida la aplicación del privilegio.

259. Antes del Concordato, era bastante general la opinión de que el privilegio paulino producía efectos civiles en nuestro Derecho. Tal era el parecer de ORÚE-REMENTERÍA, *Disolución del vínculo matrimonial en Derecho canónico por modos especiales que no constituyen el caso de muerte de los cónyuges: su relación con el Código civil*, en «Revista de Derecho Privado», XI, 1924, pág. 379; FUENMAYOR, loc. cit., pág. 764; LAMAS, en sus notas a CAVIGIOLI, *Derecho canónico*, II, Madrid, 1947, pág. 356; SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid, 1955, pág. 279. En sentido contrario, CONDE-PUMPIDO, op. cit., págs. 65 y s.

260. Las causas matrimoniales que se refieren al privilegio paulino, las conocerá exclusivamente la Sagrada Congregación del Santo Oficio, dice el canon 1.962. Esta Congre-

A esto se reduce el régimen jurídico del privilegio paulino en nuestro Derecho. Ni en el Concordato ni en la ley civil española encontramos norma alguna sobre otras cuestiones, como podrían haber sido la previsión de medidas cautelares para la separación de los cónyuges anterior al uso del privilegio, y los efectos civiles —de orden personal y patrimonial— de la disolución del vínculo anterior ²⁶¹.

GARCÍA CANTERO sostiene —con base en el Concordato (art. XXIV), en el Código civil (arts. 80 y 82) y en el Reglamento del Registro Civil —(art. 262)— que “en todo caso de aplicación del Privilegio: 1) Existirá una resolución canónica conteniendo la *permissio transitus ad alias nuptias cum parte fidei*; 2) Esta resolución canónica, de oficio o a instancia de parte interesada, se comunicará al Encargado del Registro Civil en donde figura inscrito el matrimonio de cuya resolución se trata para ser anotada al margen; 3) Se celebrará el matrimonio canónico autorizado, produciéndose en ese momento la disolución del civil anterior; 4) La disolución del matrimonio civil anterior se inscribirá en virtud de certificado de la inscripción del matrimonio canónico en el caso de que no conste inscrito en el Registro. Deben cumplirse todos estos requisitos para evitar que el Encargado se niegue a asistir al matrimonio canónico o denuncie los hechos como bigamia” ²⁶².

A mi entender, no existe fundamento legal para sostener la necesidad de una resolución canónica por la que —en todo caso de aplicación del privilegio paulino— se autorice el tránsito a nuevas nupcias, ni puede exigirse, como un requisito, que se comuniquen esa pretendida resolución al Encargado del Registro para ser anotada al margen del matrimonio civil anterior.

Así lo entiendo por las razones siguientes:

1. Según el Derecho canónico, a cuyo régimen está exclusivamente sometido el privilegio paulino, el “derecho a contraer nuevas

gación «exclusivamente conoce —dice el canon 247, § 3— en todo lo que directa o indirectamente, en cuanto al derecho o en cuanto al hecho, se refiere al llamado privilegio paulino».

261. Sobre este último punto, vid. GARCÍA CANTERO, op. cit., pág. 307, y CONDE-PUMPIDO, op. cit., págs. 71 y 72.

262. GARCÍA CANTERO, op. cit., pág. 306. La opinión de este autor coincide sustancialmente con la expuesta anteriormente por SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, págs. 279 y 280; y *El sistema matrimonial en la reforma del Código Civil*, págs. 29 y 30. En igual sentido, CASTÁN, op. cit., págs. 667 y 668.

nupcias" nace en favor del cónyuge bautizado en dos casos: a) si hechas las interpelaciones, el infiel dio expresa o tácitamente una respuesta negativa a las dos preguntas que aquéllos deben contener (si quiere también convertirse y recibir el bautismo; si por lo menos quiere cohabitar pacíficamente con la parte fiel sin ofensa del Creador); b) si en virtud de declaración de la Sede Apostólica se omitieran las interpelaciones (cfr. cánones 1.123 y 1.127).

2. Si bien las interpelaciones "deben hacerse, ordinariamente, en forma por lo menos sumaria y extrajudicial, con la autoridad del Ordinario del cónyuge convertido", cabe que sean hechos "aun en forma privada por el mismo cónyuge convertido", en cuyo caso "debe constar que se hicieran por las declaraciones de dos testigos al menos, o por otro medio legítimo de prueba" (canon 1.122). No hay aquí intervención alguna de la autoridad eclesiástica, sino la simple actividad privada del cónyuge convertido, a quien el Derecho canónico le reconoce el "derecho a contraer nuevas nupcias" sin ningún otro requisito ²⁶³.

3. El art. XXIV, n.º 3 del Concordato español, al disponer que las resoluciones dictadas por la jurisdicción eclesiástica en el procedimiento relativo al privilegio paulino serán comunicadas a la jurisdicción civil y anotadas en el Registro al margen del acta de matrimonio, ha querido evitar con una norma —por lo demás poco clara— que se repitiera entre nosotros la dificultad alegada en Italia para la inscripción del matrimonio canónico celebrado por el cónyuge convertido en uso del privilegio ²⁶⁴.

Al aplicarse el Concordato, se dictó acertadamente el art. 262 del

263. Cfr. VLAMING-BENDER, *Praelectiones iuris matrimonii*, pág. 500. Advierte oportunamente DÍEZ GÓMEZ, op. cit., pág. 349, que «será a la autoridad eclesiástica a quien corresponde decidir si se han dado los requisitos necesarios para autorizar el segundo matrimonio —exhortación al otro cónyuge no convertido para que se bautice o consienta la pacífica práctica de la nueva fe del converso—, en tal forma que, autorizado y celebrado éste, queda automáticamente disuelto el matrimonio civil, lo que, en realidad, no exigirá una sentencia o resolución en sentido judicial».

264. Así, decía DEL GIUDICE, *Corso di Diritto Ecclesiastico*, 5.ª ed., Milano, 1941, pág. 280, que la aplicación de las normas concordatarias al privilegio paulino sería una contradicción al principio sancionado en el art. 12 de la Ley Matrimonial, que prohíbe la transcripción de un matrimonio canónico válido en el caso de que uno de los cónyuges resulte ligado por otro matrimonio que sea válido a efectos civiles. Cfr. JEMOLO, *Il matrimonio*, Torino, 1952, pág. 263; y MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, 1948, pág. 177.

Reglamento del Registro Civil, que resuelve el único problema que plantea registralmente el privilegio.

4. Para evitar que el Encargado del Registro se niegue a asistir al matrimonio canónico, no hace falta exigir ninguna resolución de la Autoridad eclesiástica ni su constancia registral antes de la celebración. No hace falta —como en seguida veremos— ni sería útil tal exigencia, que no puede apoyarse tampoco en un precepto civil. No sería útil porque no garantiza suficientemente que, al tiempo de la celebración, tenga el cónyuge convertido derecho a contraer ese nuevo matrimonio. Supongamos que la autoridad eclesiástica dicta una resolución declarando que el convertido está autorizado a celebrar nuevas nupcias y que tal resolución se anota al margen del matrimonio civil anterior: ¿sería ésta suficiente garantía para que el Encargado asistiera al matrimonio canónico? A mi juicio, no lo sería, por cuanto pueden producirse en el intervalo nuevos hechos que hagan perder el derecho a celebrar ese matrimonio: por ej., si se bautiza entre tanto el cónyuge infiel.

La única verdadera garantía para asistir a la celebración está en el hecho de que la Iglesia quiera proceder a autorizar las nuevas nupcias. Ciertamente que, según el art. 238 del Reglamento del Registro Civil, es obstáculo para que el Encargado asista a la celebración la falta de constancia en el aviso de la circunstancia “de libertad matrimonial”, pero esto puede hacerlo constar el cónyuge, alegando, que usa del privilegio paulino; y hacerlo constar con su sola firma, como pide este precepto, en el cual no se contempló expresamente este supuesto: trátase de una laguna, fácil de subsanar.

No cabe, a mi juicio, pedir una resolución de la Autoridad eclesiástica relativa al derecho del cónyuge convertido para contraer las nuevas nupcias, porque la ley no lo pide en ninguno de sus preceptos.

Tampoco hay dificultad por parte del art. 252 del Reglamento del Registro, que prohíbe la inscripción de “matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente”, porque el art. 123 del propio Reglamento lo permite cuando se remueve “legalmente el obstáculo”, y sabido es que “el vínculo del matrimonio anterior celebrado en la infidelidad, *se disuelve en el momento preciso en que la parte bautizada celebra válidamente nuevo matrimonio*” (canon 1.126).

Si el Encargado del Registro debe asistir a la celebración del matrimonio canónico "al solo efecto de verificar la inmediata inscripción" (art. 71 de la Ley del Registro Civil y 77 del Cod. civil.), y debe practicarla en el caso de aplicación del privilegio paulino (art. 262 del Reglamento), no se ve con qué fundamento legal puede negarse a asistir, en este caso, a la celebración.

18. *La reforma del Código penal.*

Por la Ley de 24 de abril de 1958, se ha llevado a cabo una importante reforma de nuestro Código penal, consistente en la supresión de los arts. 473 a 477 y en redactar de nuevo el art. 478.

Dice así la Exposición de Motivos: "Reformado el título IV del libro I del Código Civil, para ampliar la libertad de contraer matrimonio en ejecución del vigente Concordato, es aconsejable poner en armonía nuestro Código Penal con aquella reforma, suprimiendo, de acuerdo además con las corrientes modernas de otros ordenamientos extranjeros, aquellas figuras delictivas de menor gravedad incluidas en el libro II, título XI, capítulo segundo del mencionado Código bajo la rúbrica 'de la celebración de matrimonios ilegales', ya que sus supuestos entran en el concepto de la legitimidad del vínculo y sus efectos civiles están previstos en el Código que, conforme a su naturaleza, los regula".

En la consideración de esta reforma vamos a distinguir, para mayor claridad, tres cuestiones: a) supresión de los arts. 474, 475 y 477; b) supresión de los arts. 473 y 476; c) modificación del art. 478. Pero antes de considerarlas por separado, nos parece oportuno hacer algunas observaciones de carácter general.

Es obligado reconocer que la reforma no venía impuesta por el texto del Concordato, pues no existe en él ninguna declaración que la exigiera de manera expresa. Estamos en caso distinto al planteado para la reforma del art. 324 del Código penal, directamente exigida por el art. XVII del Concordato, relativo a las sanciones y penas aplicables en los casos de uso indebido del hábito eclesiástico o religioso²⁶⁵. La reforma pone de manifiesto —y es justo proclamarlo así—

²⁶⁵. La reforma del art. 324 se ha llevado a cabo también por la Ley de 24 de abril de 1958.

el afán del Estado de acomodarse al espíritu de las disposiciones concordatarias, en cuanto, según el sentir multisecular de la Iglesia, las leyes deben respetar al máximo la libertad de contraer matrimonio y de contraerlo, libremente, con tal o cual persona.

De otra parte, la reforma del Código penal venía aconsejada, además, por una razón de congruencia dentro del propio ordenamiento estatal. Si el Código civil sufría notables alteraciones para acomodarlo a las exigencias —explícitas e implícitas— del Concordato, era lógico que el Estado reformara, por propia iniciativa, su Código penal en aquellas normas que tienen su antecedente y presupuesto en las civiles afectadas por la reforma.

Digamos, finalmente, que, aun antes del Concordato, algunos de nuestros penalistas alzaron su voz en demanda de revisión —o más bien eliminación— de sanciones penales en los casos a que ha afectado la reforma.

Sirva de ejemplo, entre los antiguos, Joaquín Francisco Pacheco, que al comentar el art. 400 del Código de 1848, incluido en el capítulo relativo a la “celebración de matrimonios ilegales”, escribía: “Este artículo, como algunos otros del presente capítulo, tiene a nuestro modo de ver, la gran falta de que no serán ejecutados jamás. Ni hay interés privado que provoque su aplicación, ni los representantes del interés público han de acudir nunca a solicitar su cumplimiento. Nos parece que se ha prescindido un poco en la formación del Código de esta idea práctica, y que, a consecuencia de ello, se han dictado prescripciones muy bellas, pero medianamente inútiles. Suponed un robo y todo el mundo lo perseguirá; suponed una viuda que se casa, y nadie, comenzando por los jueces mismos, dará un paso para que se le imponga la menor pena” ²⁶⁶.

Y en un libro reciente, anterior al Concordato, se lee con referencia a los delitos de celebración de matrimonios ilegales: “así como hasta aquí ha reinado la unanimidad, ya desde este momento se han diversificado las legislaciones, pues mientras unas han estimado que era suficiente el establecimiento de sanciones civiles, otras, como la nuestra, han considerado necesario rodearlas de una mayor protec-

266. *El código penal concordado y comentado*, 2.^a ed., III, Madrid, 1856, pág. 233.

ción y han elevado a la categoría de delitos ciertas infracciones que suponen ataques a la fundamentación legal del matrimonio. Esta extensión de la responsabilidad criminal, aunque clásica en nuestra Patria, no es aconsejable, siendo de desear que desaparecieran del Código penal las figuras de menor gravedad”²⁶⁷.

a) *La supresión de los arts. 474, 475 y 477 del Código penal.*

Contenían estos preceptos las sanciones de orden penal correspondientes a quienes se casaren contraviniendo las prohibiciones contenidas en el art. 45 del Código civil²⁶⁸.

Para poner en armonía las normas civiles con lo que disponen los cánones 1.034 y 1.035 del Código de Derecho Canónico —en cumplimiento de lo establecido en una de las declaraciones del Protocolo final, en relación con el art. XXIII del Concordato— se hizo una revisión del Código civil, que hemos estudiado anteriormente²⁶⁹. No se quiso limitar la reforma a aquellos puntos de flagrante contradicción con el *Codex*: tal criterio hubiera llevado exclusivamente a suprimir la exigencia del consejo de los padres en el matrimonio de los hijos mayores de edad, y a establecer un recurso contra el disenso paterno para someter a control la racionalidad de la licencia en el matrimonio de los menores. La revisión se llevó más allá: fueron, además, suprimidas aquellas “sanciones civiles”, antes consagradas en el art. 50 del Código civil, que parecieron al legislador, por duras y desproporcionadas, un atentado a la libertad matrimonial. De tal manera, al inspirarse la reforma no sólo en la letra sino en el espíritu del Con-

267. RODRÍGUEZ MUÑOZ, JASO y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, II, Madrid, 1949, pág. 292.

268. Los preceptos suprimidos decían así:

Art. 474. El menor que contrajere matrimonio sin consentimiento de sus padres o de las personas que para el efecto hagan sus veces, será castigado con multa de 1.000 a 2.500 pesetas.

El culpable quedará exento de pena si los padres o las personas a quienes se refiere el párrafo anterior aprobaran el matrimonio contraído.

Art. 475. La viuda que se casare antes de los plazos establecidos por la legislación civil, incurrirá en la pena de multa de 1.000 a 5.000 pesetas.

En la misma pena incurrirá la mujer cuyo matrimonio se hubiera declarado nulo o disuelto si se casare antes de transcurrir dichos plazos.

Art. 477. El tutor que, antes de la aprobación total de sus cuentas, contrajere matrimonio o prestare su consentimiento para que lo contraigan sus hijos o descendientes con la persona que tuviere o hubiere tenido en guarda, a no ser que el padre de ésta hubiere autorizado debidamente este matrimonio, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 25.000 pesetas.

269. Vid. *supra*, n. 13, a).

cordato, nuestro Código civil restablecía la fidelidad a la doctrina tradicional española, que, como ha demostrado Castro, tuvo siempre presente como modelo en este punto al Derecho canónico, en cuanto éste condena no sólo lo que suprime la libertad para contraer matrimonio, sino todo lo que puede disminuir considerablemente tal libertad ²⁷⁰.

Los matrimonios prohibidos por el art. 45 del Código civil siguen, como antes de la reforma, siendo válidos, pero ilícitos. Lo que se ha moderado es su ilicitud, y ésto en un doble sentido: a) en cuanto se reducen los supuestos, al quedar fuera de la ilicitud el matrimonio de los mayores de edad y de los descendientes del tutor (art. 45), así como el de los hijos menores que contaren, en caso de disenso paterno, con la autorización del Ordinario o del Presidente de la Audiencia (artículo 49); b) en cuanto se ha seguido el criterio de contener dentro de unos límites suaves las consecuencias civiles de la ilicitud (art. 50).

Sobre estas bases era lógico que la revisión afectara también al Código penal y que —como se ha hecho mediante la supresión de los arts. 474, 475 y 477— se estimara oportuno centrar el tema en la obligada defensa de la libertad para contraer matrimonio, dando a esta libertad una mayor amplitud, pues de tal manera se defendía mejor la institución del matrimonio. La inobservancia de las prohibiciones del art. 45 del Código civil quedaba suficientemente sancionada con las consecuencias civiles de la ilicitud, sin necesidad de añadir a ellas otras sanciones de carácter penal.

b) *La supresión de los arts. 473 y 476 del Código penal.*

Nos parece oportuno recoger aquí la crítica formulada por algún autor a la reforma que estamos comentando, porque de su apreciación podemos extraer algunos esclarecimientos en orden a la procedencia de suprimir, como ha hecho nuestro legislador, los arts. 473 y 476 del Código penal.

Se ha escrito que “es evidente la afirmación de que lo verdaderamente trascendente en un matrimonio ilegal es la provocación de un

²⁷⁰. CASTRO, *El matrimonio de los hijos*, págs. 41 a 43. Este autor opinaba que la reforma a consecuencia del Concordato había de afectar a todas las reglas del Derecho positivo español, tanto las del Código civil como las del Código penal: págs. 52 y s.; 58 y s.

resultado de nulidad, ya que es la falta de efectos de tan importante institución lo que produce una inseguridad jurídica y una perturbación social", añadiendo que "tan sólo debieran ser sancionados con una pena aquellos matrimonios que hubieran sido declarados nulos por causa imputable a uno de los contrayentes" ²⁷¹.

En principio, nada tendríamos que oponer a la doctrina transcrita si de ella no se sacaran algunas consecuencias que dejan sin valor otro principio —el ya indicado de la libertad para contraer matrimonio— que entra también en juego en el supuesto que contemplaba el art. 473 del Código penal. Aquella doctrina vendría, por otra parte, a justificar, con una nueva razón de indudable peso, la reciente reforma, en cuanto ha suprimido los arts. 474, 475 y 477, que imponían sanciones penales a los matrimonios contemplados en el art. 45 del Código civil, cuya validez es indudable antes y después de la reforma ²⁷².

El art. 473, ap. 1 del Código penal se limitaba a imponer una multa de escasa cuantía (de 1.000 a 2.500 ptas.) al "que contrajere matrimonio mediando algún impedimento dispensable". La sanción se agravaba en el segundo apartado: "Si por culpa suya —decía— no revalidare el matrimonio, previa dispensa, en el término que los Tribunales designen, será castigado con la pena de prisión menor, de la cual quedará relevado cuando se revalide el matrimonio" ²⁷³.

Nos parece indudable —a las claras está— que no puede darse un ataque más directo a la libertad de contraer matrimonio. El derogado art. 473 era una evidente coacción ejercida por el Estado sobre los que contrajeron matrimonio nulo para convalidarlo bajo la amenaza

271. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estudio crítico de la reforma de 24 de abril de 1958, en materia de matrimonios ilegales*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales», XII, 1959, págs. 75 y 76.—El autor había defendido ya esta tesis con anterioridad a la reforma: CHÁFULI Y CONDE-PUMPIDO, *Modificaciones que en materia de celebración de matrimonio nacen de la discordancia de las legislaciones canónica y civil y la norma penal*, en «Revista General de Legislación y jurisprudencia», CIV, 1955, págs. 267 y s.

272. Poco antes de la reforma de 1958 escribían CHÁFULI Y CONDE-PUMPIDO, op. cit., pág. 293: «Por lo que respecta a las prohibiciones del art. 45 del Código civil, nuestra opinión es que no debieran ser objeto de refuerzo penal, siendo suficientes las sanciones civiles del artículo 50, aunque quizá fuera conveniente una revisión de las mismas que las hiciera más adecuadas a su fin. Esta conveniencia se hace más evidente si, como consecuencia de los principios recogidos en el Protocolo final del Concordato, se armoniza la legislación civil con la canónica en materia de matrimonio de los hijos».

273. Al comentar este precepto, decía QUINTANO RIPOLLES: «tiene una curiosa cláusula condicional, agravatoria para el caso de no revalidación voluntaria, asimilable entonces a la penalidad de la bigamia» (*Comentarios al Código penal*, II, Madrid, 1946, pág. 337).

de una sanción penal. Debemos reconocer que, de ser lícita tal coacción, hubiera merecido aplauso el legislador, porque fue ideada de manera que, de aplicarse la pena ²⁷⁴, el designio a que servía —mover al inculcado a revalidar el matrimonio— era de esperar que no quedara frustrado. En efecto, la coacción se ejerce, según el planteamiento legal, en dos etapas: primero, como amenaza de imponer prisión si, dentro del término señalado por el Tribunal, no solicita el contrayente del matrimonio ilegal la dispensa del impedimento; luego, pasado el término, se le pone en prisión y entonces se impresiona con más fuerza al delincuente, a quien se le coloca en el trance de elegir entre dos libertades: la de ir por la calle o la de contraer matrimonio válido con la persona que desee. La alternativa resulta paradójica, pero es evidente: o ligarse definitivamente con una persona determinada o continuar en prisión.

Es éste un caso en que el Estado, a su vez, se encuentra ante otra alternativa, que sólo puede resolver eligiendo uno de sus términos: reprimir con sanciones penales los matrimonios dolosamente celebrados mediando algún impedimento dirimente dispensable o respetar, también en estos casos, la libertad de contraer matrimonio válido con persona determinada. Ante esta alternativa, nuestro legislador ha elegido el segundo término al revisar el criterio anterior, caracterizado por haber elegido la vía de la sanción. La reforma, con indudable buen sentido, ha optado por la tolerancia, que no es otra cosa —vale la pena recordarlo una vez más— que la permisón negativa de un mal —el matrimonio celebrado ilegalmente— para promover y hacer posible un bien mayor, que de otro modo quedaría frustrado: la libertad de contraer matrimonio válido. Nuestro legislador ha aprendido bien la lección de la Iglesia, que en esto se muestra definitiva del Derecho natural: "*matrimonium facit partium consensus . . . qui nulla humana potestate suppleri valet*" (canon 1.081, § 1, CIC).

Réstanos considerar brevemente el suprimido art. 476 del Código penal. Decía así: "El adoptante que sin previa dispensa civil contraer matrimonio con el hijo o descendiente adoptivo, será castigado con la pena de multa de 1.000 a 5.000 pesetas".

274. El art. 473, como otras normas fosilizadas de nuestros cuerpos legales, no parece que tuviera práctica efectividad. Lo cierto es que las recopilaciones de jurisprudencia penal no recogen ninguna sentencia del Tribunal Supremo en que se haya aplicado tal artículo.

Ante todo debemos decir que su redacción no podía ser más defectuosa, porque ¿qué sentido cabe dar a la "previa dispensa civil" del impedimento que contempla?

El impedimento puede considerarse en relación con el matrimonio civil y con referencia al matrimonio canónico.

Para el matrimonio civil, no hay duda alguna de que es impedimento no dispensable. El art. 85 del Código civil sólo autoriza al Gobierno para dispensar los impedimentos "que se refieren a los descendientes del adoptante". El art. 476 del Código penal habla del matrimonio del adoptante con el hijo o descendiente adoptivo, que es supuesto diverso. La dispensa sólo es posible respecto del impedimento contemplado en el n.º 6.º del art. 84, que alcanza a los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción. El impedimento a que alude el art. 476 del Código penal está comprendido en el n.º 5.º del art. 84 del Código civil relativo al "padre o madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos; y aquéllos y el cónyuge viudo de éste". Como se ve, ni estaban comprendidos en el art. 476 del Código penal todos los casos de impedimentos nacidos de la adopción según el Código civil, ni existe impedimento, según éste, en el caso que contemplaba el precepto penal, de matrimonio contraído por el adoptante con el descendiente adoptivo.

Por lo que se refiere al matrimonio canónico, deben tenerse en cuenta algunas peculiaridades del impedimento nacido de la adopción. Según lo dispuesto en los cánones 1.059 y 1.080, éste impedimento tiene para el matrimonio canónico la consideración de impediente o de dirimente según lo que en cada país establezca la ley civil. Esto quiere decir que en España tiene la consideración de impedimento dirimente y comprende todos y cada uno de los supuestos contemplados por el Código civil en los números 5.º y 6.º del art. 84. Pero lo que en modo alguno cabe sostener es que las dispensas de este impedimento para el matrimonio canónico corresponde otorgarlas al Gobierno, por imperativo del art. 83 del Código civil. Los cánones citados son unas normas en blanco, que remiten al Derecho civil de cada territorio sólo en lo que mira a determinar el carácter dirimente o impediente del impedimento y su extensión, es decir, los casos que comprende. A esto se limita la canonización de la ley civil, debiendo observarse que tal canonización —consistente tan sólo en dar conte-

nido a una norma canónica en blanco— no cambia, por eso, el carácter de la norma, es decir, su imperatividad: la norma que impone el impedimento de parentesco legal en el matrimonio canónico, es una norma eclesiástica, no civil. De aquí se deduce una consecuencia de gran importancia: por ser impedimento de Derecho eclesiástico es dispensable, a tenor del canon 1.040, y dispensable por la Iglesia en todos los casos que comprende, cualquiera que sea la norma que sobre dispensas pueda contener la legislación civil, norma no canonizada por la Iglesia. Así resulta de la doctrina firmemente mantenida por los canonistas²⁷⁵ y de lo dispuesto también en nuestro sistema matrimonial²⁷⁶.

Si ahora volvemos al art. 476 del Código penal, que ha desaparecido con la reforma, fácil resulta comprender la justificación de ésta.

El precepto penal era letra muerta, porque eran puramente imaginarios los supuestos que regulaba: si el matrimonio contraído con el impedimento de parentesco legal era canónico, no cabía en absoluto la "dispensa civil"; si el matrimonio era civil y lo contraía el adoptante con el hijo adoptivo, no cabía tampoco dispensa; y si se trataba de matrimonio del adoptante con los descendientes del hijo adoptivo, no cabía tampoco dispensa, por una razón muy poderosa, porque no había siquiera impedimento²⁷⁷.

275. Al comentar los cánones 1.059 y 1.080, escriben VLAMING-BENDER, *Praelectiones iuris matrimonii*, págs. 137 y 138: «Ubi impedimentum hoc, vi legis civilis, est ortum, ipsum est impedimentum iuris ecclesiastici; ideoque non a principe civili sed a solo superiore ecclesiastico competente tolli potest. Dispensatio ab auctoritate civili data non reddit personis baptizatis licitum aut, si casus ferat, validum matrimonium».

276. Según el art. 74 de la Ley del Registro Civil, «corresponden al Ministro de Justicia, a propuesta de la Dirección General, las dispensas para el matrimonio previstas en el Código Civil». De este precepto no puede deducirse que se incluyan entre tales dispensas las relativas al impedimento nacido de la adopción en los casos de matrimonio canónico; y esto por dos razones: a) porque el art. 85 del Código civil, del que es simple desarrollo el 74 L.R.C., está incluido en el capítulo referente al matrimonio civil; b) y sobre todo porque, a tenor del art. 75 del Código civil «el matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica», entre las cuales se encuentra el canon 1.040 que atribuye a la Iglesia la facultad de dispensar todos los impedimentos de Derecho eclesiástico sin ninguna excepción.

277. Para tratar de resolver el indudable divorcio existente entre la legislación penal y la civil, CHÁFOLI y CONDE-PUMPIDO defendieron una curiosa interpretación del art. 476, que ha suprimido la reforma de 1958. Según ellos, el Código penal de 1944, al reproducir la vieja norma contenida en el art. 492 del Código penal de 1870 —que había sido a su vez, producto de un error del legislador—, trajo consigo estos efectos: a) crear en nuestro ordenamiento un impedimento impediendo entre el padre adoptivo y los descendientes del hijo adoptivo, que afectaba tanto al matrimonio civil como al canónico; impedimento no

Antes de la reforma, los comentaristas ²⁷⁸ entendieron que los matrimonios contraídos con el impedimento de parentesco legal, no podían constituir la infracción definida con tan poca fortuna por el art. 476; y que sólo podían pensarse en cuanto quedaban incluidos dentro del tipo delictivo, de carácter más amplio, contemplado en el artículo 472 ²⁷⁹. Después de la reforma, la solución es idéntica, al haberse conservado esta última norma legal, sin que puedan surgir ahora, acerca de la cuestión, las anteriores dudas exegéticas ²⁸⁰.

c) *La modificación del art. 478 del Código penal.*

El texto de este artículo decía así antes de la reciente reforma:

“El eclesiástico o el Juez que autorizase matrimonio prohibido por

declarado por el Código civil («y que hasta la fecha —decían— ha permanecido silenciado por los expositores»); b) dar a todos los impedimentos entre adoptante y descendientes carácter de impedimentos dispensables civilmente, modificando también en este punto al Código civil, por ser la ley penal de fecha posterior. Según estos autores el parentesco legal era —antes de la reforma de 1958— un impedimento de especialísima naturaleza con respecto al matrimonio canónico: dirimente e impediendo en forma sucesiva; un impedimento que requería dos dispensas, cuya falta producía diferentes efectos: si faltaba la canónica, el matrimonio era nulo; si faltaba la civil, el matrimonio era válido, pero ilícito. Como se ve, añadimos nosotros, no era fácil mantener en pie el derogado art. 476 con una interpretación llana y sencilla. Cfr. CHÁPULI y CONDE-PUMPIDO, op. cit., págs. 275-282.

278. Decía CUELLO CALON, *Derecho Penal*, II, 8.^a ed., Barcelona, 1952, pág. 665: «No es posible obtener en este caso la dispensa civil de que habla el texto legal, pues es éste un matrimonio prohibido por el Código civil, constituyendo un impedimento no dispensable (arts. 84, 5.º y 85). De modo que si llegara a realizarse semejante unión el hecho constituiría, no este delito, sino la infracción definida en el art. 472». En igual sentido se manifestaba JASO, op. cit., pág. 392.

Esta opinión fue ya defendida por GROIZARD, *El Código penal de 1870 comentado y concordado*, V, Salamanca, 1893, págs. 513 y 514.

279. Dice este artículo: «El que con algún impedimento dirimente no dispensable contrajere matrimonio será castigado con la pena de prisión menor».

280. El precepto homólogo al que comentamos, en el Código de 1848 (art. 401) fue objeto de severa crítica por parte de PACHECO, entre otras razones por atribuírsele carácter dispensable (Vid. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, III, Madrid, 1856, págs. 233-234).

Ahora, suprimido el precepto, desaparece también el objeto de la crítica. Las reformas penales de 1850 y 1870 reproducen el precepto; y resulta incomprensible que haya seguido figurando en los Códigos penales posteriores al civil, el cual sentó de modo claro, a efectos del matrimonio civil, el carácter no dispensable del impedimento nacido de adopción.

Ahora —suprimido el art. 473, referente a los impedimentos dispensables— la única novedad consiste en que sólo podrá dar lugar a sanción penal tratándose de un matrimonio civil. En orden a la extensión del impedimento, es determinante lo que dispone el Código civil; ello no coincide, ciertamente, con la tipificación que hacía el precepto derogado. Pero esta discrepancia estaba en rigor ya planteada con anterioridad a la reforma del 58. Nos referimos, claro es, a las relaciones, según una perspectiva axiológica, entre ambas ramas (civil y penal) del ordenamiento jurídico.

la ley o para el cual haya impedimento no dispensable, será castigado con las penas de suspensión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas”.

“Si el impedimento fuere dispensable, la pena será de multa de 1.000 a 2.500 pesetas”.

La Ley de 1958 ha hecho dos retoques en el párrafo 1.º: ha suprimido la mención del eclesiástico; y ha añadido la circunstancia de que el impedimento dispensable sea “conocido o denunciado en el expediente”. Vamos a prescindir en nuestro comentario de esta segunda modificación, por no interesar a nuestro objeto.

La reforma ha borrado del art. 478 la referencia al eclesiástico y ha conservado en este precepto al Juez civil como único posible sujeto del delito, porque ha considerado errónea la doctrina que trata de calificar al sacerdote como funcionario público. Tal equiparación ha sido rechazada siempre por la Iglesia ²⁸¹.

Aquella errónea doctrina ha sido utilizada, dentro y fuera de España ²⁸², al solo efecto de exigir al sacerdote responsabilidad penal con ocasión del cumplimiento de su sagrado ministerio. Entre nosotros, la Sentencia del 13 de junio de 1890, sostuvo que los párrocos son funcionarios públicos, a los efectos penales, porque “son nombrados por la respectiva y competente autoridad, y ejercen varias funciones de carácter eminentemente público, una de las cuales es, entre otras, la misma de autorizar los matrimonios canónicos, institución pública, aparte de su carácter religioso y sacramental, por hallarse reconocidas para todos los efectos civiles por la ley del Estado”. La misma doctrina se contiene en las Sentencias de 25 de enero de 1888 y de 14 de enero de 1920.

Si para borrar del artículo 478 la referencia al eclesiástico, no hubiera bastado la consideración doctrinal que rechaza —por errónea— la equiparación entre el sacerdote y el funcionario público, se habría

281. «El sacerdote católico —son palabras del Papa Pío XII— no puede ser simplemente equiparado a los funcionarios públicos o a los investidos de un poder público o de una función civil o militar»; y es evidente, añade, que los eventuales abusos de la misión del sacerdote —que, como ministro de la Iglesia abarca el conjunto de los deberes religiosos y morales de los fieles— «no pueden dejarse al juicio de los poderes civiles» (Cfr. *Hortatio pastoralis ad parochos Urbis et concionatores sacri temporis quadragesimalis*, 16-III-1946, en A.A.S., XXXVIII, 1946. págs. 187 y 188).

282. Muy discutida fue la cuestión en Italia. Vid. FUENMAYOR, *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil*, pág. 20.

llegado también a tal conclusión por razones graves de carácter práctico, es decir, para evitar un conflicto insuperable entre los ordenamientos canónico y secular.

En efecto, basta considerar que la figura delictiva definida en el art. 478 consiste en el hecho de "autorizar matrimonio prohibido por la ley o para el cual haya algún impedimento". Y debemos preguntar: ¿cuál es la ley prohibitiva?, ¿de qué impedimento se trata? Porque con referencia al matrimonio existen normas eclesiásticas y normas civiles; y en cuanto al impedimento, puede declararse, según los casos, en cualquiera de esas normas. Cuando se trate de penar al sacerdote autorizante, ¿se atenderá al Derecho civil o al Derecho canónico para calificar de prohibido un matrimonio y para estimar la existencia de algún impedimento?

La cuestión no es tan sencilla como pudiera parecer. No lo es por algo que conviene tener siempre presente cuando se tratan cuestiones matrimoniales en un régimen jurídico como el nuestro, en que se dan —antes y después de la reforma— discrepancias entre los ordenamientos canónico y civil. Esas discrepancias determinan que, en ocasiones, la calificación de un matrimonio como "prohibido por la ley" no sea unívoca. Piénsese, por ejemplo, en los llamados "matrimonios civiles de la República" y, después de la reforma, en los matrimonios civiles contraídos por apóstatas. Todos estos matrimonios están terminantemente prohibidos por el Derecho canónico y unos fueron permitidos y otros lo son ahora por el Derecho civil. Si alguno de estos cónyuges celebra después matrimonio canónico con tercera persona, la calificación de tal acto resulta también diversa según se haya tomado en cuenta las normas de la Iglesia o las del Estado: para la Iglesia el matrimonio será válido; para el Estado podrá tratarse de un delito de bigamia.

¿Sería justo castigar al sacerdote autorizante, según la ley del Estado, como copartícipe del delito de bigamia? No lo sería, en absoluto, porque al sacerdote le alcanzan las leyes canónicas, en cuanto es ministro de la Iglesia y de ningún modo funcionario del Estado.

Pero cabe preguntar también si, en el caso de un matrimonio civil celebrado por apóstatas, sería justo que la Iglesia aplicara penas canónicas al juez civil que lo autorice de acuerdo con las leyes del Estado. Vimos oportunamente que en tales casos —así lo declara la Circular de la Nunciatura de 25 de marzo de 1957— los Ordinarios

competentes deben aplicar graves penas canónicas a los contrayentes y a los testigos. Nada se dice, sin embargo, del juez civil. Si se piensa que, de ordinario, el juez será un súbdito de la Iglesia, no se ve dificultad alguna para que, al menos en principio, puedan aplicársele penas canónicas.

Si la Iglesia se abstiene de condenar al Juez civil, parece igualmente justificado que el Estado se abstenga de castigar, en estos casos, al eclesiástico que autorice el matrimonio canónico. En ambos supuestos, tanto el funcionario civil como el ministro sagrado, obran en cumplimiento estricto de sus deberes, según la definición que hace de éstos el ordenamiento jurídico al que respectivamente se hallan sometidos en el ejercicio de sus funciones. Ante la discrepancia de los ordenamientos canónico y civil, mantenida entre nosotros por razones de tolerancia, la Iglesia y el Estado, cada uno en la esfera de su competencia, aplican a sus súbditos rebeldes el peso de su ley penal, pero se abstienen de aplicar penas a quienes, investidos de autoridad —el juez civil y el sacerdote autorizante— representan respectivamente al Estado y a la Iglesia. No hacerlo así sería tanto como arruinar el *statu quo* característico de la tolerancia, que se mantiene y sufre *pro bono pacis*, en evitación de mayores males.

No queremos terminar nuestro comentario sin aludir a un argumento que se ha formulado al considerar críticamente la reforma del art. 478.

Según CONDE-PUMPIDO, la reforma ha conducido a un imprevisto resultado, muy ajeno por cierto a la intención del legislador: “en lo sucesivo el eclesiástico que autorice un matrimonio generador de bigamia o en el que concurra un impedimento dirimente no dispensable se convierte en coautor de un delito de los artículos 471 ó 472, respectivamente, haciéndose reo de una pena muy superior a la establecida en el artículo 478 para el juez municipal que observase igual conducta”, por lo que considera conveniente volver a introducir en el art. 478 la referencia al eclesiástico, y advierte que para evitar cualquier posible abuso del Poder civil “es más que suficiente el uso prudente que de la causa de no perseguibilidad del artículo XVI del Concordato puedan hacer los Ordinarios”²⁸³.

283. CONDE-PUMPIDO, op. cit., págs. 96 y 98.

A nuestro juicio, no existe ese "imprevisto resultado", porque, según lo dicho anteriormente, no hay términos en buena técnica penal para sancionar al eclesiástico que autorice un matrimonio canónico que sea válido según el Derecho de la Iglesia. Pero si de hecho ocurriera —como puede ocurrir— que algún Tribunal del Estado, con olvido de la evidente "intención del legislador", pretendiera aplicar injustamente alguna pena al eclesiástico —cuya referencia como sujeto del delito ha sido borrado del artículo 478— no hay duda de que, con toda prudencia y con absoluto espíritu de justicia, el Ordinario haría uso de la causa de no perseguibilidad del artículo XVI del Concordato. Así se restablecería la justicia, se haría efectiva la intención del legislador estatal y no sufriría detrimento la buena técnica penal.

No se nos oculta que, con lo dicho hasta aquí, no queda agotada toda la problemática que puede suscitar el tema que nos ocupa.

Cabe, en efecto, pensar en la hipótesis de que el eclesiástico, faltando a los deberes de su sagrado ministerio, autorice un matrimonio que sea inválido según el Derecho canónico. Pero este supuesto —de indudable interés para una jurisprudencia de conceptos— no pasa de ser una hipótesis, que, como tal, no era preciso fuera acogida por el legislador, ya que éste, en su misión descriptiva y sancionadora de las conductas delictivas, mira a la realidad social. Durante los largos años de vigencia del precepto en cuestión, las colecciones jurisprudenciales no registran supuesto de aquel estilo ²⁸⁴.

284. Si, contrariamente a lo que la experiencia muestra, aquella hipótesis llegase a tener realidad, se habría planteado una situación nueva, que demandaría también una nueva disposición.

¿*Quid iuris* mientras ésta no se dictase? La reforma del 58 no da respuesta a esta cuestión, como es fácil de comprender después de lo dicho. Su contestación entrañaría una cuestión técnico-jurídica de interpretación penal, que no debe ser abordada aquí por exceder del marco de nuestro estudio. Diremos, sin embargo, brevemente que, frente a la antítesis: impunidad o pena por coautoría de los artículos 471 y 472 —que parecen ser las dos únicas soluciones viables según la «técnica penal»— quizás cupiese considerar la procedencia de una justa solución intermedia, que tomaría por base la interpretación analógica *in bonam partem*, procedimiento exegético éste que no repugna al Derecho penal, y que es empleado en tantos otros casos en que, como el presente, está materialmente fundado. Por lo demás, su no aplicación podría dar lugar al justo uso por parte del Ordinario de la causa de no perseguibilidad, obligando de este modo al legislador civil a crear el marco adecuado para la exigencia de una responsabilidad justa, mostrada por la nueva situación.

V

APRECIACION GENERAL DE LA REFORMA

Llegados al término de nuestro trabajo, en el que nos propusimos como principal objetivo captar el espíritu de la amplia reforma llevada a cabo por el Estado español para acomodar su Derecho matrimonial a las exigencias del Concordato de 1953, nos parece oportuno hacer un examen de conjunto para ver por vía de síntesis, el programa concreto que al efecto se trazó el Estado; pues conviene apreciar si tal programa es un fiel eco del Concordato, si el Estado ha cumplido sus compromisos y en qué medida, y si la reforma puede decirse que representa un paso importante en la tarea de revisar la secularización del matrimonio operada en España por la Ley de 1870.

19. *Los puntos capitales del programa de reforma.*

A mi juicio, el programa de la reforma venía condicionado, en el plano de la realidad social, por dos factores: a) los antecedentes históricos del régimen matrimonial español, a partir de la Ley de 1870; b) la necesidad de dar solución —por razones internas y, sobre todo, de orden internacional— al problema del matrimonio de los apóstatas; factores ambos que el legislador, por consideraciones de prudencia elemental, no podía desconocer, y que no es aventurado afirmar fueron ya tenidos en cuenta por ambas Potestades en la elaboración del Concordato, cuyo designio fundamental es rectificar en determinados puntos —objeto del acuerdo concordatorio— la secularización del matrimonio, sin pretender la plena armonía entre los ordenamientos canónico y civil, imposible de alcanzar en las circunstancias actuales.

Mas este condicionamiento impuesto por la realidad social, que sirvió de pauta a la Iglesia y al Estado para circunscribir las cláusulas del Concordato a cuestiones muy concretas, determinadas con precisión y pulcritud, dejaba todavía un amplio margen al Estado para incluir en el programa de la reforma jurídica del matrimonio —junto a esas cuestiones concretas, que constituyen la materia propia de los compromisos contraídos con la Iglesia— la revisión de otras cuestiones no exigidas por el Concordato, pero sí aconsejadas por la confesionalidad del propio Estado, en cuanto la confesionalidad pide, como ideal realizable en la medida que lo permitan las circunstancias de la

vida social, la armonía en los puntos sustanciales entre los ordenamientos canónico y civil.

El juego combinado de las exigencias de la realidad social, del cumplimiento estricto de los compromisos concordatarios y del ideal implícito en la confesionalidad del Estado de alcanzar en la medida de lo posible la armonía de ambos ordenamientos, explica que en el programa de la reforma matrimonial se incluyeran como puntos capitales: a) un amplio reconocimiento del *ius connubii*; b) un claro deslinde de competencias de la Iglesia y del Estado en materia matrimonial; c) un régimen estricto de tolerancia en favor de los apóstatas; d) la revisión de nuestro sistema matrimonial, para el logro de la armonía con el Derecho canónico, con las excepciones impuestas por aquella tolerancia; e) la posibilidad de que la Iglesia pudiera combatir, en su propio campo, la realidad social a que la tolerancia responde.

Todos y cada uno de estos puntos fueron ya examinados en las páginas anteriores, al estudiar con algún detenimiento las fórmulas técnicas empleadas por el legislador en el desarrollo de su programa de reforma, pero bueno será que las consideremos nuevamente de manera sintética, para ofrecer, por vía de conclusión, el marco preciso en que deben encuadrarse las nuevas normas civiles, penales, administrativas y procesales, con el fin de comprender su último sentido, es decir, los objetivos ideales a que responden.

20. *El reconocimiento del "ius connubii".*

Una característica muy acusada de la reforma es el amplio y decidido reconocimiento, por parte de la ley civil, de la libertad para contraer matrimonio, que constituye un derecho natural de la persona y que ha sido siempre proclamado por la Iglesia como un principio merecedor del máximo respeto.

El Concordato obligaba exclusivamente a poner en armonía las normas civiles referentes al matrimonio de los hijos, tanto menores como mayores, con lo que disponen los cánones 1.034 y 1.035 del Código de Derecho canónico (apartado B del Protocolo final en relación con el art. XXIII).

Para el cumplimiento estricto de este compromiso concordatario, hubiera bastado con suprimir la exigencia del consejo de los padres

en el matrimonio de los hijos mayores de edad, y con establecer un recurso contra el disenso paterno, que permita someter a superior control la racionalidad de la licencia en el matrimonio de los menores.

La reforma del Código civil ha dado cumplimiento a esas dos exigencias, pero ha ido más lejos, al suprimir, además, aquellas sanciones, antes consagradas en el art. 50, que parecieron al legislador un atentado a la libertad matrimonial. De tal modo la reforma representa un plus respecto de los compromisos concordatarios, que tampoco demandaban al Estado la revisión de otras normas de carácter penal y administrativo.

Sin embargo, el legislador ha querido informar plenamente nuestro Derecho interno del principio de la libertad matrimonial, extrayendo de él las últimas consecuencias.

Por obsequio a la libertad de contraer matrimonio, ha reformado el Código penal, suprimiendo de su texto los arts. 474, 475 y 477, que imponían sanciones a quienes se casaren contraviniendo las prohibiciones del art. 45 del Código civil; ha suprimido el 473 del Código penal, por estimar que constituía un ataque a la libertad de los contrayentes; y ha suprimido también el art. 476, relativo al matrimonio celebrado con el impedimento de parentesco legal, por ser puramente imaginarios los supuestos que regulaba este precepto penal.

Sin exigirlo tampoco los compromisos concordatarios, la reforma ha revisado los requisitos de orden administrativo, tradicionales en nuestro Derecho, referentes al matrimonio de militares, suprimiendo el celibato temporal obligatorio impuesto antes a las clases de tropa; y ha suavizado notablemente el régimen anterior sobre el matrimonio de los demás militares y de los funcionarios de la Carrera Diplomática.

21. *El deslinde de competencias en materia matrimonial.*

Es nota dominante de la secularización que el Estado se atribuya ilegítimamente la competencia que a la Iglesia corresponde para reglamentar, en la esfera legislativa, y para fallar en la esfera judicial, acerca de las condiciones de validez y de licitud del contrato matrimonial de los cristianos.

Revisar la secularización exige, por tanto, revisar las normas civi-

les que de algún modo representen un desconocimiento de la competencia de la Iglesia en las dos esferas indicadas.

En este tema el Concordato de 1953 ha exigido también una reforma de nuestro Derecho interno en determinados puntos, a saber:

a) en el régimen de la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil, que, aparte de otros aspectos de secundaria importancia, se establece como único requisito para el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio, sin que la presencia del funcionario del Estado sea considerada como condición necesaria de tal reconocimiento (apartado A del Protocolo final en relación con el art. XXIII);

b) en las causas relativas a la nulidad del matrimonio canónico, a la separación de los cónyuges, a la dispensa del matrimonio rato y no consumado y a la aplicación del privilegio paulino (art. XXIV del Concordato).

El legislador ha incluido en la reforma todas y cada una de las cuestiones indicadas, en cumplimiento de los compromisos concordatarios. Junto a estas cuestiones ha abordado otras, no exigidas directamente por el Concordato, para revisar algunas normas del régimen anterior que representaban un desconocimiento de la competencia de la Iglesia en el orden legislativo y en el jurisdiccional.

Entre estas cuestiones nuevas, abordadas por la iniciativa del Estado, merecen citarse:

a) La revisión del criterio formalista, característico del régimen anterior, en el que se atendía a la forma de celebración como criterio decisivo para determinar la competencia de la Iglesia o del Estado respecto de cada matrimonio: si se había celebrado en forma civil, era competente en todo caso el Estado; y lo era la Iglesia únicamente si la celebración se había hecho *in facie Ecclesiae*. La reforma ha devuelto a la Iglesia la plena competencia en la calificación de la clase de matrimonio, al revisar aquel criterio formalista, de modo que pueden existir entre nosotros "matrimonios canónicos en forma civil", a los cuales debe aplicarse el régimen canónico tanto en lo que mira a su validez como en lo tocante a la jurisdicción competente para conocer en las causas que ellos puedan originar. Este nuevo criterio ha sido aplicado también para la calificación registral de la clase de matrimonio.

b) En el régimen del matrimonio de conciencia celebrado ante la Iglesia, se declara ahora expresamente en el Código civil que podrá publicarse, mediante la inscripción en el Registro civil correspondiente, a instancia del Ordinario, en los casos en que cesa para éste la obligación canónica del secreto.

c) La reforma ha introducido en el Código civil varias normas importantísimas para dotar de eficacia civil a los pronunciamientos que, de acuerdo con el canon 1.132 del *Codex*, puede hacer la jurisdicción eclesiástica sobre la educación de los hijos, materia en la que existía anteriormente una grave antinomia entre nuestra legislación interna y el Derecho canónico.

d) La reforma ha modificado el art. 478 del Código penal, borrando en este precepto la mención del eclesiástico como posible sujeto del delito de autorizar matrimonios prohibidos por la ley. De tal modo se ha revisado la errónea doctrina que, con criterio secularizador, establecía una equiparación entre el sacerdote autorizante y el funcionario público.

22. *Los matrimonios civiles tolerados.*

En las materias hasta ahora examinadas, dentro del marco general de la reforma de nuestro Derecho interno, hemos podido apreciar —tanto en el reconocimiento del *ius connubii* como en el deslinde de competencias de la Iglesia y del Estado— el decidido afán manifestado por éste de cumplir con fidelidad los compromisos concordatarios y de extender la reforma a otras cuestiones, para inspirar su régimen matrimonial en la concepción cristiana de esta institución, de acuerdo con los postulados que lleva implícitos, como un ideal de política legislativa, el principio de confesionalidad.

Mas este ideal a que debe tender, por razón de su confesionalidad, el Estado católico, no constituye el único criterio de su política legislativa, sino que —por graves motivos expuestos con amplitud en páginas anteriores— debe combinarse con la tolerancia —entendida en sentido católico—, que constituye también un postulado de la prudencia política del Estado confesional.

Según la concepción católica de la tolerancia, el Estado, en cumplimiento de la finalidad que le es propia —promover el bien común temporal— debe plegar su ordenamiento jurídico, en las concretas

y particulares circunstancias de un determinado momento histórico, a lo que esas circunstancias reclaman, permitiendo el mal dentro de ciertos límites, para evitar males mayores.

Esto explica que, en una cuestión de la mayor importancia, la reforma no haya podido alcanzar la deseable armonía entre los ordenamientos canónico y civil, limitándose a cumplir en términos estrictos uno de los compromisos del Concordato, sin abordar otras cuestiones; en contraste con lo que ha hecho en las materias ya examinadas, en las cuales la realidad social no exigía un particular condicionamiento, es decir, no representaba un freno legítimo para el legislador.

Según una de las estipulaciones del Protocolo final en relación con el art. XXIII del Concordato, "en materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas, el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho canónico".

Mediante esta cláusula concordataria, el Estado quedó comprometido a reformar el art. 42 del Código civil de modo que en él se prohíba el acceso al matrimonio civil en todos los casos de "matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas"; su compromiso le obligaba a dar un paso más —respecto del régimen anterior— en el restablecimiento de la armonía con el Derecho canónico existente hasta la Ley de 1870, que llevó al extremo la discordancia por haber introducido en España el matrimonio civil obligatorio.

El Concordato —en su designio fundamental de revisar la secularización— no quiso acoger la tesis rígida, que hubiera exigido la prohibición en la ley estatal del matrimonio civil a todos los obligados a la forma sustancial canónica, sino otra más amplia, que, si bien representa un progreso en el camino hacia la plena armonía, permite la apertura a una previsión de tolerancia, dentro de ciertos límites, para el matrimonio civil de personas obligadas —según el ordenamiento de la Iglesia— a la forma sustancial canónica.

El Estado ha reformado el art. 42 del Código civil de acuerdo con estos criterios, reduciendo considerablemente el círculo de personas que —obligadas por la ley de la Iglesia a la forma canónica de celebración— pueden tener acceso al matrimonio civil; y ha querido dejar constancia de la naturaleza de esta permisón, al decir que "se autoriza el matrimonio civil", fórmula típica de la tolerancia, lo cual significa —y es ésta una nota que merece subrayarse —la libertad para

los súbditos rebeldes a la Iglesia de tener también acceso al matrimonio canónico. De tal modo la ley estatal no excluye de la forma canónica ninguna de las uniones previstas en el canon 1.099.

El Estado, *pro bono pacis*, permite o tolera el matrimonio civil dentro de ciertos límites, los señalados como infranqueables por el compromiso concordatario; y regula esta tolerancia, no en el texto del Código civil, sino en normas reglamentarias.

La reforma ha abordado de frente, con decisión y pulcritud técnica, el problema de la tolerancia —ya planteado en la primera norma revisora de la Ley de 1870, es decir, en el Real Decreto de 9 de febrero de 1875—, que tuvo un tratamiento extraordinariamente confuso y por demás laxo en numerosas normas gubernativas.

La tolerancia se refiere a un grupo reducidísimo de personas, a las que se permite el matrimonio civil por la ley del Estado, mientras la ley canónica no considera válida para ellas esta clase de unión, que califica de auténtico concubinato. Distinto es el caso de quienes, no estando obligados por la ley eclesiástica a la forma sustancial canónica, pueden contraer válidamente matrimonio civil según el criterio coincidente de ambos ordenamientos.

La tolerancia se concede en favor de quienes, bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma, hubieren apostatado posteriormente e intenten contraer matrimonio civil entre sí o con personas acatólicas. La reforma se ha cuidado de establecer las convenientes garantías para prevenir el fraude a la ley, evitando que la tolerancia pueda extenderse a otras personas, aun cuando sean indiferentes u hostiles a la práctica de los deberes religiosos. Tampoco pueden acogerse al régimen de tolerancia los que han recibido órdenes sagradas o se hallen ligados con voto solemne de castidad, aunque prueben su condición de apóstatas, si no acreditan también la oportuna dispensa, dada por la Iglesia, del impedimento o del voto, según los casos.

23. *La revisión del sistema matrimonial.*

Como acabamos de ver, el Estado, para hacer posible un régimen de tolerancia dentro de ciertos límites, ha aplicado en términos estrictos la cláusula del Concordato que le obligaba a poner en armonía su propia legislación con el Derecho canónico “en materia de re-

conocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas", reformando al efecto el art. 42 del Código civil.

No se crea, sin embargo, que la reforma de nuestro sistema matrimonial se ha reducido exclusivamente a esa cuestión expresamente pactada en el Protocolo final, para ampliar —como se ha hecho— el círculo de personas que sólo pueden contraer matrimonio canónico.

Junto a esta cuestión, se han abordado por propia iniciativa del legislador otras no directamente contempladas en el Concordato. Entre ellas conviene citar, como más importantes, la revisión del excesivo valor que tenía con anterioridad la forma civil, en el sentido y con las consecuencias ya examinadas; y la exigencia de la prueba de la "no profesión" como presupuesto para celebrar el matrimonio civil, con el fin de prevenir el fraude a la ley.

El legislador encargado de cumplimentar el Concordato de 1953 ha utilizado —como sus predecesores— el discutido concepto de la "no profesión" para autorizar el matrimonio civil de sus súbditos. Pero mediante ese idéntico instrumento técnico —que aparece en nuestro Derecho con la primera norma revisora de la Ley de 1870— no ha llegado a las mismas soluciones del problema. En verdad puede decirse que la reforma del Código civil representa un avance muy considerable hacia el ideal de la perfecta acomodación con el Derecho canónico, no logrado todavía por la necesidad de establecer, aunque en términos muy estrictos y con las máximas garantías, un régimen de tolerancia ²⁸⁵.

24. *La intervención de la Iglesia en el régimen de tolerancia.*

Para completar el cuadro general de la reforma, debemos referirnos, como punto final, a un requisito establecido por vez primera en

285. Al estudiar las disposiciones civiles relativas al matrimonio de los apóstatas, concluye ESCUDERO con estas palabras: «Es verdad que en estas disposiciones civiles no se reproduce total y perfectamente la legislación eclesiástica sobre el matrimonio de los apóstatas. Hubiese sido el ideal y hubiera servido de gran satisfacción el poder presentar a España como la única nación en que la legislación matrimonial civil se ajustase hasta el último ápice a la canónica. Sin duda el Estado español, en su buen deseo, se ha visto obligado por circunstancias que, sin agravarse como en otras naciones, pesaban fuertemente sobre él. A pesar de esto, puede asegurarse que la legislación matrimonial española es la más ajustada a las leyes de la Iglesia» (*Disposiciones vigentes actualmente en España sobre el matrimonio de los apóstatas de la fe católica*, en «Temis», 10, 1961, pág. 84).

nuestro Derecho dentro del régimen de tolerancia del matrimonio civil de los apóstatas.

Este requisito, que por su novedad y por contenerse en normas gubernativas pudiera pasar un tanto inadvertido, arroja gran luz para la apreciación del espíritu que preside la reciente reforma del Derecho matrimonial español; espíritu que se sintetiza en el juego combinado del doble criterio de la confesionalidad y de la tolerancia, como factores que deben caracterizar la política legislativa del Estado católico, en cuanto uno y otro expresan las exigencias del ideal y las exigencias simultáneas de la realidad social.

La tolerancia propia del Estado católico, por imperativos del bien común temporal —fin del Estado y de su ordenamiento— puede y debe, en determinadas circunstancias, permitir un mal, como lo es el matrimonio civil de los apóstatas, con el único designio de obtener el bien de la paz, imprescindible para el logro de la convivencia; pero con la mira puesta en reducir la permisión del mal e, incluso, combatirlo por entero cuando mejoren las circunstancias justificativas del criterio tolerante, para alcanzar el ideal exigido por la confesionalidad, que ejerce una permanente presión sobre la tolerancia.

Al permitir el matrimonio civil de los apóstatas, ha querido el Estado dar ocasión a la Iglesia para que, en su propio campo, pueda utilizar con plena libertad todos los medios de que dispone, al servicio de su finalidad —*la salus animarum*—, en bien de sus súbditos rebeldes y de toda la comunidad eclesiástica, afectada, sin duda alguna, por la permisión de unas uniones que son en rigor torpes concubinatos.

Por eso la reforma ha establecido un nuevo requisito, dentro del régimen del matrimonio civil de los apóstatas, exigiendo que el Encargado del Registro ponga en conocimiento de la Autoridad eclesiástica diocesana el proyectado matrimonio, que no podrá celebrarse antes de un mes.

Mediante este requisito —y teniendo en cuenta las normas canónicas relativas a la conducta que debe observar la Autoridad eclesiástica en estos casos, normas contenidas en la Circular de la Nunciatura de 25 de marzo de 1957— el Estado da ocasión propicia a la Iglesia para que pueda intervenir, sin aprobarlo, en el régimen de tolerancia, con el fin de lograr que no se extienda en la práctica más allá de

AMADEO DE FUENMAYOR

lo establecido en las normas civiles, por calificarse de apóstatas a quienes no lo son; da ocasión a la Iglesia para que pueda realizar su labor pastoral con los que pretenden acogerse a la tolerancia, por medio de la persuasión, y pueda, incluso, en el caso de celebrarse el matrimonio civil, aplicar las oportunas penas canónicas tanto a los contrayentes como a los testigos, por el bien espiritual de estas personas y de toda la comunidad eclesial.

Cabe, pues, concluir que, al acomodar nuestro Derecho matrimonial al Concordato de 1953, el Estado ha cumplido con fidelidad sus compromisos, e incluso con creces, en aquellas materias que no estaban condicionadas por circunstancias reales de la vida social; y puede decirse también que la reforma representa un paso importante en la tarea de revisar la secularización operada en España por la Ley de 1870.

AMADEO DE FUENMAYOR