FUNCION DE LA FORMA JURIDICA EN EL MATRIMONIO CANONICO

1. El propósito de este estudio es contribuir a precisar el significado y alcance de la forma jurídica en el matrimonio canónico.

Con frecuencia se dice que desde Trento el matrimonio canónico es acto jurídico o negocio jurídico solemne 1. No hay por qué dudar de la exactitud de esta afirmación. Sin embargo, la viva atención que el Derecho canónico ha despertado entre los juristas seculares de algunos países, y el interés que a su vez muestran los canonistas por la técnica jurídica secular, lleva consigo el riesgo de que el sentido de tal afirmación —no bien encuadrada en el marco del ordenamiento jurídico de la Iglesia— resulte mediatizado por los criterios de valoración propios del Derecho civil, donde el matrimonio es también considerado como acto o negocio jurídico formal 2, negocio solemne por excelencia 3, el más solemne de los contratos 4.

Estas líneas se dirigen a esa perspectiva doctrinal de acercamiento entre la Ciencia jurídica secular y la canónica, donde la calificación referida tiende a aplicarse indistintamente, sin la debida precisión, al matrimonio canónico y al civil⁵.

2. La forma como elemento específico del negocio jurídico, distinto del consentimiento —aunque para la validez del acto negocial no pueda darse aisladamente de él ni de los otros elementos—, es un instrumento receptivo del consentimiento declarado de las partes, encami-

^{1.} Vid. por ej., Del Giudice, V., Nociones de Derecho Canónico. trad. de Lombardía, P., Pamplona 1955, pág. 255; Gismondi, P., L'attuazione dottrinaria e pratica delle norme tridentine sulla forma del matrimonio, en «Rivista italiana per le scienze giudiriche», volumen VI, serie III (1952-1954), pág. 283.

^{2.} Cfr. por ej., Gangi, C., Il matrimonio, 3.º ed., Milano 1953. pág. 42; Royo Martínez, M., Derecho de familia, Sevilla 1949, pág. 38; García Cantero, G., El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español, Roma-Madrid, 1959. págs. 188-189.

³ Sentencia de la Suprema Corte de Casación italiana de 20 de octubre de 1959, en «Il diritto ecclesiastico», LXXI (1960), Parte II, pág. 35.

^{4.} LUTZESCO, G., La bonne foi et le mariage inexistent, París s. a., pág. 4.

^{5.} Particularmente llamativa en este sentido es la afirmación de que el matrimonio canónico supera en solemnidad al civil (García Cantero, op. cit., pág. 187).

nado a dar una noticia objetiva del acto realizado para su relevancia en el orden jurídico.

Esta noción elemental responde a la idea de forma jurídica en sentido técnico. En tal sentido la forma es, ante todo, instrumento receptivo del consentimiento —manifestado— de las partes. Instrumentos formales en sentido técnico —elementos de recepción del consentimiento manifestado— son la escritura, pública o privada, la presencia de testigos o de un funcionario oficial en la celebración del acto.

Quedan así diferenciadas la forma del acto y la forma de la declaración consensual, con frecuencia confundidas en el lenguaje de la doctrina jurídica secular y canónica. La primera es instrumento receptivo del consentimiento manifestado; la segunda es medio de emisión del consentimiento.

La distinción se aprecia durante el proceso de génesis del acto jurídico, con más claridad cuando la forma de exteriorizar la voluntad es oral o mímica que cuando es escrita.

^{6.} Dentro de la Ciencia jurídica secular, la confusión ha arraigado principalmente en la dogmática del negocio jurídico. Se hacen otras distinciones. Cfr., por ej., Palá Mediano, F., Ciencia, técnica y práctica de la función notarial, «Temis», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. 2, 1957, págs. 39-42. El autor no distingue entre forma del negocio jurídico en sentido técnico y forma de emisión del consentimiento, sino entre lo que denomina «forma de la expresión»—«manifestaciones exteriores necesarias para el conocimiento y cumplimiento de una norma jurídica o de un acto jurídico»— y la «forma lógica» del pensamiento—«metódica articulación de la materia»—. Tal distinción viene englobada en la más amplia de contenido del Derecho (norma o acto jurídico), que se desintegra en forma y materia, y su expresión (forma de la expresión). La forma en sentido técnico—que denominamos forma «receptiva»— queda fuera del marco de esta doble distinción. La existencia de una forma en sentido técnico—perfecta y acabada—supone la previa elaboración del contenido de voluntad y su manifestación.

En la doctrina canónica se confunde a veces la forma «expresiva» del consentimiento y la forma del acto jurídico. Así, por ej., cfr. Bender, L., Valor actus, ut aiunt, civilis in casibus qui a c. 1098 reguntur, «Monitor Ecclesiasticus», LXXX (1950), pág. 113. Al tratar de la diferencia entre matrimonio canónico y matrimonio civil, escribe: «Habetur tantum distinctio quoad modum seu formam manifestandi consensum. Matrimonium canonicum est matrimonium naturale celebratum in forma canonica...». Subrayado nuestro.

^{7.} Un cierto paralelismo con la distinción aquí formulada puede advertirse en la expuesta por Guasp, J., Derecho procesal civil, Madrid 1956, págs. 305-311, a propósito de la forma de los actos procesales. Para este autor «la exigencia de forma tiene un distinto campo de aplicación, según que se refiera al momento de producción o al momento de recepción de la actividad procesal» (pág. 306). En lo que toca a la producción de actividad, distingue entre declaraciones y manifestaciones de voluntad (págs. 306-308). En lo que toca a la recepción de la actividad, recuerda que «ésta consiste en el hecho de que la actividad que se produce llegue a ponerse en contacto con determinadas circunstancias exteriores, pero en este grupo hay que distinguir, según que la circunstancia, cuya inmediación se exige, sea a su vez, un sujeto, un objeto o una nueva actividad». Es concretamente en el caso de inmediación de sujeto (págs. 308-309), donde podrá reconocerse una afinidad con el concepto de forma receptiva antes expuesto. Por lo demás, no se debe olvidar que la distinción de Guasp, aparte de referirse concretamente a los actos jurídicos procesales, se desarrolla en un plano normativo, en tanto que la distinción aquí esbozada, sugerida por la consideración de la forma en los actos jurídicos negociales, queda dentro de una perspectiva dogmática.

El empleo de un lenguaje oral o mímico, supuesto que se pretenda dotar a lo expresado de relevancia jurídica, impone una separación entre los medios de manifestación y los instrumentos de recepción de la voluntad.

La declaración que toma cuerpo en la voz o en el gesto se hace presente en el mundo jurídico cuando su exposición —a través de cualquiera de esos medios— tiene lugar ante instrumentos idóneos —testigos, funcionario calificado— que puedan dar noticia de su existencia. Esta presencia de «fedatarios» en el momento de exteriorizar la voluntad, en cuanto mantiene la relevancia jurídica del acto realizado, es lo que propiamente constituye la forma receptiva.

De un modo menos patente se aprecia también la distinción en caso de emplear como medio de manifestación solamente la escritura. El mismo instrumento cumple entonces, a la vez que una función de manifestación, una finalidad de adveración. Los signos literales sirven no sólo para emitir la voluntad sino también —en cuanto quedan plas-

mados documentalmente— para darla a conocer.

Una vez concluído el acto jurídico, queda la forma receptiva para lo sucesivo como signo de autenticidad —de existencia— del acto realizado y, a la vez, puesto que la forma expresiva se agota en la emisión de la voluntad, como medio de conocimiento de la voluntad declarada.

Advirtamos, antes de entrar en el análisis de esta doble función, que la forma jurídica en sentido técnico, como cualidad de perfección del acto jurídico sólo se tiene después de emitida completamente la voluntad y vertida por entero en los instrumentos de recepción 8.

Para ejemplificar de algún modo la distinción con referencia a un concreto plano normativo, podría decirse que, en el marco de la disciplina canónica de celebración, las especialidades del matrimonio por medio de intérprete y del matrimonio por procurador vienen encuadradas en la categoría de la forma «emisión», mientras que la distinción entre forma ordinaria (c. 1094) y forma extraordinaria (c. 1098) se refiere a des variedades de la forma en sentido técnico —forma «recepción»

3. Al analizar la razón de ser de la forma jurídica, aparece, como

^{8.} De propósito nos limitamos a apuntar la distinción sin entrar en su desarrollo. No es necesario, por otra parte, a los fines de este estudio, sobrepasar el tono didáctico empleado en su planteamiento. Pero conviene advertir que se tienen presentes las consecuencias de su aplicación en un ordenamiento jurídico determinado. La noción dogmática de forma «receptiva» se completa con la de «condiciones formales», impuestas en los distintos sistemas legislativos para el régimen de una concreta institución, lo que debe tenerse en cuenta principalmente en el campo de los negocios llamados «solemnes». En el testamento ológrafo la forma «receptiva» es la escritura; «condiciones» para la validez de esta forma: autografía total, fecha y firma. En el matrimonio canónico, la forma «receptiva» ordinaria consiste en la asistencia del sacerdote y los testigos; «condiciones» para la validez de esta forma: aisiste el párroco o el Ordinario, canónica posesión de su beneficio, actuación en los confines de su territorio, etc.; si asiste sacerdote delegado, licencia en los términos del c. 1096; etc.

función más inmediata y evidente, su finalidad de dar a conocer el acto jurídico realizado. Con esta función, que llamaremos de publicidad, se ofrece la forma como elemento *objetivo* de conocimiento del acto para su relevancia jurídica y, particularmente, para su protección jurisdicional.

Supuesta la observancia de la forma y, con ella, la existencia jurídica del acto, advertimos una segunda función, que atañe particularmente a la declaración de voluntad. Esta se conoce a través de la forma receptiva, en la que, durante el proceso formativo del acto, ha ido plasmándose hasta quedar en ella fijada definitivamente. En el caso del matrimonio, dado que no tiene ocasión de desplegarse la autonomía de las partes, toda la declaración de voluntad se reduce al hecho simplicísimo del intercambio del consentimiento. Emitido el consentimiento, sólo queda de él una noticia, recogida en la forma del acto. He aquí la segunda función de la forma jurídica: servir de dato fidedigno de la existencia del consentimiento exteriorizado.

Quizá se comprenderá mejor esta dualidad de funciones de la forma jurídica del acto atendiendo a la finalidad a que cada una de

ellas responde.

La observancia de la forma jurídica en el matrimonio significa: a) que el acto matrimonial existe realmente y, por tanto, se halla en condiciones de producir efectos jurídicos; esta función —de autenticidad—se ordena a la protección y seguridad del acto; b) que el acto matrimonial, en cuanto revestido de la forma jurídica adecuada, supone un consentimiento cierto —y, en principio, válido: libre, íntegro, serio, no viciado—, o, en otras palabras, que el consentimiento que la observancia de la forma supone corresponde fielmente a un consentimiento real (llamado usualmente «interno»); esta función —de certeza— se ordena a patentizar la realidad (integridad, seriedad, firmeza, etc.) del consentimiento manifestado.

Así pues, en la forma jurídica, se ofrecen unificadas, dos funciones diversas?

En primer lugar, la forma representa un instrumento de publicidad del acto ¹⁰ mediante el cual el consentimiento, al exponerse ante instrumentos de recepción, se hace noticia objetiva, sustrayéndose así la suerte jurídica ulterior del acto y sus efectos del arbitrio de una de las partes frente a la otra, o del arbitrio de ambas partes frente a terceros. En tal sentido, la forma es medio de identificación del acto y también, en cuanto hace posible la identificación, medio de protección. Por eso a tal función de publicidad también la llamamos función de protección o de seguridad.

^{9.} Ambas funciones son complementarias. No se podría afirmar con certeza la existencia del consentimiento sin la función de publicidad de la forma. No tendría razón de ser la función de publicidad y de seguridad, sin la certeza de una realidad—la del vínculo, a que da vida el consentimiento— que proteger.

^{10.} En general la publicidad se tiene tanto si la forma es «pública» como si es «privada». La publicidad, en el sentido aquí empleado, no se opone a la forma «privada» sino a la ausencia de forma, es decir, a la conclusión clandestina del acto.

En segundo lugar, la forma significa que el consentimiento exteriorizado —en ella recibido— corresponde al querer de las partes. Esta será la regla general. Puede darse, y de hecho se da con frecuencia, una discordancia entre voluntad real y consentimiento aparente. Pero la discordancia es excepcional, y por ello, para ser tenida en cuenta, ha de probarse. Mientras falte esta prueba, el consentimiento formal se presume real. Esta es verdaderamente una función de certeza.

Veamos ahora el sentido en que se realiza esa doble función de la forma jurídica en el matrimonio canónico. Para ello será útil marcar las diferencias de criterio que en este punto separa al ordenamiento canónico de los ordenamientos seculares.

4. Actualmente la función de seguridad de la forma es un principio común al Derecho matrimonial de la Iglesia y de los Estados.

No así, en cambio, en el Derecho histórico. Antes de Trento se admitió por la Iglesia la validez de los matrimonios contraídos clandestinamente 11, matrimonios sin forma jurídica, sin sello de publicidad, expuestos a una posible suerte adversa dependiente del arbitrio de una de las partes. La Iglesia, como recuerda Gismondi, en una lucha secular contra los matrimonios clandestinos, los declaró ilícitos en repetidas ocasiones, y consideró la omisión de la forma ordenada, no justificada por causa legítima, como pecado grave. Sin embargo, siguió considerándolos como válidos, y al elevar en el Concilio de Trento la forma de celebración a elemento esencial del acto del matrimonio, mantuvo la validez de los matrimoinos clandestinos celebrados en el pasado 12. El reconocimiento de validez de los matrimonios clandestinos significaba un principio de máxima fuerza del consentimiento de los esposos, un principio absoluto mantenido sin concesión alguna al principio de seguridad. Es en este sentido muy expresiva la decretal Quod nobis de Alejandro III: «Si enim matrimonia ita occulte contrahuntur, quod exinde legitima probatio non appareat, ii, qui ea contrahunt, ab Ecclesia non sunt aliquatenus compellendi. Verum si personae contrahentium hoc voluerint pubblicare, nisi rationabilis et legitima causa praepediat, ab Ecclesia recipienda sunt et comprobanda, tamquam a principio in ecclesiae conspectu contracta» 13.

No entramos en la cuestión del carácter general o excepcional de esta disposición. Para Gismondi tiene un carácter excepcional, similar al de la actual sanatio in radice en cuanto, como ésta, consiente «la valorización autoritativa del originario consentimiento matrimonial de las partes» ¹⁴.

^{11.} Sobre el concepto del matrimonio clandestino vid. GISMONDI, P., La celebrazione del matrimonio secondo la dottrina e la legislazione canonica sino al Concilio Tridentino, «Ephemerides iuris canonici», V (1949), pág. 332.

^{12.} Cfr. GISMONDI, La celebrazione..., cit., pág. 332.

^{13.} C. 2, X, de clandestina desponsatione, IV, 3.

^{14.} GISMONDI, La celebrazione..., cit., pág. 333.

A nosotros nos interesa más ese texto como punto de contraste del principio de seguridad.

En la decretal de Alejandro III se establece que después de publicado el matrimonio clandestino, y tras su verificación oportuna, se le tenga como contraído ante la Iglesia desde un principio.

Aunque el reconocimiento del matrimonio supone lógicamente la noticia de su existencia, el efecto jurídico de la publicación -que se tenga como contraído in conspectu Ecclesiae desde el intercambio clandestino del consentimiento— queda fuera del cauce del principio de seguridad. Que la Iglesia acepte como fidedigno, en sustitución de una forma receptiva del consentimiento —independizada del arbitrio de los contrayentes—, el testimonio subjetivo y discrecional de los propios cónyuges -«si personae contrahentium hoc voluerint publicare» - supone un amplio margen de inseguridad para la suerte jurídica de la relación creada. El peligro para la relación aparece desde el momento de la celebración clandestina y se mantiene indefinidamente en la fase previa a la noticia del matrimonio, en la que, por desconocerse la existencia del acto matrimonial, no es posible conocer en el orden jurisdicional la realidad jurídica de esa unión en trances de conflicto. La inseguridad se muestra con proporciones agravadas si pensamos en los casos en que, no pudiendo actuar el impedimento de vínculo, contraiga cualquiera de los cónyuges nuevo matrimonio con tercera persona. La realidad de la primera unión queda jurídicamente reducida —en el fuero externo— a la mínima expresión cuando la segunda se celebra formalmente. En tal caso, es lo más probable que en el fuero externo la segunda prevalezca frente a la primera.

Este clima de inseguridad en torno a los matrimonios clandestinos fue sin duda el motivo de la decisión, acelerada por el aguijón de la Reforma protestante ¹⁵, de elevar la forma a elemento constitutivo del acto jurídico matrimonial. Frente al principio de validez del nudo consentimiento ¹⁶, la forma jurídica asumirá en este tránsito histórico del Derecho matrimonial de la Iglesia una clara función protectora del matrimonio y de la relación jurídica por él generada, garantizando así no sólo la estabilidad de la relación sino también el recto ejercicio de la libertad en la celebración del acto ¹⁷.

Esta función de seguridad de la forma presenta en el Derecho de la

^{15.} Cfr. GISMONDI, L'attuazione dottrinaria e pratica delle norme tridentine sulla forma del matrimonio, cit., pág. 257.

^{16.} Aquí quizá podría hablarse de principio de máxima libertad, pero esta expresión ofrecería un sentido algo equívoco. El principio de seguridad, rectamente entendido, no se contrapone al principio de libertad. La seguridad jurídica no resta vigor a la libertad sino, al contrario, le presta eficacia al servir de garantía para su recto ejercicio.

^{17.} A veces, las ideas de estabilidad de relación y de libertad en la celebración del acto se presentan en la doctrina, más que como principios coordinados, como fuerzas antagónicas de una ardua dialéctica jurídica. Vid., por ej., Dossetti, G., La violenza nel matrimonio in diritto canonico, Milano 1943, núms. 9 y 10, págs. 24-30; esp. pág. 30; GISMONDI, L'attuazione dottrinaria..., cit., pág. 275.

Iglesia una fisonomía muy diferente a la que ofrece en el Derecho secular.

La imperatividad de la forma canónica es una cualidad perfectiva del principio de libertad consensual; se establece como mínima exigencia de seguridad jurídica conveniente al propio consentimiento. La Reforma tridentina en éste, como en otros puntos, es discreta. Y muestra clara de la discreción de esa medida, inspirada en el respeto al consentimiento, es que —junto al hecho de la «limitación» que respecto a una imaginaria plenitud de la libertad consensual pudiera significar la esencialidad de la forma— no hallara acogida en el Concilio. como hace notar Gismondi, la propuesta de sancionar ad validitatem la obligatoriedad de la licencia del titular de la patria potestad para el matrimonio de los hijos menores 18.

Actualmente la forma matrimonial canónica se sigue manteniendo como mínima exigencia y plegada siempre a su fin de publicidad. Se admite por ello una reducción o simplificación de la forma (c. 1094) en los casos en que existe una causa razonable -forma extraordinaria (c. 1098)—.

Claro que la forma extraordinaria sólo se consiente en tanto queda a salvo la publicidad del matrimonio. Así como en la forma ordinaria, la publicidad queda con firmeza garantizada por la presencia del sacerdote, en la forma extraordinaria, la publicidad se salva, como indica Bernárdez Cantón, por la posibilidad de ser probado el matrimonio en el fuero externo, garantizada por la presencia de dos testigos comunes y por la inscripción registral del acto, a que se hallan obligados los testigos y los propios contrayentes (c. 1103, § 3) 19. Puesto que la presencia del sacerdote --ausente en la forma extraordinaria-- no presta un significado jurídico específico a la exigencia de forma 20, debemos ver precisamente en la forma extraordinaria, reducida a la presencia en el acto de los testigos comunes, el significado elemental, primario, de la forma en todo caso. La presencia de los testigos delata una función de adveración, de publicidad, una función meramente ins-

Pues bien, este carácter instrumental de la forma permitirá mantenerla, incluso después del Concilio de Trento, y pese al valor constitutivo que éste le confiere, en un discreto segundo plano, de modo que nunca llegue a suplantar la fuerza creadora del consentimiento en el matrimonio canónico — «matrimonium facit partium consensus» (c. 1081)—21,

^{18.} GISMONDI, L'attuazione dottrinaria..., cit., pág. 257.

^{19.} Bernárdez Cantón, A., Derecho matrimonial canónico, II, Barcelona 1959. págs. 25-26.

Cfr. Giacchi, O., Il consenso nel matrimonio canónico, Milano 1950, pág. 34.
 Recuerda Giacchi, op. cit., pag. 21, la afirmación, muy generalizada en los Tratados sobre el matrimonio canónico, de que el sistema elaborado por el Derecho de la Iglesia para regular el matrimonio se apoya sobre tres elementos fundamentales: capacidad, voluntad o consentimiento y forma. El autor añade que «lo cierto es, sin embargo, según una más profunda consideración, que todo el sistema matrimonial canónico tiene por centro el consentimiento de los esposos».

ni a coartar el ejercicio de la libertad matrimonial con trabas innecesarias para la perfección jurídica de la declaración consensual.

Así se comprende, como exponente de ese carácter meramente instrumental de la forma canónica, la existencia en el Derecho de la Iglesia de dos instituciones desconocidas por el Derecho secular: la dispensa de forma —ordinaria y extraordinaria ²²— antes de la celebración del matrimonio (cc. 81 y 1043-1044) y la sanatio in radice, por la que, en base al consentimiento naturalmente suficiente, se reconoce la realidad del vínculo contraído con defecto de forma o sin forma alguna (c. 1139, § 1).

En contraste con esta actitud del Derecho de la Iglesia, los Estados atribuirán a la forma un valor exagerado, dando a la intervención del funcionario autorizante un carácter activo ²³ y necesario siempre, por le que no puede extrañar que en el Derecho secular falte una forma extraordinaria de celebración ²⁴, se desconozca la dispensa de forma y la convalidación del matrimonio formalmente deficiente, se recurra a un tipo más grave de ineficacia que la nulidad para sancionar la inobservancia de forma (inexistencia) ²⁵, etc.

^{22.} Cfr. Bender, L. Dispensatio vi can. 1044 in periculo mortis. «Monitor Ecclesiasticus», LXXXIII (1958), págs. 729-730.

^{23.} Cfr. Brandileone, F., Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia, Milano, 1906, pág. 569. Señala este autor que la Iglesia «no supo, o quizá mejor, no pudo dar a la intervención de su representante aquel significado destacadamente activo que había tenido la intervención del representante del Estado. y hubo de contentarse, para no ponerse en una muy abierta y estridente contradicción con su pasado, con concebir dicha intervención de aquella manera vaga que permitió y permite la conclusión de los matrimonios a la manera de los esposos manzonianos». Claramente reconoce el autor el enlace del Derecho tridentino con el Derecho anterior de la Iglesia, pero la explicación que da a esta continuidad se nos antoja un tanto artificiosa. Advirtamos que la posibilidad de matrimonios «por sorpresa», a que Brandileone alude, se elimina con el «Ne Temere» sin forzar los principios del Derecho tradicional. Ni con este Decreto ni con el Codex llega a configurarse el requisito de asistencia del sacerdote con el carácter activo -de coprincipio generador del vínculo- que se atribuye a la intervención del funcionario autorizante del matrimonio civil en las legislaciones seculares. Por lo demás, no había razón para romper con el pasado. La reforma tridentina lleva a cabo un propósito renovador, en el que todo cambio se enfoca desde una actitud de fidelidad a la doctrina tradicional. Es así como, a nuestro modo de ver, puede entenderse que la Iglesia no diera a la presencia de su representante carácter activo. Antes como después de Trento, el principio de libertad del consentimiento no permitía ni permite sobrepasar el alcance instrumental de la forma canónica.

^{24.} En el Derecho secular, la forma extraordinaria supondría, por paralelismo con la forma extraordinaria de Derecho canónico, la ausencia de funcionario público. En este sentido, es claro que no constituye forma extraordinaria, sino especialidad de la forma de emisión del consentimiento, el matrimonio por poder. En cuanto al matrimonio civil en peligro de muerte, no excusa la presencia del funcionario autorizante del acto. Su especialidad consiste en una mera suspensión de las formalidades previas a la celebración, quedando el matrimonio en situación de pendencia hasta que se prueba la capacidad de los contrayentes. Así, por ej., en nuestro Derecho. Cfr. arts. 93 a 95 del Código civil. Sobre el tema vid. Lalaguna, E., Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero en la forma de la lex loci, «Anuario de Derecho Civil», XIII (1960), págs. 935-936.

^{25.} Bellini, S., Sui conflitti in materia matrimonale fra ordinamenti laicizzati e

En suma, vemos que, desde el punto de vista de la función de seguridad, se configura la forma en el Derecho secular con un perfil rígido, como exigencia absoluta, inderogable, equiparada en su valor esencial a los demás elementos constitutivos del acto, de tal modo que la intervención del funcionario autorizante alcanza «tanto valor como el consentimiento en los contrayentes, contribuyendo en igual medida a la perfección del matrimonio» ²⁶. De aquí que no se conciba la existencia del matrimonio civil sin la observancia de forma.

En el Derecho canónico la forma tiene un valor bastante más modesto. Limitada siempre a su función de publicidad, nunca alcanza una fuerza superior, ni siquiera equiparable a la del consentimiento. Cierto que constituye un elemento constitutivo de validez del matrimonio, pero este valor esencial —dentro del necesario enclave sistemático de la exigencia de forma— sólo se justifica en cuanto la forma contribuye a la perfección jurídica del consentimiento, dotándolo de publicidad. En cuanto no es una limitación que reste vigor al consentimiento sino un medio que hace posible su protección, se comprende que excepcionalmente —cuando la publicidad que se tiene a través de la forma puede obtenerse por otro camino— admita el Derecho de la Iglesia la realidad del vínculo matrimonial por obra del mero consentimiento (dispensa de forma, sanatio in radice), o por virtud de un consentimiento recogido en forma simplificada (forma extraordinaria).

5. Hasta aquí nos hemos referido a la forma en su función de seguridad. La diferencia entre la actitud del Derecho secular y el Derecho canónico destaca con mayor relieve al contemplar la forma en su función de certeza.

Así como la función de seguridad se basa en la necesidad de la forma para la válida conclusión del acto matrimonial, frente a la situación de inseguridad que supondría la admisión de validez del acto concluído sin forma jurídica (matrimonio clandestino) o con un grave defecto formal, la función de certeza se funda en la necesidad de mantener como principio la integridad y seriedad del consentimiento manifestado formalmente. La función de certeza no se enfrenta con un problema de forma, sino que parte de una forma ya existente, íntegra, no defectuosa, para afirmar la efectiva realidad del consentimien-

ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica, «Il diritto ecclesiastico», LXVII (1956). Parte I, pág. 111, nota 2, acusa la tendencia a encuadrar en la categoría de la inexistencia jurídica, antes que en la de nulidad, los actos carentes de forma. Por su parte trata de explicar esta tendencia considerando que «es la falta de requisitos formales lo que más fácilmente puede impedir la recognoscibilidad del negocio a los fines de identificación del mismo». Con esta explicación no se justifica que el negocio carente de forma quede naturalmente vocado a la inexistencia jurídica. Tal fenómeno supone un previo planteamiento de la forma jurídica prescrita como único medio de identificación del consentimiento matrimonial.

^{26.} GARCÍA CANTERO, op. cit., pág. 203.

to que tal forma contiene y anuncia. La función de certeza consiste, pues, en el mantenimiento del principio de que el consentimiento recibido en la forma observada debe tenerse como cierto, es decir como correspondiente al interno querer de las partes. Se habla de certeza en un sentido moral, en cuanto no es del todo segura esa correspondencia. La prueba de una discordancia determina la sustitución en el terreno jurisdicional del apriorístico criterio de certeza, prefigurado en la forma, por la verdad sobre la realidad del consentimiento ²⁷. De otro modo, cabe decir que la función de certeza predica una correspondencia entre consentimiento formal y voluntad real. En caso de litigio puede la prueba desenmascarar tal correspondencia aparente y afirmar, frente al consentimiento formal, la realidad sobre el consentimiento (falta de consentimiento).

La función de certeza radicada en la forma opera con diversa fuerza en el ordenamiento secular y en el canónico. En general, en los ordenamientos seculares se descarta de antemano la posibilidad de una prueba contraria al principio de certeza, de modo que la forma

^{27.} En rigor, sólo puede decirse que la certeza acerca de la existencia del consentimiento -ligada con fuerza de presunción iuris tantum a la forma- pierde su vigor ante la mayor certeza de la prueba. La realidad del consentimiento permanece siempre oculta a la investigación judicial. El juicio es. por ello, siempre susceptible de progreso. Su valor reside en su intencional orientación a la verdad. Hay en este punto una diferencia notable entre la jurisdición estatal y la eclesiástica. En aquélla hay un momento en que se coarta el progreso del conocimiento jurisdicional, y por el principio de «cosa juzgada» se hace firme la sentencia. En la jurisdición eclesiástica, por el contrario, las causas sobre el estado de las personas nunca pasan a cosa juzgada (cc. 1903, 1989). ¿Significa esto una derogación del principio de certeza? Fedele, al estudiar ese contraste, enlaza el principio de cosa juzgada al principio de certeza: «Indudablemente el principio de cosa juzgada es manifestación directa del principio de certeza del Derecho. El ordenamiento canónico sacrifica este principio para satisfacer la exigencia de evitar el periculum animae, ya que el fundamento del principio canónico de que las sentencias en causas de statu personarum no pasan nunca a cosa juzgada (can. 1903, 1989) reside en la ratio peccati, en el periculum animae». (La certezza del diritto e l'ordinamento canonico, en «Archivio di diritto ecclesiastico», V. 1943, pág. 374). A nuestro modo de ver, el principio de certeza no es incompatible con el fin de la salus animarum. El ordenamiento canónico no sacrifica el principio de certeza a las exigencias de su fin sobrenatural sino que lo ordena en función de este fin. Así se advierte claramente en materia matrimonial, sólo que en la regulación canónica el principio de certeza no alcanza la importancia que en la misma materia le atribuyen los ordenamientos seculares. En éstos, obedece a imperativos de seguridad y de legalidad, aun a costa de exigencias de libertad. En aquél, en cambio, el principio de certeza, aunque satisface exigencias de seguridad, no se propone la seguridad como fin sino como medio de actuación jurídica de la libertad. En cuanto al fundamento de la exclusión de la doctrina de cosa juzgada en las causas de statu personarum, no creemos que radique precisamente en el periculum animae sino más bien en el especial afán con que en este terreno se busca la verdad, «ley de la justicia» según la enseñanza tomista (recordada por Pío XII en su alocución de 1 de octubre de 1942 sobre la certeza moral -AAS, XXXIV, 1942, págs. 338-343-). En general, sobre el alcance de la certeza del Derecho en el ordenamiento canónico vid. Capograssi, G., La certezza del diritto nell'ordinamento canonico, «Ephemerides iuris canonici», V (1949), pág. 30; y las consideraciones de Lombardía, P., Sobre las características generales del ordenamiento canónico, «Temis», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. 5, 1959, esp. pág. 89.

queda erigida, ante problemas de discordancia voluntas-forma. en suprema razón de existencia del matrimonio. En cambio, en el Derecho canónico, que persigue con tesón la primacía de la verdad, se permite la indagación del consentimiento real, y su prevalencia, mediante prue-

ba, sobre el consentimiento implicado en la forma.

De este modo, el principio de certeza formal propio del ordenamiento canónico resulta diverso del principio que paralelamente pero con mayor gravedad mantiene el Derecho secular; si no en un sentido rigurosamente exacto, sí, al menos, en un grado notable de aproximación, podría formularse la diferencia diciendo que en el Derecho estatal la presunción de correspondencia entre voluntad real y consentimiento formal viene a configurarse con carácter iuris et iure, en tanto que en el Derecho canónico se mantiene simplemente con carácter iuris tantum.

La forma se muestra en el Derecho civil como rígida objetivación del consentimiento. En otras palabras: no existe jurídicamente otro consentimiento que el manifestado en la forma requerida 28. Por ello, y a despecho de la realidad, se afirma que todo matrimonio celebrado formalmente postula un consentimiento, y que todo consentimiento deficiente en el aspecto formal es jurídicamente inexistente.

A partir del principio de absorción del consentimiento matrimonial en la forma de celebración se comprende, siempre con referencia al

Derecho secular:

- 1) que las legislaciones desconozcan o proscriban el consentimiento condicionado, estableciéndose a veces que si se pone condición en el matrimonio debe tenerse por no puesta 29, dado que ello supondría admitir la separación entre forma y consentimiento durante la fase de pendencia de la condición (en la que el consentimiento todavía no existe):
- 2) que la doctrina científica se muestre, en general, reacia a toda desviación del principio de nulidad radical del matrimonio formalmente defectuoso —por más que haya mediado serio consentimiento:
 - 3) que tanto en el campo doctrinal como jurisprudencial se tien-

^{28.} Así, dice Degni, a propósito del sistema del nuevo Código civil italiano, que «los requisitos esenciales para la existencia del matrimonio se reducen a dos: la diversidad de sexo y la celebración ante el oficial del estado civil en la que se absorbe («si compenetra») el consentimiento...». Cfr. Degni. F., Il diritto di famiglia del nuovo Codice Civile italiano, Padova 1943. pág. 59. Subrayado nuestro.

^{29.} Cfr. art. 108 del vigente Código civil italiano. Sobre la novedad y alcance de este precepto en contraste con el silencio que en tal tema guardaba el Código civil de 1865. vid. GANGI. D., Il matrimonio. 3.º ed., Milano 1953, págs. 42-43. Con referencia al Código civil de 1865. se mantuvo la irrelevancia de la condición en sentencia del Tribunal de Casación italiano de 6 de mayo de 1940. Vid. el comentario a la misma de Fedele. P., Condizione di non procreare apposta al matrimonio civile, «Archivio di diritto ecclesiastico», III (1941), págs. 83-90. Vid. también Guid, «Archivio di diritto ecclesiastico», V (1943), págs. 143-161. No obstante, bajo el mismo régimen entendieron otros autores que la condición comporta la nulidad del matrimonio. Vid. GARCÍA CANTERO, op. cit., pág. 185, nota 64.

da a eliminar el planteamiento de posibles discrepancias entre consentimiento real y consentimiento aparente (formal).

En este último aspecto es muy significativa la corriente doctrinal italiana que ha afirmado con insistencia en los últimos años la irrelevancia de la simulación (con algunas opiniones en contra), y —con mayor energía— la irrelevancia de la reserva mental 30.

La jurisprudencia ha sido en este punto más flexible. Al lado de las sentencias que han descartado la relevancia de la simulación, hay otras, en número no inferior, que la han apreciado para fundar en ella la nulidad del matrimonio 31.

Con frecuencia se ve en la posibilidad de atribuir relevancia a la simulación, que llevaría a negar la existencia del matrimonio donde falta el consentimiento, un peligro para la seriedad de la institución matrimonial. Esta, se dice, no tolera la pretensión de tomar la forma como medio.

Hay, efectivamente, cierta dificultad en conciliar la seriedad del instituto con la relevancia de la simulación. Mas esa dificultad, en ciertos casos superable, reside, más que en la gravedad de la institución, en una limitación crítica de los ordenamientos seculares. El fenómeno de dignificación de la forma oculta en el fondo una inconfesada limitación congénita del Derecho matrimonial laico, una falta de vigor (más que una carencia de recursos) en la búsqueda de la verdad objetiva.

Por el contrario, en el Derecho canónico se admite la relevancia de la reserva mental y de la simulación (c. 1086) y se regula la figura del matrimonio condicionado (c. 1092) 32. Sin duda que también el De-

^{30.} Una revisión doctrinal sobre el tema de la simulación: Consoli, A., La simulazione assoluta nell'ordinamento matrimoniale italiano «Rivista del diritto matrimoniale e dello stato delle persone», I (1958). págs. 23-69. El autor se manifiesta en sentido favorable a la relevancia de la simulación. Más referencias doctrinales en la obra de García Cantero, El vínculo de matrimonio civil, cit., págs. 173-176. En cuanto a la reserva mental en el matrimonio civil, la opinión es unánime en el sentido de considerarla irrelevante.

^{31.} Cfr. García Cantero G., Dictamen sobre la simulación del consentimiento en el matrimonio civil según la reciente doctrina y jurisprudencia italiana, «Anuario de Derecho civil». X (1957), págs. 819-833; una reseña jurisprudencial muy extensa, con referencias doctrinales, en Forchielli Casoni, M. G., Matrimonio civile, «Rivista di diritto civile», IV (1958), Parte II. págs. 547-549. Después de esta reseña, en sentido de considerar irrelevante la simulación, la sentencia del Tribunal de Bari, de 21 de mayo de 1959 —recogida en «Rivista de diritto matrimoniale e dello stato delle persone», III (1960), pág. 114.

^{32.} El c. 83 del Motu proprio «Crebrae Allatae», de 22 de Octubre de 1949 —AAS, XXXXI (1949), pág. 107—, que codifica el Derecho matrimonial de las Iglesias orientales, establece: «Matrimonio sub conditione contrahi nequit». Este principio, lejos de oponerse a lo que afirmamos en el texto con referencia al Derecho latino, lo confirma de un modo aún más expresivo para el Derecho oriental, ya que debe interpretarse, y así lo ha hecho efectivamente la doctrina canónica, en el sentido de que cualquier condición puesta al matrimonio determina la nulidad del vínculo, lo que supone evidentemente la relevancia jurídica de la condición. Cfr. Del Giudica, Nociones de Derecho Canónico, cit., págs. 217, nota 128; 162, nota 6; y bibliografía allí citada.

recho canónico tropieza con dificultades en la tarea de indagación del verdadero consentimiento y que, como el Derecho secular, aunque en menor medida, se halla falto de recursos técnicos para esa labor.

Sin embargo, una fuerza interior impulsa al Derecho canónico y le lanza a la búsqueda del verdadero querer. Esa fuerza se halla en la entraña misma del Derecho canónico, fundamentado en la Verdad. En el tema del consentimiento —de la libertad matrimonial—, más que en otros, el Derecho de la Iglesia no podía menos de seguir la búsqueda del verdadero querer, obedeciendo a la enseñanza de su Fundador: la auténtica libertad no se da fuera de la Verdad. Veritas liberabit vos (Io., 8, 32).

En síntesis. En el Derecho matrimonial de los Estados, ante la problemática originada por posibles discordancias entre forma y consentimiento, domina la tendencia a soslayar las dificultades de indagación de éste, aceptando *a priori*, como axioma, la correspondencia entre consentimiento y forma, a despecho de las situaciones en que tal equivalencia es irreal.

El Derecho canónico asigna también una función de certeza a la forma, pero, prefiriendo siempre la verdad a la certeza, permite el planteamiento de discordancias entre forma y consentimiento para la indagación del verdadero querer, confirmándose también en este aspecto el carácter instrumental de la forma jurídica, subordinada siempre a la fuerza soberana del consentimiento.

6. Si por formalismo se entiende el predominio de la forma en la génesis y valoración de los actos jurídicos, de tal modo que para la existencia de éstos se considere aquélla como exigencia absolutamente necesaria y —una vez observada— como presunción inatacable de existencia del consentimiento, de suerte que toda realidad consensual quede reducida a mera apariencia solemne, habrá que concluir que es formalista, en general, la orientación dominante en el Derecho matrimonial de los Estados —legislación, doctrina y jurisprudencia— y que no es formalista en manera alguna el Derecho matrimonial canónico. El matrimonio canónico es ciertamente acto jurídico solemne, pero de manera muy distinta a como lo es el matrimonio civil.

ENRIQUE LALAGUNA