

## LA FORMA JURIDICA DEL MATRIMONIO EN EL NUEVO CODIGO DE DERECHO CANONICO

### I.—INTRODUCCION

«A modo de lo que es más humilde respecto a lo que es más noble, la forma posee una fuerza vital más tenaz. Puede vegetar, es decir, durar sin ser comprendida, lo que la idea no puede. Fragmento indiferente de la vida exterior, conservado por la fuerza de la costumbre, la forma, cuando para la inteligencia del pueblo pierde la fuerza de la idea que la anima, puede aún continuar vegetando como forma... A veces se levantan los sabios y los hombres sensatos que claman contra la mentira y el engaño, y piden que lo que está frío e inerte sea enterrado como un cadáver. Pero si el pueblo posee ese sentido de la forma..., por instinto, permanece fiel a lo que se desprecia como muerto y lo acepta sin saber por qué... Si a menudo ocurre que aquello que parecía muerto no lo está ni ha quedado nunca privado de vida, si la vida y el espíritu vuelven a animar formas finitas, preciso es que aquel que no quiere confundir la apariencia de la muerte con la muerte real comience siempre, en los casos dudosos, por no creer sino en una muerte aparente»<sup>1</sup>.

Las palabras transcritas, aunque referidas hace años por Ihering a un contexto más amplio, de algún modo describen un cierto ambiente detectable en determinados sectores canonísticos en la vigilia de la reforma del Código de 1917. En efecto, alguna doctrina había entonado una suerte de *dies irae* clamando por la desaparición de una forma exigible *ad valorem* para la celebración del matrimonio canónico<sup>2</sup>, aunque, por contraste, los destinatarios de la norma que la imponía mayoritariamente seguían fieles a esa forma canónica, no obstante la también dura presión civil que en bastantes áreas jurídicas se ejercía sobre ella.

1. Ihering, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, III, trad. esp. (Madrid, s. f.) 229 y 230.

2. Puede verse un resumen de las diversas posturas en Navarro Valls, 'Forma jurídica y matrimonio canónico. Notas críticas a las tesis canonizadoras del matrimonio civil', *Ius Canonicum* (1974), en especial pp. 67 y ss. y bibliografía allí citada. Para la doctrina posterior a la fecha de publicación de ese trabajo: Bajet, 'La forma del matrimonio en el proyecto de revisión del CIC', *Ius Canonicum* (1977), en especial pp. 183-86 y bibliografía citada en notas 18-22; Suárez Pertierra, 'Ambito personal de obligatoriedad de la forma canónica para contraer matrimonio', REDC (1976) 5 y ss.; Rincón, 'Implicaciones doctrinales del matrimonio civil de los católicos', *Ius Canonicum* (1979) 77 y ss.; Aznar Gil, 'La revisión de la forma canónica del matrimonio en el Concilio Vaticano II', REDC (1982) 507-34.

El porqué de esa fidelidad puede tener respuestas diversas, pero tal vez radique su causa más de fondo en que cuando el Derecho canónico hace siglos exigió una forma definida para la válida celebración del matrimonio, no estaba en realidad imponiendo una normativa elaborada *in vitro*, sino convirtiendo más bien en ley una antigua *praxis* consuetudinaria, ya experimentada en sus saludables efectos jurídicos y pastorales, aunque con estructuras formales diversas<sup>3</sup>.

Naturalmente, la clandestinidad hasta entonces era un hecho, pero los matrimonios clandestinos, que constituían no sólo la pesadilla de juristas y gobernantes, sino también las delicias de los escritores —como más tarde ocurriría con los matrimonios «por sorpresa»<sup>4</sup>— a la luz de una serena reconstrucción histórica aparecen hoy más bien como *fugas* intermitentes del sistema propiciadas por un rígido consensualismo, no siempre bien comprendidas popularmente y, a la postre, razonablemente proscritas por el *Tametsi*.

De ahí que cuando la normativa sobre la forma canónica contenida en el *Codex* de 1917 comenzara a sufrir los efectos corrosivos de la doctrina aludida, otro sector apuntó enseguida los extraños efectos que produciría un brusco giro del sistema que desembocara en una indiscriminada sustitución de las fórmulas jurídicas por extremas soluciones vagamente pastoralistas. Así, se apuntó, que tales soluciones encerraban la paradójica contradicción de sacrificar, en aras de la desformalización, una estructura formal de flexibilidad probada —la canónica— sustituyéndola por una estructura superformalizada, como es con demasiada frecuencia la civil, en la que el formalismo suele erigirse en protagonista, al no conocer la forma extraordinaria sin asistencia de juez o funcionario que haga sus veces, ni el matrimonio aformal, ni la dispensa de forma. Al tiempo, se hizo notar, que el Derecho canónico —también en el tema que nos ocupa— no es un derecho de *élites*, sino de masas, y que por ello mismo la solución radicalmente desformalizadora no dejaría de crear una atmósfera de ambigüedad acerca del contenido más profundo —sacramental y humano— de la unión conyugal cristiana<sup>5</sup>.

No se piense, sin embargo, que la defensa de la forma canónica necesariamente pasaba por una asunción acrítica de todos los matices del sistema formal del Código de 1917. Esto sería tanto —por expresarlo con palabras escritas ya hace años— como huir de lo que me parece una falacia: la pretendida *irrationabilitas* de la forma *ad valorem*, para caer de bruces en otra: la de la idolatría hacia el Derecho escrito. «Hay en el sistema vigente —de-

3. Cfr. Acuña, 'La forma del matrimonio hasta el Decreto *Ne temere*', *Ius Canonicum* (1973) 137-90; Navarro Valls, 'Forma jurídica...', cit., 71-75; V. Reina, 'Emisión del consentimiento y forma del matrimonio', *Acta Conventus Internationalis canonistarum* (Typ. Pol. Vat., 1970) 590 ss.; Lázaro Benítez, *La bendición nupcial y la forma del matrimonio* (Madrid 1972) 24 y ss.

4. Sobre el tema: Castán Vázquez, 'El Derecho matrimonial a través de la literatura', *Pretor* (enero-marzo 1977) 16 y ss.

5. Cfr. Navarro Valls, 'La expresión legal del consentimiento', en el vol. *El consentimiento matrimonial, hoy*. Trabajos de la XV Semana del Derecho Canónico (Salamanca 1976) 265-66.

cía también en esa ocasión<sup>6</sup>— algún extremo que se precisa vigorizar: el tema de la forma extraordinaria...; otros que es necesario modificar: ampliación del sistema de delegaciones generales para el matrimonio y restricción del ámbito personal del c. 1099; e incluso alguno que conviene plantear *ex novo*: introducción del impedimento de matrimonio civil previo y no disuelto, por elementales exigencias de coordinación entre los fueros civil y canónico...».

Las líneas que siguen tienen por objeto mostrar, sin excesivas pretensiones dogmáticas<sup>7</sup> y a través de una simple exégesis de los cánones 1108-1123 del *Codex* recién promulgado, los puntos de coincidencia y los extremos de divergencia entre los preceptos del Código de 1917 y las disposiciones del de 1983 en materia de forma jurídica de celebración del matrimonio canónico. De este modo se deja aquí constancia del desenlace legal de la polémica doctrinal sobre la forma del matrimonio.

## II.—AMBITO PERSONAL DE APLICACION DE LA FORMA CANONICA

Como es sabido, en el Código de 1917, y después de la modificación de su c. 1099\* por el Motu proprio *Decretum Ne Temere* de 1 de agosto de 1948, la obligación de observar la forma canónica para la validez del matrimonio se determinaba tanto por el bautismo en la Iglesia católica como por el hecho de la conversión a ella. Dándose alguno de estos dos títulos, el matrimonio —aún en el caso de contraerse con acatólico— estaba sometido a la observancia de la forma canónica. A estos efectos era indiferente que el bautizado en la Iglesia católica, o a ella convertido, posteriormente la abandonara, pues se aplicaba en este aspecto el principio *semel catholicus semper catholicus*. Expresamente quedaban exentos de la forma canónica tanto los no bautizados como los acatólicos que habiendo sido bautizados en otra Iglesia nunca pertenecieron a la católica. Este sistema ha permanecido sustancialmente vigente hasta la promulgación del Código de 1983, salvo las modificaciones —a las que luego nos referiremos— que para los matrimonios mixtos introdujeron varias disposiciones postcodiciales que, en síntesis, excluían de la obligación *ad valorem* de la forma canónica a los matrimonios celebrados entre católico (latino u oriental) y acatólico oriental bautizado, siempre que se celebraran en presencia de un ministro sagrado.

El c. 1117 del nuevo Código reafirma en sus líneas generales el sistema descrito, aunque introduciendo una innovación importante: la de excluir de la obligatoriedad *ad valorem* de la forma canónica a los que, habiendo

6. *Ibid.*, 267.

7. Las complejas cuestiones históricas y dogmático-jurídicas así como las implicaciones teológicas que plantea la forma del matrimonio ya he tenido ocasión de abordarlas en los trabajos citados en notas anteriores, y posteriormente recogidas en mis *Estudios de Derecho matrimonial* (Madrid 1977) 15-79 y 245-75.

sido bautizados en la Iglesia católica o en ella recibidos, posteriormente la abandonaron por acto formal<sup>8</sup>. El término utilizado por el c. 1117 (*actu formali*) requiere una cuidadosa exégesis, pues es susceptible de interpretaciones no estrictamente coincidentes.

De los trabajos preparatorios del nuevo Código<sup>9</sup> se deduce que la separación formal no es siempre equivalente a acto público o notorio de apartamiento de la fe católica. Así, el término *público* tanto puede incluir una defección formal como una defección virtual de la fe católica, es decir, tanto una separación seguida de adscripción a otra confesión como una vida notoriamente contrastante con la doctrina católica, pero sin formal acto de abandono de la Iglesia católica. A su vez, no parece que los que *notoriamente* hayan abandonado la fe católica estén siempre exentos de la forma canónica, pues el c. 1071, § 1,4 implícitamente los estima sujetos a ella, razón que llevó a suprimir el término *notorie* que en las primeras redacciones de este canon se posponía a la expresión *actu formali*<sup>10</sup>. Por lo demás, en los trabajos preparatorios del Código de 1983 se discutió<sup>11</sup> si debían expresamente ser excluidos de la obligación de la forma canónica los que, sin acto formal de abandono de la fe católica, fueron sin embargo educados *extra Ecclesiam*, optándose al final por no utilizar fórmulas que implicaran añadir consecuencias jurídicas a hechos, como es el caso de la educación *extra Ecclesiam*, no fácilmente evaluables a efectos jurídicos.

En mi opinión, la expresión utilizada por el c. 1117 (acto formal) parece reclamar una interpretación estricta que dificulte un uso abusivo de la excepción, al tiempo que le confiere certeza. No bastará pues, a estos efectos, una vida desordenada o una educación *extra Ecclesiam*, ni un público apartamiento de los principios católicos para exonerar de la obligación de la forma canónica. Será necesario un hecho público que implique, al tiempo, un

8. Canon 1117: "Statuta superius forma servanda est, si saltem alterutra pars matrimonium contrahentium in Ecclesia catholica baptizata vel in eandem recepta sit neque actu formali ab ea defecerit, salvis praescriptis can. 1127 § 2".

De una vez por todas indico aquí las principales fuentes donde pueden cotejarse las distintas redacciones que los cánones sobre forma del matrimonio canónico fueron teniendo en todo el largo *iter* de revisión del Código de 1917: *Pontificia Commissio CIC Recognoscendo. Schema documenti pontificii quo disciplina canonica de sacramentis recognoscitur* (Typ. Pol. Vat., 1975) 84-87; *Communicationes* (1976) 32-73, y (1978) 86-101; *Schema Codicis Iuris Canonici iuxta animadversiones S.R.E. Cardinalium, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiasticarum necnon Superiorum Institutuum vitae consecratae recognitum* (Typ. Pol. Vat., 1980) 242-47; *Relatio complectens Synthesim animadversionum ab Em. mis atque Exc. mis Patribus Commissionis ad novissimum Schema CIC exhibitum, cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datis* (Typ. Pol. Vat., 1981) 258-64; *Codex Iuris Canonici. Schema novissimum iuxta placita Patrum Commissionis deinde emendatum atque Summo Pontifici praesentatum* (E. Civitate Vaticana, 25 martii 1982) 197-201; *Codex Iuris Canonici*, AAS, LXXV, 25 ianuarii 1983, vol. LXXV, Pars II (Ty. Pol. Vat., 1983) 194-98.

9. Cfr. *Communicationes* (1976) 56-64; (1978) 96-98.

10. El término *notorie*, que se incluía en el *Schema De sacramentis*, fue suprimido en la Sesión de 19 de octubre de 1977. Las razones aducidas, que aportan datos de interés sobre esa supresión, pueden verse en *Communicationes* (1978) 96-97.

11. Cfr. *Communicationes* (1976) 59-60.

formal apartamiento de la Iglesia católica: adscripción a una confesión acatólica, declaración ante el párroco hecha por escrito, comunicación al Ordinario propio, etc.; es decir, un acto jurídico externo del que inequívocamente se deduzca el formal apartamiento de la Iglesia católica. Aunque no sea estrictamente un antecedente, puede avalar esta interpretación el dato de que la CPIV el 11 de febrero de 1972<sup>12</sup> contestó afirmativamente a la duda de si el Ordinario del lugar puede conceder dispensa de la forma canónica si uno de los contrayentes es católico y el otro, aunque bautizado en la Iglesia católica, posteriormente la abandonó *convirtiéndose a otra confesión no católica*.

Con las excepciones mencionadas, el nuevo Código sanciona el sistema del Código de 1917, por lo que la temática que plantea este canon es similar a la que planteaba el anterior c. 1099\*. Así, no es suficiente para la obligatoriedad *ad valorem* de la forma canónica haber recibido válidamente el bautismo: es necesario haberlo recibido *en* la Iglesia católica, es decir, con la intención —bien del propio bautizado, si tiene uso de razón, o bien de los padres, de quienes hacen sus veces o del ministro, en caso de bautismo recibido en la infancia— de ser agregado externamente a ella. Aún en el supuesto de haber obtenido dispensa del impedimento de disparidad de cultos o de la prohibición de celebrar matrimonio mixto, la obligación establecida en el c. 1117 seguiría urgiendo para el católico que celebra matrimonio con un no bautizado o con acatólico bautizado no oriental, pues para estos últimos la obligación de celebrar matrimonio en forma canónica se comunica indirectamente cuando contraen matrimonio con católico.

Por lo demás, expresamente el c. 1117 exceptúa también del ámbito personal de la forma canónica el supuesto previsto en el c. 1127, § 1, esto es, el caso (ya contemplado por el Derecho posterior al Vaticano II, como se dijo) del matrimonio celebrado por parte católica con parte no católica de rito oriental, para cuya validez —aunque no para su licitud— basta que sea contraído en presencia de un ministro sagrado<sup>13</sup>.

### III.—LA FORMA ORDINARIA

#### 1. *El testigo cualificado y los testigos comunes*

No obstante las posiciones doctrinales antes aludidas, el nuevo *Codex* decididamente ratifica la conceptualización del matrimonio canónico como acto jurídico formal, además de consensual, exigiendo en su c. 1108 que en el momento de la celebración del matrimonio asistan el párroco o el Ordinario del lugar o un sacerdote o diácono, delegado por uno u otro, además de dos

12. AAS 12 (1972) 397.

13. El c. 1117 se remite al § 2 del c. 1127. Posiblemente se trate de una errata, ya que el sentido de la expresión parece referirse, más bien, al § 1 de ese canon.

testigos, con las excepciones que en el propio canon se aluden y a las que en su momento se hará referencia <sup>14</sup>.

Es evidente que la presencia del testigo cualificado —como ocurría en el sistema del Código de 1917— presenta caracteres distintos a la de los testigos comunes. El primero desempeña un cometido *activo*, pues el § 2 del propio c. 1108 expresamente exige que debe solicitar de los contrayentes la manifestación externa de su consentimiento matrimonial, recibéndola en nombre de la Iglesia; la presencia de los segundos no requiere una actividad específica, ya que el texto legal utiliza en el caso de los testigos comunes solamente la partícula *coram* sin posponer —como hace en el supuesto del testigo cualificado— la expresión *qui assistant*. Por lo demás, tampoco se indica en el c. 1108 una específica capacidad por parte de los testigos, por lo que debe entenderse vigente el criterio doctrinal y jurisprudencial de que basta el uso de razón y la capacidad de percepción sensitiva del matrimonio al que asisten <sup>15</sup>.

Respecto al testigo cualificado no cabe tampoco duda de que su asistencia, para la validez del matrimonio, ha de ser *libre*, esto es, no constreñida por coacción, fuerza o miedo. Precisamente en el c. 1108 se ha suprimido la explícita mención que a esta circunstancia hacía el c. 1095, § 1,3.º\* por considerarla «superflua» <sup>16</sup>.

El ministro sagrado al que por derecho propio corresponde asistir al matrimonio es el Ordinario del lugar y el párroco. Ocioso es advertir que bajo la denominación de Ordinario del lugar hay que incluir los que especifican los cánones 134 y 368, con las excepciones allí señaladas, así como el Vicario General y el Vicario Episcopal <sup>17</sup>. A su vez, bajo el concepto de párroco —y a estos efectos— hay que incluir también el cuasi-párroco (c. 516), el administrador parroquial (c. 340), el vicario parroquial nombrado en caso de ausencia del párroco (c. 549), y a los miembros del llamado «equipo parroquial» (c. 543), si la parroquia ha sido encomendada a un grupo de sacerdotes, de los cuales uno es el moderador pero no párroco.

Tampoco se aparta el nuevo *Codex* de la línea que marcó en 1908 el Decreto *Ne Temere* y que acogió el *Codex* del 17 al instaurar el territorial como criterio delimitador de la competencia del párroco u Ordinario. Así, el c. 1109 dispone que el párroco y el Ordinario del lugar asisten válidamente, por razón

14. Canon 1108: “§ 1. Ea tantum matrimonia valida sunt, quae contrahuntur coram loci Ordinario aut parochi aut sacerdote vel diacono ab alterutro delegato qui assistant, necnon coram duobus testibus, secundum tamen regulas expressas in canonicis qui sequuntur, et salvis exceptionibus de quibus in cann. 144, 1112, §1, 1116 et 1117, §§ 2-3.

§ 2. Assistens matrimonio intellegitur tantum qui praesens exquirat manifestationem contrahentium consensus eamque nomine Ecclesiae recipit”.

15. Sobre los problemas que plantea esta mínima exigencia, vid. Moroni, *I testimoni comuni nella celebrazione del matrimonio canonico* (Milano 1971).

16. Cfr. *Communicationes* (1976) 37.

17. Como la potestad del Vicario Episcopal se circunscribe a las materias que expresamente se le han confiado, sólo podrá asistir válidamente a los matrimonios si tal facultad se le ha encomendado.

de su oficio, a los matrimonios celebrados dentro de los límites de su ámbito territorial, también si se trata de no súbditos y, por el contrario, fuera de su territorio no pueden asistir sin delegación a los matrimonios de sus súbditos. Incluso en el supuesto de que dentro de su territorio existiera una jurisdicción personal, pueden válidamente asistir a los matrimonios de los sujetos a tal jurisdicción, ya que, en este caso, la competencia del párroco u Ordinario local sería cumulativa con la personal, salvo expresa concesión por parte de la Santa Sede de exclusividad a la jurisdicción personal<sup>18</sup>.

El c. 1109 solamente establece dos limitaciones a este criterio general. La primera es que el ejercicio de la facultad de asistir a los matrimonios viene condicionada a que el Ordinario del lugar o el párroco se encuentren en el válido ejercicio de su cargo; de ahí que se excluyan la validez de los matrimonios celebrados ante Ordinario o párroco suspendido en su oficio, excomulgado o puesto en entredicho. La segunda es que por lo menos uno de los contrayentes ha de pertenecer al rito latino, pues si ambos pertenecen al rito católico oriental se aplicarán las normas específicas de la Iglesia católica oriental<sup>19</sup>.

## 2. La delegación

En materia de delegación, el nuevo *Codex* introduce algunas variantes de entidad sobre el régimen de 1917. Por un lado amplía el ámbito personal de la delegación; por otro, igualmente amplía el régimen de delegaciones generales para el matrimonio.

Respecto al primer extremo, el c. 1108 faculta para recibir delegación no solamente a otros sacerdotes distintos del párroco del lugar de celebración, sino también a los diáconos; además, el c. 1112 admite, bajo ciertas condiciones, la delegación en favor de laicos. Ciertamente la expresa mención de los diáconos y laicos supone una novedad respecto del texto del *Codex* del 17, aunque no lo sea tanto a la vista de disposiciones generales postcodiciales o a la luz de expresas concesiones particulares otorgadas más recientemente. En efecto, por lo que respecta a los diáconos, es bien sabido que primero la Constitución *Lumen Gentium* (n. 29) y después el Motu proprio *Sacrum diaconatus ordinem* de 18 de junio de 1967 (n. 24,4) enumeraron entre las funciones de los diáconos la de asistir en nombre de la Iglesia a la celebración del matrimonio y bendecirlo, por delegación del Obispo o párroco.

El supuesto de delegación en favor de laicos, al suponer una clara novedad en el marco del derecho común, merece mayor atención. En los trabajos

18. El nuevo Código expresamente recoge en su c. 1110 las facultades otorgadas en esta materia al Ordinario y párroco personal: "Ordinarius et parochus personalis vi officii matrimonio solummodo eorum valide assistunt, quorum saltem alteruter subditus sit intra fines suae ditionis".

19. El c. 85 del M.p. *Crebrae allatae* de 22 de febrero de 1949 (AAS 41 (1949) 89) incluye como elemento formal para la validez del matrimonio, además de los establecidos por la legislación tridentina, la bendición del sacerdote.

preparatorios del nuevo Código, la cuestión se planteó en el Coetus *De matrimonio* al discutirse, en 1970, la posibilidad de extender a los laicos la facultad de asistir al matrimonio por delegación<sup>20</sup>. Tal posibilidad fue sin embargo e inicialmente desechada, aduciéndose que la forma extraordinaria venía a cubrir adecuadamente la necesidad planteada. De esta forma el *Schema De Sacramentis* no contempló el supuesto. Sin embargo la cuestión volvió a plantearse en las sesiones de 17 y 18 de octubre de 1977, al discutirse el c. 313,1 del *Schema*. En esta ocasión prosperó la sugerencia, aunque acordándose que se redactara un canon donde expresamente se regulara el tema. La razón definitiva fue la consulta elevada a la Sagrada Congregación de Sacramentos y del Culto Divino, que confirmó que desde hacía algunos años la facultad de delegar en laicos la asistencia al matrimonio se había concedido en algunas regiones donde faltaban sacerdotes<sup>21</sup>.

De ahí que el *Schema* de 1980 dedicara su c. 1066 a contemplar el supuesto, con una redacción prácticamente idéntica a la propuesta en 1977<sup>22</sup>. Así, y a pesar de alguna objeción planteada en 1981<sup>23</sup>, el c. 1112 del nuevo *Codex* contempla la delegación a la que veníamos refiriéndonos en los siguientes términos:

«§ 1. Donde no hay sacerdotes ni diáconos, el Obispo diocesano, con el voto previo favorable de la Conferencia Episcopal y habiendo obtenido la correspondiente facultad de la Santa Sede, puede delegar en laicos para asistir a los matrimonios.

§ 2. Se debe elegir un laico idóneo, capaz de instruir a los contrayentes y de celebrar con decoro la liturgia matrimonial.»

Repárese que la facultad a que se alude en el § 1 sólo puede concederla —siempre que se den los restantes presupuestos— el Obispo diocesano, no cualquier Ordinario, ni tampoco el párroco.

Respecto a la ampliación del régimen de delegaciones para el matrimonio, digamos ante todo que a diferencia del *Codex* del 17, que solamente admitía la delegación general en favor de los vicarios cooperadores (a los que la respuesta de la CPIV de 19 de julio de 1970 equiparó los diáconos adscritos de forma estable y legítima a una parroquia), el c. 1111 del nuevo *Codex* la admite en favor de cualquier sacerdote o diácono siempre que —aunque no se especifica— mediante sentencia o decreto no haya sido excomulgado, puesto en entredicho, suspendido o declarado tal. Alguna objeción adelantada acerca de que la facultad también atribuida al Ordinario del lugar de conceder delegación general a cualquier sacerdote o diácono podría suponer una lesión a los derechos de los párrocos fue rechazada<sup>24</sup>. Igualmente se rechazó<sup>25</sup> la propuesta de que también los vicarios parroquiales habitualmente go-

20. Cfr. *Communicationes* (1976) 40.

21. Cfr. *Communicationes* (1978) 92 y ss.

22. Cfr. *Schema CIC iuxta...*, cit., 242-43.

23. Cfr. *Relatio complectens...*, cit., 260.

24. Cfr. *Communicationes* (1978) 88.

25. Cfr. *Relatio complectens...*, cit., 259-60.

zaran de facultad delegada general para el matrimonio dentro de los límites de su parroquia, justificándose la negativa en el hecho de que esta extensión podría ser origen de «inútiles conflictos».

El propio c. 1111 concreta que la validez de cualquier delegación —general o especial— viene condicionada a que el delegante la conceda expresamente a persona determinada. Se excluye así la delegación tácita y la interpretativa, aunque parece suficiente que la delegación expresa se conceda de manera implícita. A su vez, la delegación especial debe concederse para un matrimonio determinado, de modo que se especifiquen, al menos, aquellas circunstancias que concurren en el mismo y de las que se deduzca claramente el matrimonio de que se trata. En el caso de la delegación especial no hace falta que se conceda por escrito —a diferencia de la general, a la que expresamente se exige este requisito—, bastando por tanto la simple concesión oral<sup>26</sup>.

Respecto a la subdelegación, poniendo en relación el c. 137 del nuevo *Codex* con la respuesta de la CPI de 28 de diciembre de 1927<sup>27</sup>, resulta que pueden subdelegar los que tienen delegación general, sin necesidad de especial autorización del primer delegante. Sin embargo, el delegado para matrimonio determinado sólo puede subdelegar su potestad cuando haya expresa autorización del delegante. Las subdelegaciones sucesivas son nulas, salvo en los casos en que expresamente se haya autorizado por el primer delegante.

Por lo demás, como el deber y el derecho de investigar el estado de libertad de los contrayentes incumbe al párroco a quien por derecho corresponde asistir a la celebración del matrimonio, el c. 1113 exige que dicha investigación se haga antes de conceder la delegación especial. No se exige *imperativamente* en el caso de delegación general<sup>28</sup>, pues esto supondría una limitación que podría constreñir de algún modo la facultad general obtenida. No obstante, repárese que el c. 1113 no establece una cláusula invalidante, de ahí que si de hecho la delegación especial se concede sin previa investigación del estado de libertad de los contrayentes, no por eso será nula la delegación otorgada<sup>29</sup>.

Por otra parte, no hay que confundir el deber impuesto por el c. 1113 con la obligación establecida en el c. 1114. Aquél determina cuándo el párroco o el Ordinario pueden lícitamente conceder la delegación especial; el c. 1114 cuándo, quien teniendo facultad para asistir (propia o delegada), de hecho asiste lícitamente. Establecida en el c. 1066 la obligación general de que antes de celebrado el matrimonio debe constar con certeza que nada se

26. También se rechazó la propuesta de que la delegación especial siempre se concediera por escrito. La argumentación contraria a esta restricción fue: "Non est necessarium si agitur de delegatione ad actum, quae etiam per telephorum utiliter dari potest". Cfr. *Relatio complectens...*, cit., 259-60.

27. AAS 20 (1927) 61.

28. Cfr. c. 1114.

29. En las primeras redacciones, la validez de la concesión de la delegación venía supeditada a este requisito. Sin embargo —cfr. *Communicationes* (1978) 89— posteriormente se eliminó esta cláusula invalidante.

opone a su válida y lícita celebración, el c. 1114 especifica la ilicitud de la asistencia al mismo sin que conste *personalmente* al que asiste la libertad de estado de los contrayentes. Sin embargo, en el caso de la delegación general se mitiga la necesidad de obtener —cada vez que la facultad general se actualiza— la licencia del párroco donde de hecho el matrimonio se celebra, precisamente para no hacer excesivamente oneroso el ejercicio de la delegación obtenida. En todo caso, la licencia a que se refiere el c. 1114 viene condicionada, para su licitud, a que no concurren circunstancias que hagan difícil su petición.

### 3. *La suplencia de la facultad de asistir al matrimonio*

La fórmula definitiva acogida en el nuevo *Codex* respecto a esta cuestión ha sido posiblemente una de las más estudiadas en los trabajos preparatorios y también una de las que ha pasado por mayores alternativas. Antes de exponer las vicisitudes de la fórmula por fin acogida, conviene hacer una breve referencia al *status quaestionis* en el Derecho anterior y posterior al *Codex* del 17<sup>30</sup>.

Como es sabido, antes de la promulgación del Código de 1917, la doctrina y la jurisprudencia concordaban en que la figura de la suplencia de jurisdicción era aplicable a los supuestos de carencia de jurisdicción ordinaria para asistir al matrimonio. Promulgado el cuerpo legal de 1917 se suscitó por la doctrina la cuestión de si su c. 209\* era aplicable también al matrimonio, ya que la asistencia al mismo no era estrictamente un acto de la potestad de jurisdicción. La jurisprudencia postcodicial, sin entrar directamente en la discusión doctrinal, siguió la *praxis* del Derecho antiguo y en bastantes supuestos de celebración de matrimonios con defectos formales aplicó de hecho el c. 209\*. Sucesivas declaraciones de la CPI —en especial las de 28 de diciembre de 1927<sup>31</sup>— avalaron este modo de proceder jurisprudencial, al tratar de manera análoga la delegación para asistir al matrimonio y la delegación de jurisdicción, con lo que se reafirmó la aplicación de las disposiciones sobre potestad ordinaria y delegada a la forma del matrimonio. El 26 de marzo de 1952<sup>32</sup> la CPI aclaró positivamente la duda de si lo prescrito en el c. 209\* era aplicable al caso de sacerdote que, careciendo de jurisdicción, asiste al matrimonio<sup>33</sup>.

La jurisprudencia posterior a la respuesta de 1952<sup>33</sup> sentó las siguientes conclusiones sobre la figura que nos ocupa: a) Para que opere la suplencia por error común se exige tanto un fundamento o hecho público que induzca

30. Sobre esta cuestión, entre otros, pueden consultarse: Hannan, 'Roman Law antecedens of canon 209', *The Jurist* (1950) 45 y ss.; García Barberena, 'Suplencia de la potestad delegada para asistir al matrimonio', *Lumen* (1953) 42 y ss.; Ruiz, *La suplencia de la potestad en el matrimonio* (Burgos 1958).

31. AAS 20 (1928) 61-62.

32. AAS 44 (1952) 497.

33. Sobre este extremo: Bajet, 'La forma matrimonial en la jurisprudencia', *Rev. Española de Derecho Canónico* (1980), en especial pp. 175-82.

al error como que la aplicación de la suplencia redunde en interés general, esto es, que no operará la suplencia en caso de repercutir en interés de un solo matrimonio; exigencia que fue criticada por alguna doctrina aduciendo que no cabe asimilar la noción de error común a la de bien público, ya que el propio c. 209\* no hace expresa mención de ello<sup>34</sup>; b) Para que la duda positiva y probable sea causa determinante de la aplicación de la suplencia no basta el error provocado por negligencia, ignorancia o poco celo, sino que exige la existencia de razones no simplemente negativas que apoyen la posibilidad de estar en posesión de la potestad de asistir al matrimonio; razones, por lo demás, que han de ser sólidas, aunque no necesariamente tan firmes que excluyan toda posibilidad de error.

Así las cosas, el Schema *De Sacramentis* propuso dos fórmulas alternativas sobre la cuestión que aquí y ahora se aborda<sup>35</sup>. La primera de ellas<sup>36</sup> contemplaba una suerte de automática sanación en la raíz en los supuestos de matrimonio celebrado ante sacerdote o diácono desprovisto de la facultad de asistir, siempre que el matrimonio se celebrara ante dos testigos en iglesia u oratorio y siempre que al asistente no se le hubiere prohibido por la autoridad eclesiástica la asistencia al matrimonio; la segunda acogía la expresa aplicación al matrimonio de la fórmula del c. 209\*, aunque ciertamente mejorada<sup>37</sup>.

Al discutirse en 1977 ambas fórmulas y después de analizadas las observaciones propuestas por los órganos consultados, el *Coetus* correspondiente concluyó lo siguiente<sup>38</sup>:

1.º Que de las consultas realizadas no se deducía claramente especial preferencia por una u otra fórmula;

2.º Que si de la primera fórmula agradaba la claridad, era detectable, sin embargo, su índole artificial y sutil, que, por lo demás, podría incitar a actuaciones en fraude de ley, incluso aunque se añadiera para la operatividad de la sanación la exigencia de buena fe;

3.º En fin, por lo expuesto anteriormente, la gran mayoría de consultores se inclinaron por la segunda fórmula.

De esta forma, el *Schema* de 1980<sup>39</sup> abandonó definitivamente la primera fórmula, reproduciendo la aprobada en el *Coetus*, en estos términos:

34. Cfr. Bajet, 'La forma matrimonial...', cit., 183; Bride, 'Erreur commune et suppléance de juridiction', *Rev. de Droit canonique* (1954) 17-20.

35. Según Bajet ('La forma del matrimonio en el proyecto...', cit., 185) la primera fórmula parece que provenía del grupo de estudio *De matrimonio*; de la segunda se puede pensar que procede del grupo que elaboró los cánones sobre las personas físicas y jurídicas que aparecen en el *Schema De populo Dei*.

36. Esta era la fórmula textual: "Matrimonium contractum assistente sacerdote vel diacono, facultate assistendi carente, Ecclesia a momento celebrationis in radice sanat, dummodo matrimonium celebratur coram duobus testibus in ecclesia vel oratio et assistens ab auctoritate ecclesiastica non sit prohibitus ne matrimonio assistat".

37. Este era su tenor: "In errore communi de facto aut iure, itemque in dubio positivo et probabili, sive iuris sive facti, facultatem assistendi supplet Ecclesia".

38. Cfr. *Communicationes* (1978) 90.

39. Cfr. *Schema CIC iuxta...*, cit., 243.

c. 1068: «En el caso de error común de hecho o de derecho y asimismo en la duda positiva y probable, tanto de derecho como de hecho, la Iglesia suple la facultad de asistir (al matrimonio)».

Redacción que fue ratificada también por la Sesión Plenaria de la Comisión en 1981, no obstante alguna objeción al texto propuesto<sup>40</sup>.

Sin embargo, en el texto promulgado en 1983 se eliminó el c. 1068 del Schema del 80, sustituyéndolo por una doble remisión: la primera, del c. 1108, § 1, *in fine* al c. 144; la segunda, del c. 144, § 2 al c. 1111, § 1<sup>41</sup>. Aunque atentamente considerado el expediente técnico utilizado por el legislador de 1983 desemboca en las mismas consecuencias prácticas del autónomo y específico canon del *Schema* del 80, tal vez hubiera sido conveniente la específica fórmula apuntada ya en 1977 que, en su claridad, no propiciaba ninguna duda acerca del ámbito de operatividad de la suplencia de la facultad de asistir.

En efecto, una superficial consideración del juego conjunto de los cánones 144 y 1111 podría llevar a la errónea conclusión de que el ámbito de la suplencia se limita al caso de defecto de la facultad *delegada* para asistir al matrimonio, pues la referencia del § 2 del c. 144 es tan sólo a los supuestos de delegación para asistir al matrimonio. Sin embargo, es evidente que no es esa la *mens legislatoris* que emerge de los trabajos preparatorios, ni tampoco la *mens legis* del nuevo sistema, pues al sentar el propio c. 1108 el supuesto del c. 144 como excepción a la invalidez de los matrimonios celebrados sin cumplir los requisitos en él descritos, es evidente que también está contemplando los casos de defecto en el asistente de la facultad *ordinaria* de asistir al matrimonio.

Esto sentado, añadamos que el nuevo *Codex* cuida la terminología pues dado que la asistencia al matrimonio no es un acto de la potestad de régimen o jurisdicción, no habla en el c. 144, § 2 de suplencia de jurisdicción sino de suplencia de la facultad de asistir al matrimonio. Y dado que tanto en el supuesto de error común como en el de duda positiva y probable es indiferente que sea de hecho o de derecho, el nuevo texto legal solventa la discusión doctrinal acerca de si sobre la base del c. 209\* el error virtual o de derecho bastaba para la operatividad de la suplencia. A la luz del c. 144 no parece que hoy pueda declararse nulo, por ejemplo, el matrimonio celebrado por un Nuncio sin delegación, siempre que se creyese no necesaria por un error de derecho.

En fin, dada la *mens legislatoris* que subyace en los trabajos preparatorios —que es limitar al máximo los supuestos de nulidad por defecto de forma<sup>42</sup>—

40. Cfr. *Relatio complectens...*, cit., 260. El *Schema novissimum...*, cit., 197, recogía idéntico texto en su c. 1114.

41. Reproducido anteriormente el c. 1108, baste ahora transcribir el texto del c. 144: "§ 1. In errore communi de facto aut de iure, itemque in dubio positivo et probabili sive iuris sive facti, supplet Ecclesia, pro foro tam externo quam interno, potestatem regiminis executivam; § 2. Eadem norma applicatur facultatibus de quibus in cann. 883, 966, et 1111, § 1".

42. Cfr. *Communicationes* (1978) 90.

no parece que pueda hoy sostenerse, a la vista de la lógica global del sistema, que la noción de error común vaya necesariamente ligada a la de interés público o general: bastará el bien privado —incluso un solo matrimonio— para que opere la suplencia.

#### IV.—LA FORMA EXTRAORDINARIA

El instituto de la forma extraordinaria de celebración del matrimonio canónico es, en la regulación del Código de 1917, el precipitado conjunto de una evolución histórica vinculada a necesidades pastorales muy concretas y de un paralelo proceso de elaboración técnica no siempre coherente con esos previos presupuestos pastorales. El vacilante *iter* del sistema desde que en 1603 se le diera carta de naturaleza por la Congregación del Concilio hasta que en 1945 la CPI terminara de perfilar el sistema codicial del c. 1908 propició una configuración de la forma extraordinaria generadora de ciertos abusos prácticos detectados por la doctrina y abiertamente criticados por ella<sup>43</sup>.

Sintetizando mucho, digamos que estas críticas, en el inicio mismo de los trabajos de revisión del *Codex* de 1917, apuntaban fundamentalmente a estos extremos:

- a) Favorecía una suerte de nueva clandestinidad no siempre justificada;
- b) Su práctico automatismo, basado en el dato de que el c. 1098 no concedía a los fieles tanto un favor como un derecho, lo que favorecía la proliferación de matrimonios canónicos inconscientemente contraídos;
- c) Al trasladar a los propios interesados la facultad de apreciar la *gravedad* de la causa, el sistema favorecía, en ocasiones, un clima propicio a eludir en fraude de ley las disposiciones sobre forma ordinaria, sustituyéndola por una celebración *coram solis testibus*.

A pesar de estas críticas, la Comisión conciliar *De disciplina sacramentorum* no entendió oportuna la eliminación de la forma extraordinaria, aunque sí propuso algunas modificaciones de entidad, fundamentalmente referidas al supuesto de su aplicación *extra periculum mortis*<sup>44</sup>.

Así las cosas, la Comisión para la revisión del Código de 1917 igualmente abordó el problema —en los términos a que enseguida se aluden— partiendo de la conveniencia de otorgar sustancial refrendo al sistema tra-

43. Vid., por todos, Wagnon, 'La forme extraordinaire du mariage canonique', *L'Année canonique* (1971) 557-75; González del Valle - Navarro Valls - Rincón Pérez, *Derecho canónico*, Unidad Didáctica 3 (Madrid, UNED, 1974) pp. XVII/8-XVII/11.

44. "Ad validum contrahendum matrimonium coram solis testibus extra periculum mortis, praeter condiciones praescriptas in iure vigenti, requiritur:

- 1) Ut petitio Ordinarii facienda, in quantum fieri poterit, ommissa non fuerit, vel matrimonium non celebratur nisi post mensem ab interposita petitione sine responsione;
- 2) Ut matrimonium non celebratur contre Ordinarii vetitur".

dicional<sup>45</sup>. De modo que el nuevo *Codex* ratifica en su c. 1116 el instituto de la forma extraordinaria en estos términos:

«§ 1. Si no hay alguien que sea competente a tenor del derecho para asistir al matrimonio, o no se puede acudir a él sin grave dificultad, quienes pretenden contraer verdadero matrimonio, pueden celebrarlo válida y lícitamente estando presentes sólo los testigos:

1.º En peligro de muerte;

2.º Fuera de peligro de muerte, con tal de que prudentemente se prevea que esa situación va a prolongarse más de un mes.

§ 2. En ambos casos, si hay otro sacerdote o diácono que pueda estar presente, ha de ser llamado y debe asistir al matrimonio juntamente con los testigos, sin perjuicio de la validez del matrimonio sólo ante testigos».

La evolución de los trabajos preparatorios del texto transcrito inmediatamente evidencia una *mens legislatoris* perfectamente consciente de los abusos prácticos del sistema de forma extraordinaria, aunque no tan firmemente decidida a plasmar en el texto legal los matices que permitieran poner coto a la totalidad de los mismos, probablemente presionada por la idea de no configurar un sistema tan restrictivo que descalificara la *ratio* de fondo del instituto, esto es, su accesibilidad dentro de unos razonables esquemas. Precisamente esta razón exige dejar aquí constancia de los puntos generadores de perplejidad en el *Coetus De matrimonio*, ya que todas y cada una de las soluciones técnicas finalmente otorgadas a estos extremos dudosos orientan al intérprete a la hora de indagar la *mens legis* del precepto.

En síntesis, los extremos abordados en el largo *iter* del c. 1116 fueron:

1.º La posibilidad de que la forma extraordinaria en el propio texto legal se configurara como una expresa —aunque parcial— canonización de la forma civil del matrimonio, pues en los supuestos clásicos de peligro de muerte y previsión de ausencia de testigo cualificado por más de un mes se propuso esta fórmula: «*validum et licitum est matrimonium contractum forma lege civili praescripta, vel, si haec adhiberi nequeat, coram solis testibus*»<sup>46</sup>. Esta redacción fue prontamente desechada, de modo que ya el *Schema De sacramentis* no aludía directamente a la forma civil del matrimonio como vehículo *prevalente* de la forma extraordinaria;

2.º Igualmente se planteó en las primeras redacciones del c. 1116 que, fuera de peligro de muerte, el recurso a la forma extraordinaria estuviera condicionada a que de las circunstancias del supuesto claramente se dedujera que no se omitía la forma ordinaria en fraude de ley. Observada la dificultad de probar en el caso concreto cuándo se omite la forma ordinaria en fraude de ley, se propuso sustituir esa cláusula por esta otra: «*dummodo recursus, si fieri possit, ad loci Ordinarium omissus non fuerit*»; lo que inicialmente fue aceptado, teniendo, sin duda presente, el voto conciliar antes aludido,

45. Cfr. *Communicationes* (1971) 78-81.

46. Cfr. *Communicationes* (1976) 50.

para más tarde eliminarse después de una prolija discusión de la que parece deducirse que el criterio de los consultores era o bien que la cuestión debería trasladarse al ámbito del derecho particular o bien no era de excesiva importancia dadas las simplificaciones introducidas en el régimen general de la forma <sup>47</sup>;

3.º Fue constante durante todo el proceso de elaboración del c. 1116 las referencias a la conveniencia de introducir alguna fórmula similar a la utilizada por la CPI en su respuesta de 3 de mayo de 1945, esto es, que expresamente se estableciera que «la grave dificultad» era referible tanto a los asistentes al matrimonio como a los propios contrayentes. Estas observaciones no fueron atendidas, argumentándose que el tema, después de la citada respuesta, era pacífico en la doctrina <sup>48</sup>;

4.º Se observó que en algunas regiones los contrayentes estiman como «grave dificultad» la prohibición —que en el Codex promulgado en 1983 aparece en el c. 1085, § 2— de celebrar nuevo matrimonio, en caso de anterior declarado nulo o disuelto, hasta que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente. La propuesta de hacer constar expresamente la imposibilidad del recurso a la forma extraordinaria en estos supuestos no se aceptó, argumentando que no cabe duda de que tal *praxis* es claramente *contra legem* <sup>49</sup>;

5.º En fin la sugerida adición en el hoy § 2 del c. 1116 de la figura del laico con delegación contemplado en el c. 1112, junto al sacerdote o diácono, naturalmente no fue atendida sobre la base de que tal adición sería contradictoria, que ya existiendo laico con delegación para asistir a los matrimonios evidentemente el recurso a la forma extraordinaria no es factible <sup>50</sup>.

De este modo, el nuevo c. 1116 acabó siendo fiel trasunto del c. 1098\*, aunque introduciendo una novedad de entidad: me refiero al inciso *qui intendunt verum matrimonium inire* de su § 1.

La *ratio* de la adición conecta con los ya aludidos planteamientos doctrinales reticentes con el virtual automatismo de la forma extraordinaria cuando se daban las condiciones objetivas del c. 1098\*. La práctica del sistema evidenciaba situaciones paradójicas que había que poner en vías de satisfactoria claración, en especial el caso de que personas sometidas al régimen canónico de forma, encontrándose en las situaciones objetivas descritas en el supuesto legal, celebraban matrimonio civil sin ánimo de contraer matrimonio canónico, aunque tampoco excluyendo la sacramentalidad, suscitándose la duda de si efectivamente habían *también* contraído matrimonio canónico. Incluso la paradoja podría llegar a límites grotescos en caso de que ese matrimonio civil fuera posteriormente declarado nulo ante los tribunales civiles por inobservancia de requisitos formales también civiles y, al tiempo, decla-

47. Cfr. *Communicationes* (1976) 51-55.

48. Cfr. *Communicationes* (1976) 50-51; *Relatio complectens...*, cit., 261.

49. Cfr. *Communicationes* (1978) 95.

50. Cfr. *Relatio complectens...*, cit., 261.

rado válido por la jurisdicción eclesiástica en aplicación del c. 1098\*. Como se observó: «no quedaron casados como pretendían (civilmente) pero sí quedaron unidos en matrimonio (canónico) que no había sido conscientemente pretendido»<sup>51</sup>.

Evidentemente el problema planteado es más de índole consensual que estrictamente formal y la adición del inciso transcrito rompe la sistemática, mezclando cuestiones de consentimiento con cuestiones de forma. La Comisión entendió, sin embargo, que el inciso se justificaba para evitar complicadas casuísticas, aunque ello supusiera restringir el ámbito de aplicación de la forma extraordinaria, al exigirse una expresa condición subjetiva: la intención de contraer matrimonio canónico<sup>52</sup>.

Junto a esa exigencia subjetiva —que viene a cerrar el paso a una de las *frugas* del sistema hacia situaciones no razonables— el c. 1116 sigue exigiendo las clásicas circunstancias objetivas de su precedente c. 1098\*: incomodidad grave y peligro de muerte o prudente previsión de ausencia o imposibilidad de testigo cualificado por más de un mes.

No hace falta insistir aquí en que la incomodidad grave se refiere tanto a los contrayentes como al testigo cualificado así como en que la imposibilidad tanto puede ser física como moral, en línea con las respuestas de la CPI de 3 de marzo de 1945 y 25 de julio de 1931. De este modo y en principio —ya lo aclaró en su momento la respuesta de la SCSC de 24 de abril de 1935— la prohibición impuesta por ley civil en ciertos casos extremos continúa incluyéndose en la noción de imposibilidad moral, lo que si deja expedita la posibilidad de defraudar la ley civil posibilita, sin embargo, el acceso al matrimonio en supuestos extremos que requieren un cierto grado de protección canónica.

La duda se plantea en aquellas hipótesis en que la «imposibilidad moral» de ausencia de testigo cualificado emane de norma expresa canónica. Ya se vio que la *mens legislatoris* era claramente restrictiva en los supuestos del c. 1085, § 2, lo que no aparece tan nítido en otros casos de normas limitativas de la presencia del testigo cualificado. Me refiero, por ejemplo, a las situaciones contempladas en el c. 1071.

Ciertamente nos encontramos aquí en supuestos de imposibilidad *moral* que emanan de restricciones impuestas *directamente* por la norma canónica, aunque indirectamente encuentran su apoyo, a veces, en prohibiciones civiles<sup>53</sup>. La cuestión se reconduce a las dudas del legislador de acoger la fórmula ya aludida de que la forma extraordinaria no supusiera un *fraus legis* de la forma ordinaria o bien no se eludiera a su través un expreso *vetitum* del Ordinario. Al no acogerse estas precisiones técnicas, la temática no queda cla-

51. Ysern, 'El matrimonio canónico inconscientemente contraído', *Apollinaris* (1976) 477.

52. *Communicationes* (1978) 94-96.

53. Tal es el caso de los números 2 y 3 del citado canon: "Exceptu casu necessitatis, sine licentia Ordinarii loci ne quis assistat: ... 2.º Matrimonio quod ad normam legis civilis agnosci vel celebrari nequeat; 3.º Matrimonio eius qui obligationibus teneatur naturalibus erga aliam partem filiosve ex praecedenti unione ortis...".

ramente resuelta, pues en apariencia no coincide la restrictiva *mens legislatoris* con una *mens legis* más permisiva. En mi opinión la lógica global del sistema parece apuntar a la solución de que las prohibiciones del c. 1071 —o de otras disposiciones de carácter particular<sup>54</sup>— no interfieren el sistema en los supuestos de peligro de muerte, pero cierran el recurso a la forma extraordinaria en los supuestos del c. 1116, § 1,2.º

En fin, digamos que al no establecerse para los testigos comunes requisitos específicos de capacidad, sigue vigente la común opinión doctrinal de que *todos* (laicos, clérigos o religiosos; fieles, incluso censurados, o infieles; consanguíneos o no, etc.) pueden desempeñar ese cometido, siempre que tengan uso de razón y puedan testimoniar la celebración del matrimonio.

## V.—REFERENCIA A LOS MATRIMONIOS MIXTOS

Si detenidamente se analizan las modificaciones que la normativa posterior al Código de 1917 sobre matrimonios mixtos ha ido introduciendo en materia de forma canónica podría dar la impresión de que ese proceso de «fungibilidad» de la forma canónica inevitablemente culminaría en el Código de 1983 en una exención de este requisito como exigencia *ad valorem* en los supuestos de matrimonios mixtos<sup>55</sup>.

54. Por ejemplo, la prohibición que alguna Conferencia episcopal introdujera de celebrar matrimonio en determinadas regiones, si no es con límite de edad superior a la fijada por el Derecho común en el c. 1083, § 1, y en aplicación del § 2 de ese mismo canon.

55. Prescindiendo aquí del M.p. *Decretum Ne Temere* de 1 de agosto de 1948, que derogaba la última parte del c. 1099, § 2 del Código de 1917, y del M.p. *Crebrae allatae* de 1949, que en su c. 90 establece la forma que ha de observarse en los matrimonios mixtos en lo relacionado con el Derecho canónico oriental, estas son las principales disposiciones posteriores al Código de 1917 que se refieren a los matrimonios mixtos:

— Decr. *Orientalium Ecclesiarum* del Concilio Vaticano II, que en su número 18 exime de la obligatoriedad “ad valorem” de la forma canónica al matrimonio celebrado entre católico oriental y acatólico oriental bautizado.

— Instr. *Matrimonii Sacramentum* (18 marzo 1966, AAS 58 (1966) 235), que mantiene para la validez de los matrimonios mixtos la forma canónica.

— M.p. *De Episcoporum muneribus* (15 junio 1966, AAS 58 (1966) 467-72), que en su norma LX, n. 17 reserva a la Santa Sede la facultad de dispensar de la forma canónica del matrimonio.

— Decr. *Crescens matrimoniorum* (22 febrero 1967, AAS 59 (1967) 165), que aplica lo dispuesto en el n. 18 del Decreto conciliar al caso de matrimonios celebrados entre católicos latinos y acatólicos orientales bautizados.

— M.p. *Matrimonia mixta* (31 marzo 1970, AAS 62 (1970) 257-63), que reorganiza la regulación de los matrimonios mixtos, concediendo a los Ordinarios del lugar facultad para dispensar de la forma de los matrimonios mixtos.

— Respuesta de 11 febrero 1972 de la CPIV (AAS 665 (1972) 397), que equipara a los matrimonios mixtos —a efectos de dispensa de forma por el Ordinario— el matrimonio de un católico con otro católico que hubiera apostatado de su fe y se hubiera convertido a otra confesión no católica.

— Respuesta de 9 de abril 1979 de la CPIV (AAS 71 (1979) 632), que otorga a los Obispos diocesanos la facultad de poner cláusulas invalidantes que circunscriban el ámbito de la dispensa de la forma canónica en los matrimonios mixtos.

Sin embargo, y a pesar de algunas opiniones doctrinales que abogaban por esta solución<sup>56</sup>, el caso es que el nuevo Código mantiene en sus líneas generales las disposiciones del Motu proprio *Matrimonia mixta* sobre la materia. De este modo el c. 1127, § 1 remite expresamente al c. 1108, es decir, sometiendo también los matrimonios mixtos a la normativa general sobre observancia de la forma canónica para la validez del matrimonio<sup>57</sup>.

La única excepción a este principio general es la contenida en el propio § 1 de este canon 1127, que ciertamente no puede calificarse de novedosa, pues simplemente recoge el contenido del Decreto conciliar *Orientalium Ecclesiarum* (n. 18) y del Decreto *Crescens matrimoniorum* de 22 de febrero de 1967.

Por el primero, la forma canónica obliga solamente para la licitud, bastando para la validez la presencia de un ministro sagrado, cuando se trata de matrimonio celebrado entre católico oriental y acatólico oriental bautizado; por el segundo, esta misma norma se extiende al matrimonio contraído entre un católico latino y un acatólico oriental bautizado. El c. 1127 refunde lo ya dispuesto en ambas disposiciones anteriores.

En lo referente al ministro sagrado que para la validez del matrimonio debe en todo caso estar presente, repárese que no necesariamente ha de ser un ministro católico, sino que puede también serlo el de otro culto cristiano cualquiera. Podría plantearse la duda de si la intervención de este ministro no necesariamente ha de ser activa (explícitamente no se exige) así como si basta su sola presencia, sin la asistencia de dos testigos comunes, de la que tampoco se habla. En mi opinión ambas exigencias deben incluirse en la expresión *servatis aliis...* del propio § 1 del c. 1127, que no parece se refiera solamente a las condiciones de capacidad y consentimiento sino también probablemente a estos extremos.

Por su parte, el § 2 del c. 1127 recoge, con algunas modificaciones de matiz, la facultad que el n. 9 del MP *Matrimonia mixta* concedía a los Ordinarios de dispensar la forma de los matrimonios mixtos. Esta facultad se concede en el nuevo Código precisamente al Ordinario del lugar de la parte ca-

56. La bibliografía sobre esta materia es amplísima. Referencias abundantes pueden verse en V. Cantín, 'La forma canónica de los matrimonios mixtos', *Revista Española de Derecho Canónico* (1980) 117-45.

57. Can. 1127: "§ 1. Ad formam quod attinet in matrimonio mixto adhibendam, serventur praescripta can. 1108; si tamen pars catholica matrimonium contrahit cum parte non catholica ritus orientalis, forma canonica celebrationis servanda est ad liceitatem tantum; ad validitatem autem requiritur interventus ministri sacri, servatis aliis de iure servandis.

§ 2. Si graves difficultates formae canonicae servandae obstant, Ordinario loci partis catholicae ius est ab eadem in singulis casibus dispensandi, consulto tamen Ordinario loci in quo matrimonium celebratur, et salva ad validitatem aliqua publica forma celebrationis; Episcoporum conferentiae est normas statuere, quibus praedicta dispensatio concordari ratione concedatur.

§ 3. Vetatur, ne ante vel post canonicam celebrationem ad normam § 1, alia habeatur eiusdem matrimonii celebratio religiosa ad matrimonialem consensum praestandum vel renovandum; item ne fiat celebratio religiosa, in qua assistens catholicus et minister non catholicus insimul, suum quisque ritum peragens, partium consensum exquirant".

tólica, aunque consultando antes al Ordinario del lugar donde se celebrará el matrimonio. La razón estriba en que es el Ordinario del lugar donde de hecho se celebra el matrimonio quien conoce o puede conocer más fácilmente si la celebración del matrimonio canónico en forma no canónica conlleva algún peligro de escándalo u otros inconvenientes que convenga evitar<sup>58</sup>.

Digamos, en fin, que en todo caso, el Ordinario del lugar debe indicar en el momento de la dispensa la concreta forma pública en que el matrimonio, para su validez, habrá de celebrarse. Pienso que puede determinar alguna forma pública distinta de las que concordemente hayan indicado la Conferencia Episcopal, pues el c. 1127 no restringe en este punto la capacidad de elección del Ordinario siempre que, de hecho, indique una *forma pública*, que es exigible *ad validitatem*<sup>59</sup>.

RAFAEL NAVARRO VALLS

*Catedrático de Derecho Canónico  
Universidad Complutense de Madrid*

58. Las distintas redacciones del § 2 del c. 1127, modificado en la Sesión Plenaria de 1981 sobre la redacción que aparecía en el *Schema* del 80, pueden cotejarse en *Communicationes* (1977) 356 y ss., y (1978) 98; *Schema iuxta...*, cit., 245-46; *Relatio complectens...*, cit., 264; *Schema novissimum...*, cit., 199-201.

59. Como es bien sabido, la Conferencia Episcopal española dictó el 25 de enero de 1971 las correspondientes normas para la aplicación en España del M.p. *Matrimonia Mixta*. En ellas por "forma pública" se entendió la celebración del matrimonio ante el ministro de otra confesión cristiana y en la forma prescrita por ésta, o ante la competente autoridad civil y en la forma civil legítimamente prescrita, siempre y cuando esta forma civil no excluya los fines esenciales del matrimonio. Tales disposiciones deben entenderse vigentes.