



# EL PROCESO DE SECULARIZACION DEL MATRIMONIO CANONICO Y SU CONCRECION TECNICO-JURIDICA \*

*Santos Velasco Villar*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. EXPEDIENTES TÉCNICOS DE LA PROGRESIVA INTERVENCIÓN ESTATAL EN EL MATRIMONIO CANÓNICO: I. *Forma y formas de celebración*; II. *Efectos civiles e inscripción registral*; III. *Impactos de los sistemas monistas*; IV. *Problemática de la jurisdicción eclesiástica en el fuero civil*.—CONCLUSIONES.

## BREVE INTRODUCCIÓN

Entre las diversas acepciones del amplio y equívoco término «secularización», aplicado al matrimonio cristiano, probablemente sea la más apropiada aquella que supone una nueva explicación de raíz racionalista y acusadamente antropocéntrica. En el seno de la cultura renacentista, se ensayará esa nueva explicación, diversa de la medieval, sobre el ser y quehacer humanos, dentro de un mundo espiritual donde apenas hay lugar para Dios, al menos en cuanto Legislador.

Así interpretada, la secularización del matrimonio se integra, como un aspecto más, en el complejo proceso histórico de laicización desecralizadora. Hasta entonces el matrimonio había merecido también la consideración de «res sacra» y misteriosa, objeto preferente de fe y no de razón, y por lo mismo, regulada por el Legislador Divino y no simplemente por la ley humana, pacíficamente aceptada como insuficiente para explicar los elementos esenciales y sagrados del matrimonio. A la Iglesia, por derecho propio, recibido de su Fundador, se le asignaba, en materia matrimonial, la jurisdicción sobre el matrimonio

\* Director de la tesis: Prof. Dr. Amadeo de Fuenmayor Champiñ. Fecha de defensa: 18.IX.1982.

*in fieri e in facto esse*, tanto en su fase constitutiva como extintiva obteniendo eficacia inmediata —también en la esfera civil— los pronunciamientos de los Tribunales eclesiásticos.

Toda esta concepción teológica y jurídica del matrimonio, elaborada por los maestros de la Escolástica y por los Decretalistas de la época clásica, sufrirá profundas transformaciones, unas operadas bruscamente —en los Estados Protestantes—; otras, de más lenta elaboración, en el marco regalista de los Estados Católicos.

Si se sostiene que las causas generales de la secularización como fenómeno histórico son igualmente el origen de la operada en el matrimonio cristiano, cabe concluir que el grado de secularización del matrimonio está en proporción directa con la intensidad en que operen en las sociedades políticas los esquemas laicizadores.

Junto a esta afirmación, y en sede también de principios causativos, tras recorrer el proceso histórico de secularización matrimonial, quizá estemos legitimados para confirmar, una vez más, el relieve que, como causa profunda de esa específica secularización matrimonial, ha tenido y sigue teniendo la teoría y la praxis de la separabilidad entre contrato y sacramento.

Al afirmar el vigor de este expediente, no técnico sino ideológico, que alienta en los secularizadores de todo tiempo —y, por tanto, también en los más contemporáneos a nosotros— se pretende, por otra parte, subrayar la virtualidad en él encerrada para desplegarse, simultánea o sucesivamente, en la pluralidad de expedientes de factura técnica; tal es el caso de la inscripción registral con valor constitutivo, la unilateral cesación de efectos civiles, el control del fondo de las resoluciones canónicas, el acoplamiento de requisitos civiles al momento constitutivo del matrimonio canónico, la reducción estatista de este matrimonio a una *forma* ritual... sin que, por hoy, se pueda dar por concluida esta enumeración.

Con otras palabras, y en resumen, ayer como hoy —según entendemos— las vías técnicas de penetración secularizadora en el matrimonio canónico derivan todas de una causa común, a saber, la incorrecta interpretación de las relaciones entre contrato y sacramento, frente a la tesis de la inseparabilidad, defendida de antiguo por la mayoría de autores y, desde el siglo XVIII, con toda claridad e insistencia, por el Magisterio de la Iglesia.

Del largo proceso histórico de secularización del matrimonio cristiano cabe concluir que una sociedad política secularizada tiende a regular jurídicamente el matrimonio haciendo abstracción de sus perfiles sacros.

Esta afirmación es evidente contemplando la tarea legislativa de los Estados protestantes que emergen de la Paz de Westfalia en 1648.

Se da en ellos el máximo nivel de secularización y, en consecuencia, se produce simultáneamente la absorción por la ley civil de todo el régimen jurídico matrimonial. En realidad, en estas áreas jurídicas no es correcto hablar del conflicto de ordenamientos jurídicos —el civil y el canónico— en la determinación de los requisitos del momento constitutivo del matrimonio ni en la fijación de la competencia sobre las causas matrimoniales en vía judicial, ya que los Reformadores conceptúan el hecho religioso en el marco de unas Iglesias sin claros recursos jurídicos en su mayoría y de tal forma interiorizadas que es innecesario plantear problemas de competencia matrimonial entre ellas y los Estados.

Por el contrario, tales conflictos se hacían inevitables en el ámbito de sociedades políticas cuya secularización se produjo de forma más paulatina: tal es el caso de las monarquías católicas del pasado y de los actuales Estados con mayoría de población católica. Sin embargo, el enfrentamiento no será tanto frontal como oblicuo y con caracteres ciertamente ambiguos.

Al tiempo, el Derecho Canónico, reforzado por el decreto *Tametsi* y, en general por las disposiciones de Trento, será un instrumento eficaz, para mantener una cierta posición privilegiada en la regulación del matrimonio cristiano, pese a los intentos reiterados de los regalistas por incrementar la jurisdicción estatal sobre el matrimonio.

La instauración del matrimonio civil en la casi totalidad de Europa, entre 1781 y 1792, al calor de las ideas revolucionarias, cambiaría ese panorama por otro muy distinto.

A partir de este momento, aquel conflicto de ordenamientos —civil y canónico— se planteará inicialmente en términos de coexistencia entre ambos. Más tarde se transforma en un conflicto en el que estará en juego la subsistencia misma de la operatividad civil de las normas canónicas en el interior de sociedades formal o sociológicamente confesionales.

En el marco de los sistemas concordados modernos, la coexistencia encuentra un punto de equilibrio en los Concordatos con la República Dominicana (1954) y con Colombia (1973). Equilibrio que se inclina hacia la pura subsistencia en el protocolo de 1975 al Concordato portugués de 1940 y en el Acuerdo con el Gobierno Español en 1979. Italia ocupa, a nuestro entender, una posición intermedia: coexistencia hasta 1970 —Ley Fortuna-Baslini— y subsistencia, a partir de ese año.

El estudio histórico y jurídico de la secularización del matrimonio canónico se ha llevado a cabo en un amplio trabajo, bajo el título «*El proceso de secularización del matrimonio canónico y su concreción técnico-jurídica*».

En las líneas siguientes se hace un resumen de los dos últimos capítulos de ese trabajo, con el rótulo genérico de «*Expedientes técnicos de la progresiva intervención estatal en el matrimonio canónico*», y con el siguiente sumario:

- I. Forma y formas de celebración.
- II. Efectos civiles e inscripción registral.
- III. Impactos de los sistemas monistas.
- IV. Problemática de la jurisdicción eclesiástica en el fuero civil.
- V. Conclusiones.

#### EXPEDIENTES TÉCNICOS DE LA PROGRESIVA INTERVENCIÓN ESTATAL EN EL MATRIMONIO CANÓNICO

##### I. *Forma y formas de celebración*

Hasta la Edad Moderna, los Estados cristianos sólo reconocían para los bautizados el matrimonio que fuese en todo conforme al ordenamiento canónico.

A su vez, este ordenamiento jurídico de la Iglesia —siempre inspirado en la *salus animarum*— experimenta una notable modificación, precisamente al llegar ese momento histórico, en la exigencia de forma sustancial para la validez del matrimonio canónico.

Durante los siglos anteriores al Concilio de Trento, y más concretamente al Decreto *Tametsi* de ese Concilio, la Iglesia, para salvaguardar la libertad en el ejercicio del *ius connubii*, había defendido, en su legislación y en sus tribunales, el principio de «*consensus facit nuptias*», pese a todos los inconvenientes de los matrimonios ocultos y matrimonios clandestinos.

Por la *salus animarum*, a partir del *Tametsi*, la forma prefijada, obligatoria y solemne, ordinaria o extraordinaria, constituirá uno de los tres elementos —capacidad, consentimiento y forma— de lo que se ha dado en llamar «trípode vital» del matrimonio canónico. Ciertamente el consentimiento siempre será el centro de ese trípode en cuanto elemento creador del matrimonio, mientras que la capacidad y la forma son exigencias del ordenamiento jurídico por razones generales del bien común.

En la Edad Moderna, ambos aspectos de capacidad y forma van a entrar en litigio entre el ordenamiento de la Iglesia y el Estado, al emerger una nueva institución —el matrimonio civil— cristalizadora de la secularización operada al acabar la **Edad Media**.

Han pasado los pacíficos siglos de remisión al ordenamiento canónico por parte del legislador civil para todo lo referente al matrimonio de los bautizados y ha comenzado una guerra abierta —Estados protestantes— o solapada —Estados católicos—, después de la Paz de Westfalia, para atribuirse, total o parcialmente, la jurisdicción sobre el matrimonio de los ciudadanos del Estado, sean o no cristianos.

Y en esa pugna habrá batallas referentes a la capacidad —creación de impedimentos estatales— que se instrumentarán en los requisitos para la inscripción registral civil, pero otras batallas, igualmente decisivas en esta guerra, se establecerán desde entonces hasta hoy en torno a la forma del matrimonio, capítulo que constituirá por tanto, un importantísimo expediente técnico para la progresiva intervención del Estado en el matrimonio canónico.

En los Estados protestantes, la forma será la exigida en cada caso por el legislador civil porque civil es la unión matrimonial, al negar los Reformadores el carácter sacramental del matrimonio. No se puede, en rigor, hablar de conflicto de ordenamientos jurídicos —civil y canónico— sobre la forma de celebración del matrimonio, pues es ignorada toda potestad jurisdiccional de la Iglesia.

Caso distinto es el planteamiento de los secularizadores en los países católicos. Con el *Tametsi* la Iglesia, siempre inspirada en la *salus animarum*, se aprestó tanto a corregir abusos anteriores de un matrimonio sacramento y contrato puramente consensual, como a salvaguardar su jurisdicción en materia sacramental, amenazada seriamente por las teorías y prácticas de los jurisdiccionalistas galicanos, españoles, austriacos e italianos que, con base en algunos Padres, teólogos y canonistas tridentinos, negaban la doctrina de la inseparabilidad del contrato y del sacramento. La fórmula secularizadora de estos legistas es el predominio absoluto de la ley civil sobre la canónica mediante el matrimonio civil obligatorio —fase álgida del proceso— o lo que hoy llamamos facultativo de tipo sajón —fase contemporizadora—. Y, en esa fórmula, la forma de celebración del matrimonio ante funcionario del Estado obligatoria o facultativamente, viene a ser la plasmación de la victoria secularizadora que se impone sobre las exigencias del *Tametsi* a los bautizados, pues el derecho matrimonial que se aplica en uno y en otro caso, es el del ordenamiento estatal.

Nada extraño resulta que una vía de penetración de la progresiva intervención estatal en el matrimonio de los bautizados haya sido a través de la forma. El Derecho matrimonial por ser Derecho necesita,

como cualidad inherente<sup>1</sup>, de un cierto formalismo, y, por ser matrimonial, tiene uno de sus episodios, acaso más jurídicos<sup>2</sup>, en el momento inicial constitutivo, donde la forma puede desplegar su eficacia no sólo jurídica sino pedagógica.

La eficacia jurídica de la forma tiene distinto alcance ciertamente en el sistema canónico y en el sistema jurídico-secular: 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*<sup>3</sup>:

«Si la forma canónica es elevada a requisito es por necesidad de algo sustancial: la certeza de las situaciones jurídicas asumidas por los sujetos de la Iglesia, y la defensa del contenido sacramental, que en el propio matrimonio canónico subyace. Si la forma canónica se inserta en el marco de lo convencional no está, sin embargo, en el reino de la pura contingencia. Es un medio técnico, sí, pero de transformar, con la ayuda de las construcciones jurídicas, exigencias de sustancia en Derecho Positivo. Lo constante son esas exigencias, lo fugaz es el medio técnico de defensa; de ahí su posibilidad de modificaciones pero siempre que tales modificaciones no desvirtúen el público interés en el matrimonio canónico, que afecta primordialmente a la protección y tutela del sacramento mismo»<sup>4</sup>.

Hasta el Concilio de Trento la forma en el matrimonio cristiano vendrá exigida *ad liceitatem* pero no *ad valorem*. El matrimonio surge con el consentimiento mutuo expresado con palabras de presente. Se ha llegado a resumir así la teoría del Maestro de las sentencias:

«El único elemento esencial y suficiente, para la formación del matrimonio entre personas capaces, es el consentimiento»<sup>5</sup>

Los pontífices Alejandro III e Inocencio III enseñaron desde el siglo XII el carácter consensual del matrimonio cristiano. Pero estos mismos Papas se pronunciaron sobre la forma *ad liceitatem*, como cuestión no doctrinal sino disciplinar, para evitar, en lo posible, los

1. LEGAZ, *Filosofía del Derecho*. Barcelona, 1972, pág. 128.

2. Cfr. NAVARRO, *El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978*. El hecho religioso en la nueva Constitución española. Salamanca, 1979, pág. 136.

3. Cfr. LALAGUNA, *El matrimonio como acto jurídico formal*. Estudios de Derecho matrimonial, Pamplona 1962, págs. 241 a 248.

4. NAVARRO, *Forma jurídica y matrimonio canónico. Notas críticas a las tesis canonizadores del matrimonio civil*. *Ius canonicum*, XIV, 1974, págs. 474-475.

5. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*. París, 1929, pág. 131.

males que acarrearían los matrimonios clandestinos, válidos incluso sin formalidades de publicidad <sup>6</sup>.

Precisamente a través de los matrimonios clandestinos se irá configurando la forma *ad validitatem*, al fracasar las medidas disciplinarias sobre la forma *ad liceitatem* <sup>7</sup>.

Sin embargo la Iglesia en la situación preliminar al Decreto *Tametsi*, sigue consagrando el principio de consensualidad. Su sistema es el de respeto absoluto al *ius connubii*, reconociéndolo como un derecho personal que el legislador no quiere limitar con prescripciones meramente formales. <sup>8</sup>.

El carácter de negocio consensual del matrimonio fue una conquista demasiado grande para limitarla con formalidades propias de los negocios jurídicos formales.

Trento supuso, pues, una reforma profunda en el sistema hasta entonces vigente. Al establecer una forma *ad valorem*, por el fracaso de la forma *ad liceitatem*, el matrimonio se va a transformar en un negocio jurídico formal. La forma de emisión del consentimiento va a tener que coincidir con la de recepción para la validez del matrimonio.

A la aprobación del *Tametsi* se llegó después de cuatro esquemas, el último de los cuales fue refrendado por mayoría pero no sin la oposición de más de medio centenar de Padres y conocidos teólogos <sup>9</sup>. En todos los esquemas presentados se recogió la forma matrimonial *ad valorem* y se reflejaban cuantas cuestiones habían preocupado, desde la Edad Media, en el tema matrimonial: uniones clandestinas, esponsales, bendición del sacerdote, relevancia del consentimiento paterno en el matrimonio de menores... y, sobre todo, la sacramentalidad del matrimonio cristiano.

No pretendiendo hacer de la forma de celebración del matrimonio una cuestión dogmática sino disciplinar —«*Haec doctrina non est doctrina fidei, et ideo potest ab alio concilio revocari*», reiteración hecha en el aula conciliar para sosegar los ánimos de los Padres— bien se puede asegurar que la mayoría que aprobó el *Tametsi* se fue formando poco a poco, a medida que quedaba a salvo su conciencia en los temas doctrinales no comprometidos con la fórmula *ad valorem*.

6. Cfr. ACUÑA, *La forma del matrimonio hasta el Decreto «Ne temere»*, Ius canonicum XIII, 1973.

7. Cfr. LAMAS, *Forma sustancial del matrimonio canónico*, Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo X. Barcelona, 1960.

8. Cfr. GISMONTI, *La celebrazione del matrimonio secondo la dottrina e la legislazione canonica sino al concilio tridentino*, Ephemerides Iuris Canonici, V, 1949, págs. 218 y 319.

9. Cfr. CASTÁN, *El origen del capítulo Tametsi del Concilio Tridentino contra los matrimonios clandestinos*, Revista española de Derecho Canónico. Volumen 14, 1959, n.º 42, págs. 613 y ss.

Todos los Padres tridentinos fueron conscientes de que no votaron sobre la forma del sacramento —elemento esencial del mismo junto a la materia— sino, en definitiva, sobre una instrumentación técnica o ley de Derecho humano: la inhabilitación personal por el impedimento de clandestinidad.

De este modo se llegó al esquema cuarto, que es el aprobado, tomando su nombre del inicio del documento:

«*Tametsi* dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia...» (Denzinger, 990-992).

El Tridentino quiso que la forma canónica del matrimonio por él dictada en el *Tametsi*, solamente fuese obligatoria allí donde los obispos creyesen conveniente su promulgación. Este peculiar modo de promulgar originó, con los años, abundantes dudas acerca de quienes estaban obligados a la forma del *Tametsi*.

«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»<sup>10</sup>.

También se ha señalado la imperfección técnica del *Tametsi*, consecuencia de la cual sería no haber logrado todo lo que con él se pretendió.

«La seguridad jurídica tropezó en el Decreto con elementos disgregadores; a saber: la exigencia de que el matrimonio se celebrará ante párroco propio y la circunstancia de que se considerará suficiente para la validez la presencia pasiva del párroco»<sup>11</sup>.

La exigencia de forma sustancial es perfectible aún desde el punto de vista técnico-jurídico. No sería prudente, sin embargo, pensar que esta posible mejora del tecnicismo jurídico equivalga a suprimir la forma canónica, pues semejante postura es olvidar el *vacío jurídico* que se produciría.

Ese eventual vacío jurídico tendería a llenarse por el formalismo

10. FUENMAYOR, *El matrimonio y el Concordato español*. «Ius canonicum», III, 1963, pág. 270.

11. BAJET, *La forma del matrimonio en el proyecto de revisión del Codex Iuris Canonici Ius Canonicum*, XVII, 1977, nota 7.

del ordenamiento jurídico civil, como ordenamiento más próximo, que cuenta con la institución del matrimonio civil, íntegramente sometido al Estado en su régimen legal; y esto tanto más cuanto que tal régimen se inspiró, en su origen, en la institución del matrimonio canónico al que aún sigue tomando generalmente por modelo, salvo en la disolución del vínculo por divorcio.

Se aborda así, en conexión directa con lo dicho, otra vertiente de la eficacia del *Tametsi*: su aspecto pedagógico o pastoral. Si se produjera ese pretendido vacío jurídico, suprimiendo la disciplina tridentina de la forma sustancial y traspasando al Estado la garantía de la publicidad del matrimonio por la forma civil de su celebración<sup>12</sup>, ¿cómo explicar a los bautizados que su matrimonio sigue sometido al régimen canónico y, más concretamente, que es indisoluble hasta la muerte?

Un autor que analiza, en pormenor, estas dificultades pastorales y las soluciones heterodoxas aportadas por ese sector crítico de la normativa vigente respecto a la forma sustancial, no duda en escribir<sup>13</sup>:

«1. Suprimida la forma, se desvirtuaría la raíz de la jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio.

2. Reducida la jurisdicción de la Iglesia a una entelequia o a un mero recuerdo histórico, tocaría fondo todo el proceso secularizador del matrimonio. Es decir, se desnaturalizaría la misma normativa matrimonial y el matrimonio mismo.

3. Secularizada la forma jurídica, quedarían sin protec-

12. ARZA, *Tensiones o antinomias entre la ley y sacramento en el matrimonio*. Estudios de Deusto, XXII. 1974, pág. 54:

«Una posible solución sería que la Iglesia:

a) Reconociese al Estado una jurisdicción propia sobre el matrimonio civil de sus súbditos, sin discriminación de bautizados o no.

b) Este reconocimiento implicaría que todos los súbditos, bautizados o no, que quisieran contraer matrimonio civil pudieran hacerlo pidiéndolo al Estado que se vería obligado a concederles la realización de este derecho, mientras no estuvieran impedidos por otros motivos, impedimentos, falta de capacidad, etc., sin tener en cuenta su religión.

c) La Iglesia consideraría válidos estos matrimonios, si hubieran sido contraídos con las debidas condiciones, pero sin que fueran sacramento en los bautizados.

d) En este caso, a todos se les respetaría el derecho a contraer el matrimonio y al mismo tiempo la posibilidad de poder tener una vida regular en el ámbito familiar y social».

13. RINCÓN, *Implicaciones doctrinales del matrimonio civil de los católicos*. Ius Canonium, XIX, 1978, págs. 83, 91, 97. En parecidos términos, NAVARRO, *Los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la S. Sede y el Estado español*, Ius Canonium, XIX, 1979, pág. 109, cuando concreta:

«No se trata del simple reconocimiento de la forma de celebración religiosa como modalidad idónea para hacer surgir el vínculo matrimonial también frente al Derecho del Estado, sino del reconocimiento del matrimonio canónico en su integridad, como institución regulada entera y exclusivamente por la legislación canónica».

ción la forma litúrgica y los aspectos sacramentales del matrimonio.»

En resumen, lo que está hoy en cuestión para este sector crítico de la forma sustancial en el matrimonio cristiano no es tanto el tema de la separabilidad o inseparabilidad, como el mismo concepto de matrimonio en cuanto sacramento.

## II. *Efectos civiles e inscripción registral*

Una consecuencia más de la secularización es la aparición de determinadas formalidades civiles que se exigen al matrimonio canónico para reconocerle eficacia en el ordenamiento estatal. Dentro de esos requisitos, el más notable es la inscripción de los matrimonios canónicos en el Registro Civil.

La fijación del concepto de «efectos civiles» —cuáles son y cuáles no— y la inscripción registral han constituido y constituyen sendos expedientes técnicos de la progresiva intervención estatal en el matrimonio cristiano. En rigor son ambas vías de penetración secularizadora un todo inseparable aunque aquí, por razones de claridad expositiva, se hable por separado de cada una de ellas, comenzando por el tema de la eficacia civil del matrimonio canónico para concluir por las formalidades estatales a tal fin exigidas.

Cuando Benedicto XV, con la alocución *In hac quidem* de 21 noviembre 1921, se propone inaugurar una nueva etapa en las relaciones Iglesia-Estado, uno de los objetivos preferentes será el reconocimiento del matrimonio canónico como matrimonio válido a todos los efectos civiles.

Frente al matrimonio civil, único que cuenta con eficacia jurídica para el Estado en aquellos países que se ha llegado a establecer con carácter obligatorio, la Iglesia pretende, en sus negociaciones concordatarias, que la celebración religiosa no sea una simple forma del matrimonio civil sino que dé lugar a una clase distinta de matrimonio —el matrimonio concordatario— al que se reconozcan plenos efectos civiles pero que, salvo estos efectos civiles, esté sometido al régimen y jurisdicción excluidos de la ley canónica.

Como es sabido, 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

alude también a los efectos *mere civiles*. Responde esta fórmula a la doctrina de siempre de la Iglesia que León XIII recordó en la *Arcanum*.

«La interpretación de la noción *efectos civiles* del matrimonio canónico no es unánime en la doctrina canónica. La opinión más extendida es la que distingue dos categorías de efectos civiles en el matrimonio canónico: unos, los inseparables, que dimanan de manera espontánea de la misma naturaleza del matrimonio y tienen con ella una conexión necesaria; otros —denominados separables, secundarios o *meramente civiles*— que no son rigurosamente esenciales al matrimonio, ya que no alcanzan a su constitución interna. Entre los primeros se citan los deberes recíprocos de los cónyuges, la legitimidad de la prole, los derechos dimanantes de la patria potestad y los derechos y obligaciones de los hijos con los padres. Entre los segundos suelen incluirse la dote y su cuantía, las donaciones nupciales, los derechos sucesorios de los cónyuges, el régimen económico-matrimonial, etc. Y siempre, según la construcción canónica, a la Iglesia competiría la regulación de los primeros y al Estado la regulación de los segundos.

No obstante, esta clásica construcción quiebra parcialmente cuando entra en conexión con el Derecho particular concordado, pues la propia Santa Sede, interpretando autorizadamente el problema en el ámbito del Concordato italiano de 1929, ha hecho notar que *desde el punto de vista concordatario, la Santa Sede nunca ha negado que los efectos civiles del matrimonio canónico sean regulados e incluso modificados por la Ley del Estado*. Entendiendo por efectos civiles *la determinación de los derechos y deberes de los cónyuges, la filiación, los derechos de los padres para con los hijos y viceversa, el parentesco y las relaciones patrimoniales*»<sup>14</sup>.

La más reciente doctrina italiana<sup>15</sup>, ha elaborado una sutil teoría que diferencia entre *matrimonio-atto* y *matrimonio-rapporto*.

«Lo que el Estado ha cedido a la Iglesia es la *formación*

14. NAVARRO, *Los efectos civiles...* o.c. pág. 127; cfr. *Nota de la Santa Sede* al Gobierno italiano de 13-VI-1970, párrafo 30.

15. Cfr. BELLINI, *Divorzio e impegni concordatari dello Stato*, Archivo Giuridico CLXXVII, 1969; CASTELLOTI, *Compatibilità del divorzio con il nostro ordinamento*, Rivista di Diritto Matrimoniale e dello Stato delle Persone, 1960; MANCINI, *Considerazioni in tema di indissolubilità del matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano*, Rivista di Diritto matrimoniale e dello Stato delle Persone, 1963; GIORGIANI, *Problemi attuali di diritto familiare*, Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1956; PUGLIESE, *L'interpretazione dell'art. 34 del Concordato e la Nota Vaticana 13 giugno 1970*, Giurisprudencia italiana, 1970, parte VI.

*del vínculo*; sin embargo, el Estado ciertamente no ha abdicado su pleno poder para regular con leyes propias —que responden a las necesidades de la comunidad civil, en cuanto comunidad civil— la institución matrimonial: es decir, regular la *relación matrimonial* (o *sociedad conyugal* o *régimen del vínculo*) que se deriva —por efecto exclusivo de la Ley italiana (aunque sea una Ley interna emitida para dar ejecución a las disposiciones concordadas)— del matrimonio celebrado ante los ministros del culto católico.»

«No se dan en nuestro ordenamiento dos institutos de matrimonio, uno *civil* y otro *canónico con efectos civiles*. Hay un único *matrimonio-relación* —regulado por las leyes del Estado— al que de acuerdo con la libre elección de los interesados, se puede llegar mediante rito civil o mediante rito religioso. La Ley del Estado conecta al *acto* religioso el efecto jurídico de hacer nacer la relación matrimonial, pero esa relación es regulada por entero por la ley estatal»<sup>16</sup>.

Constituye, sin duda, esta doctrina una vía de penetración del fenómeno secularizador con consecuencias gravísimas, pues permite el acceso al divorcio —sin llamarlo así legalmente— a los matrimonios canónicos ya inscritos, al suspender sus efectos jurídico-civiles y permitir, ante la ley civil, un nuevo matrimonio.

Tal vez sea Bellini el que más radicalmente ha mantenido estas tesis secularizadoras que luego hizo suyas el Estado italiano<sup>17</sup>. Ahora bien, ni el gobierno italiano ni ninguno de los autores que han defendido el divorcio de la ley Fortuna-Baslini, como conforme con el Concordato, han apoyado —abiertamente al menos— su tesis interpretativa en la afirmación de que la indisolubilidad es un efecto civil y por tanto puede ser defendida o conculcada por el Estado con absoluta libertad.

El argumento fundamental, básico, de toda la postura divorcista ha sido la diferenciación entre *matrimonio-atto* y *matrimonio-rapporto*. Y sobre este mismo núcleo argumental se integra el tema de los efectos civiles.

«El vínculo no es un algo distinto de los efectos, sino más bien el efecto esencial que encierra todos los efectos que surgen del matrimonio-acto negocial, efecto esencial que posteriormente se desarrolla en toda una serie de efectos particulares.»

16. BELLINI, o. c. págs. 96-70; cfr. también TALAMANCA, *Divorzio e matrimoni concordatari: problemi di costituzionalità*, *Il divorzio*, Milano, 1970, págs. 5 y ss.

17. *Nota italiana* de 30-V-1970, n.º 8 *in fine*.

«La indisolubilidad opera en el matrimonio-vínculo en cuanto que es precisamente una *propietas* del vínculo. Como el vínculo pertenece a los efectos del matrimonio-acto, es algo que, con carácter exclusivo, corresponde al Estado, y en consecuencia, puede regularlo con absoluta libertad. Por tanto, aunque el sacramento-acto negocia el comportamiento la obligación de la indisolubilidad, no se puede excluir que los efectos de dicho matrimonio sean o lleguen a ser disolubles a través del divorcio»<sup>18</sup>.

En buena lógica el término «efectos civiles»<sup>19</sup> puede entenderse en dos sentidos: o los efectos *mere civiles* del Código de Derecho Canónico, o los efectos que, por entonces, tenía en Italia el matrimonio civil, indisoluble a la sazón. Y, desde luego, no se ve que haya resquicio alguno para entender el término referido al vínculo conyugal por abandono consiguiente de la indisolubilidad al legislador estatal.

Además, según el Concordato italiano son las normas canónicas las que regulan la validez del vínculo y las que poseen la plena competencia judicial sobre el mismo, excepto para las causas de separación. Si el Estado, pues no puede conocer, según el art. 34, de las causas de nulidad de matrimonio, quiere decir indirectamente que los requisitos para la validez del vínculo escapan a su competencia, entonces se viene abajo, por su propia base concordataria, la distinción entre matrimonio-acto y matrimonio-vínculo.

Llegados a este punto de la exposición sobre los efectos civiles del matrimonio canónico como vía de acceso del proceso secularizador del mismo, corresponde introducirse en el tema colindante, o si se quiere, superpuesto, de la inscripción registral.

La existencia en un mismo ordenamiento de diversos tipos de matrimonios destinados a tener eficacia civil, impone la necesidad de coordinar las diversas formas de celebración, no sólo para evitar la bigamia, sino también para eliminar las incertidumbres sobre el estado conyugal de las personas<sup>20</sup>. Coordinación que se actúa a través de la inscripción del matrimonio canónico en los diversos Registros civiles, como *conditio iuris* del reconocimiento de los efectos civiles, lo que, a su vez, suele asegurarse en los mismos acuerdos a través de las cláusulas que imponen al celebrante, a la competente autoridad eclesiástica

18. PUGLIESE, o.c. págs. 132 y 133; cfr. *Nota italiana*, 30-V-70, párrafo 2.º.

19. Cfr. Art. 34, párrafo 1.º del Concordato Italiano y Art. 5 de la Ley matrimonial n. 847/1929, textos donde se emplea la expresión *efectos civiles*, no coincidente con la del canon 1.016, *efectos meramente civiles*.

20. Cfr. MONETA, *La disciplina matrimoniale nei concordati*. Studi in onore di P. A. D'Avack. Volumen III. Milán 1976, págs. 316 y 317.

o a los propios contrayentes la obligación de facilitar la comunicación del matrimonio celebrado al funcionario estatal competente para proceder a la inscripción del matrimonio en los registros civiles.

Esta exigencia estatal de inscribir y controlar registralmente los hechos básicos que afectan al estado de sus ciudadanos, es una pretensión legítima.

Naturalmente, la legitimidad de tal pretensión estatal no se da en los sistemas monistas sino que se refiere a los sistemas matrimoniales compuestos. En ellos el Estado, respetando la jurisdicción y competencia de la Iglesia en la formación del vínculo, tiene interés en hacer notorio y público que tal vínculo —ya nacido sin contar con él— por él ha de ser en cierto modo convalidado por la inscripción. A esta razón se añade otra de técnica jurídica para la exigencia de inscribir en el Registro Civil el matrimonio canónico ya existente desde su misma celebración *in facie Ecclesiae*: la inscripción da fe ante terceros, creyentes o no, que los contrayentes son efectivamente marido y mujer, de modo que, en cuanto tales, son, desde la inscripción, tutelados sus derechos<sup>21</sup>.

La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil es exigencia justa cuando el Estado permanece en la esfera de su jurisdicción y competencia y no se arroga por este expediente de inscripción una intromisión indebida en lo que es competencia de la jurisdicción de la Iglesia.

«Así la exigencia —para proceder a la inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil— de comprobar si el matrimonio que se trata de inscribir reúne los mismos requisitos de validez que se exigen para la inscripción del matrimonio civil. Con este criterio, la inscripción deja de ser el medio técnico utilizado tradicionalmente para la debida coordinación de los ordenamientos canónico y civil y se convierte en un habilidoso subterfugio para alterar el sistema electivo de tipo católico, por aplicarse el régimen de tipo anglosajón»<sup>22</sup>.

Bien se comprende este peligro dado lo que es el denominado «matrimonio concordatario», matrimonio canónico celebrado según las normas canónicas —momento negocial— que ha de tener eficacia civil por la inscripción en el Registro Civil —momento administrativo—.

Precisamente la vía de entrada de una secularización, no llamativa ni polémica, puede darse en ese momento del procedimiento administrativo del Estado en el llamado, con fundamento o sin él, matrimonio

21. Cfr. SPINELLI, *La trascrizione del matrimonio canonico*, Milano 1975, págs. 33 y ss.

22. FUENMAYOR, *Legalidad, moralidad y cambio social*. Pamplona, 1981, pág. 112.

concordatario. Especialmente significativa, al respecto, aparece la interdicción por enfermedad mental como circunstancia bloqueadora de la inscripción, según el artículo 12 de la Ley italiana de 29 de mayo de 1929. Igualmente, el art. 1.600 del Código civil portugués incluye en la noción de incapacidad matrimonial, junto a los impedimentos propiamente dichos, los defectos de capacidad psíquica. Y este mismo cuadro legal de Portugal (1966) estableció que el matrimonio canónico sólo pueden celebrarlo quienes tengan la capacidad matrimonial exigida por la ley civil, y según certificado previsto, expedido por el respectivo Registro Civil, sin el cual —artículos 1596 a 1598— el párroco no puede autorizar el matrimonio canónico y consiguientemente tampoco podrá llevarse al efecto la posterior inscripción registral.

«Esta progresiva inmisión del Derecho estatal en la regulación del matrimonio concordatario está alterando la estructura de esta figura de matrimonio, que ya no podría concepcuarse como el matrimonio canónico, que produce efectos civiles mediante la inscripción, sino como una especie híbrida en la que se entremezclan elementos canónicos y civiles con pretensión a imponerse estos últimos sobre aquéllos, como un *monstruum* de instituto matrimonial regido por dos órdenes de normas sustancialmente diversas y sometidas a dos autoridades diferentes»<sup>23</sup>.

Este *monstruum* se patentiza en el caso español, último matrimonio concordatario, surgido de un Acuerdo con la Santa Sede y de una Ley (30/1981) interna de desarrollo del Acuerdo.

En cuanto a la inscripción registral la redacción del Acuerdo mereció unánime alabanza por su claridad y buena técnica jurídica: «Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación eclesiástica de la existencia del matrimonio». (Apartado 2.º del n.º 1 del art. VI del Acuerdo).

Véanse por contra, las exigencias para la inscripción del matrimonio canónico contenidas en el último inciso del segundo párrafo del nuevo artículo 63 del Código civil: «Se denegará —dice el texto reformado por la Ley 30/1981 en abierta oposición con el Acuerdo— la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título». Y es de advertir que los

23. LÓPEZ ALARCÓN, *Sistema de matrimonio civil concordado*. Celebración y efectos. Varios autores. Madrid, 1980, pág. 319.

requisitos exigidos en ese título son *todos* los que integran la regulación jurídica del matrimonio —del único matrimonio al que se refiere constantemente el legislador— cualquiera que sea su forma de celebración, civil o religiosa y, dentro de ésta, como una más, la canónica (Art. 60).

¿Es acaso posible mantener todavía que la inscripción registral sigue siendo sólo declarativa? Sí, mirando al Acuerdo. No, contemplando el Código civil reformado que lo desarrolló. Ya no cabe decir, sin forzar la interpretación, que el único evento que la Ley prevé como constitutivo de los efectos civiles es la celebración del matrimonio sin requisitos ulteriores de carácter civil que la completen en el plano causativo<sup>24</sup>.

Tres canonistas españoles<sup>25</sup> sacaron a la luz pública un opúsculo divulgador del Proyecto de la Ley de divorcio, hoy vigente en España. Son luminosas sus declaraciones sobre la eficacia civil del matrimonio canónico en el Acuerdo de 1979 y en la Ley 30/1981.

Las razones que dan para calificar de anglosajón al sistema implantado en materia matrimonial por la última disposición legal citada son:

A) En la Ley, los requisitos del matrimonio (arts. 44-47), los derechos y deberes de los cónyuges (arts. 66-71), la nulidad (arts. 81-84) y la disolución del matrimonio (arts. 85-89) están referidos al matrimonio en singular, sin ninguna referencia específica al matrimonio canónico.

B) Sólo el capítulo III (De la forma de celebración del matrimonio) contiene una referencia «al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico» (Art. 60), pero cuya significación queda desvirtuada al asimilarse a los matrimonios celebrados en otras formas religiosas no católicas y al no atribuírsele ninguna específica virtualidad, pues los efectos civiles no se hacen depender exclusivamente de la observancia de las normas canónicas en el momento de su celebración, sino de la observancia de los requisitos civiles que para su validez se exigen en el Título IV del Código Civil.

C) Esto es evidente si se tiene en cuenta que para poder contraer un matrimonio canónico que sea reconocido civilmente, los contrayentes y el ministro de la Iglesia Católica tendrán que acomodarse en todo a lo dispuesto por la ley civil sobre edad, impedimentos, su dispensa

24. Cfr. NAVARRO, *Los efectos civiles...* o.c. págs. 126 y 135.

25. Cfr. DE ECHEVERRÍA, DE DIEGO-LORA, CORRAL, *El nuevo sistema matrimonial y el divorcio*, Observaciones de tres juristas. Madrid, 1981, págs. 34 y 35.

y condiciones y forma de prestar el consentimiento. De otro modo verán su matrimonio rechazado en el Registro Civil, por expresa disposición del art. 63.

Así, la parcial fidelidad gramatical en materia de matrimonio que utiliza el artículo 60 con los términos del Acuerdo sobre asuntos jurídicos, no pasa de pura apariencia.

De este modo, se vulnera gravemente la letra y el espíritu del Acuerdo sobre asuntos jurídicos, sometiendo al matrimonio canónico a un condicionamiento que no aparece en el tratado internacional, es decir, someténdolo a unas normas civiles extrañas a su propia fisonomía. Con lo que resulta la paradoja de que los ciudadanos católicos que opten por celebrar matrimonio canónico se encontrarán en la situación más desfavorable que los que opten por el matrimonio en forma civil, pues para ellos se van a superponer dos legislaciones: la canónica y la civil, produciéndose una curiosa discriminación por motivos religiosos.

Con ello se conculca la Ley Orgánica sobre Libertad religiosa en España: «Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley...» (artículo primero).

Repárese, además, que el tratamiento que la Ley 30/1981 dispensa al matrimonio canónico es más desfavorable que el otorgado al matrimonio celebrado en cualquier país extranjero conforme a la Ley personal de los contrayentes, el cual resulta reconocido en España sin necesidad de control alguno sobre los requisitos de validez.

Se entiende así que la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal española en su declaración de 3 de febrero de 1981 expresamente hiciera notar que «Sorprenden... negativamente las graves limitaciones a que se somete el reconocimiento civil del matrimonio canónico...».

La crítica a la normativa impuesta por la ley 30/1981 en boca de los tres juristas citados se hace más dura al considerar la diafanidad de lo pactado en el Acuerdo:

«El Acuerdo de que estamos tratando es en este punto uno de los más duros dentro del Derecho concordatario comparado. Mientras en otros países, como Portugal e Italia, y aun en España durante la vigencia del sistema anterior, se exigían algunos trámites civiles previos al matrimonio, aunque fuese el mínimo de dar aviso al juez, el Acuerdo prescinde de todo trámite civil previo, con lo que el párroco, contrayentes y juez creen estar en presencia de un matrimonio regulado exclusivamente por la Iglesia.

Apenas puede entenderse que los contrayentes corran el albur de ver denegada su inscripción por un impedimento, que

acaso puede ser dudoso, y queden pendientes de la «calificación» del juez en cuanto a los efectos civiles del matrimonio así contraído. Este fue la interpretación usual, ya que todos cuantos intervienen en estos asuntos, sin una sola excepción interpretaron el Acuerdo como una continuación del régimen vigente anterior modificado sólo en algunos aspectos.»

En Portugal, antes de 1975, la Iglesia cedió concordatariamente parte de la habilidad canónica de modo que quedase bajo el control estatal, por el expediente previo del Registro sin cuyo certificado la autoridad eclesiástica no aconsejaba la celebración canónica. Lo que importaba era la transcripción posterior, para alcanzar la eficacia civil y, con ello, ante un Estado con ley de divorcio, la indisolubilidad del matrimonio canónico celebrado. Con el Protocolo de 1975, aquel cuadro se descompuso y, aún permaneciendo el marco —la vigencia del Concordato—, el lienzo llegó a ser muy distinto. Sólo quedaba la apariencia del primitivo matrimonio canónico, pues los Decretos-Leyes de desarrollo del Protocolo de 1975 delinearón un confuso sistema matrimonial, aparentemente igual que el anterior, pero sustancialmente opuesto, y quizá sin error, calificable como cercano al menos a los de tipo anglosajón. En el viejo marco concordatario de 1940, con matrimonio canónico y eficacia civil del mismo, el nuevo Estado portugués, unilateralmente, ha colocado otro cuadro ahora de trazos marcadamente monistas; pero al haber sobrepintado sobre el mismo lienzo del cuadro anterior —entonces con colores varios, propios de un sistema opcional pluralista— los nuevos trazos monistas, aunque firmes, aparecen, en algún momento, confusos por lo que queda aún —resto poco útil— del sistema facultativo, a saber, la libertad para escoger la forma o ceremonia de celebración matrimonial.

¿Han seguido esta pauta portuguesa los autores de la española Ley 30/1981? Bien podría ser si se toma en cuenta la confusión sembrada, mayor aún que en Portugal, pues en España es el mismo Estado, sin revolución por medio, el que puso el marco, ciertamente ambiguo, de la Constitución de 1978 y del Acuerdo de 1979 y el que ha puesto el cuadro, confuso y difuso, del actual sistema matrimonial a los dos años del Acuerdo y en abierta contradicción con él como se desprende de los nuevos artículos 60 y 63 del Código Civil.

Así pues, en España a la ambigüedad —viejo instrumento de los secularizadores— ha sucedido la confusión, si se quiere mantener el exégeta en el ámbito de la supuesta buena fe del legislador.

### III. *Impactos de los sistemas monistas*

Con el artículo séptimo de la Constitución francesa de 1791 —«la

ley sólo considera el matrimonio como contrato civil»— cristalizó la tendencia de absoluta supremacía y exclusividad del Estado a intervenir en la constitución, régimen y disolución del matrimonio, tendencia de doble raíz histórica, protestante, de un lado, y regalista-ilustrada, de otro.

La extensión del matrimonio civil a los Estados de tradición católica se llevó a cabo por las conquistas napoleónicas que incluían la implantación de su Código Civil al que se incorporó el matrimonio civil.

Desde entonces, y pese a la restauración intentada, tras la caída napoleónica, esa realidad legal del matrimonio civil iba a producir, en todos esos países de mayoría católica un doble efecto, el primero inmediato y el segundo de más largo alcance. El inmediato fue, como es sabido, la aparición de los «sistemas matrimoniales» para conseguir seguridad jurídica y paz ciudadana.

El segundo efecto de más largo alcance, en cuanto aparece y desaparece, siempre redivivo, a lo largo de los años, es el de la tendencia monista —en el sentido de matrimonio civil obligatorio o facultativo en la forma de celebración, pero sólo en eso, facultativo— en aquellos Estados con sistema facultativo de tipo latino. Esta tendencia no es algo que consiga siempre imponerse en prescripciones legales, pero tal vez por lo mismo aletea en algunos espíritus innovadores que cifran esa meta jurídica de la unidad de la ley y jurisdicción para el matrimonio —y, claro está, de ley y jurisdicción estatales— como un ideal soñado que se aspira a llevar a cabo a la mínima oportunidad que se presente de cambio social.

Esa latente tendencia secularizadora, por el impacto de los sistemas monistas, aparecerá tímida<sup>26</sup> o tajante<sup>27</sup>, en algunos pocos autores —y aún legisladores— de países sin matrimonio civil obligatorio y frecuentemente utilizarán incluso conceptos, o mejor palabras, que suenan a nobles aspiraciones de la convivencia humana.

Así la tendencia monista, por ejemplo, se apoyará en los últimos años en el igualitarismo ciudadano —todos los ciudadanos son igua-

26. Así CARRIÓN, *Reflexiones sobre el nuevo sistema matrimonial portugués y el Derecho español*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1977, págs. 426 y ss. al referirse al sistema obligatorio de la forma civil de celebración escribirá:

«Es innegable que militan en su favor argumentos de cierta consistencia, lo que indudablemente ha contribuido a que, cada vez con mayor frecuencia, se pronuncien en pro de su adopción autorizadas opiniones.»

27. Cfr. PEÑA, *El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, Anuario de Derecho civil, Madrid, 1980, pág. 575:

«Las exigencias constitucionales no sólo no determinan que haya de admitirse el sistema de matrimonio civil facultativo de tipo latino, sino que lo impiden. No cabe un sistema en el que el matrimonio pueda, cuando se opta por la forma religiosa, estar sometido a efectos civiles, a la legislación y jurisdicción eclesiásticas.»

les ante la ley o todos los ciudadanos tienen los mismos derechos y obligaciones ante la ley— y en hacerlo compatible con los otros derechos de personalidad y más concretamente con el de libertad religiosa.

Como la tentación de implantar un sistema monista viene revestida de razones nobles como el principio de igualdad y el de libertad religiosa, se hace necesario aclarar estos conceptos de modo que no sirvan engañosamente de soporte a una camuflada secularización del matrimonio.

Se ha observado<sup>28</sup> que el principio de igualdad no suena a uniformidad: a cada uno lo suyo no es a cada uno lo mismo. La multiplicidad de los derechos particulares —frente a la tendencia monista— es compatible con la igualdad de los ciudadanos si éstos gozan de amplia posibilidad de elegir el ordenamiento jurídico satisfactorio a su situación o intereses legítimos:

«La diversidad existente por razones históricas, culturales y religiosas dentro de cada nación exige una diversificación legislativa, en virtud de la cual puede satisfacerse igualmente estas peculiaridades, sin incurrir en la desigualdad que supone establecer un régimen uniforme que sólo resulta adecuado para un determinado sector de la población. El principio de igualdad en modo alguno exige que a distintos supuestos de hechos sociales se aplique un régimen jurídico uniforme»<sup>29</sup>.

Por su parte la más reciente doctrina<sup>30</sup> subraya unánimemente que el principio de igualdad —no de uniformidad— debe hacerse efectivo en el régimen matrimonial con el máximo respeto al principio de libertad religiosa, jurídicamente entendido:

«He aquí cómo se concreta actualmente el concepto jurídico de libertad religiosa o derecho de libertad religiosa: crear y mantener en la sociedad una condición de cosas tal que sea posible a cada uno buscar y conseguir por su cuenta los dos fines supremos (la salvación eterna y la verdad científica) sin que los otros, ni separadamente ni agrupados aunque sea en la misma colectividad soberana que constituye el Estado, puedan ponerle impedimento alguno o causarle por ello ningún daño»<sup>31</sup>.

28. Cfr. RUFFINI, *La libertà religiosa*. Torino, 1967, pág. 14.

29. GONZÁLEZ DEL VALLE, *El sistema matrimonial español: situación actual y perspectivas de reforma*. Anuario de Derecho Civil, 1978, pág. 73.

30. Cfr. SPINELLI, *Il matrimonio religioso nel pluralismo dei modelli previsti della costituzione*. El Derecho de familia y de la persona, 1977, págs. 1.322-1.340; NAVARRO, *El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978*, o.c., pág. 148; LÓPEZ ALARCÓN, *Sistema de matrimonio civil concordado*, o.c., págs. 313-316.

31. PÉREZ MIER, *Matrimonio canónico y matrimonio civil, según el Concordato*, Revista Española de Derecho Canónico, XIV, 1959, págs. 191 y 192.

Un claro impacto monista es el slogan: un mismo régimen jurídico matrimonial *para todos y, para todos*, divorcio.

Tampoco cabe en este caso del divorcio apelar al principio de igualdad para defender la igualdad ante el divorcio de toda clase de matrimonios, reconocidos por el principio de libertad religiosa y sancionados en sus efectos civiles, mediante instrumentos concordados, como es el caso del matrimonio canónico.

Explicación de tal abuso hay que buscarla en razones metajurídicas, como son la comentada tendencia monista y la influencia, sobre el legislador, de las ideologías ambientales.

«Las nuevas leyes civiles tratan de dar arraigo a la sociedad permisiva, estableciendo el estilo de vida propio de una sociedad secularizada que niega o, de hecho, se desentiende de las exigencias de la ley de Dios. Detrás de un pluralismo aparente —y real, en otros puntos— los defensores de la sociedad permisiva coinciden en sustituir los valores teocéntricos por valores antropocéntricos, en negar o poner entre paréntesis las exigencias religiosas del hombre en todo cuanto afecte a la coexistencia o convivencia humana. La sociedad secularizada y permisiva ignora totalmente los preceptos de la ley natural porque niega la existencia de Dios o, al menos, niega su condición de legislador»<sup>32</sup>.

Con esta explicación se facilita comprender el fenómeno de estos años últimos. El legislador civil, por un lado, no quiere denunciar formalmente la norma concordataria, que incluye el respeto a la institución del matrimonio canónico indisoluble con efectos civiles reconocidos; y, por otro, unilateralmente, extiende la eficacia de leyes divorcistas a ese mismo matrimonio concordado.

Acuerdos explícitos sobre el divorcio solamente se contienen en dos concordatos: el de Portugal de 7 de mayo de 1940 y el de la República Dominicana de 16 de junio de 1954. En ambos, el problema de conciliar el reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados según las normas del Derecho Canónico con la existencia de una ley de divorcio que, contrariamente a los principios de la Iglesia Católica, consiente la disolución del matrimonio, se resolvió acudiendo al sistema del llamado *matrimonio facultativamente indisoluble* (Artículos XXIV y XV respectivamente), esto es, al sistema por el que se acuerda que el divorcio no puede ser aplicado a los matrimonios canónicos cuyos efectos civiles vienen reconocidos a través de las normas concordadas.

32. FUENMAYOR, *Legalidad...* o.c., págs. 34-35.

La Iglesia en Portugal, después de la revolución de 1974, se vio forzada a firmar el Protocolo de 1975, que modifica sustancialmente el Artículo XXIV del Concordato de 1940.

Formalmente se mantiene vigente el Concordato y tal fue la razón esgrimida por el Gobierno para presionar sobre la Santa Sede su firma. Pero el solo Protocolo cambia ya la connotación del Concordato. De ser un pacto de coexistencia entre el ordenamiento civil y el canónico (aun con muchas concesiones en favor de aquél por la vía de los requisitos registrales), pasa a la mera consideración de Concordato semivigente y, en todo caso, con finalidad netamente defensiva —de subsistencia— ante los residuos jurisdiccionales que el Estado otorgue a la Iglesia.

Y poco, muy poco, va a ser ese resto de normativa canónica que quede aplicable, tras los Decretos-Leyes «de desarrollo» del Protocolo. En la Exposición de Motivos del de 1975, se proclama abiertamente la intención monista del legislador civil, con quebranto unilateral de los estrechos márgenes de acción otorgados al Derecho Canónico por el Protocolo; con la misma nitidez, se anuncia que el impulso secularizador se orienta hacia la absorción por el Estado de la jurisdicción procesal, reconocida en el Artículo XXV del Concordato a favor de la Iglesia para las causas canónicas matrimoniales. Semejante proceder del Estado se llevará a efecto sin expresa declaración de absorción civil del fondo del matrimonio canónico. El propio legislador, en ese texto introductorio del Decreto-Ley de 1975, estima que el control estatal del matrimonio canónico *in fieri*, en cuanto a capacidad e impedimentos —conformados ambos extremos a la ley civil—, se ejercía ya suficientemente con el mecanismo concordado de la transcripción registral.

En lo demás, esos Decretos-Leyes portugueses (y especialmente el primero de 1975) son confusos instrumentos secularizadores. Nacidos como «desarrollo» del Protocolo de 1975, cambian significativamente el sistema matrimonial portugués que deja de ser lo que era —facultativo de tipo latino— y deviene en uno de difícil calificación, aunque cercano a los de tipo sajón. La Iglesia conserva, de manera clara, la forma litúrgica de celebración; todo lo demás parece discutible que lo retenga, si bien tampoco puede afirmarse que semejante vacío canónico haya sido cubierto por el ordenamiento civil.

Los casos de Italia y Colombia, partiendo de una misma situación de hecho —inexistencia de ley de divorcio a la hora de firmar el respectivo concordato— llegan a soluciones ciertamente bien distintas.

En Italia, promulgada en 1970 la Ley de divorcio, el Tribunal Constitucional ha dictado una serie de sentencias que merman la autonomía institucional del matrimonio canónico en su operatividad civil.

El primer pronunciamiento —luego reiterado en el mismo sentido— afirmó rotundamente el cumplimiento por parte del Estado de sus compromisos concordatorios no obstante alcanzan la cesación de efectos civiles a matrimonios canónicos inscritos o que se inscribieran en el futuro. El expediente secularizador, utilizado por un sector radical de la doctrina italiana y hecho suyo por el Estado —no obstante las reiteradas protestas de la Santa Sede— fue la consideración unilateral de la indisolubilidad como efecto civil del matrimonio.

Sentencias posteriores aumentan la confusión con el intento de compaginar la vigencia del Concordato con un auténtico control sobre las de nulidad, pronunciadas por tribunales eclesiásticos.

Por otra parte esta conclusión generada en Italia, a partir de la Ley Fortuna-Baslini, quizá no se resuelva tampoco de cara al futuro, en el marco de un nuevo instrumento pacticio que se llegase a firmar, por lo que se puede colegir, hasta el momento del tenor de los distintos proyectos. Además de la «cesación de efectos civiles» y de «control de sentencias de nulidad» en los términos dichos, es detectable en los diversos borradores el acoplamiento de requisitos civiles de fondo —no sólo de forma como hasta ahora— al momento constitutivo del matrimonio canónico cuando intenta obtener eficacia civil<sup>33</sup>.

En cuanto al nuevo Concordato colombiano, firmado por Pablo VI, la cuestión se planteó de modo que no diera lugar a dudas y el Estado colombiano *aceptó* la fórmula porque no era su intención romper unilateralmente con el Concordato con ninguna ley posterior de desarrollo interno sino, al contrario, tenía voluntad de cumplir lo pactado como demostró con posterioridad<sup>34</sup>.

En el n.º 3, art. VI, del Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre la Santa Sede y el Gobierno español, se fijó una fórmula ambigua —de tipo pastoral y no jurídico— respecto al tema que nos ocupa:

«La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales».

Esta estipulación vino a prevenir una hipotética interpretación divorcista del término «disolución» incluido en el artículo 32 de la Constitución española. La declaración de este apartado 3.º tiene su razón de ser ante la hipótesis de una ley civil de divorcio, que el Estado

33. Cfr. FINOCCHIARO, *El sistema matrimonial italiano*. Los acuerdos concordatorios españoles y la revisión del Concordato italiano. Barcelona, 1980.

34. Cfr. TOBON, *La legislación colombiana sobre divorcio*. El hecho religioso..., o.c.; MONROY, *Matrimonio civil y divorcio en la legislación colombiana*. Bogotá, 1977; *idem*, *Régimen concordatario colombiano*. Bogotá, 1975.

aplicara a todo matrimonio, sin excluir el canónico. Pero esto no significa que el Acuerdo preveyese como única posible, dentro del marco de la Constitución, esa hipótesis divorcista. La cláusula concordataria es compatible con un régimen civil no divorcista y con una ley de divorcio no aplicable a las uniones canónicas.

La Ley de divorcio llegó el 7 de julio de 1981 englobando en su art. 85 al matrimonio canónico, sin que pueda darse por el legislador español explicación jurídica satisfactoria, tanto a la vista de la propia Constitución española como del mencionado Acuerdo.

Un sector importante de la doctrina subrayó en el texto concordado, no obstante su ambigüedad, ciertos datos que dejaban entrever una cierta continuidad con las líneas de fuerza del anterior Concordato de 1953<sup>35</sup>.

No faltaron, sin embargo, autores que hicieron notar, en cambio, otros datos que anunciaban un cambio sustancial<sup>36</sup>. Este cambio ha sido efectivamente confirmado por la Ley 30/1981.

Con este texto reciente, las ambigüedades del Acuerdo han cedido ante unas normas claramente confusas, que, en la letra, parecen mantener el Acuerdo y la vigencia del Derecho Canónico pero que, en su finalidad última, suponen la transferencia al Derecho civil español de los aspectos sustanciales del matrimonio canónico, que sólo mantiene una autonomía clara en el momento constitutivo, produciéndose en cambio, unilateralmente, una definida intromisión de normas civiles en el momento registral y en el extintivo.

35. FUENMAYOR, *El marco del nuevo sistema matrimonial español*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1979, págs. 261-303; SANCHO REBULLIDA, *El matrimonio canónico en el sistema matrimonial español*, *Ius Canonicum*, XX, 1980, págs. 3-17; DE LOS MOZOS, *Las reformas del Derecho de Familia en España hoy*. Vol. I. Valladolid, 1981, págs. 45 y ss.; GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, *El matrimonio canónico en el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil*. Revista de Derecho Privado. Julio-Agosto, 1981, págs. 659-668; LUCES GIL, *Algunos problemas del régimen jurídico del matrimonio, tras la entrada en vigor de la Constitución y del nuevo Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español*. Boletín Ministerio de Justicia. Números 1.216 y 1.217. 1980, págs. 1-12 y 2-14, respectivamente; LÓPEZ ALARCÓN, *Repercusiones de la Constitución Española sobre la jurisdicción matrimonial*. Varios autores. El hecho religioso en la nueva Constitución española. Salamanca, 1979; *Sistema matrimonial concordado. Celebración y efectos*. Varios autores. Acuerdos entre la Iglesia y España. Madrid, 1980, págs. 291-331; NAVARRO, *El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978*. Varios autores. El hecho religioso en la nueva Constitución española. Salamanca, 1979; *Los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado Español*. *Ius Canonicum*, XIX, 1979; DÍAZ MORENO, *Sobre el futuro del matrimonio canónico en España*, Razón y Fe, XI, 1979; FORNES, *El nuevo sistema concordatario español*, Pamplona, 1980.

36. PEÑA, *El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1980; REINA, *El sistema matrimonial español*. Los acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano. Varios autores. Barcelona, 1980, págs. 295-406; DÍEZ PICAZO, *El sistema matrimonial y los Acuerdos entre*

#### IV. *Problemática de la jurisdicción eclesiástica en el fuero civil*

Cuando se habla en la Iglesia Católica de jurisdicción se está hablando de aquella *potestas sacra* comunicada por Cristo a su Iglesia para la *salus animarum* de sus fieles. Los tratadistas clásicos de ius-publicismo han diferenciado, dentro de esa *potestas sacra*, no sólo las potestades de orden, magisterio y jurisdicción, sino también la legislativa, la judicial y la ejecutiva, englobadas, a su vez, en la jurisdicción.

Cuando, por el contrario, quienes hablan de jurisdicción no son canonistas sino juristas del Derecho secular entienden restringido el ámbito de tal concepto jurídico al estrictamente procesal, bien como poder bien como función judiciales.

El Derecho Público Eclesiástico ha despojado —*ad extra*— a la jurisdicción eclesiástica de su componente sacro en las relaciones Iglesia-Estado, de modo que la Iglesia se relacionaría con el Estado en paridad de poder<sup>37</sup>.

La *sacra potestas* del Concilio Vaticano II y de la doctrina más reciente<sup>38</sup>, posterior al Concilio, tiende a la unidad orden-jurisdicción, aunque separables funcionalmente: unidad de poder y diversidad de funciones.

Pero no ofrece duda que tal planteamiento de la jurisdicción eclesiástica, siempre de por sí conflictiva a la hora de sus relaciones con las de los Estados, llevaba consigo una revisión del fundamento en virtud del cual obra sobre súbditos de cada Estado —respetando la jurisdicción de éste— cuando esos súbditos son bautizados.

«Esto conduce a una revisión del esquema de relaciones entre Iglesia y Estado concebidos como centros de poder homogéneo, condición indispensable para una recíproca cesión convencional de ámbitos de poder. Y la revisión fluye necesariamente de la vertebración de dichas relaciones sobre el principio cardinal de la libertad religiosa, que no estrangula las relaciones jurídicas entre la Iglesia y el Estado, sino que las establece bajo el módulo de relaciones públicas de coordinación. Y, siendo función del Estado la defensa y promoción de

*la Santa Sede y el Estado Español*, en «Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro», IV, Salamanca, 1980, págs. 13 y ss.

37. Cfr. FOGLESSO, *Compito e caratteristiche del Diritto Pubblico Ecclesiastico interno*, Salesianum, 1950: *ad intra*, con esquemas estatales, la jurisdicción eclesiástica que incluye la potestad ejecutiva divide ésta en gubernativa, administrativa y coactiva.

38. Cfr. HERVADA-LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, I, Pamplona, 1970, págs. 331 y ss.

la libertad religiosa, le incumbe, por ello, reconocer efectos civiles a decisiones y actos jurisdiccionales eclesiásticos dentro de los límites del orden público»<sup>39</sup>.

La Declaración *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano II habla de la libertad religiosa como fundamento de las libertades de la Iglesia y por consiguiente, de su jurisdicción o *sacra potestas*:

«Hay una concordancia entre la libertad de la Iglesia y la libertad religiosa que debe reconocerse como un derecho de todos los hombres y comunidades y sancionarse en el Ordenamiento jurídico» (n. 13 de la *Dignitatis humanae*).

Con tal que un Estado democrático proclame normativamente la libertad religiosa en el marco de su Constitución, *si es sinceramente respetada esa libertad religiosa*, permite a la Iglesia Católica, tanto de hecho como de derecho, el ejercicio de su jurisdicción con la independencia requerida para el cumplimiento de sus fines sobrenaturales.

La Iglesia necesariamente se ha de mostrar muy celosa de su competencia en las causas de nulidad, porque el fundamento de la misma está en la inseparabilidad entre contrato y sacramento.

No puede renunciar a decidir judicialmente, si ha habido o no matrimonio, cuando la existencia de éste se pone en duda, porque de lo que se está juzgando es sobre si ha habido o no sacramento. Si sólo uno de los contrayentes es bautizado, la mayoría de autores entiende que no hay sacramento; la Iglesia interviene en ese matrimonio con otro fundamento: por la subordinación del bautizado al ordenamiento canónico y porque todo matrimonio tiene carácter sagrado, aunque no sea sacramento. En el caso de que ambos contrayentes no sean bautizados, la Iglesia reconoce al Estado plena jurisdicción sobre este matrimonio; pero si alguno de esos contrayentes llega a entrar en relación con la Iglesia, entonces aplica el ordenamiento canónico a aquel matrimonio para resolver lo sobrevenido por las nuevas circunstancias (privilegio paulino, etc.).

Problema distinto es la eficacia civil que alcanzan las resoluciones de los tribunales eclesiásticos en cada Estado:

«El tema de la eficacia en el orden civil, de las decisiones jurisdiccionales canónicas, es un tema viejo, y quizá —en la generalidad de los casos— un tanto temido a la hora de su planteamiento: tanto para la Iglesia, apercibida del celo jurisdiccional que sobre sus territorios y súbditos suelen tener los Es-

39. LÓPEZ ALARCÓN, *Repercusiones...* o.c., pág. 199.

tados modernos, como para el propio Estado, receloso ante cualquier sospecha de invasión jurisdiccional que, sobre el ámbito de lo que estima recae su soberanía, pueda darse desde otra potestad que goce también de un ordenamiento jurídico primario»<sup>40</sup>.

Se puede afirmar<sup>41</sup> que, tanto en el pasado, como en la actualidad —y es de prever que en el futuro—, los acuerdos entre la Iglesia y el Estado constituyen el modo más eficaz para definir y deslindar estas competencias jurisdiccionales. Así lo demuestran los concordatos que han prestado especial atención al tema de la jurisdicción sobre el matrimonio desde el siglo XVIII precisamente cuando la difusión de las doctrinas jurisdiccionalistas amparaban a la autoridad civil a reivindicar la competencia propia en concurrencia, e incluso en contraste con la potestad ejercida hasta entonces por la Iglesia a título exclusivo.

Si común es en los concordatos vigentes, el reconocimiento y reserva, en favor de la exclusiva y excluyente jurisdicción procesal de la Iglesia de las causas de nulidad y de la dispensa del matrimonio rato y no consumado<sup>42</sup> —aunque experiencia hay, a lo largo de la historia y en la actualidad, de que esa reserva no se respete, por vía de hecho—, también es nota común la atribución a la jurisdicción estatal de las causas de separación de cónyuges fundada en que tal declaración permite, pasado más o menos tiempo, el divorcio vincular. Huelga decir que el *Codex* reguló minuciosamente lo que durante siglos ha sido competencia maternal de la Iglesia, quedando en la actualidad como reminiscencia de este desvelo pastoral el último párrafo del Art. IX del Concordato de 1973 con Colombia.

En todo caso lo que no cabe olvidar es que se trata de una cesión hecha por la Iglesia al Estado, pues estas causas de separación, tratándose de bautizados, siempre cayeron bajo la jurisdicción procesal eclesiástica.

Cuando no hay presión secularizadora porque la sociedad está ya secularizada, es obvio que el conflicto jurisdiccional no se produce. Tal problema deja de serlo en los sistemas de matrimonio civil obligatorio o de matrimonio facultativo de tipo sajón.

40. DE DIEGO-LORA, *La eficacia en el orden civil de las resoluciones eclesiásticas en materia matrimonial*, *Ius Canonicum*, XIX, 1979, pág. 163.

41. Cfr. MONETA, o.c. págs. 318 y ss.

42. Cfr. Artículos XXXIV del Concordato italiano de 1929; XXV del portugués de 1940; XVI del dominicano de 1954; VIII y IX del colombiano de 1973; VI, 2) del Acuerdo con el Gobierno español de 1979.

Ahora bien, como se ha observado<sup>43</sup> cabe un habilidoso subterfugio para adular un sistema electivo de tipo latino y aplicarle el régimen de tipo anglosajón, a propósito del reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones eclesiásticas relativas a la nulidad del matrimonio:

«Recientemente se ha mantenido la opinión de *poner un filtro* a la ejecutoriedad civil de las sentencias eclesiásticas, invocando razones de orden público (...) Reconocer la competencia de la autoridad eclesiástica para juzgar acerca de la existencia y de la validez del vínculo nacido del matrimonio canónico, no pasa de ser un reconocimiento ficticio si —como algún sector de la doctrina pretende— sólo deba reconocerse eficacia civil a las resoluciones eclesiásticas que los tribunales del Estado declaran ajustadas al Derecho secular, en el sentido de haberse declarado la nulidad por una causa admitida también por la legislación civil.»

Objetivo preferente del Decreto-Ley portugués de 27 de mayo de 1975 (Diario do Governo, I, 122) fue recuperar la unidad —estatal— de jurisdicción sobre todo matrimonio; así se expresa el legislador en la Exposición de Motivos:

«En materia de disolución, el matrimonio católico es regido exclusivamente por el derecho canónico, de donde resulta que los tribunales civiles no pueden aplicar el divorcio a los matrimonios católicos celebrados posteriormente al Concordato.

Por sus amplias consecuencias sociales, esa solución ha sido objeto de las más vivas críticas y la modificación de nuestro Derecho, en este particular, viene exigida insistentemente por un amplio sector de la opinión pública.

Simplemente, una vez celebrado el matrimonio, civil o católico, éste será regido, en cuanto a los efectos, por una única ley —por la ley del Estado—, cualquiera que haya sido la forma de su celebración.

Sujeto a la ley del Estado, en lo que concierne a los efectos, el matrimonio católico pasará, por tanto, a poder ser disuelto por los tribunales civiles, en los mismos términos y con los mismos fundamentos con que puede ser disuelto un matrimonio civil.»

También en este punto el Acuerdo español de 1979 ha seguido

43. FUENMAYOR, *Legalidad...*, o.c., págs. 112-113.

la pauta portuguesa, no obstante ser esta cuestión, hasta entonces, y a nivel concordatario, uno de los reductos más firmemente defendidos por la Santa Sede ante los secularizadores de todos los tiempos<sup>44</sup>.

En el número dos de la segunda de las Disposiciones Adicionales de la Ley española 30/1981, se encuentra un *filtro* a la ejecución de las sentencias eclesiásticas:

«Dos. Presentada la demanda por cualquiera de las partes, el juez dará audiencia por el plazo de nueve días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y ajustada al Derecho del Estado, acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, *procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código Civil sobre las causas de nulidad y disolución.*»

Esta disposición es desarrollo procesal de la norma concordada (Artículo VI, apartado segundo del Acuerdo) y de la establecida consecuentemente en el nuevo artículo 80 del Código Civil y cuya «novedad» consiste en exigir, para la eficacia en el orden civil, que las resoluciones se declaren «ajustadas al Derecho del Estado», y que tal declaración se pronuncie en «resolución dictada por el Tribunal civil competente».

Este *filtro* es tan confuso que sólo una interpretación auténtica de la Comisión Mixta podrá aclarar qué queda de normatividad canónica en el caso del Acuerdo español de 1979 y su desarrollo interno posterior.

Por contraste, es de señalar la solución colombiana, a través de sus Artículos VIII y IX.

Artículo VIII: «Las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica.»

Para mejor entender la intención efectiva de esta disposición —reserva a los tribunales eclesiásticos y congregaciones de la Sede Apostólica de las causas de nulidad o de la *disolución del vínculo canónico*, incluida la dispensa del matrimonio rato y no consumado— nótese<sup>45</sup>

44. Cfr. MONETA, o.c., pág. 315:

«Due sono, innanzi tutto, i punti fondamentali su cui si incentrano le richieste della S. Sede e su cui essa non è disposta a transigere, anche a scapito di rinunze in altri campi, pur di estrema importanza. Si tratta del riconoscimento del matrimonio canonico come ma-

que, en los concordatos precedentes, la competencia en materia matrimonial venía precisada, indicando singularmente cada proceso: causas de nulidad; las concernientes a la dispensa de matrimonio rato y no consumado; y, eventualmente, el privilegio paulino; y las de separación en algunos escasos concordatos. Ahora, en cambio, en este primer párrafo del Concordato colombiano de 1973, la reserva de jurisdicción se hace no de modo específico, para cada proceso canónico tradicional, sino genéricamente: «las causas relativas a la nulidad y a la *disolución* del vínculo de los matrimonios canónicos». El ordenamiento canónico admite prácticamente, como única excepción a la indisolubilidad del matrimonio canónico, la disolución por dispensa pontificia en caso del no consumado («*super rato*») supuesto al que se alude expresamente en el artículo VIII. Por tanto, cuando en esta cláusula concordataria se hace reserva a favor del fuero eclesiástico de las causas de *disolución* del vínculo, se está previniendo la inoperancia de una futura ley divorcista que pretendiera disolver el vínculo del matrimonio canónico por la vía judicial del Estado, y según las causas de disolución o divorcio vincular que la ley estatal futura pudiera determinar.

Por lo demás, «en relación con el Artículo VIII», al referirse a los tribunales eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica fija:

«Las decisiones y sentencias de éstas, cuando sean firmes y objetivas, conforme al derecho canónico, serán transmitidas al Tribunal Superior del distrito judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará su inscripción en el registro civil». Y añade a continuación: «La República de Colombia reconoce la competencia exclusiva de la autoridad eclesiástica en cuanto se refiere a los aspectos canónicos del Privilegio de la Fe.

Por lo que se refiere a los efectos civiles correspondientes se tendrá en cuenta lo dispuesto por la jurisprudencia y la legislación civil colombiana». Tampoco merece especial comentario el Artículo IX: «Las Altas Partes Contratantes convienen en que las causas de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos sean tramitadas por los Jueces del Estado, en primera instancia ante el Tribunal Supremo respectivo y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia.

trimonio valido a tutti gli effetti civili e dell'attribuzione ai tribunali ecclesiastici della competenza a giudicare sulle cause concernenti la nullità, lo scioglimento del vincolo coniugale e, ove possibile, anche su quelle di separazione personale dei coniugi.»

45. Cfr. MONETA, o.c., pág. 325.

A solicitud de uno de los cónyuges la causa respectiva se suspenderá en primera instancia y por una sola vez, durante treinta días, para dar lugar a la acción conciliadora y pastoral de la Iglesia, salvo la competencia del Tribunal para adoptar las medidas precautelativas que estime convenientes. Vencido el plazo el respectivo Tribunal reanudará el trámite correspondiente».

La Santa Sede consiguió un éxito jurídico y diplomático con el artículo VIII del Concordato con Colombia de 1973, gracias al cual la posterior Ley Primera de 1976, excluye del divorcio vincular a los matrimonios canónicos y respeta así el sistema aludido de «matrimonio facultativamente indisoluble», muy adecuado para proteger la libertad religiosa en los Estados con una mayoría de población católica, aunque no rija en ellos la confesionalidad católica del Estado.

La fórmula colombiana, pues, se ofrece, como paradigmática para regular la indisolubilidad del matrimonio canónico y la eventual promulgación y posterior vigencia de una ley de divorcio vincular, de modo que quede protegida jurídicamente la verdadera libertad religiosa de los ciudadanos frente al Estado.

Sabido es, sin embargo, que el pacto concordatario, además del hallazgo de fórmulas jurídicas adecuadas y de capacidad diplomática de los negociadores exige, como presupuesto previo, que el Estado quiera seriamente respetar esa libertad religiosa. Por eso es imprescindible que, además de buena voluntad, exista unanimidad sobre el concepto jurídico de libertad religiosa. De lo contrario, aún suponiendo esa buena voluntad negociadora, se pueden hacer verdaderos atropellos precisamente a la libertad religiosa. Así se evidencia en los Decretos-Leyes portugueses, vistos en este estudio, que teóricamente intentaron desarrollar el Protocolo portugués de 1975 e impusieron, de hecho, el matrimonio civil a todos los ciudadanos, respetando la «libertad religiosa» de elegir la ceremonia católica o de cualquier otra confesión religiosa.

Queda dicho con lo anterior que, después del Concordato de Colombia, y no obstante su indiscutible eficacia para resolver el problema aludido, la fórmula de su artículo VIII no vuelve a aparecer en ninguno de los posteriores instrumentos pacticios firmados por la Santa Sede. Léase aquí el mencionado Protocolo portugués de 1975 e inclúyase también el «Acuerdo sobre asuntos jurídicos» con el Gobierno español, firmado en 1979, donde, por el contrario, se sigue la pauta del artículo XXIV —reformado en su contenido en 1975— del Concordato portugués.

## CONCLUSIONES

1. En la secularización del matrimonio canónico han operado expedientes técnicos diversos. El más antiguo, constante y eficaz de esos expedientes técnicos ha sido la superposición de requisitos civiles, en el momento registral del matrimonio canónico, que operan también, en algunos países, en el momento extintivo, lo que supone el control sobre las sentencias de la jurisdicción eclesiástica.

La creciente exigencia y extensión de estos requisitos es una constante desde que empieza a funcionar este expediente secularizado, ya en el siglo XVIII, con el justificado designio de la seguridad jurídica, mediante la publicidad registral del único evento causativo de los efectos civiles, esto es, del matrimonio celebrado en forma canónica.

La cota secularizadora alcanza un nivel dudoso entre la coexistencia y la subsistencia cuando, para la inscripción, se exige que el concreto matrimonio canónico, con pretensiones de eficacia civil, debe reunir los requisitos del matrimonio regulado en la ley civil y no siempre coincidentes con los exigidos por las disposiciones canónicas.

Una cota superior de secularización ya claramente en el terreno de la subsistencia del Derecho Canónico, se obtiene por la aplicación de la misma técnica a las resoluciones de la jurisdicción eclesiástica, en teoría reconocida en el pacto no derogado y con vigencia formal, aunque no de hecho. Tales resoluciones eclesiásticas, si quieren lograr efectos civiles mediante la inscripción registral, han de ajustarse por imposición unilateral del Estado, al Derecho secular no ya sólo como sentencias de ordenamiento foráneo sino incluso mediante un sistema de control que rebasa los límites del mero juicio de verificación.

Aquella primera cota aludida se alcanzó sin dificultad —con anuencia concordada— en el Concordato portugués de 1940 y hasta el Protocolo de 1975, por el interés de la Santa Sede en conseguir, mediante la transcripción registral, además de la plena eficacia civil del matrimonio canónico, *sobre todo*, su indisolubilidad por el juego del derogado Artículo XXIV.

La segunda cota, antes mencionada, la alcanza el Gobierno portugués en el Decreto-Ley de 1975 y el Gobierno español en el Acuerdo con la Santa Sede, aunque, en este último caso, la toma de posiciones por el Estado se afianza dos años después en la Ley 30/1981.

2. La vía de secularización inicial utilizada por el gobierno italiano —incluir la disolución entre los efectos civiles de *todo* matrimonio— supuso una novedad en las técnicas secularizadoras, que pasó a ser probablemente la más brillante de las, hasta entonces, utilizadas.

En efecto, con habilidad, pretende vaciar el contenido de los conceptos jurídicos para alcanzar la meta monista y estatalizadora, de exclusión real del Derecho Canónico en la regulación del matrimonio cristiano, sin que se altere apenas, en el plano terminológico, la normativa vigente, esto es, el Concordato de 1929 donde es reconocido civilmente el sacramento del matrimonio y las normas canónicas que regulan su régimen.

Semejante innovación de la técnica secularizadora no se ha empleado luego por ningún otro Gobierno, aunque hubo intentos en España en el *iter* parlamentario de la Ley 30/1981 que no llegaron a prosperar.

3. Menos habilidosa se ofrece esa otra tentativa, de origen igualmente monista, que pretende implantar el matrimonio civil con pluralidad de formas en su celebración, procurando también no cambiar aparentemente la normatividad vigente hasta entonces. De este modo un sistema matrimonial facultativo en el que coexistían los dos ordenamientos, canónico y civil, es sustituido, de hecho, por el monopolio de la ley estatal, aunque el cambio se suavice con otro sistema matrimonial «facultativo» de tipo sajón. El legislador portugués lo declaró así expresamente en la Exposición de Motivos del Decreto-Ley de 1975; y el español, aun sin expresa manifestación legal —aunque sí reiterada en los trabajos parlamentarios— llega *de facto* al mismo resultado.

Con esta voluntad unilateral de no respetar el Acuerdo de 1979 y de ensayar, una vez más, el efectivo desenlace de un intento de jurisdicción única y estatalista se puede llegar a justificar por el legislador español la arbitrariedad e incongruencia de los nuevos artículos del Código Civil, reformado por la ley 30/1981. Tales artículos son el 49 en relación con el 60 y éste en conexión con el 63 *in fine*, así como el 80 y su desarrollo procesal en la segunda Disposición Adicional de la ley citada.