

## ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS MODALIDADES ESPECIALES Y LA FORMA EXTRAORDINARIA EN EL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL <sup>1</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

En el marco de la Constitución de 1978 y la LOLR de 1981, el sistema matrimonial descrito por el Código civil y los Acuerdos con las confesiones religiosas es un sistema matrimonial civil único, que permite la celebración del matrimonio religioso con efectos civiles en determinados casos. Concretamente están reconocidos por medio de Acuerdo los efectos civiles de las formas religiosas de celebración del matrimonio de los católicos, evangélicos, israelitas e islámicos.

Podemos distinguir dos tipos de reconocimiento diferentes entre las formas religiosas que tienen efectos civiles. Por una parte, el reconocimiento de efectos civiles de las formas de celebración del matrimonio religioso de las confesiones minoritarias con Acuerdo (evangélica, israelita e islámica), que se trata de un reconocimiento acotado por la norma acordada que requiere que la celebración religiosa del matrimonio cumpla unos determinados requisitos establecidos en ella. Dichos requisitos son, en todos los casos, la presencia del testigo autorizante y la presencia de dos testigos comunes; y en el caso de evangélicos e israelitas, la exigencia del expediente civil previo y la celebración del matrimonio en un plazo de seis meses desde la obtención de la correspondiente certificación.

Por tanto, para las confesiones minoritarias con Acuerdo, el reconocimiento de efectos civiles está limitado, la única forma de celebración que tiene efectos civiles es la que cumple los requisitos descritos por el respectivo Acuerdo <sup>2</sup>.

1 Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación titulado «Familia y libertad de conciencia en la Unión Europea y el Derecho comparado», financiado por la UPV/EHU (UPV/EHU 00122.224-HA-8096/2000).

2 V. Reina - J. M. Martinell, *Curso de Derecho matrimonial*, Madrid 1995, p. 548. Como señalan estos autores, «cualesquiera que sean las particularidades, amplitud y normativa confesionales en la

Por otra parte, la Iglesia Católica presenta un régimen específico, el reconocimiento sobre forma de celebración del matrimonio recogido en el artículo VI,1 del AAJSS, y en el artículo 60 del Cc, no se realizó en términos tan precisos, ya que estas normas establecen un reconocimiento global de la normativa canónica sobre forma de celebración<sup>3</sup> y un reconocimiento de las resoluciones de nulidad de matrimonio y de las decisiones sobre matrimonio rato y no consumado si se declaran ajustadas al Derecho del Estado. Esto nos puede llevar a afirmar, con algunas matizaciones que señalaremos posteriormente, que el reconocimiento de efectos a la celebración del matrimonio canónico se refiere tanto a la forma ordinaria como a la forma extraordinaria.

No obstante, el estudio global de la forma de celebración del matrimonio en el Derecho canónico y en el Derecho civil tendría un contenido tan amplio que excedería las posibilidades reales del presente trabajo, por lo que nos limitaremos a estudiar las modalidades especiales de la forma ordinaria y la forma extraordinaria del matrimonio canónico.

El objeto del presente estudio no es otro que el de analizar si es posible el reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados en forma religiosa canónica, cuando se realizan según las modalidades especiales, es decir, el matrimonio secreto y el matrimonio por apoderado, y en forma extraordinaria, en el marco del sistema matrimonial previsto en el Estado español<sup>4</sup>.

Es necesario subrayar que la base de la que partimos es que el sistema matrimonial en el que se produce el reconocimiento de efectos civiles a las formas religiosas de celebración del matrimonio es un sistema civil de tipo único que está enmarcado en un sistema constitucional que establece como coordenadas o principios fundamentales el principio de libertad religiosa, el principio de igualdad y el principio de laicidad; y que el sistema matrimonial, como subsistema que se incluye dentro del sistema estatal, debe respetar los principios señalados.

materia, la única forma de celebración válida para el Estado es la que reúne las condiciones previstas en el Acuerdo».

3 Afirmación compartida por la doctrina. Así V. Reina - J. M. Martinell, *Curso de Derecho matrimonial*, cit., p. 246, señalan que «la recepción civil de la forma canónica es fundamentalmente amplia y sin mediatizaciones civiles; y ello gracias al principio de confianza con que ha operado el Estado sobre la base de una experiencia secular en la seriedad y seguridad de las celebraciones matrimoniales realizadas en el seno de la Iglesia Católica».

4 Se admite mayoritariamente por la doctrina que el reconocimiento de la normativa canónica sobre forma de celebración incluye tanto a la forma de celebración ordinaria, y las modalidades de dicha forma ordinaria, como a la forma de celebración extraordinaria, aunque algunos autores matizan que el reconocimiento está sujeto a algunas restricciones, a las que más adelante haremos referencia. Así D. Llamazares Fernández, *El sistema matrimonial español*, Madrid 1995, pp. 207 a 209.

El principio de laicidad debe, por tanto, informar la interpretación de las normas de tal forma que se evite que el reconocimiento de la forma de celebración del matrimonio religioso pueda contravenir su contenido. Dicho principio actúa como límite del reconocimiento de las formas religiosas del matrimonio, previstas para facilitar el cumplimiento del derecho de libertad religiosa en base al principio de cooperación.

Como ya se ha señalado anteriormente, el límite del reconocimiento de la normativa confesional canónica está configurado, dado que estamos en un sistema matrimonial civil de tipo único, por la regulación de la forma de celebración civil del matrimonio descrita por el Código civil. Esta norma señala que el matrimonio puede celebrarse en forma civil y recoge además de la forma ordinaria, modalidades especiales dentro de la forma ordinaria y una forma extraordinaria.

También las normas de Derecho canónico reconocidas prevén el matrimonio celebrado en forma ordinaria y extraordinaria, se tratará de estudiar los requisitos esenciales de las modalidades especiales y de la forma extraordinaria del matrimonio canónico para comprobar si es posible, dentro del marco constitucional, el reconocimiento global de las normas canónicas sobre forma de celebración del matrimonio, o si por el contrario es necesario limitarlo en algunos casos.

La materia que vamos a desarrollar se sistematiza entorno a dos categorías, en primer lugar las denominadas por la doctrina modalidades especiales de la forma ordinaria, el matrimonio secreto y el matrimonio por procurador, que se consideran incluidas dentro de la forma ordinaria por cuanto en principio es necesario que su celebración cumpla con los requisitos esenciales o sustanciales propios de la forma ordinaria. Y como segunda categoría, nos referiremos a la forma extraordinaria, respecto a la que cabría señalar como característica destacable la eliminación de alguno de los requisitos previstos para la forma esencial ordinaria.

## 2. MODALIDADES ESPECIALES DE LA FORMA ORDINARIA

### 2.1. *El matrimonio secreto en el Derecho civil y en el Derecho canónico*

Se entiende por matrimonio civil secreto el matrimonio que se celebra sin los requisitos de publicidad que establece la ley para casos generales.

El Derecho civil contempla el matrimonio secreto en los artículos 54 y 64 del Cc, artículos 78 y 79 LRC, y artículos 267 a 270 RRC, reformados por RD 1917/1986, de 29 de agosto, reforma que afecta a los artículos 267 y 269 RRC.

En la reforma del Cc por Ley 30/1981, se pusieron de relieve un gran número de argumentos en favor y en contra de la inclusión de esta figura en el Código civil, tanto a nivel parlamentario<sup>5</sup> como a nivel doctrinal<sup>6</sup>.

La figura del matrimonio civil celebrado en secreto tiene su origen en el Derecho canónico. Las características diferenciales del matrimonio civil celebrado en secreto respecto a la forma ordinaria, son aquellas que derivan de la falta de publicidad de este matrimonio<sup>7</sup>, concretamente, que el expediente previo al matrimonio se tramita reservadamente, que el matrimonio se celebra en secreto y que la inscripción se produce en un libro especial.

Señalaremos brevemente a continuación los rasgos específicos de esta modalidad de matrimonio civil.

1) En esta modalidad especial de matrimonio civil es preceptivo el expediente previo al matrimonio, pero la especialidad del mismo deriva de que en este caso no se publican edictos o proclamas en razón del carácter reservado del matrimonio.

2) El Código civil no prevé de forma concreta cómo debe llevarse a cabo el intercambio de consentimiento matrimonial, pareciendo lo más lógico entender que se realizará de forma reservada.

5 Véase el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, I Legislatura 1981, pp. 9509 a 9511. En el Congreso, el Grupo Parlamentario comunista, Sr. Solé Barberá, propone la supresión del artículo 54, en conexión con la propuesta de supresión del artículo 64 relativo a dicha materia, por considerar que mantener la regulación de esta figura en el contexto de la libertad y la concepción familiar de hoy «parece algo que prácticamente roza en lo insignificante, cuando no en lo de auténtica frivolidad». Por el contrario, la Unión de Centro Democrático, Sr. Escarín Ipiens, justificaba su regulación en «los principios constitucionales del derecho a la intimidad familiar».

6 El debate político se reprodujo también a nivel doctrinal; en contra L. Puig Ferriol, 'Comentario al artículo 54 del Código civil', en *Comentario del Código civil*, M.J., 1993, p. 288. Este autor señala que «si el matrimonio implica un *status* o situación familiar, que afecta no sólo a los cónyuges sino también a la sociedad en general (...), no resulta justificado —por lo menos desde una perspectiva jurídica y partiendo de una idea de secularización del matrimonio— acoger en los tiempos actuales una forma de matrimonio secreto». A favor de la inclusión de la misma, R. Gaya Sicilia, 'Comentario al artículo 54 del Código civil', en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil*, Madrid 1994, pp. 401 a 408, especialmente en la p. 404. Esta autora indica que «participo en este punto de la tesis de Luna Serrano y considero que el ejercicio del derecho a contraer matrimonio que a todo hombre y mujer reconoce el artículo 32 del texto constitucional no puede verse limitado por situaciones fácticas o de conciencia que podrían obviarse —como efectivamente ocurre— con la simple aplicación del artículo 54 del Código civil. Así pues, entiendo que el matrimonio secreto tiene su lógica y cumple una razonable función: la de hacer posible el ejercicio del derecho al matrimonio en aquellos casos en que sin estar éste legalmente impedido lo esté de hecho por los obstáculos prácticos que concurren».

7 V. Reina - J. M. Martinell, *Curso de Derecho matrimonial*, cit., p. 536. Estos autores señalan que «la falta de publicidad propia del matrimonio secreto no se refiere a la forma jurídica en sí misma considerada —que es forma ordinaria, aunque quepa suponer que la celebración tenga lugar con la discreción propia del caso—, sino a las formalidades anteriores y posteriores a la celebración, es decir, al expediente y a la inscripción registral, con eficacia limitada respecto a terceros».

3) En relación a los trámites posteriores a la celebración, según lo previsto en el artículo 267 III del RRC, el acta de celebración no seguirá el régimen de inscripción ordinario, sino que será remitida original, inmediata y reservadamente al Registro central. La inscripción del matrimonio secreto se llevará a cabo en un Libro especial en el Registro civil central (art. 64 Cc y art. 267 RRC) y esa inscripción tendrá carácter secreto aunque puede ser consultada por los cónyuges, personalmente o por mandatario con poder especial.

El matrimonio civil secreto tiene efectos desde el momento de su celebración, según lo dispuesto en el artículo 61 del Cc que es de general aplicación para todas las formas de celebración del matrimonio con efectos civiles. El pleno reconocimiento de los efectos del matrimonio deriva de su inscripción en el Registro civil, pero como en este caso la inscripción en el Libro especial del Registro civil central es secreta, el artículo 64 del Cc prevé que dicho matrimonio no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas sino desde la publicación del mismo en el Registro civil ordinario.

Por lo que respecta a los requisitos, es necesario, para poder celebrar matrimonio civil secreto, según lo establecido por el artículo 54 del Cc, obtener una autorización que corresponde otorgar al Ministro de Justicia, éste, a propuesta de la Dirección General de Registros, según lo establecido en el artículo 267 II del RRC, concederá dicha autorización discrecionalmente en virtud de las razones que se aleguen en la solicitud.

La instrucción del expediente, tal y como establece el artículo 365 del RRC se realiza en una primera fase en el Registro civil del domicilio de alguno de los contrayentes, y en una segunda fase ante la DGRN hasta la resolución definitiva por el Ministro de Justicia (art. 74 LRC).

El artículo 54 del Cc exige para la autorización del matrimonio secreto que exista una causa grave suficientemente probada. El Ministro de Justicia decidirá si se produce concurrencia de la causa grave y de la prueba suficiente de la misma, y a la vista de ello decidirá discrecionalmente sobre si procede o no autorizar la celebración del matrimonio secreto. No se dará recurso alguno contra la decisión administrativa discrecional<sup>8</sup>.

Una vez que hemos señalado cuales son los requisitos esenciales de la celebración del matrimonio secreto en el Derecho civil vamos a tratar a continuación cuáles son los requisitos que exige el Derecho canónico para este tipo de matrimonio resaltando las dificultades que plantea su reconocimiento.

8 L. Puig Ferriol, 'Comentario al artículo 54 del Código civil', cit., p. 288.

El matrimonio canónico secreto está regulado en los cánones 1130 a 1133. La anterior normativa canónica, el CIC de 1917, recogía una regulación similar a la que se dio en 1983 en los cánones 1104 a 1107, aunque el CIC de 1917 utilizaba el término «matrimonio de conciencia»<sup>9</sup> para hacer referencia a la actual figura del matrimonio secreto.

Para la celebración del matrimonio canónico secreto, el canon 1130 requiere la concurrencia de una causa grave y urgente, y la autorización de su celebración por el Ordinario del lugar.

Por cuanto a la exigencia de concurrencia de una causa grave y urgente, ésta será apreciada discrecionalmente por el Ordinario del lugar. La doctrina recoge como supuestos de concurrencia de causa grave y urgente el concubinato de dos personas que son públicamente tenidas como marido y mujer, la disparidad en la condición social de los esposos, o la irrazonable oposición de los parientes, siempre que la no celebración del matrimonio acarree daños morales o económicos importantes<sup>10</sup>.

El segundo requisito recogido en el canon 1130, exige que la celebración del matrimonio canónico secreto sea autorizada por el Ordinario del lugar. Se ha señalado que, a estos efectos, se entiende incluido el vicario general sin mandato especial, figura que estaba excluida, por el contrario en el CIC de 1917.

9 A. Bernárdez Cantón, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, 5.ª ed., Madrid 1979, pp. 318 a 322. Este autor recoge la regulación anterior a la reforma del CIC el llamado «matrimonio de conciencia». También se recogen precisiones terminológicas entorno al matrimonio de conciencia-matrimonio secreto en la obra de F. Aznar Gil, *El nuevo Derecho matrimonial canónico*, 2.ª ed., Salamanca 1985, p. 420; J. Ferrer Ortiz, «Celebración en secreto e inscripción en el Registro civil», en AA.VV., *Forma jurídica y matrimonio canónico*, ed. dirigida por Rafael Rodríguez Ocaña, Pamplona 1998, pp. 43 a 78, especialmente en las pp. 46 a 50. Este autor señala que un amplio sector de la doctrina canónica, entre ellos Gasparri y De Bernardis, considera que son términos equivalentes, pero en el proceso de elaboración del CIC de 1983, se optó por el término matrimonio secreto, argumentando que el matrimonio secreto no es un matrimonio oculto sino público en el sentido de que puede probarse en el fuero externo, y no es un matrimonio que existe sólo en conciencia, sino que existe también para el Derecho.

10 Recoge estos requisitos A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, 7.ª ed., Madrid 1991, pp. 232 y 233. En el mismo sentido, J. Ferrer Ortiz, «Celebración en secreto e inscripción en el Registro civil», cit., pp. 50, 52 y 53. Este autor presenta una lista de causas graves y urgentes que pueden reconducirse a motivaciones morales, familiares, económicas o políticas, como, por ejemplo, y además de las causas señaladas en el texto, el matrimonio morganático cuando uno de los cónyuges es de diferente rango social; la viuda que, si contrae segundas nupcias, pierde la tutela de los hijos o queda inhabilitada para ejercer el comercio, con el consiguiente perjuicio para el mantenimiento de la prole; el militar que contrae matrimonio con mujer no dotada en la cuantía determinada por la legislación militar; la persona que pretende conjurar el peligro de desheredación por contraer matrimonio con la oposición injustificada de sus progenitores; cuando una mujer musulmana pretende contraer matrimonio con cristiano, ya que está prohibido por la ley coránica; cuando se pretende matrimonio entre personas a las que el Derecho civil impide el matrimonio por alguna causa no recogida en el Derecho canónico, o cuando la celebración canónica en secreto permite sortear prohibiciones de la ley civil.

Las características especiales de este matrimonio afectan, lo mismo que en el matrimonio civil secreto, a las formalidades previas y posteriores, más que a la estricta forma de celebración, que debe reunir requisitos de validez semejantes a la forma ordinaria de celebración<sup>11</sup>.

Las formalidades previas propias de la forma ordinaria como son la investigación sobre el estado de libertad de los contrayentes y las proclamas en principio deben realizarse, si no procede la dispensa de las mismas, pero a diferencia de la forma ordinaria, en el matrimonio secreto estas formalidades previas se realizan en secreto.

Por otro lado, entre las formalidades posteriores, la inscripción canónica del matrimonio secreto presenta como peculiaridad que se practicará por medio de anotación en un Registro especial que se guarda en el archivo secreto de la Curia, según lo que dispone el canon 1133.

La obligación de informar al Ordinario del lugar para que inste la inscripción del matrimonio incumbe al testigo calificado que lo celebró. La obligación de guardar secreto se refiere al Ordinario del lugar, al asistente, a los testigos y a los cónyuges.

El cese de esta obligación se recoge en el canon 1132, en el que se establece que cuando por la observancia del secreto hay peligro inminente de escándalo grave o de grave injuria a la santidad del matrimonio cesa para el Ordinario la obligación de guardar secreto<sup>12</sup>. En dicho supuesto, el matrimonio se debe publicar en los registros ordinarios, y pueden solicitar la publicación del mismo, además de los contrayentes o del contrayente supérstite, el Ordinario del lugar.

En relación a la inscripción del matrimonio canónico secreto en el Registro civil hay que señalar que, a pesar de la importancia que se ha venido otorgando por parte de la doctrina a la inscripción en el Registro civil de los matrimonios celebrados en forma religiosa, la inscripción no tiene valor sustancial o constitutivo, el matrimonio surte efectos desde su celebración, sea en forma civil o religiosa, si cumple los requisitos de validez exigidos por la ley civil. La inscripción tiene meramente un valor accidental cuya única consecuencia es el pleno reconocimiento de efectos civiles. Así, el

11 La doctrina comúnmente integra el matrimonio secreto como una modalidad de la forma ordinaria. Véase D. Llamazares Fernández, *El sistema matrimonial...*, cit., p. 207; V. Reina - J. M. Martinell, *Curso de Derecho matrimonial*, cit., p. 536; J. Ferrer Ortiz, 'Celebración en secreto e inscripción en el Registro civil', cit., p. 49; A. Bernárdez Cantón, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, cit., p. 318. El mismo autor, A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho matrimonial...*, cit., p. 231.

12 La doctrina recoge, como ejemplos de escándalo grave, que los cónyuges se comporten como tales y sean tenidos socialmente por concubinos al no constar su matrimonio; y de grave injuria a la santidad del matrimonio, que alguno de los cónyuges pretenda contraer otro matrimonio.

artículo 64 del Cc, y los artículos 70, 78 y 79 de la LRC prevén que para el pleno reconocimiento de efectos civiles del matrimonio canónico secreto es necesario su inscripción en el libro especial del Registro civil central, pero dicha inscripción no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceros sino hasta que dicho matrimonio se publique en el Registro civil. Según estos preceptos la inscripción civil del matrimonio religioso celebrado en secreto debe ser solicitada por ambos contrayentes.

Como hemos señalado, los efectos civiles del matrimonio canónico secreto surgen desde la celebración del matrimonio, sin que el ordenamiento civil prevea la posibilidad de que la intención de los contrayentes pueda alterar esta prescripción contenida en el artículo 60 del Cc. A pesar del tenor legal hay opiniones en contra, como la que se expone en la sentencia de 30/12/1994, del TSJPV, Sala de lo social, en el FJ 4, al señalar que «el único matrimonio celebrado con arreglo a las normas del derecho canónico que tiene efectos civiles es el que se contrae con el ánimo de tenerlos; por tanto, el público, no el secreto», y también hay que destacar la opinión de algunos autores que mantienen esta misma tesis<sup>13</sup>. A este respecto, la doctrina parece mayoritaria al considerar que los efectos civiles del matrimonio canónico secreto se producen desde el momento de su celebración, siendo irrelevante la voluntad de los contrayentes en este aspecto<sup>14</sup>, y también es mayoritaria la opinión que afirma que sería deseable que se modificara este régimen jurídico para respetar la autonomía de

13 J. Ferrer Ortiz, 'Celebración en secreto e inscripción en el Registro civil', cit., p. 73. Este autor considera acertado el fallo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

14 Véase A. Castro Jover, 'Matrimonio religioso secreto', en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3, diciembre 1995; D. Llamazares Fernández, *El sistema matrimonial...*, cit., p. 207. Este autor señala que respecto al matrimonio secreto «ninguna dificultad, por tanto, en reconocerle efectos civiles». En el mismo sentido, J. A. Álvarez Caperochipi, 'Comentario al artículo 78 del Código civil', en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil*, Civitas, 1994, pp. 739 a 775. Este autor señala en la p. 757 que «tampoco parece que deba haber inconveniente en admitir la validez del matrimonio religioso secreto o de conciencia que se regula en los cánones 1104 y siguientes del Código de Derecho canónico (...). Ello se debe a que en el matrimonio canónico secreto o de conciencia se recogen todos los requisitos de forma sustancial del matrimonio y el tenor del artículo 64 del Código civil no nos debe llevar, dado el principio del artículo 78, a concluir que el matrimonio religioso secreto o de conciencia no es reconocido si no está inscrito en el Registro central». J. Díez del Corral Rivas, 'Comentario al artículo 64 del Código civil', en *Comentario del Código civil*, t. 1, M.J., 1993, p. 312. Considera este autor que «se trata de una forma válida de celebración, reconocida por los Acuerdos con la Santa Sede y por los artículos 59 y 60 Cc y que no puede quedar substraída a la declaración fundamental del artículo 61 Cc el matrimonio produce efectos jurídicos desde su celebración». J. Fornés, 'Comentario al canon 1130', en *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, vol. III, 2.ª ed., Pamplona 1997, p. 1517. El mismo autor, J. Fornés, 'El matrimonio celebrado en secreto según el Código de 1983, con referencia a sus efectos civiles en el Derecho español', en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Ed. Diputación de Castellón 1999, pp. 319 a 323, especialmente en la p. 322.

la voluntad del sujeto que pretende realizar un matrimonio que quede en el puro ámbito de la conciencia <sup>15</sup>.

En referencia a los efectos civiles del matrimonio canónico secreto, habrá que tener presentes dos puntos claves como son que esta figura pretende dar solución a un problema de conciencia, por una parte, y que hay que evitar que se utilice la figura del matrimonio canónico secreto como instrumento de fraude de la ley civil, por otra.

La mayoría de la doctrina, como hemos señalado, comparte que se producen los efectos civiles del matrimonio canónico secreto desde su celebración, y es lógico, ya que los requisitos esenciales de la forma de celebración canónica y civil de esta modalidad de matrimonio coinciden, ambos establecen para la validez de esta forma de celebración la autorización previa por la autoridad competente y la causa grave.

No obstante, hay que señalar que algunos autores <sup>16</sup> mantienen que mientras la regulación anterior sí suponía integrar la legislación eclesiástica, sin que se exigiera ninguna formalidad más que las previstas por el Derecho canónico, no cabe sostener esta afirmación en la actualidad, sino que son preceptivos los requisitos del artículo 54 del Código civil, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio secreto. Según esta tesis, debe ser el legislador civil quien determine los requisitos señalados, y es la autoridad civil la competente para apreciar la concurrencia de la causa y la autorización para su celebración. La razón que se esgrime para defender esta interpretación es que la forma civil presupone la publicidad, y su ausencia, en el ámbito civil, tiene un carácter excepcional, por lo que se que considera que no procede la derogación de la publicidad inherente a todo matrimonio que no provenga de la autoridad del Estado.

A pesar de la opinión expuesta, creemos conveniente señalar por qué consideramos que la autorización eclesiástica para celebrar el matrimonio canónico secreto es suficiente para que surjan los efectos civiles desde su celebración. En principio hay que destacar que la norma civil no recoge expresamente el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico celebrado en secreto, tampoco hay una norma expresa que señale que la autorización otorgada por la autoridad eclesiástica en esta materia es sufi-

15 J. M. Martinell, 'Derecho a celebrar ritos matrimoniales y Acuerdos de cooperación', en *RJC* 1995, pp. 75 a 105; Z. Combalía Solís, *La autonomía privada en la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil*, Zaragoza 1992, pp. 43 y ss.; R. Navarro Valls, Prólogo a la obra de Z. Combalía Solís, *La autonomía privada en la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil*, cit., pp. 9 a 13.

16 Rams Albesa - S. Carrión Olmos, 'Comentario al artículo 64 del Código civil', en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del Libro I del Código civil*, 2.ª ed., 1994, especialmente en las pp. 611 y 613 a 616.

ciente para considerar que procede, en el ámbito civil, el reconocimiento de efectos civiles al mismo. En esta materia es necesario llevar a cabo una tarea de interpretación de la norma civil en relación al reconocimiento genérico que hace del matrimonio celebrado según las normas de Derecho canónico y al reconocimiento de las resoluciones canónicas de nulidad y las decisiones sobre matrimonio rato y no consumado. Ante las lagunas de la ley, la interpretación debe siempre seguir las pautas establecidas por el Código civil en dicha materia, que señalan que cuando se trata de una norma de carácter especial, como puede ser el artículo 80 del Cc, no cabe la interpretación analógica, que sólo procede respecto a reglas de carácter general<sup>17</sup>. Pero en este caso, cabe argumentar que se aplica la analogía por cuanto se trata de aplicar una norma de Derecho especial a un supuesto de hecho que se mueve dentro de la misma parcela del ordenamiento jurídico, es decir a otro supuesto de Derecho especial. Es por eso que consideramos que, al igual que se conceden efectos a las resoluciones de nulidad canónicas si se declaran ajustadas al Derecho del Estado (art. 80 Cc), hay que considerar que también la dispensa canónica tiene efectos civiles y, en relación al tema que nos ocupa, la autorización eclesiástica en materia de matrimonio secreto tendrá efectos civiles siempre y cuando la misma no tenga como causa evitar la aplicación de la ley civil.

## 2.2. *El matrimonio por apoderado en el Derecho civil y en el Derecho canónico*

En el ámbito civil, esta modalidad de matrimonio recoge la posibilidad de que uno de los contrayentes pueda manifestar el consentimiento matrimonial sin estar presente en el acto de celebración del matrimonio, valiéndose de una tercera persona que actúa como representante voluntario del contrayente en virtud de un apoderamiento que dicho contrayente le ha conferido. El matrimonio por apoderado, al igual que el matrimonio secreto, es una modalidad especial de la forma ordinaria. Así lo entiende gran parte de la doctrina, cuando niegan que la celebración del matrimonio por apoderado sea una forma extraordinaria de matrimonio y también lo pone de relieve el iter legislativo del artículo 55 del Código civil. El texto del Proyecto que presentó el Gobierno exigía, para poder celebrar este matrimonio, que concurrieran causas graves que lo justificaran, mientras que el texto aprobado tras el informe de la ponencia únicamente exigía el requisito de

<sup>17</sup> Véase E. Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción y prólogo de J. L. de los Mozos, EJDERSA, Madrid 1975, pp. 155 a 176 y 277 a 300.

que concurriera una causa que así lo justificara y, finalmente este requisito acaba por desaparecer en el texto definitivo que no exige concurrencia de causa alguna. En relación a esta modalidad de matrimonio, el artículo 55 del Cc señala que no es necesario que se cumpla más que un presupuesto como es que uno de los contrayentes no resida en el distrito o demarcación del juez o funcionario autorizante<sup>18</sup>.

En relación al término que recoge el artículo 55 del Cc, matrimonio «por apoderado»<sup>19</sup>, es necesario realizar algunas precisiones terminológicas, ya que hay diferentes posicionamientos sobre el uso del término apoderado en este contexto. Unos consideran que no es afortunado<sup>20</sup>, porque no se trata de un representante voluntario como indica el término, e incluso señalan que hubiera sido mejor utilizar el termino «nuntius» por cuanto su contenido indica que el sujeto es portador de una declaración de voluntad completamente predeterminada por la persona que otorga el poder. Por el contrario, otro sector criticando la utilización del término «nuntius», considera adecuado el uso del término «apoderado», e indica que en el matrimonio por poder la obligación del apoderado no es sólo material sino que incluye el deber de poner en conocimiento del poderdante aquellos hechos de que tuviera conocimiento que por su entidad pudieran inducir a considerar las nupcias no deseables. Así se puede afirmar que «tal vez lo más correcto sea aceptar un concepto amplio de representación en el que quepa la figura comentada. Parece razonable pensar que no se trata de excluir en nuestro caso el fenómeno de la representación cuanto de admitirlo dentro de unos límites necesariamente estrechos en el Derecho de familia y, muy en particular, en el matrimonio»<sup>21</sup>.

18 L. Puig Ferriol, 'Comentario al artículo 55 del Código civil', en *Comentario del Código civil*, t. I, M.J., pp. 289 y 290. Aunque hay que señalar que puede parecer, en función de la lectura de algunos textos doctrinales, que es necesario que concurren supuestos de imposibilidad, v.g., V. Reina - J. M. Martinell, *Curso de Derecho matrimonial*, cit., p. 533. Estos autores señalan que en ese artículo trata de dar respuesta a supuestos «de grave dificultad o imposibilidad material de los contrayentes de estar presentes personalmente en el momento de la celebración del matrimonio».

19 Como se puede apreciar no es una cuestión baladí, ya que en función de que nos encontremos ante un apoderado o un *nuntius* será diferente el régimen jurídico de aplicación al sujeto que actúa como representante en relación a supuestos como coacciones al representante o la responsabilidad en relación a la mala fe matrimonial.

20 L. Puig Ferriol, 'Comentario al artículo 55 del Código civil', cit., p. 289. El autor señala que esta expresión «no es el todo correcta, por cuanto el poder presupone que el apoderado pueda actuar dentro de un margen de discrecionalidad más o menos amplio, siempre —claro es— que se mueva dentro de los límites del poder de representación que se le haya conferido. Pero tal margen de discrecionalidad no puede darse en el matrimonio por apoderado, pues éste no puede sino exteriorizar el consentimiento matrimonial del contrayente que le ha conferido el poder sin matización ni modalidad alguna».

21 E. Rubio Torrano, «Comentario al artículo 55 del Código civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil*, 2.ª ed., Madrid 1994, pp. 409 a 413. Concreta-

La característica especial del matrimonio por apoderado en el Derecho civil consiste en que uno de los contrayentes, que no está presente en la celebración del matrimonio, está representado por un procurador o persona que transmite la voluntad ya declarada por el representado. En este caso se exigen como requisitos los siguientes; en primer lugar, que el juez, alcalde o funcionario encargado del Registro civil autorice en el expediente previo que el matrimonio se celebre por apoderado. Como ya se ha señalado, anteriormente se exigía para que se produjera dicha autorización la existencia de una causa, pero en la nueva regulación este requisito no es necesario y aunque no exista una causa el juez podrá proceder, conforme a su criterio, a su autorización, para ello sólo se exige que uno de los cónyuges resida fuera de la demarcación territorial donde se va a celebrar el matrimonio.

En segundo lugar se exige que se otorgue un poder especial. Este se constituye a partir de la declaración de voluntad de uno de los contrayentes, el poderdante. Dicha declaración tiene carácter recepticio, debe ser conocida tanto por la persona que actuará como representante como por el otro cónyuge que estará presente en el momento de celebración del matrimonio. El poder, además, debe ser especial, por lo tanto debe circunscribirse al encargo de manifestar el consentimiento matrimonial a una persona concreta. Igualmente, en dicho poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de aquellas circunstancias necesarias para su identificación. El artículo 1280 del Cc exige que el poder se otorgue de forma auténtica, es decir, en documento público, bien en forma notarial o ante un cónsul de España en el extranjero.

El artículo 55 del Cc señala cuáles son las causas de extinción del poder para contraer matrimonio, que son las siguientes: revocación del poderdante, renuncia del apoderado<sup>22</sup> o muerte de cualquiera de ellos. Reina y Martinell<sup>23</sup> señalan que pueden existir otras causas no expresadas en ese artículo

mente en las pp. 409 y 410 este autor señala que «tampoco puede decirse sin más que el apoderado cumple una mera función material y mecánica, ya que si bien no tiene campo de decisión alguno, deberá, por ejemplo, poner en conocimiento de su poderdante aquellos hechos que por su entidad indujeran razonablemente a considerar las nupcias como no deseables y, por tanto, a desistir de la voluntad de contraer matrimonio».

22 L. Puig Ferriol, 'Comentario al artículo 55 del Código civil', cit., p. 291. En relación a esta causa de extinción del poder, señala este autor que la inclusión de esta causa «no tiene una justificación clara; pues si, como se ha indicado antes, el poder se origina por la sola declaración de voluntad del poderdante, el apoderado no debe renunciar a nada, simplemente limitarse a no ejercitar el contenido del poder que se le haya conferido». Recogen también este mismo dato V. Reina - J. M. Martinell, *Curso de Derecho matrimonial*, cit., p. 535. Estos autores consideran que lo que hace este artículo es reproducir la norma legal que recoge el contrato de mandato en general para este caso concreto, el artículo 1732,2 Cc.

23 V. Reina - J. M. Martinell, *Curso de Derecho matrimonial*, cit., p. 535.

lo por las cuales se extingue el poder y recoge entre ellas el supuesto del cumplimiento de una condición resolutoria o un término final, el caso de que el poderdante haya celebrado personalmente el matrimonio o que el apoderado ya haya transmitido la voluntad matrimonial en una celebración previa, en las señaladas circunstancias no tiene sentido volver a utilizar el poder. Otra causa de extinción sería el hecho de que el matrimonio se hubiera convertido en imposible por haber contraído alguna de las partes otro matrimonio, y también se señala el supuesto de que el poderdante, tras otorgar el poder hubiera padecido una perturbación o enfermedad mental que le incapacite para prestar el consentimiento.

Una vez examinados los requisitos de la celebración del matrimonio por apoderado en el Derecho civil, compararemos estos requisitos con los que exige el Derecho canónico para celebrar válidamente dicho matrimonio.

Es interesante destacar con carácter previo que, si bien la mayor parte de la doctrina canónica estudia el matrimonio por procurador como un apartado dentro de las modalidades especiales del matrimonio, el Código canónico y algunos autores<sup>24</sup> no lo ordenan sistemáticamente del mismo modo, sino que recogen el matrimonio por procurador vinculándolo al consentimiento matrimonial, como manifestación del mismo. Y es que creo necesario distinguir, por un lado, entre los requisitos referentes a la manifestación, en cuanto exteriorización del consentimiento matrimonial que emiten las partes (aquí se incardina el matrimonio por procurador); y, por otro lado, los requisitos exigidos para que la manifestación del consentimiento pueda producir efectos, es decir, los requisitos referentes a la forma jurídica de celebración.

El canon 1104 recoge dos posibilidades de celebrar el matrimonio en forma ordinaria: la primera es aquella en que los contrayentes están presentes físicamente, y la segunda, es una modalidad especial de la forma ordinaria que consiste en la posibilidad de que los esposos contraigan matrimonio por medio de procurador. Una peculiaridad que presenta el Derecho canónico respecto a la regulación civil es que el canon 1104 no indica que sea necesario que al menos uno de los contrayentes esté presente físicamente en el momento de la celebración, a diferencia del Derecho civil. El problema se plantearía en el caso en el que se celebrara un matrimonio canónico en el que ambos contrayentes estuvieran representados en la celebración del matrimonio por medio de procurador. Teniendo en cuenta que para el Derecho canónico se cumplirían los requisitos de validez del matrimonio por procura-

<sup>24</sup> Véase A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho matrimonial*, cit., pp. 122 y 123. También F. Aznar Gil, *El nuevo Derecho matrimonial canónico*, cit., pp. 283 a 285.

dor, mientras que para el Derecho civil no, nos podemos preguntar si en este caso podría tener en efectos civiles el matrimonio canónico.

Las posibles soluciones a este problema son dos. La primera consistiría en defender que como nos encontramos en un supuesto en el que se recoge, más que un requisito sustancial para la validez del matrimonio (la presencia física de uno de los contrayentes), una forma de emisión o manifestación válida del consentimiento matrimonial, la expresada por medio de un representante. Se trataría, por tanto, y tal y como pone de relieve la sistemática del CIC de una modalidad de prestación del consentimiento matrimonial, vinculada al elemento esencial del consentimiento.

Siguiendo esta argumentación, el problema que se plantea es el siguiente: ¿es razonable la limitación que establece el ordenamiento civil, al establecer como requisito para poder celebrar matrimonio por procurador la presencia de uno de los contrayentes?, ¿por qué no admitir los efectos civiles del matrimonio por procurador celebrado en forma canónica en el caso en el que ambos estén representados?

La posibilidad que recoge el ordenamiento civil de que uno de los contrayentes manifieste el consentimiento matrimonial por medio de procurador significa que el ordenamiento acepta como suficiente que el consentimiento matrimonial se emita por representante. El hecho de que la manifestación del consentimiento matrimonial se realice por procurador por parte de ambos contrayentes no debería significar que el consentimiento de ambos no sea suficiente. En este supuesto si se cumplen los requisitos de forma esencial, es decir, la presencia del testigo autorizado y de los dos testigos comunes, se cumplen los requisitos de validez que el Derecho civil exige.

Esta solución pone de relieve que el matrimonio por procurador establece no tanto unos requisitos específicos de forma de celebración, como una modalidad de emisión o exteriorización del consentimiento.

Otra posible solución, consiste en señalar que el matrimonio canónico, cuando ambos contrayentes están representados por procurador no puede tener efectos civiles, ya que no se cumple el presupuesto que el Derecho civil exige para la celebración del matrimonio por procurador, como es que uno de los contrayentes esté físicamente presente en dicha celebración<sup>25</sup>. A este

25 J. A. Álvarez Caperochipi, 'Comentario al artículo 78 del Código civil', cit., p. 757. Este autor señala que no se puede admitir la validez del matrimonio por apoderado en el que no se produzca la asistencia personal del otro cónyuge, ya que no se respeta el principio de unidad de acto, a su juicio requisito de forma sustancial. El argumento que sostiene dicha afirmación es que el artículo 55 del Cc supone la excepción al principio de unidad de acto, por lo que está regulado minuciosamente y no considera adecuado ampliar el ámbito de validez del matrimonio por poder en el supuesto de que ambos contrayentes estén representados.

respecto, y para rebatir la anterior solución señalada, se puede traer a colación una idea general en relación al consentimiento: «no se ha de confundir entre la existencia del consentimiento y la existencia o validez del matrimonio. El consentimiento puede ser naturalmente suficiente, pero jurídicamente ineficaz, lo cual ocurre cuando, a pesar de que los contrayentes hayan emitido un acto de voluntad con ánimo de quedar matrimonialmente vinculados, el ordenamiento, natural o positivo, intercepta la natural eficacia de aquel acuerdo por razones extrínsecas al puro acto consensual como ocurre en el caso de los impedimentos o los defectos de forma»<sup>26</sup>. A esta tesis habría que objetar que en este caso no estamos ante impedimentos o defectos de forma, por lo que considero que el matrimonio canónico celebrado por procurador cuando ambos contrayentes están representados debería tener efectos civiles siempre que conste la manifestación del consentimiento en el documento que lo acredite, y si se cumplen los requisitos mínimos de forma esencial, como son que esté presente el testigo autorizado y los dos testigos mayores de edad.

En lo que respecta a los requisitos, éstos se recogen en el canon 1105,1. Según este canon, se precisa un mandato especial en el que el mandante, designe a una persona para desempeñar la función de representarle en el acto de prestación del consentimiento matrimonial. En cualquier caso, y aunque el poder así lo posibilite, no podrá sustituirse la persona del procurador, que deberá ejercer sus funciones personalmente.

El mandato debe realizarse por escrito y adoptar alguna de las formas previstas por el canon 1015, bien forma de documento público eclesiástico, que esté firmado por el mandante y una autoridad eclesiástica, como puede ser el Ordinario, el párroco o un sacerdote delegado por cualquiera de ellos; o bien, que se otorgue en forma de documento privado, firmado por el mandante y al menos dos testigos; o bien, que adopte la forma de documento auténtico civil, siguiendo la normativa civil aplicable.

Por lo que se refiere a las causas de extinción del mandato el Derecho canónico recoge la muerte del mandante, la revocación del mandato, o que el mandante padezca demencia. El matrimonio celebrado cuando se incurra en alguna de estas circunstancias hace que el matrimonio sea nulo aunque los hechos sean ignorados por el procurador o el otro contrayente, tal y como dispone el canon 1105,4.

En relación a los efectos civiles del matrimonio canónico por procurador, la doctrina admite mayoritariamente que tiene efectos civiles<sup>27</sup>, pero

26 A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho matrimonial...*, cit., p. 110.

27 J. A. Álvarez Caperochipi, 'Comentario al artículo 78 del Código civil', cit., p. 757. Este autor señala que «tampoco se prevé por la Ley el matrimonio por poder en forma religiosa. Yo entiendo, sin

además de la cuestión anteriormente señalada en relación a la admisión por parte del Derecho canónico de que ambos contrayentes estén representados, también podemos encontrarnos con otros problemas, por ejemplo, que el poder no se otorgue en la forma que determina el Derecho civil para este tipo de modalidad de celebración, sino que presente la forma de documento público eclesiástico o de documento privado.

En el caso de que el poder se otorgue en un documento público eclesiástico, interviene una autoridad eclesiástica que actúa como testigo cualificado ante el cual se otorga el poder, y considero que al cumplirse un requisito de la misma naturaleza al que exige el Código civil, no debería haber problemas para considerar que el matrimonio tiene efectos civiles.

Sin embargo las cosas son diferentes si nos encontramos con un poder que se otorga de forma privada, únicamente ante dos testigos, ¿qué ocurriría en este supuesto?, ¿se puede considerar que se cumple el requisito civil en cuanto a la forma que debe revestir el poder?, ¿puede o no tener efectos civiles, en este caso, el matrimonio canónico por apoderado?

A pesar de algunas opiniones que consideran suficiente también esta modalidad de poder<sup>28</sup>, creo que hay que concluir que al no cumplirse en este supuesto un requisito similar al que exige la legislación civil, que como se ha señalado precisa la intervención de una autoridad pública, no podría tener efectos civiles el matrimonio canónico por procurador cuando el poder reviste forma privada.

### 3. EL MATRIMONIO EN FORMA EXTRAORDINARIA EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO CANÓNICO

El Código civil, en el artículo 52, recoge el supuesto del peligro de muerte. Hay que destacar, en relación a los precedentes más próximos de este precepto, que el artículo 52 del Cc presenta como novedad la supresión del régimen de condicionalidad que derivaba de la anterior regu-

embargo, que, por lo que se refiere al matrimonio canónico por poder, no hay ningún inconveniente en admitir su validez civil. El canon 1089 del Código de Derecho Canónico recoge todos los requisitos de forma sustancial del matrimonio por poder que exige la ley civil, es decir, el poder especial suficiente no revocado, designación expresa de la persona del cónyuge ausente, y asistencia personal del otro cónyuge.

28 J. A. Álvarez Caperochipi, 'Comentario al artículo 78 del Código civil', cit., p. 757. En opinión de este autor «el carácter auténtico del poder queda garantizado por los requisitos del canon 1089, párrafo primero, aunque, desde luego, en ningún caso estaría de más que el contrayente ausente otorgase un poder notarial con anterioridad al matrimonio».

lación<sup>29</sup>. El actual artículo 52 del Cc introduce un criterio que supone eliminar la nota de condicionalidad que antes se establecía ya que la validez del matrimonio quedaba supeditada a que se acreditara la libertad de los contrayentes.

Este régimen jurídico había dado lugar a una división doctrinal en torno a dos posiciones. Una de ellas defendía la teoría de la inexistencia del matrimonio si dicha libertad no se acreditaba, justificando esta conclusión en que no había apariencia de matrimonio válido sino de matrimonio incierto, por lo que se está en un supuesto diferente al de la nulidad, esta teoría no era comúnmente aceptada por la doctrina. Otra tendencia defendía la teoría de la nulidad de aquellos matrimonios en los que no se acreditaba legalmente la libertad de los contrayentes. En opinión de los defensores de la misma (teoría de la nulidad), la condicionalidad se refería al cumplimiento de unos requisitos necesarios para la validez del matrimonio, lo que se exceptuaba era su previa acreditación, por lo que el matrimonio sería válido desde su celebración, cuando posteriormente se acreditara el cumplimiento de los mencionados requisitos, y nulo desde el momento de su celebración si no hubiera sido posible contraerlo válidamente en su momento. Esta tendencia criticaba la terminología empleada por el artículo en cuestión, que señalaba que el matrimonio estaba sujeto a condición afirmando que «no es posible entender que se estaba ante un matrimonio condicional, bien a pesar de la literalidad de los preceptos derogados, porque cuando se habla de condición, es claro que nos estamos refiriendo a una circunstancia que se pone a un acto y de la cual se hace depender el acto mismo»<sup>30</sup>.

La eliminación de la nota de condicionalidad en la regulación vigente se entiende justificada por diferentes razones además de las eminentemente jurídicas<sup>31</sup>.

29 El matrimonio en forma extraordinaria antes de la reforma se regulaba en los artículos 93, 94 y 95 del Cc, que señalaban:

-Artículo 93: No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez municipal autorizará el matrimonio del que se halle en inminente peligro de muerte, ya esté domiciliado en la localidad ya sea transeúnte. Este matrimonio se entenderá condicional, mientras no se acredite legalmente la libertad anterior de los contrayentes.

-Artículo 94: Los contadores de los buques de guerra y los capitanes de los mercantes autorizarán los matrimonios que se celebren a bordo en inminente peligro de muerte. También estos matrimonios se entenderán condicionales.

-Artículo 95: Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable a los jefes de los Cuerpos militares en campaña, en defecto del juez municipal, respecto de los individuos de los mismos que intenten celebrar matrimonio *in articulo mortis*.

30 J. M. González Porras, 'Comentario al artículo 52 del Código civil', en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil*, 2.ª ed., Madrid 1994, pp. 357 a 385, en especial en las pp. 358, 372 y ss.

31 J. M. González Porras, 'Comentario al artículo 52 del Código civil', cit., especialmente en las pp. 378 y 379.

Las situaciones que comprende el artículo 52 del Cc son aquellas en las que la muerte puede considerarse próxima según un examen racional de las circunstancias, bien por causas internas al sujeto como por ejemplo una grave enfermedad, o bien por circunstancias externas que determinan una situación de riesgo<sup>32</sup>. Esta forma extraordinaria implica una reducción de los trámites o requisitos de la forma ordinaria del matrimonio, concretamente no requiere el expediente previo a la celebración y también permite que, en caso de imposibilidad acreditada, pueda celebrarse válidamente sin contar con la presencia de los testigos comunes.

La autorización del matrimonio en forma extraordinaria, según el apartado 1.º del artículo 52 del Cc compete en primer lugar, de forma alternativa, al juez encargado del Registro civil y al delegado del juez, «que conforme al artículo 86,1 de la LOPJ, por delegación de aquél, corresponde al juez de paz»<sup>33</sup>.

En la atribución de la competencia para autorizar el matrimonio en peligro de muerte se exceptúa el criterio de la competencia territorial que se aplica como regla general, ya que el propio artículo 52 del Cc señala que son competentes el juez encargado del Registro civil y el delegado «aunque los contrayentes no residan en su circunscripción».

El artículo 52,1 del Cc atribuye la competencia objetiva de forma subsidiaria, en defecto del juez de paz, al alcalde del lugar donde vaya a celebrarse el matrimonio, y aunque en este caso no se diga expresamente, «se deduce, además, que la competencia del alcalde le viene atribuida aunque los contrayentes no residan en su circunscripción municipal»<sup>34</sup>.

El apartado 2.º del artículo 52 del Cc recoge la situación de los militares en campaña. En este caso, en defecto del juez encargado del Registro, será competente para autorizar el matrimonio en peligro de muerte el oficial o jefe superior inmediato. En el apartado 2.º del artículo 52 del Cc no se hace referencia a la competencia subsidiaria del alcalde para el caso de la ausencia de juez encargado del Registro civil o delegado.

32 L. Puig Ferriol, 'Comentario al artículo 52 del Código civil', en *Comentario del Código civil*, M.J., 1993, p. 284. Este autor explica, en relación a los precedentes próximos de esta norma, que el peligro de muerte que se recoge en este artículo unifica dos supuestos que anteriormente se regulaban por separado: el supuesto de enfermedad grave, que exigía que el riesgo de muerte fuera inminente, y el supuesto de militares en campaña o personas que viajaban en una nave en circunstancias más o menos difíciles, en cuyo caso se hablaba del matrimonio *in articulo mortis*, supuesto que no exigía la inminencia del riesgo de muerte.

33 J. M. González Porras, 'Comentario al artículo 52 del Código civil', cit., especialmente en la p. 381.

34 L. Puig Ferriol, 'Comentario al artículo 52...', cit., p. 285.

Se pueden mantener dos soluciones si concurren el alcalde y el oficial o jefe superior inmediato, bien que la atribución de la competencia es alternativa, o bien que es subsidiaria. A este respecto se ha señalado que la competencia del oficial o jefe superior inmediato será subsidiaria a la del alcalde por «el hecho de que el alcalde se añadió al artículo 52,1 cuando el proyecto de ley se encontraba en el Senado y seguramente por olvido no viene incluido en la disposición de su apartado 2»<sup>35</sup>.

Nos parece necesario hacer una breve aclaración de qué se entiende por militares en campaña. La doctrina señala que es conveniente realizar una interpretación amplia del término «militares»<sup>36</sup>, y así son considerados militares, «los miembros de las Fuerzas Armadas, que conforme al artículo 8.º de la Constitución española, están constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire; también deben quedar incluidos los miembros de las fuerzas y cuerpos de la Seguridad del Estado (art. 104 de la Constitución) que, si bien dependen de los Ministerios civiles, no cabe duda de que tienen organización militar, se rigen por normas y Ordenanzas militares y en tiempo de guerra quedan a disposición de la Defensa Nacional»<sup>37</sup> y, por analogía, se entiende que en este artículo la palabra «militares» incluye a aquellas personas que están empleadas en el ejército o le siguen de algún modo.

En cuanto al término «en campaña», se interpreta también en sentido amplio. Así se ha señalado que sería «el lugar donde se desarrollan operaciones bélicas o donde presumiblemente se desarrollarán tales acciones en un breve plazo»<sup>38</sup>, el término se identifica con el concepto de zona de guerra, no sólo con la vanguardia, sino con todo el territorio donde se desarrolla<sup>39</sup>.

El apartado 3.º del artículo 52 del Cc establece la competencia en el caso de que el matrimonio se celebre a bordo de nave o aeronave. En dichas circunstancias es competente para autorizarlo el capitán o comandante de la misma.

La persona que autorice, en los supuestos señalados, el matrimonio en peligro de muerte deberá dar cuenta inmediatamente de la celebración del mismo al encargado del Registro civil, que comprobará si en el acto de la celebración se cumplieron los requisitos necesarios para su validez, ya que

35 L. Puig Ferriol, 'Comentario al artículo 52...', cit., p. 285.

36 L. Puig Ferriol, 'Comentario al artículo 52...', cit., p. 285. Este autor opina que se está «incluyendo —pienso— las personas enumeradas en los arts. 194, I y 716, I Cc».

37 J. M. González Porras, 'Comentario al artículo 52...', cit., p. 382.

38 L. Puig Ferriol, 'Comentario al artículo 52...', cit., p. 285.

39 J. M. González Porras, 'Comentario al artículo 52...', cit., p. 382.

el matrimonio celebrado en forma extraordinaria presenta como peculiaridad que, según el artículo 52 del Cc, puede celebrarse sin que se haya procedido a cumplimentar el expediente previo.

Tras señalar los elementos esenciales para la válida celebración del matrimonio civil en forma extraordinaria vamos a destacar, en el ámbito del Derecho canónico, los requisitos que se exigen para la válida celebración del matrimonio en forma extraordinaria.

La forma extraordinaria se regula con carácter general para todo el territorio católico en el Decreto «Ne temere» en 1907<sup>40</sup>. El Decreto establecía dos formas extraordinarias, «el peligro de muerte», que requería que se produjera un peligro inminente y casi absolutamente cierto de muerte, y «la imposibilidad de tener un ministro competente que asista la matrimonio», que en este momento requería que durase efectivamente un mes.

Con algunas matizaciones se recoge también el matrimonio en forma extraordinaria en el CIC de 1917, esta regulación recoge una forma extraordinaria que se establece para los mismos supuestos, el peligro de muerte y la imposibilidad de asistencia del ministro de culto. Lo que varía es el concepto de peligro de muerte, no se requiere que el peligro sea casi cierto; y también varía el concepto de imposibilidad de tener un ministro competente para que asista, ya que es suficiente la previsión de esta imposibilidad.

En cuanto a la interpretación del alcance de la imposibilidad de que un ministro competente asista al matrimonio, la Santa Sede respondió en su momento a aquellas cuestiones que se le plantearon en torno a la misma, y como se pone de relieve<sup>41</sup> el contenido de la imposibilidad de asistencia del ministro competente irá ampliándose sucesivamente, desde una interpretación restringida por la que se exigía que la imposibilidad fuera física, y que ésta afectara al ministro, hasta llegar a interpretar que se refiere a una imposibilidad que puede afectar tanto al sacerdote como a los contrayentes, y que incluye tanto la imposibilidad física como la moral.

La regulación prevista por el CIC de 1917 dio lugar a numerosos problemas por la amplitud de su regulación, entre los que se pueden destacar que «favorecía la clandestinidad, con todos sus inconvenientes; que la aplicación automática del citado canon conducía a matrimonios canónicos inconscientemente contraídos; que la seguridad jurídica sufría un notable

40 Véase J. Martínez Torrón, 'La valoración del consentimiento en la forma extraordinaria del matrimonio canónico', en *Revista Española de Derecho Canónico* 117 (1984) 431 a 458.

41 J. Martínez Torrón, 'La valoración del consentimiento en la forma extraordinaria del matrimonio canónico', cit., p. 433.

perjuicio, al dejar a los propios contrayentes la valoración de las circunstancias en que estaban facultados para acudir a esta forma de celebración; que se daban numerosos supuestos de fraude a la ley, buscando la manera de recurrir a la forma extraordinaria con objeto de eludir las disposiciones canónicas que limitaban el acceso a la forma ordinaria»<sup>42</sup>.

En respuesta a los problemas señalados, el CIC de 1983 reforma la anterior regulación y determina que se deberá exigir a los contrayentes la intención de contraer verdadero matrimonio como requisito de validez de esta forma de celebración.

El nuevo CIC contempla la forma extraordinaria en el canon 1116, que recoge la celebración del matrimonio únicamente en presencia de dos testigos comunes.

Esta forma extraordinaria de celebración está prevista para un supuesto general<sup>43</sup>, como es que exista en los pretendientes al matrimonio una intención de contraer verdadero matrimonio, pero que no haya nadie competente según derecho para asistir al mismo, o no se pueda acudir a él sin grave dificultad.

Dándose este supuesto general, se permite celebrar el matrimonio en forma extraordinaria en dos casos concretos: el peligro de muerte, o la previsión razonable de que la imposibilidad o grave dificultad de asistencia del autorizante va a prolongarse durante más de un mes.

Analizaremos primero el supuesto general y posteriormente los casos concretos en los que se produce la posibilidad de celebrar este tipo de matrimonio en el vigente Derecho canónico.

1) Supuesto general: «que haya voluntad de contraer verdadero matrimonio pero que no haya persona competente para asistir al matrimonio o no se pueda acudir a él sin grave dificultad».

1a) La voluntad o intención de contraer verdadero matrimonio.

El canon 1116 introduce esta nueva exigencia respecto a la anterior regulación del matrimonio en forma extraordinaria. Es necesario poner de relieve que la misma supone mezclar el requisito de la forma con el consentimiento, ya que el consentimiento es el elemento esencial del matrimonio en el que interviene la intención. El contenido de este canon ha sido criticada por este motivo, pero lo cierto es que, ya con anterioridad a su redacción, la jurisprudencia venía exigiendo la voluntad o intención de con-

42 J. Martínez Torró, 'La valoración del consentimiento en la forma extraordinaria del matrimonio canónico', cit., p. 434.

43 V. Reina - J. M. Martinell, *Curso de Derecho matrimonial*, cit., p. 555.

traer verdadero matrimonio, por lo que según algunos autores la anterior regulación del matrimonio en forma extraordinaria «exigía alguna matización para la correcta comprensión de la citada norma canónica»<sup>44</sup>.

El problema es interpretar el significado de este requisito, ¿se exige la intención de contraer verdadero matrimonio canónico o por el contrario no se exige una intención sacramental? La doctrina, se ha posicionado a favor<sup>45</sup> y en contra<sup>46</sup> de la necesidad de intención sacramental para la validez del matrimonio canónico en forma extraordinaria.

En nuestra opinión se debe entender que la intención exigida consiste en querer contraer lo que la Iglesia entiende por verdadero matrimonio, así, por ejemplo, se considera que «no existiría dicha voluntad si ésta estuviera dirigida a contraer matrimonio meramente civil por parte de quien está obligado a la forma canónica»<sup>47</sup>.

1b) Que no haya nadie competente para asistir al matrimonio o no se pueda acudir a él sin grave dificultad.

Otro requisito que señala el canon 1116 es la necesidad de que exista una dificultad o incomodidad grave, que puede afectar tanto al testigo autorizado como a los propios contrayentes. La incomodidad se refiere tanto la incomodidad física, porque pudiera sobrevenir algún perjuicio grave físico o material en razón de la ausencia o alejamiento físico del testigo autorizado<sup>48</sup>, como la incomodidad moral, que provenga de una causa moral por la que a pesar de la cercanía física del ministro a los contrayentes existen causas morales que dificultan la celebración del matrimonio.

44 I. Martínez de Alegría, *La forma extraordinaria del matrimonio canónico, origen histórico y régimen vigente*, Madrid 1993, p. 321. En el mismo sentido, R. Navarro Valls, 'Comentario al canon 1116', en *Comentario exegetico al Código de Derecho canónico*, vol. III, 2.<sup>a</sup> ed., Pamplona 1997, p. 1464.

45 V. Reina - J. M. Martinell, *Curso de Derecho matrimonial*, cit., p. 554.

46 Véase J. Martínez Torrón, 'La valoración del consentimiento en la forma extraordinaria del matrimonio canónico', cit., p. 457. Este autor considera que el matrimonio es canónicamente válido siempre que se tenga la verdadera intención de contraer matrimonio, no es necesaria la intención sacramental. También I. Martínez de Alegría, *La forma extraordinaria del matrimonio canónico...*, cit., pp. 382 y 383. Este autor considera que el matrimonio es canónicamente válido siempre que se tenga la verdadera intención de contraer matrimonio, no es necesaria la intención sacramental. En el mismo sentido, A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho matrimonial...*, cit., p. 231. También F. Aznar Gil, *El nuevo Derecho matrimonial canónico*, cit., pp. 283 a 285.

47 V. Reina - J. M. Martinell, *Curso de Derecho matrimonial*, cit., p. 554.

48 I. Martínez de Alegría, *La forma extraordinaria del matrimonio canónico...*, cit., pp. 267 y 268. La incomodidad física referida a los contrayentes supone que éstos «se vieran obligados a soportar gastos excesivos, a emprender un viaje (...) que resultara arriesgado a causa de la distancia o de lo peligroso del camino»; mientras que la incomodidad física referida al párroco se puede referir a que «se pusiera en grave peligro la vida del párroco, que fuere llamado para asistir a la celebración de un matrimonio, a consecuencia de la propagación de una epidemia, por enfermedad contagiosa...». En el mismo sentido, A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho matrimonial...*, cit., pp. 227 y 228.

Se ha puesto de relieve que la negativa del testigo autorizado a celebrar el matrimonio no constituye de por sí un supuesto de incomodidad grave ni legitima la utilización de la forma extraordinaria, el requisito se cumple en el supuesto de imposibilidad moral objetiva del párroco que, se insiste, es una circunstancia objetiva<sup>49</sup>.

El canon 1116, contiene una previsión relativa a la ausencia del ministro competente, estableciendo en este caso la necesidad de acudir a otro sacerdote o diácono para que esté presente en el intercambio del consentimiento matrimonial. Esta previsión no constituye una condición de validez del matrimonio en forma extraordinaria, sólo afecta a la licitud del matrimonio.

2) Los supuestos concretos en los que se permite la celebración del matrimonio en forma extraordinaria son dos:

2a) En primer lugar, se recoge la previsión prudente de que la situación descrita vaya prolongarse durante más de un mes. No es suficiente que el párroco esté ausente o impedido física o moralmente para asistir al matrimonio, sino que se requiere que se prevea prudentemente que la situación vaya a mantenerse durante más de un mes.

Para que la previsión sea «prudente» no basta que los interesados estén persuadidos de ello de forma subjetiva, sino que es necesario que objetivamente se produzcan aquellas circunstancias por las que cualquiera, «discurriendo prudentemente»<sup>50</sup>, pueda y deba prever que la situación de imposibilidad vaya a prolongarse durante más de un mes. Este requisito es de necesario cumplimiento para que el matrimonio sea válido «si se demostrara que tal apreciación -atendiendo a los datos objetivos con que se contaba en aquel momento- careció de fundamento, la forma extraordinaria no habría quedado justificada y el matrimonio sería nulo»<sup>51</sup>.

2b) En segundo lugar, se recoge la situación de peligro de muerte.

También en este caso se requiere que se produzca una circunstancia objetiva, el peligro de muerte, y que dicha circunstancia se pueda apreciar prudente y razonablemente, pero a diferencia del supuesto anterior, en este

49 R. Navarro Valls, 'Comentario al canon 1116', cit., p. 1456. También I. Martínez de Alegría, *La forma extraordinaria del matrimonio canónico...*, cit., pp. 261 y 262. El autor señala que el cumplimiento de este requisito objetivo se produce por la imposibilidad moral que puede afectar tanto al párroco como a los contrayentes; esta imposibilidad puede provenir de sanciones legales o de persecución que amenazan al ministro, por el hecho de prestar su asistencia, y a los contrayentes, por el hecho de celebrar matrimonio canónico (durante la última guerra mundial, católicos que habían caído cautivos en campos de concentración, a menudo eran amenazados con graves sanciones si contraían matrimonio canónico).

50 I. Martínez de Alegría, *La forma extraordinaria del matrimonio canónico...*, cit., p. 312.

51 V. Reina - J. M. Martinell, *Curso de Derecho matrimonial*, cit., p. 555.

caso es suficiente que se valore por los contrayentes, siendo este requisito de necesario cumplimiento para que el matrimonio en forma extraordinaria sea válido. El peligro de muerte puede obedecer, bien a causas intrínsecas al propio sujeto, como la enfermedad, o a situaciones en las cuales puede correr peligro la vida de alguno de los pretendientes al matrimonio <sup>52</sup>.

En lo referente a la inscripción canónica del matrimonio celebrado en forma extraordinaria, que no tiene carácter de elemento esencial para la validez del matrimonio, debe realizarse una vez celebrado el matrimonio. Están obligados solidariamente a informar al Ordinario del lugar de la celebración del matrimonio, para que éste inste la inscripción canónica, el sacerdote o diácono que hubiera asistido a la celebración, los contrayentes y los testigos, tal y como dispone el canon 1121,2. En el supuesto en el que se hubiera dispensado al matrimonio de la forma canónica, el canon 1121 establece que el Ordinario del lugar que concedió la misma procurará la inscripción de la celebración y de la dispensa en el Registro matrimonial de la Curia y en el Registro de la parroquia de la parte católica.

En cuanto a los efectos civiles del matrimonio canónico en forma extraordinaria, en nuestra opinión, existen dificultades para que éstos se produzcan en todos los supuestos. Los problemas se derivan de las diferencias existentes entre la regulación de la forma extraordinaria en el ordenamiento canónico y en el ordenamiento civil.

La primera diferencia destacable se refiere a los supuestos en los que se permite la forma extraordinaria. Mientras en el Derecho civil se incluye un único supuesto: el peligro de muerte, el Derecho canónico incluye dos supuestos, tanto el peligro de muerte como, fuera del peligro de muerte si se prevé prudentemente que no va a haber alguien que sea competente para asistir al matrimonio o no se puede acudir a él sin grave dificultad y dicha situación va a prolongarse durante un mes al menos. Este último supuesto no es subsumible en el tipo legal civil, por lo tanto el matrimonio canónico celebrado en forma extraordinaria cuando no concurre el supuesto de peligro de muerte, no podrá tener efectos civiles por no reunir las condiciones que establece el Derecho civil <sup>53</sup>.

52 Como ejemplos de causas intrínsecas se pueden señalar: enfermedad, operación quirúrgica peligrosa, parto difícil; y son ejemplos de causas extrínsecas: el peligro de naufragio, la batalla próxima, el riesgo de contagio por una epidemia de consecuencias mortales.

53 Así lo pone de relieve J. A. Álvarez Caperochipi, 'Comentario al artículo 78 del Código civil', cit., pp. 755 y 757. Este autor opina que a tenor del mismo canon 1098,1 es válido el matrimonio contraído en presencia de dos testigos, en el caso de incomodidad grave de acudir al Ordinario, párroco o sacerdote delegado, aunque no haya peligro de muerte, y siempre que se prevea que el estado de las cosas haya de durar más de un mes. Nuevamente es dudoso mantener aquí, aun a pesar del

Parece, sin embargo, que sí podría tener efectos civiles el primero de los supuestos recogidos como forma extraordinaria, el supuesto del peligro de muerte, ya que coincide o puede subsumirse en el precepto civil relativo al matrimonio en forma extraordinaria.

La segunda diferencia que es preciso poner de relieve es la relativa a los requisitos que exigen ambos ordenamientos para la válida celebración del matrimonio en forma extraordinaria.

En el caso del matrimonio canónico si se ha celebrado ante dos testigos es canónicamente válido, pero si se presenta este matrimonio para su inscripción en el Registro civil, por aplicación del artículo 63 del Código civil deberá denegarse la práctica de la inscripción ya que este matrimonio no reúne los requisitos de validez que exige el Código civil, no es válido y no podrá tener efectos civiles, así lo ha señalado Llamazares, cuando afirma que no es posible que se le reconozcan efectos civiles al matrimonio canónico en forma extraordinaria por el hecho de que el ordenamiento canónico establece que el matrimonio en forma extraordinaria puede celebrarse válidamente sólo ante dos testigos en los supuestos recogidos en el canon 1116, mientras que el Derecho civil prevé que lo que no puede faltar nunca es el representante oficial, ya que su ausencia da lugar a la nulidad del matrimonio, mientras que sí pueden faltar los testigos si se prueba la imposibilidad de su asistencia<sup>54</sup>.

Por tanto, se debe concluir que el artículo 80,1 de la LRC, en el que se indica que los matrimonios canónicos celebrados en forma extraordinaria son susceptibles de anotación registral e incluso de inscripción, si se certifica canónicamente su existencia, no puede mantenerse ya, si tenemos en cuenta que su redacción data de 1957 y estaba prevista para el sistema matrimonial anteriormente vigente.

Al haber cambiado el marco constitucional, y encontrarnos en un sistema matrimonial civil único que permite pluralidad de formas de celebración confesional, a las que reconoce efectos en determinados casos, siempre que las mismas cumplan los requisitos esenciales que prevé el Derecho civil para los mismos supuestos, parece que este artículo quedaría derogado por las disposiciones recogidas en el Código civil, por lo que se debería plantear su reforma<sup>55</sup>.

artículo 78 del Código civil, la validez de estos matrimonios». En el mismo sentido, D. Llamazares Fernández, *El sistema matrimonial...*, cit., pp. 208 y 209.

54 Véase D. Llamazares Fernández, *El sistema matrimonial...*, cit., pp. 208 y 209. En el mismo sentido, J. A. Álvarez Caperochipi, 'Comentario al artículo 78 del Código civil', cit., pp. 755 a 757.

55 D. Llamazares Fernández, *El sistema matrimonial...*, cit., p. 209.

#### 4. CONCLUSIONES

En cuanto a los efectos civiles del matrimonio canónico celebrado en secreto, por procurador, y en forma extraordinaria, se pueden señalar las siguientes conclusiones:

1. El matrimonio canónico secreto tiene efectos civiles, no requiere para su validez la autorización civil propia del matrimonio civil secreto, sino que el cumplimiento del requisito de la autorización canónica, cuando exista una causa grave que así lo justifique, es suficiente para que el matrimonio sea válido desde que el mismo se celebre.

2. El matrimonio por procurador debe considerarse, más que como una modalidad de la forma ordinaria de celebración, como una modalidad de expresión del consentimiento matrimonial. Esta vinculación del matrimonio por procurador con el elemento consensual, se presenta en el Código de Derecho canónico que recoge este elemento en el canon 1104, relativo al consentimiento, y también en la sistemática que presentan algunos autores.

2.1. Esta modalidad especial de matrimonio canónico tiene efectos civiles, aunque nos podemos encontrar con algunos problemas cuando el matrimonio canónico por apoderado no reúne los requisitos que establece el Derecho civil para dicho matrimonio, ya que el ordenamiento civil exige para la celebración del matrimonio por apoderado que uno de los contrayentes esté presente en el momento del intercambio del consentimiento, mientras que el Derecho canónico permite que ambos contrayentes estén representados.

En este caso, si se celebra matrimonio canónico por procurador y ambos contrayentes están representados, considero que la celebración debería tener efectos civiles siempre que conste la manifestación del consentimiento en el documento que lo acredite, y si se cumplen los requisitos mínimos de forma esencial.

2.2. También se advierte otra diferencia respecto a la forma que puede revestir el poder, el ordenamiento canónico admite el poder otorgado de forma privada ante dos testigos, mientras que el Derecho civil exige siempre la presencia de una autoridad civil. Parece que en aquellos supuestos en los que el poder se realiza siguiendo las exigencias canónicas y no se cumplen requisitos de validez análogos a los exigidos por el Derecho civil para ello, y realizando una interpretación acorde con el principio de laicidad, se debería de negar la inscripción de los matrimonios canónicos que no reúnen los requisitos que para la validez exige el Código civil para los mismos supuestos.

3. El matrimonio canónico en forma extraordinaria no podrá tener efectos civiles cuando se celebra en el supuesto de que se prevea prudentemente que no va a haber alguien que sea competente para asistir al matrimonio o no se pueda acudir a él sin grave dificultad y se prevea que dicha situación va a prolongarse durante un mes al menos, ya que el Derecho civil no posibilita en este caso la celebración del matrimonio en forma extraordinaria, por lo que el reconocimiento iría en contra del principio de laicidad.

Asimismo, por influencia de dicho principio, tampoco podrá tener efectos civiles el matrimonio canónico en forma extraordinaria cuando su celebración se produzca únicamente ante dos testigos, ya que se incumple un requisito de forma, la presencia del representante oficial, que según el Código civil es el único requisito de forma que no subsana la buena fe de al menos uno de los contrayentes.

Cristina Odriozola Igual

Universidad del País Vasco