

MATRIMONIO CANONICO Y MATRIMONIO CIVIL

SEGUN EL CONCORDATO

SUMARIO

Proemio.

I. ORDENES Y ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EN LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO.

1) Ordenes jurídicos. 2) Ordenamientos jurídicos diversos. 3) Concurrencia jerárquica en el matrimonio. 4) La determinación de los efectos meramente civiles.

II. EL ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO CIVIL.

1) *Antecedentes*: A) La base 3.^a del Código Civil. B) El Concordato de Colombia. C) El Decreto de 9-2-1875 del Gobierno de Regencia.

2) *Texto e interpretación del art. 42*. A) Ambito del matrimonio canónico y del civil respectivamente. B) Interpretación del art. 42: interpretación gubernativa e interpretación bilateral.

III. AMBITO RESPECTIVO DEL MATRIMONIO CANÓNICO Y DEL CIVIL SEGÚN EL CONCORDATO.

1) *Normas especiales sobre el matrimonio*. A) El art. 23 del Concordato. B)-C) Letras C) y D) del Protocolo final en relación con el art. 23.

2) *Normas generales con reflejos sobre el matrimonio*. El art. 35, n.º 2 del Concordato. La confesionalidad del Estado: art. 1.º del Concordato. Sentido positivo de la confesionalidad. El principio jurídico de tolerancia.

IV. LA REFORMA DEL ART. 42 DEL CÓDIGO CIVIL.

PROEMIO

La ley de 24 de abril del año en curso, que modifica diversos artículos del Código Civil, especialmente del derecho de familia y, más en particular todavía, en materia de matrimonio, está pidiendo en "Revista española de Derecho Canónico", si no un comentario completo de la reforma, imposible de acometer en un trabajo único y aun quizá en un número entero de la Revista, al menos un intento de valorar objetivamente y según un orden de justicia los aspectos más importantes de la reforma llevada a cabo "para acomodar nuestro ordenamiento (matrimonial) al Concordato concertado el 27 de agosto de 1953 entre la Santa Sede y el Estado español"¹.

¹ Del preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958, Jefatura del Estado, modifica artículos del Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, n. 99 (25-4-1958), p. 730 y sigs.

1. La simple lectura del preámbulo de la ley es más que suficiente para darse cuenta, tanto de la amplia temática que en punto al matrimonio abarca la reforma, como de los criterios en los que se ha inspirado el legislador para resolver los diversos problemas o cuestiones que planteaban algunas discrepancias de nuestro Código patrio con el *Codex Iuris Canonici*.

El más agudo e importante de esos problemas está representado por la posibilidad que ofrecía el Código Civil de ser admitidos a la celebración del matrimonio civil determinados sujetos, súbditos de la Iglesia católica, a los cuales el ordenamiento canónico somete a la forma jurídico canónica del matrimonio (arts. 42 y 86 del Código Civil).

Otra discrepancia importante, aunque no reviste la agudeza de la anterior, se contenía en ciertas prohibiciones temporales que, mediante la exigencia de determinados requisitos, imponía el Código al matrimonio de los hijos, de la viuda y al del tutor y sus descendientes con el pupilo (art. 45).

En los demás puntos, a los que se extienden las modificaciones del Código Civil respecto al régimen del matrimonio, no resultaría exacto, según creemos, hablar de discrepancias, sino más bien de simples precisiones o puntualizaciones no absolutamente necesarias, pero ciertamente muy útiles y convenientes, para adaptar plenamente el Código Civil al espíritu y a los principios del Concordato.

Tal es en primer término el expreso y pleno reconocimiento del matrimonio canónico determinando con precisión, así su ley reguladora como su plena eficacia jurídica en el ordenamiento civil (art. 75). Y como consecuencia necesaria de lo que precede, el reconocimiento de la competencia exclusiva de la jurisdicción eclesiástica en las causas matrimoniales canónicas, según se contenía en el art. 80, a la vez que el art. 82 reservaba a la jurisdicción civil ordinaria la ejecución de los correspondientes efectos civiles.

El legislador ha juzgado asimismo oportuno efectuar una determinación más explícita y concreta de los efectos civiles, tanto en su sentido propio, o sea de aquellos cuya regulación definitiva legítimamente le corresponde (arts. 70-74), como de las llamadas medidas precautorias o provisionales, que deben tener lugar durante la *litis pendencia* (art. 68).

Imponíase, finalmente, recoger con la mayor fidelidad, así en la modificación del Código, como en la reforma de las normas registrales, las precisiones que el Protocolo final del Concordato contiene en lo relativo a la presencia del funcionario del Estado en la celebración del matrimonio canónico y en punto a los requisitos y a los efectos de la inscripción del matrimonio en el registro (arts. 76-79 del Código).

2. Afirma el legislador que la reforma del Código Civil en lo que afecta al régimen del matrimonio, se ha planeado con el objetivo con-

creto y bien definido de "acomodar nuestro ordenamiento al Concordato"; afirmación esta que estimamos fundamental, pues en la acomodación de nuestro ordenamiento al Concordato se contiene a un tiempo el principio jurídico-positivo fundamental para determinar la obligación del Estado, y el criterio no único, pero sí el más seguro y decisivo, para juzgar la reforma objetivamente y según un orden de justicia.

En segundo término, y nos parece importante advertirlo de entrada, esa misma expresión: "acomodar nuestro ordenamiento al Concordato", demuestra que con la reforma no se ha intentado en manera alguna resolver lo que se viene llamando el problema de los matrimonios civiles contraídos durante la República, al amparo de la ley del matrimonio civil obligatorio hasta su derogación por la ley de 12 de marzo de 1938. Por lo demás, es bien sabido que una reforma del Código Civil, aunque sea limitada, por la propia naturaleza general y permanente de este cuerpo legal, tiende naturalmente a proyectarse hacia adelante, en cuanto que "leges non respiciunt praeterita sed futura", y que no resultaba, por tanto, ocasión propicia la modificación del Código para resolver un problema de gravedad mayor o menor, pero de por sí circunstancial y transitorio.

Dicho lo que precede a manera de premisa, centraremos el discurso alrededor de las dos afirmaciones establecidas por nosotros, a saber: 1.ª. En la acomodación de nuestra legislación matrimonial al Concordato se contiene implícito el principio jurídico-positivo más importante y fundamental en orden a determinar la obligación jurídica del Estado; 2.ª. Según de hecho se realice o se verifique imperfectamente aquella acomodación al Concordato, ese hecho, decimos, nos dará el criterio o la medida para juzgar objetivamente y según justicia de la reforma o modificación legal.

La primera proposición no hace sino enunciar en forma individualizada y circunscrita al caso singular y concreto, la norma *pacta sunt servanda*, principio fundamental y primario del derecho de gentes como derecho internacional común y general². Y en la proposición segunda se contiene a su vez la aplicación al mismo caso singular del *suum cuique*, regla asimismo primaria y criterio sumo de justicia y de derecho.

² "El Concordato, pues, debía regirse por el mismo derecho que los demás tratados internacionales; esto es, por el *derecho de gentes*; y por tanto, no podía de ninguna manera ser anulado solamente por la voluntad de una de las partes contratantes... Y ahora el Estado deroga por su sola voluntad un pacto tan solemne y legítimo y, faltando a la fe jurada, no se le da nada de... cometer injusticia tan señalada contra la Sede Apostólica violando el *derecho de gentes*". Pío X, Epístola Encíclica "Vehementer Nos", de 12-2-1906 (*Codicis Iuris Canonici Fontes*, cura P. GASPARRI-I. SEREDI, v. III (a. 1933), n. 671, 5, p. 663).

I. ORDENES Y ORDENAMIENTOS JURIDICOS EN LA REGULACION DEL MATRIMONIO

3. Designando el matrimonio todo un sector íntimo y profundo de la vida humana, es decir, el conjunto unitariamente enlazado de las acciones humanas, que por el sujeto, el término y el objeto se refieren a las personas y acciones de los cónyuges como tales —sociedad conyugal—, y a las personas y actividad de los padres y de los hijos respectivamente —sociedad paterno-filial—, resulta evidente que dicho concepto tiene que abarcar y comprender todas y cada una de esas acciones humanas en su aspecto moral y jurídico, o lo que es lo mismo, precisamente en cuanto ellas constituyen *relaciones morales y jurídicas*.

Efectivamente, el expresado *nomen iuris* se usa indistintamente para designar unas veces el acto formalmente constitutivo de la relación jurídica —matrimonio *in fieri*—, es decir, el consentimiento legítimamente manifestado, por el que ambas partes —el varón y la mujer hábiles según derecho—, dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos que son de suyo aptos para engendrar prole (canon 1081); y otras veces, las más, designa el matrimonio *in facto esse*, o sea la misma relación jurídica o situación jurídica actual, en cuanto *ius permanens*, que se denomina propiamente *vínculo matrimonial*, o según la clásica definición del Maestro de las Sentencias “*virī et mulieris maritalis coniunctio individuum vitae consuetudinem retinens*”³.

1) Ordenes y ordenamientos jurídicos.

4. Ahora bien, sobre el conjunto de relaciones jurídicas designadas con el *nomen iuris* de matrimonio, al igual que sobre el resto de la actividad racional y libre de la persona humana como sujeto unitario de imputación, inciden simultáneamente cuatro órdenes jurídicos distintos, aunque íntimamente relacionados entre sí, que concurren armónica y jerárquicamente a establecer, determinar y regular tales relaciones, a saber: el derecho natural, el derecho divino positivo, el ordenamiento canónico y el ordenamiento civil.

Como se ve hacemos distinción entre órdenes de justicia —derecho natural y divino positivo—, de una parte, y ordenamientos jurídicos —ordenamiento canónico y civil— de la otra. Orden de justicia quiere decir, claro es, conjunto o complejo de normas verdaderamente obligatorias y objetivamente vinculantes; pero con una particularidad, que la fuente de producción jurídica —su fuente material—, o sea la

³ 4 dist. 27, con referencia a JUSTINIANO, *Institutiones* l. 1, t. 9, 1.

causa eficiente del orden en cuestión, no es una organización o formación histórico positiva, sino que es anterior y superior a cualquier organización humana, y como tal, la vigencia de ese orden trasciende a toda sociedad humana de cualquiera clase que ella sea.

El ordenamiento jurídico, en cambio, tanto o más que a la norma o conjunto de normas en sí mismas, se refiere a la fuente misma de la norma, o mejor dicho, a un tipo específico dentro de las fuentes de producción jurídica, a saber, a la organización o sociedad como tal: por lo que aquí el término derecho designa no solamente la norma o sistema de normas, sino que en virtud del nexo constante que existe entre el derecho como norma y la sociedad —*ubi societas ibi ius*, y viceversa, *ubi ius ibi societas*—, a integrar el concepto de derecho en sentido jurídico positivo concurren al mismo tiempo que la norma, el nexo o vínculo que liga a ésta con su fuente y la sociedad misma en cuanto causa eficiente de la norma. El ordenamiento jurídico, pues, así considerado, añade al concepto de orden jurídico la idea de sociedad o de grupo social organizado, que opera ordenadamente, es decir, según reglas o normas determinadas, para la satisfacción de un interés común o para la realización de una idea en común.

5. Según esto, decimos, el derecho natural y el derecho divino positivo constituyen por sí mismos verdaderos órdenes de justicia, dotados de obligatoriedad propia y originaria, independientemente de que lo reconozca o no lo reconozca así un ordenamiento dado, y cualquiera que sea la posición que éste adopte frente a aquellos órdenes de justicia; pero no siendo ellos propiamente ordenamientos jurídicos en el sentido expresado, síguese que si como tales órdenes de justicia unos y otros constituyen verdadero derecho objetivo, pero órdenes y ordenamientos no son todos derecho de la misma manera, o sea, en sentido unívoco, sino de manera análoga, es decir, en sentido en parte idéntico y en parte diverso⁴.

El derecho natural, tal como bajo la guía del Cristianismo lo ha definido la filosofía perenne, especialmente de Santo Tomás en adelante, hallándose ciertamente inscrito en el orden moral, se acota en un sector del mismo, a saber, en la porción del orden moral necesario; “agenda quae cadunt sub debito secundum regulam rationis”⁵, dice el Angélico, para distinguirlo del orden moral simplemente, que engloba también las cosas convenientes a la naturaleza del hombre en cuanto ser racional, o sea, en general todo lo que es conforme a la recta razón; senti-

⁴ Véase A. VAN HOVE, *Prolegomena ad Codicem i. c.* (Mechliniae-Romae 1945) núms. 7-11, p. 10-14; S. LENER, *La certezza del diritto e il diritto naturale nel quadro dell'odierna crisi mondiale*, en “La Civiltà Cattolica” (1950) V. II, p. 154-162; *La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della Chiesa*, *Ibidem*, p. 407-409.

⁵ *Summa Theologica*, 1.^a 2.^a, q. 99, art. 5.

do este último más amplio e impropio, y en el que el derecho natural se confunde en parte con el *ius gentium* de los romanos: “quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes aequè custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur”⁶.

Este circunscribir el derecho natural en sentido propio y estricto al orden moral necesario obliga, escribe WERNZ⁷, a distinguir con precisión “legem ipsa natura constitutam a *ratione naturali*, quae nondum est *lex naturalis*, sed *legislatores humanum* inducit ad condendam legem positivam”. Y dentro del orden moral necesario, no todo él constituye derecho natural en sentido propio y riguroso, sino solamente aquella parte del mismo que, estableciendo y determinando lo que es debido a cada cual, se refiere propiamente a la justicia o cae bajo la virtud de la justicia en sentido propio y riguroso.

Mas junto al derecho natural así entendido, que tiene su fuente en Dios y de El recibe su fuerza de obligar, está el derecho divino positivo establecido libre y directamente por Dios, otorgando al hombre derechos e imponiéndole deberes sobreañadidos a la simple naturaleza racional en la medida de su voluntad soberana, manifestada al hombre por la revelación divina.

6. De esta manera el derecho divino, así natural como positivo, obliga siempre al hombre en la medida querida y manifestada por Dios mismo, dondequiera que el hombre se halle, tanto individualmente considerado como formando sociedad, de cualquiera clase que ella sea, sin excepción posible. Y esa trascendencia absoluta del derecho divino, natural y positivo, a cualquier formación humana —natural o sobrenatural, necesaria o libre, para el caso es lo mismo—, constituye un límite infranqueable destinado a contener dentro del orden moral el ejercicio de la potestad social, o sea el derecho positivo humano; de tal manera que ninguna potestad humana pueda nunca pretender fuerza o virtud de obligar al hombre a cosa ninguna que sea *contra* el derecho divino, natural o positivo, y que toda ley haya de ser siempre interpretada y aplicada *según* el derecho divino; y de lo contrario, si ella no pudiera ser así interpretada y aplicada, por eso sólo sería *nula e irrita* o de ningún valor, y dejaría de ser tal ley. “Omnis lex humanitus posita in tantum habet de ratione legis in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio”⁸.

7. Mas sin mengua de la vigencia intrínseca y necesaria que por sí mismo tiene el derecho divino, natural y positivo, y sobreañadida

⁶ GAJUS, (D. I, 1, 9).

⁷ F. X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius matrimoniale* (Romae 1928), n. 531, nota 26, p. 626.

⁸ SANTO TOMÁS, 1.^a 2.^a, q. 95, art. 2.

a la misma, puede adquirir también la positividad o vigencia que es propia del derecho positivo humano, mediante la proposición y sanción que de aquél hagan la Iglesia o el Estado en los ordenamientos canónico y civil respectivamente. Este doblar, por así decirlo, con la ley canónica o civil el derecho divino, natural y positivo, si propiamente no le otorga una vigencia que tiene ya por sí mismo, pero sí convierte las normas de aquél, que fueren expresamente ratificadas, en derecho positivo canónico o civil, y como tal derecho las hace exigibles y coercibles dentro del ordenamiento jurídico positivo y por los medios propios del mismo.

Sin embargo semejante *protección positiva* del derecho divino convirtiéndolo en derecho positivo humano, canónico o civil, no debe ni puede ser extendida a todo el derecho divino, porque incapaz el derecho como tal de conferir fuerzas al hombre, a diferencia de lo que hace la gracia, para el cumplimiento de la ley, es evidente que no puede ser misión de la ley humana —y todavía puede serlo en menor grado de la ley civil que de la norma canónica—, impedir y reprimir todos los vicios, sino solamente aquéllos más graves “a quibus possibile est maiorem partem multitudinis abstinere, et praecipue quae sunt in nocumentum aliorum, sine quorum prohibitione societas humana conservari non posset”⁹.

Finalmente, añadiremos aquí para completar el esbozo de relaciones entre órdenes y ordenamientos jurídicos, que la limitación que a la potestad de la Iglesia y del Estado impone la absoluta trascendencia del derecho divino, natural y positivo, no disminuye ni contradice en nada a la legítima soberanía de los ordenamientos canónico y civil respectivamente, porque tal como actualmente se entiende, la soberanía no excluye cualquier limitación sino solamente la limitación que procede *ab extra*, de otra formación histórica concreta —sociedad o grupo social organizado—, y como tal constituido en ordenamiento jurídico, que es precisamente lo que no constituyen el derecho natural ni el divino positivo.

2) Ordenamientos jurídicos diversos

8. Si de los órdenes jurídicos pasamos ahora a las relaciones entre los ordenamientos jurídicos en el sentido propio de formaciones históricas concretas, la independencia o soberanía recíproca ha sido y continúa siendo actualmente la cuestión primera y más importante que se presenta a la hora de determinar esas relaciones.

La Iglesia, fiel como no podía menos al principio evangélico que manda “dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”, ha

⁹ *Ibidem*, q. 96, art. 2, in corp; SUÁREZ, *De legibus*, l. 3, c. 12, n. 12; Cfr. A VAN HOVE, *Prolegomena*, p. 48, p. 51-52; n.º 54, p. 59-61.

enseñado y defendido siempre desde sus primeros pasos la independencia de la potestad eclesiástica frente al poder civil; pero al mismo tiempo ha defendido igualmente la independencia propia de la potestad civil. Y la doctrina jurídica actual admite hoy pacíficamente que la Iglesia y el Estado constituyen ordenamientos jurídicos recíprocamente independientes y soberanos cada uno en su orden¹⁰.

9. Según autorizadamente ha dicho Pío XII¹¹ tratando de propósito el tema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado como ordenamientos jurídico-positivos, fue León XIII quien acertó a encerrar la naturaleza propia de esas relaciones, por así decirlo, en una fórmula que al cabo de tres cuartos de siglo conserva intacta su lozanía, proclamando la soberanía de ambos poderes en los siguientes términos:

"Dios ha repartido, por tanto, el gobierno del género humano entre dos poderes: el poder eclesiástico y el poder civil. El poder eclesiástico, puesto al frente de los intereses divinos. El poder civil, encargado de los intereses humanos. Ambas potestades son soberanas en su género. Cada una queda circunscrita dentro de ciertos límites, definidos por su propia naturaleza y por su fin próximo. De donde resulta una como esfera determinada, dentro de la cual cada poder ejercita *iure proprio* su actividad"¹².

Según la enseñanza de León XIII, la existencia de dos potestades y, por ende dos sociedades soberanas, lleva consigo necesariamente la existencia de dos esferas de competencia exclusivas. Mas, como se echa de ver, la dificultad radica precisamente en especificar positiva y concretamente la esfera respectiva de atribuciones de cada potestad, determinando el criterio o criterios objetivos universalmente válidos para establecer, no simplemente en abstracto sino concretamente, qué materias y cuáles acciones pertenecen distintamente a un orden o esfera y cuáles a otra.

10. Una vez sentado que la Iglesia y el Estado son ordenamientos jurídicos recíprocamente soberanos, es principio indiscutible que ninguno de ellos puede abrigar legítimamente la pretensión directa de alcanzar al otro, ejerciendo su potestad sobre los súbditos del otro en cuanto tales, o de penetrar *iure proprio* en el ámbito o esfera del otro, pues cualquiera de esas pretensiones equivaldría a salir de su propia esfera e invadir la esfera propia del otro.

Mas respetando ese límite: 1.º Cada ordenamiento soberano es de

¹⁰ S. LENER, *L'ordine dello Stato e l'ordine della Chiesa. I. Dal Vangelo all'art. 7 della Costituzione italiana*, en "La Civiltà Cattolica" (1958), V. III, p. 234-249.

¹¹ Pío XII, *Discurso al X Congreso internacional de Ciencias Históricas*, el 6-9-1955, en "Ecclesia" (1955) II, p. 313-317.

¹² "Immortale Dei", texto bilingüe en "Doctrina Pontificia", v. II, Documentos políticos, por J. L. GUTIÉRREZ GARCÍA (B. A. C.) Madrid 1958, pp. 197-198.

hecho competente para determinar su propia competencia dentro de su esfera y no fuera de ella. De esta manera la Iglesia es competente para determinar ella misma *quae sunt Dei*, o sea su propia organización, sujetos, estructuras, fines concretos o institucionales, normas, etc.; y el Estado lo es asimismo para determinar igualmente en su esfera *quae sunt Caesaris*.

2.º Siendo ambas sociedades, aunque soberanas, limitadas por el fin distinto y por la naturaleza asimismo distinta de cada una de ellas, la distinción y la limitación tanto del fin como de la naturaleza, imponen no solamente la limitación de los medios, de los intereses subjetivos y de sus fines institucionales concretos, sino la distinción de éstos, según el orden de su efectiva proporción o de la real y objetiva aptitud de las cosas y de las acciones humanas concretas para la obtención del fin propio y exclusivo de cada sociedad.

Esto no obstante, viene a decir Pío XII en el discurso mencionado, sería excesivo pretender o siquiera pensar que la enseñanza de la Iglesia o la doctrina jurídica hayan sido formuladas siempre en los mismos términos de hoy, o que la doctrina católica y la jurisprudencia laica se hayan expresado siempre en términos plenamente coincidentes ni siquiera en nuestro tiempo¹³.

Por eso, junto al pasaje verdaderamente clásico de León XIII, al que el progreso innegable de la jurisprudencia, lejos de restarle un ápice de su valor, lo que ha hecho ha sido abrillantar su lucidez y clarividencia, nos parece oportuno traer aquí una página actual donde a la vez que se recoge el desarrollo de la doctrina general del derecho y de la moderna teoría institucional de los ordenamientos jurídicos, estimamos que se contiene la aplicación más exacta de la doctrina pontificia en conformidad con el grado de desarrollo que la Iglesia y el Estado han alcanzado en nuestro tiempo.

11. "Puesto que tanto la Iglesia como los Estados dependen del derecho divino —la primera como institución directa o positiva, y los segundos por la ley natural diversamente determinada por los hechos históricos, que conducen en concreto a la afirmación de las diversas soberanías y, por tanto, a la formación, a la transformación y a la sucesión de diversos Estados—, y puesto que todas las cosas que derivan de Dios están en sí mismas ordenadas y lo están asimismo unas con otras (non est enim potestas nisi a Deo; quae autem sunt, a Deo ordinatae sunt: Roman. 13, 1), la doctrina católica afirma:

1) que la *conexión* (o posición recíproca) de ambas instituciones no puede ser sino la que se establece entre dos sociedades perfectas o soberanas;

¹³ Discurso cit. en nota 11.

2) que en consecuencia ninguna de las dos instituciones soberanas puede estar directamente subordinada a la otra en la determinación de la propia competencia interna ;

3) que la *coordinación* entre ambas instituciones en el plano dinámico se actúa normalmente respetando el principio de la distinción y separación formal de las respectivas esferas de competencia soberana ;

4) que tal principio constituye asimismo el criterio para resolver jurídicamente los eventuales conflictos que de hecho pueden surgir ;

5) que siendo en el ordenamiento sobrenatural de la humanidad, del cual también los Estados forman parte, el fin sobrenatural de la Iglesia en cuanto espiritual, universal y absoluto o no condicionado históricamente, superior al fin meramente natural del Estado en general, y a los fines históricamente condicionados y, por tanto, particulares, mudables y relativos, de los Estados en particular, las determinaciones que de su propia competencia haga la Iglesia en orden al expresado fin sobrenatural, deben ser respetadas por los Estados en virtud de una *subordinación indirecta*, aun en el caso mismo de que tal determinación incida en la esfera de competencia propia de los Estados mismos"¹⁴.

3) *Concurrencia jerárquica en el matrimonio*

Con esto pasamos ya a hacer aplicación al matrimonio de lo que dejamos dicho acerca de las relaciones entre órdenes y ordenamientos jurídicos respectivamente.

Corresponde en primer término al derecho divino, natural y positivo, en cuanto órdenes jurídicos objetivamente válidos, constituir y regular la institución del matrimonio en sus elementos esenciales. "Quede asentado en primer lugar, escribe Pío XI, como fundamento firme e inviolable, que el matrimonio no fue instituido ni restaurado por obra de los hombres, sino por obra divina ; que no fue protegido, confirmado ni elevado con leyes humanas, sino con leyes del mismo Dios, autor de la naturaleza, y de su restaurador, Cristo Señor Nuestro y que, por lo tanto, sus leyes no pueden estar sujetas al arbitrio de ningún hombre, ni siquiera al acuerdo contrario de los mismos cónyuges"¹⁵.

Y ambos órdenes de consuno, como procedentes del mismo autor, Dios, trazan preceptiva e imperativamente el objeto, el fin primario y secundario del matrimonio, sus propiedades esenciales: la unidad e indisolubilidad, o sea lo que se denominan también sus bienes: la prole, la fidelidad, el sacramento ; en una palabra, la ley constitutiva y

¹⁴ S. LEFNER, Ob. cit. nota 10, pp. 248-249.

¹⁵ Encíc. "Casti connubii", en "Colección de Encíclicas y Cartas pontificias" (Madrid 1942), n. 4, pp. 694-695.

reguladora de esta institución fundamental para la vida natural y para el orden sobrenatural.

“Hállase constituído el sagrado consorcio del legítimo matrimonio por la voluntad divina a la vez que por la humana; de Dios es la institución, los fines, las leyes, los bienes del matrimonio; de los hombres, en cuanto que hacen una generosa entrega de su propia persona y para toda la vida a otra persona, es por donación y cooperación de Dios, todo matrimonio particular, con los deberes y beneficios por el Señor establecidos... Todo matrimonio, en cuanto que es unión conyugal entre un determinado hombre y una determinada mujer, no se realiza sin el libre consentimiento de ambos esposos, y este acto de la voluntad... es tan necesario para la constitución del verdadero matrimonio, que *ninguna potestad humana lo puede suplir*. Es cierto que esta libertad no da más atribuciones a los cónyuges que las de determinarse o no a contraer matrimonio y a contraerlo precisamente con tal o cual persona; pero está totalmente fuera de los límites de la libertad del hombre la naturaleza del matrimonio; de tal suerte que si alguien ha contraído ya matrimonio se halla sujeto a sus leyes y propiedades esenciales”¹⁶.

13. En segundo lugar, del derecho divino positivo, como libre determinación de Dios, procede la elevación del matrimonio al orden sobrenatural, haciendo del mismo contrato o consentimiento matrimonial entre bautizados uno de los sacramentos, y asumiendo la unión o vínculo conyugal, no a mero símbolo sino a signo vivo y eficaz del vínculo del Verbo con la naturaleza humana y de la unión de Cristo con la Iglesia y, como tal signo vivo y eficaz, verdaderamente productivo y causativo de gracia para los esposos.

Y no sólo eso, sino que Dios mismo que estableció el sacramento del matrimonio, al igual que hizo con los otros sacramentos, entregó y confió a la Iglesia la administración y regulación jurídica del mismo. “Por tanto, reza el canon 1012 entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento”.

Pertenece, según eso, a la Iglesia como sociedad jurídicamente perfecta del orden sobrenatural, ejercer respecto del matrimonio las potestades de magisterio, de santificación y de jurisdicción, lo mismo que sobre los otros sacramentos. Más aún, la potestad de jurisdicción de la Iglesia respecto del matrimonio adquiere un despliegue o desarrollo enteramente singular y excepcional, en comparación con los otros sacramentos, y esto precisamente a causa de su naturaleza contractual o consensual, desarrollo que no encuentra semejante si no es en parte en el sacramento de la penitencia, que por haber sido establecido en forma de juicio, se halla asimismo sometido en amplia medida a la po-

¹⁶ *Ibidem*, n. 7, p. 696; n. 5, p. 695.

testad de jurisdicción de la Iglesia, en cuanto ésta incide directamente en uno y otro sacramento sobre dos acciones humanas, mejor dicho, sobre dos actos jurídicos propiamente tales, como son el consentimiento matrimonial y la confesión contrita o dolorosa, constituyendo ésta la materia y aquél la materia y la forma del sacramento.

14. Finalmente, siendo el matrimonio, no sólo en el orden natural sino también en la actual ordenación sobrenatural y sacramental, institución primordial del orden social, tanto que de su recta constitución y de su normal desenvolvimiento depende la digna conservación y propagación del género humano y hasta la subsistencia misma de la sociedad, cualquiera comprende que la sociedad civil constituida en ordenamiento jurídico no puede en modo alguno desentenderse ni permanecer indiferente ante la regulación jurídica del matrimonio.

En efecto, escribe León XIII, "no ignora la Iglesia, ni niega que, dirigiéndose el sacramento del matrimonio a la conservación e incremento de la sociedad humana, tenga conexión y parentesco con las mismas cosas humanas que se siguen al matrimonio, pero que versan sobre cosas de derecho civil, de las cuales cosas razonablemente conocen y decretan los que presiden la república"¹⁷.

Y algunos años después, en la Carta Encíclica "Novae condendae legis", insistía el mismo Pontífice: "No es inoportuno declarar una vez más que el poder civil puede establecer los efectos civiles del matrimonio, pero que debe dejar a la Iglesia lo que toca al matrimonio (de los cristianos) en sí mismo; que admita el hecho del verdadero y legítimo matrimonio tal como ha sido instituido por Jesucristo y practicado por la Iglesia, y después que tome las medidas que concedan o que nieguen los efectos consiguientes en la comunidad civil"¹⁸. Doctrina que el canon 1016 formula concisamente así: "El matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio".

4) *Determinación de los efectos meramente civiles*

Henos pues de lleno ante el problema de la determinación de los efectos meramente civiles.

15. Según advierte T. G. BARBERENA¹⁹, la doctrina canónica distingue entre efectos separables e inseparables del matrimonio, considerando los primeros como una prolongación natural y necesaria del ma-

¹⁷ Encíc. "Arcanum divinae sapientiae", en "Col. de Encíc.", n. 24, p. 577.

¹⁸ Carta Encíc. de 8-2-1893. "Novae condendae legis", en Col. de Encíc. n. 2, p. 594. Texto original italiano en C. i. c. *Fontes*, v. III, n. 617, 2, p. 393.

¹⁹ T. G. BARBERENA, *Matrimonios mixtos*, en "Anuario de Derecho Civil" (Madrid 1954), pp. 4-5.

rimonio mismo, por lo cual el legislador no puede desconocerlos ni negarlos al matrimonio canónicamente constituido. Tales son los derechos recíprocos de los cónyuges y sus deberes, la legitimidad de los hijos, los derechos esenciales de la patria potestad y las obligaciones fundamentales de los hijos para con los padres. Los efectos separables, por el contrario, son de naturaleza patrimonial, aunque no todos los efectos patrimoniales pertenezcan sin más discriminación a la categoría de efectos separables. Los denominados por la doctrina canónica efectos separables vienen a coincidir con los efectos meramente civiles del canon 1016.

Pero, como observa certeramente el mismo G. BARBERENA, "no es fácil determinar prácticamente los efectos *meramente civiles* sobre una base tan movедiza como su separabilidad o inseparabilidad del matrimonio del que derivan", pues "en realidad, no hay efecto que no sea separable, lo mismo en el orden lógico que en el legal"... "Prácticamente la Iglesia ha determinado el ámbito de su competencia en su cuerpo de leyes, por lo cual, en el orden concreto, diríamos que son efectos meramente civiles aquellos que no existiendo en el Codex, consten en la legislación civil, supuesta la licitud y honestidad de esos efectos"²⁰.

16. Ninguna duda sobre la *certeza* y la *seguridad*, tanto jurídica como teológica, que semejante criterio práctico ofrece, especialmente en materia matrimonial y, en términos generales, en materia disciplinar si se limita su aplicación a la legislación universal de la Iglesia y no se extiende al simple derecho particular. Mas el simple jurista, una vez desechado por inconcluyente el criterio de la separabilidad-inseparabilidad de los efectos, tratará de indagar la razón intrínseca del otro criterio, o sea por qué motivo el Codex dispone de esto y no dispone de aquello otro, y por qué no ha dispuesto en todos los tiempos de las cosas exactamente en la misma medida. Y cualquiera advierte que el peligro de extravío aumenta para él si se ve obligado a marchar solo porque los canonistas no se hayan sentido incitados por la empresa o han rehuído explorar la ruta.

Nos damos cuenta de la dificultad que presenta la tentativa, pero creemos que en la distinción rigurosa, tal como la hemos intentado anteriormente, de los órdenes y los ordenamientos jurídicos que concurren en la constitución y regulación jurídica del matrimonio y en la distinción igualmente cuidadosa de las respectivas esferas de competencia entre los ordenamientos canónico y civil, se contiene el instrumento que rectamente aplicado nos permitirá alcanzar resultados aceptables en orden a descubrir primero el nexo que vincula los efectos al orden res-

²⁰ *Ibidem*, nota 4, p. 5. El mismo criterio práctico adopta Mons. L. MIGUELEZ, *Las causas matrimoniales de separación*, en "Revista española de Derecho canónico", t. 9 (1954), pp. 331-332; 343-346.

pectivo, y a determinar luego cuáles efectos en concreto corresponden a un orden y cuáles a otro. En otros términos, que se trata de determinar las relaciones jurídicas concretas, que dimanen de cada uno de los órdenes jurídicos, con la atribución de sus respectivos efectos jurídicos a cada uno de ellos, según la real y efectiva dependencia de cada uno de los órdenes dichos.

El criterio distintivo para la atribución y la subsiguiente determinación de los efectos en naturales, canónicos y civiles radica, según creemos, en la respectiva validez o invalidez, eficacia o ineficacia de las disposiciones que los regulan para alcanzar o producir los efectos en cuestión. De manera que sus reglas objetivas podrían enunciarse escalonadamente así:

17. 1.ª Corresponde a un ordenamiento jurídico positivo determinado el poder de ordenar válida y eficazmente todos y solos los efectos jurídicos que por entrar dentro de su esfera dependen directa e inmediatamente del mismo ordenamiento jurídico. Según eso, resulta igualmente correcto partiendo de la observación directa de su real dependencia de un ordenamiento jurídico dado, deducir la producción de efectos jurídicos en el mismo orden, o viceversa, partiendo de la observación directa de la producción en concreto de efectos jurídicos en un ordenamiento dado, deducir su dependencia del mismo ordenamiento:

Aplicando esta regla tenemos:

A) Las disposiciones civiles que intentaran alcanzar o afectar en sí mismas la validez o la licitud objetivas del *matrimonio cristiano*, o la constitución objetiva de impedimentos dirimentes o impedientes, o la determinación de la forma solemne del matrimonio cristiano, serían absolutamente inválidas e ineficaces, mejor, jurídicamente inexistentes, en cuanto que el matrimonio cristiano *en sí* y *objetivamente* será válido o inválido, lícito o ilícito, y la forma solemne será una u otra, o no será ninguna determinada, por virtud y gracia del derecho natural, del derecho divino positivo y del ordenamiento canónico, únicos competentes en la constitución y regulación del matrimonio cristiano como tal.

Por tanto una ley civil que apunte a condicionar objetivamente la validez-invalidez, licitud-ilicitud de un matrimonio que por derecho natural, por derecho divino positivo y por derecho canónico es válido y lícito, resulta plenamente incapaz de dar en la diana, en cuanto apunta a unos objetivos que, por caer fuera de su orden o esfera, son inalcanzables o inasequibles, como efectos que son de un orden distinto e independiente (derecho natural, divino positivo, canónico)²¹.

²¹ Téngase en cuenta lo que acerca de la relación entre derecho natural y derecho positivo humano advierte SANTO TOMÁS: "Sciendum quod a lege naturali dupliciter potest aliquid de-

B) Dígase lo mismo de las relaciones jurídicas concretas que se denominan con el nombre de derechos y deberes recíprocos de los cónyuges; la fidelidad, el derecho y el deber de cohabitar, la legitimidad de los hijos, los derechos esenciales de la patria potestad y los deberes fundamentales de los hijos para con los padres. En cuanto se trata de relaciones jurídicas que se derivan naturalmente del mismo *vínculo matrimonial* objetivamente válido (ora sea con necesidad absoluta, ora solamente con necesidad relativa, hipotética o condicionada), o del simple hecho de la paternidad y de la filiación, la ley civil carece de eficacia asimismo para tocarlas o alcanzarlas en sí mismas.

Nos vamos acercando ya a los confines de los ordenamientos, por lo que corremos el riesgo de caer en confusión si no extremamos las precauciones. Para huir de la imprecisión y evitar la fluidez sobre la línea misma de los confines, fijaremos la cuestión en una pregunta. ¿Tiene alguna eficacia y cuál eficacia alcanza la ley civil que, desconociendo el matrimonio canónico, solamente admite el matrimonio civil?

C) Según hemos dicho anteriormente la ley civil no alcanza a tocar la validez ni la licitud del matrimonio canónico, porque éste como tal realidad jurídica procede y emana de órdenes distintos e independientes del ordenamiento civil, o sea del ordenamiento canónico y del derecho divino.

Pero la ley civil sí que tiene eficacia para impedir, si se lo propone, que ese matrimonio canónico sea considerado dentro del ordenamiento civil como tal matrimonio, o como comunmente se dice, para impedir que produzca efectos civiles. Adviértase que hablamos de eficacia ineficacia, de potestad o de poder y no absolutamente de derecho; eficacia o potestad, decimos, para impedir de hecho que el matrimonio canónico obtenga efectos civiles; si *iure vel iniuria* eso es otro cantar. Como el dueño de una casa tiene el poder o potestad de impedir cerrando a cal y canto los huecos, no que sea de día y que el sol brille fuera, pero sí que penetre la luz en la casa y la ilumine por dentro.

A primera vista parece haber aquí una contradicción, afirmando

derivari: uno modo sicut conclusiones ex principiis, alio modo sicut determinationes quaedam aliquorum communium... Derivantur ergo quaedam a principiis communibus legis naturae per modum conclusionum, sicut hoc quod est non esse occidendum ut conclusio quaedam derivari potest ab eo quod est nulli esse faciendum malum; quaedam vero per modum determinationis, sicut lex naturae habet, quod ille qui peccat puniatur, sed quod tali poena vel tali puniatur, hoc est quaedam determinatio legis naturae" (1.^a 2.^a, q. 95, art. 2). Según eso, muchas relaciones jurídicas y, sin duda, las más importantes que constituyen el matrimonio se hallan perfectamente determinadas por el derecho natural (objeto, fin, propiedades, bienes y ley del matrimonio); pero hay algunas relaciones jurídicas que vienen establecidas por el derecho natural solamente *in communi* o en general, dejando su última especificación al derecho positivo, como es, v. gr., la última determinación de la habilidad o capacidad de los contrayentes, la forma jurídica del matrimonio, que el derecho natural la deja a la determinación de la *potestad social* que sea respectivamente *competente*; en el matrimonio cristiano al ordenamiento canónico, y en el de los no bautizados al ordenamiento civil.

un poder o potestad que sería a un tiempo jurídico y antijurídico; jurídico en cuanto eficaz para producir unos efectos jurídicos concretos, y antijurídico en cuanto enormemente injusto y lesivo del derecho divino, natural y positivo. No es difícil sin embargo deshacer el equívoco; pero ello requiere poner a punto la distinción entre los conceptos íntimamente relacionados, si bien diversos entre sí, de potestad, de competencia y de derecho.

18. Aunque en rigor debiéramos distinguir entre potestad y jurisdicción, para nuestro intento actual podemos tomar como sinónimos los términos de potestad y jurisdicción.

Los canonistas, de acuerdo con la significación antigua, definen la potestad de jurisdicción en sentido amplio como "potestas publica circa aliorum regimen et gubernationem". Y potestas publica aquí significa tanto como "ius o facultas praecipienda et inhibendi, ius obiectivum constituendi"²². También el *Codex* toma el término jurisdicción en este sentido de potestad pública en general, o sea como la potestad de régimen o de jurisdicción, en contraposición a la jurisdicción en sentido técnico o restringido, que significa únicamente la potestad judicial (can. 196 y 201 § 2).

Competencia en su acepción generalísima equivale a poder o potestad de jurisdicción contenida dentro de ciertos límites; circunscrito al orden judicial el término competencia significa la parte o porción de jurisdicción asignada a un juez o tribunal. En sentido objetivo, por tanto, competencia significa la esfera de actividad de cada tribunal o, en general, de cada órgano de poder (juez, ministro, legislador).

Competencia y jurisdicción, pues, se diferencian como la parte y el todo; cada órgano concreto de poder (tribunal, autoridad, legislador) participa en una proporción mayor o menor, pero siempre concreta y limitada, de la potestad de jurisdicción, y no ejerce la totalidad de la jurisdicción, ni siquiera en un orden o clase de funciones²³.

Y es precisamente esta limitación de la potestad, aun dentro de un mismo orden o clase de poder, lo que da origen a la noción y división de la incompetencia en absoluta y relativa, caracterizándose la incompetencia absoluta por la *invalides* y la *ineficacia* jurídicas de sus actuaciones, en tanto que la incompetencia relativa no excluye en absoluto la validez y eficacia, por lo menos condicionada, de sus actuaciones. Así la sentencia dictada por tribunal absolutamente incompetente es plenamente inválida y totalmente ineficaz, en tanto que la pronunciada por tribunal relativamente incompetente es válida y eficaz, absoluta o condicionadamente²⁴.

19. Ni hay tampoco, según creemos, instituto más apto que la sentencia para descubrir la distinción entre potestad o competencia de un lado y simple derecho de otro. Todos sabemos que pueden existir y que de hecho existen sentencias, y lo mismo cabe decir en general de actos de gobierno e incluso de leyes, que no obstante ser verdaderas sentencias válidas y eficaces, pueden ser justas o no serlo:

²² F. ROBERTI, *De Processibus*, v. I. (Romae 1941), n. 45, p. 123.

²³ *Ibidem*, n. 60, I, pp. 171-172.—Dejamos expresamente a salvo la totalidad o universalidad que dentro del ordenamiento jurídico canónico corresponde a la *plenitud* del Primado del Romano Pontífice.

²⁴ *Ibidem*, n. 60, III, p. 174; n. 149, p. 436.

tanto que el instituto jurídico de la apelación está basado no tanto sobre la simple posibilidad cuanto sobre la presunción abstracta o en general, claro es, de que existen sentencias válidas y a la vez no ajustadas a derecho. Así de dos pronunciamientos simples y contradictorios dados en grado diverso, uno de ellos necesariamente no puede ser conforme a derecho. La validez o invalidez de la sentencia se refiere a la *legitimidad* del pronunciamiento —*legitima definitio causae*—, en tanto que su justicia o injusticia objetiva, se refiere al mérito de la causa, es decir al *in iure* y al *in facto* de la sentencia.

Según esto no existe verdadera contradicción entre la simple injusticia como "laesio vel violatio iuris" de un lado, y la competencia de otro, en el sentido de potestad competente, o sea de facultad o derecho "praeciendi, et inhibendi, ius obiectivum constituendi". Y no existe tal contradicción porque la afirmación y la negación o violación del derecho no versan sobre la misma cosa, no son *secundum idem sed secundum diversa*. Efectivamente, mientras la potestad o competencia significa conformidad del órgano con los límites objetivos que determinan la esfera dentro de la cual aquella se ejerce, en cambio la justicia o injusticia califican el acto de gobierno, la sentencia o la ley misma, no solamente por su adecuación a las reglas jurídicas que determinen la competencia limitándola, sino por la observancia completa del conjunto de reglas que en un determinado ordenamiento norman una relación jurídica y por su recta aplicación a una particular *species facti*, a un sujeto determinado y a unas circunstancias concretas.

20. Y si de la potestad pública y, como tal, siempre más o menos política, volvemos la atención a la potestad privada —donde la patria potestad y la potestad familiar representan ciertamente el caso típico, pero no el único ni mucho menos—, encontramos siempre como nota esencial, un espacio libre, un margen de holgura entre la competencia como ámbito que circunscribe los límites en los que se contiene la potestad, y que vienen a ser como la pieza externa, y otra pieza interior, albergada y contenida dentro de la primera, que está representada aquí por el fin o interés al cual se ordena la potestad, y que es el bien común o la idea a realizar; pero entre ambas piezas debe quedar siempre un espacio libre esencial, el cual está constituido por la libertad como facultad activa de determinación e imposición de conducta, que viene a ser como el aceite sobre la superficie de roce de ambas piezas, el cual admite o tolera arenas e impurezas en proporción variable, impurezas que aquí estarían representadas por las dosis de abuso o de injusticia que lleva siempre consigo el ejercicio de toda potestad por los hombres y para el bien de los hombres, sean éstos súbditos, familia, etc. Tal por ejemplo, el ejercicio de la patria potestad, que en cuanto institución fundamentalmente natural representa las máximas posibilidades de abuso junto a las máximas dificultades de control jurídico, ya que si el juez tuviera que remplazar al padre y la ley hubiera de llenar la función que la naturaleza confió al amor, sería peor el remedio que la enfermedad²⁵.

²⁵ La técnica jurídica expresa ese diverso grado de libertad en las mismas nociones de derecho subjetivo y de potestad. Así, mientras el derecho subjetivo consiste en el poder (ius o facultas) de imponer o de exigir de otro un concreto comportamiento positivo o negativo para la satisfacción de un interés propio; la potestad en cambio consiste en el poder de imperar o mandar para la actuación de un interés de otro. Por eso el ordenamiento jurídico, acotando los límites extremos que a la potestas traza su propio fin —la obtención del interés de otro—, dentro del campo acotado garantiza y asegura a la potestad una amplia libertad o "poder discrecional", según se dice. Cfr. P. CIPROTTI, *Lezioni di Diritto canonico* (Padova 1949), nn. 148-152; S. ROMANO, *Principii di Diritto Costituzionale generale* (Milano 1947), pp. 106-111.

21. Con los anteriores esclarecimientos estamos en condiciones de determinar los efectos que el ordenamiento civil tiene el poder o potestad de alcanzar válida y lícitamente y cuáles otros sólo puede obtener válida pero no lícitamente.

2.^a En la regulación de los efectos jurídicos dependientes de un ordenamiento dado, tiene éste el deber de contenerse dentro de los límites de su potestad fuera de los cuales su actuación sería completamente inválida e ineficaz²⁶. Según eso, las expresiones “potestad de ordenar válida y eficazmente, de producir efectos jurídicos” y las equivalentes de “validez-invalidéz”, “eficacia-ineficacia” para producir unos efectos jurídicos dados, enuncian un orden de derecho y no simplemente una *res facti*, como sería la observancia de una norma, o su prevalencia de hecho sobre la norma contraria de otro ordenamiento en contraste con el primero.

Observancia-inobservancia, prevalencia-no prevalencia en su aspecto jurídico son valorables, únicamente desde dentro del ordenamiento mismo, y no sirven para expresar la relación entre dos ordenamientos distintos. Así por ejemplo, a los efectos de la validez o eficacia de una norma jurídica como tal, importa muy poco que la ley del matrimonio civil sea de hecho observada o no lo sea, prevaleciendo de hecho sobre la ley canónica de la forma jurídica del matrimonio, o que suceda lo contrario. En ambos casos tendremos como efectos jurídicos propios de la norma canónica, la nulidad objetiva del matrimonio civil con las penas canónicas que se irrogaren a los contraventores de la ley eclesiástica y como efectos jurídicos dependientes de la ley civil, no la nulidad del matrimonio —efecto totalmente inasequible para la ley—, pero sí la “no obtención” o denegación de efectos civiles al matrimonio canónico, enormemente injusta es cierto, pero que en tanto no sea revocada la ley habrá privado de efectos civiles a los matrimonios celebrados sin observar las formalidades del matrimonio civil, que fue lo que sucedió en España entre los años 1870 a 1875.

22. 3.^a Aun dentro de los límites de su competencia el ordenamiento jurídico, aunque sea soberano, tiene deber estricto de respetar en su regulación lo que sea derecho riguroso de otro, puesto que no puede existir derecho en sentido estricto y propio que no vaya acompañado del correlativo deber jurídico.

Sin embargo la correlación entre derecho y deber obliga a referir o conducir el deber precisamente al mismo orden del cual emana el de-

²⁶. WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale*, n. 48, nota 19, p. 63: Duplex potestas suprema de iis dem causis non solum in eodem foro est aperta absurditas, sed etiam in diverso foro scilicet ecclesiastico et civili de eodem obiecto *indiviso* (contractu sacramentali) sub eodem respectu (validitatis vel liceitatis)."

recho —orden natural, divino positivo, ordenamiento jurídico común, tercero o neutro—, todos los cuales como superiores son capaces de fundar y constituir verdaderos derechos y deberes en sentido propio y estricto.

“Iura et obligationes legislatoris in hac re, escribe BENDER²⁷, a propósito de la ley estableciendo la forma civil del matrimonio, dependent a iuribus Ecclesiae divinitus concessis. Nemini enim, ne quidem principi civili, sive sit catholicus sive non, licet unquam violare iura alterius personae; sive sit persona singula sive societas aut eius legitimus rector... Obiective male agit legislator qui intendit lege civili de forma matrimonii ligare etiam baptizatos et qui consequenter denegat matrimonii effectus naturales et civiles baptizatis valide iunctis sed neglecta forma civili. Obiective male agit etiam legislator, qui statuendo solemnitates quae constituunt formam civilem matrimonii, intendit ut in hac forma etiam baptizati contrahere possint”.

Nosotros podemos y debemos concretar el verdadero valor y alcance de los términos “non licet”, “obiective male agit”, según los casos. Sabemos que la pretensión de obligar a los bautizados a la forma civil del matrimonio y de negar validez al matrimonio canónico o de negarle los efectos naturales o necesarios, además de ilícita e injusta, resulta jurídicamente ineficaz. Contrariamente, la pretensión legal de negar con carácter general o no reconocer efectos civiles al matrimonio canónico es injusta, por lo menos en su establecimiento, pero válida y eficaz en el sentido de que los matrimonios canónicos no obtendrán de hecho los efectos civiles si no van acompañados de las solemnidades civiles²⁸.

23. Seguramente se nos dirá que una ley humana injusta —absolutamente o ex hypothesi—, deja por eso mismo de ser ley, puesto que no puede tener fuerza alguna de obligar, y nosotros mismos dijimos más arriba que ninguna potestad humana puede nunca pretender o te-

²⁷ L. BENDER, *Matrimonium civile*, en “Ephemerides iuris canonici”, t. 6 (1950), pp. 49-50.

²⁸ No es ésta ocasión de examinar si el establecimiento del matrimonio civil, incluso para los cristianos, es siempre ilícito e injusto o, si no obstante su plena y total ineficacia para producir el vínculo entre cristianos, en algún caso muy raro puede resultar no ilícito el establecimiento del matrimonio civil; por ej. en Inglaterra, cuando para poner término a una situación de más de 80 años que solamente admitía el matrimonio religioso ante el ministro anglicano, no reconociendo *efectos civiles* al matrimonio de los católicos, la ley de 1836 estableció que el matrimonio pudiera tener lugar indistintamente o ante el ministro anglicano, o ante el ministro de un culto disidente (incluido entre otros el católico) y *en presencia* o con la asistencia de dos testigos y el oficial del registro civil, o finalmente, ante el oficial del registro únicamente. Cfr. WERNZ-VIDAL, *Ob. cit.* n. 385, p. 683.—¿Sería absolutamente improbable aplicar a la ley de 1836, no una intención objetivamente denegatoria del vínculo y de los efectos naturales del mismo —intención que no se daba tampoco en la situación anterior a la ley—, sino simplemente la intención de condicionar la protección jurídico-positiva del vínculo naturalmente válido y eficaz, así como la vinculación de los efectos civiles, al cumplimiento de unas solemnidades en sí mismas carentes de eficacia jurídica —la asistencia del oficial del registro civil a la celebración del matrimonio—, pero que no envuelven ninguna ilicitud?

ner fuerza o virtud de obligar a cosa que sea contra el derecho natural o el divino positivo²⁹. La dificultad sin embargo es más aparente que real.

Sabemos que las normas que integran el derecho natural y el derecho divino positivo, lo mismo que las normas jurídico-positivas, pueden ser simplemente preceptivas, prohibitivas o permisivas, y pueden también ser irritantes e inhabilitantes. Tales son por ej. las que determinan los elementos esenciales de los actos o de las instituciones, v. gr. en el matrimonio las que se refieren a sus causas intrínsecas: materia y forma del contrato consensual, o a sus causas extrínsecas: eficiente, que no puede ser otra que la voluntad humana, y la causa final como *finis operis* o de la institución; las que especifican la capacidad o incapacidad del sujeto en relación con los elementos esenciales y, finalmente, las constitutivas de potestad. Fuera de estos casos el derecho natural por sí solo no determina la invalidez o ineficacia de un acto jurídico, aun naturalmente ilícito, sino cuando el acto sea total y radicalmente ilícito en cuanto a todos sus efectos. Mas si la ilicitud del acto no persevera en todos sus efectos, entonces el acto aun naturalmente ilícito, no es por eso solo naturalmente inválido e ineficaz³⁰.

¿Qué decir según eso de la ley que, desconociendo el matrimonio canónico, sólo otorga efectos civiles al matrimonio civil?

1.º Que como tal ley, que intente *obligar* a los bautizados y constituir para ellos el vínculo *válido*, no tiene ni puede tener ningún valor: es *nula e irrita* y no puede tampoco tener fuerza ninguna de obligar en conciencia, según hemos explicado anteriormente; 2.º que, si bien el establecimiento de la ley es ilícito e injusto, pero no lo es su cumplimiento, o sea la observancia de las solemnidades civiles para obtener así efectos civiles para el matrimonio canónico, que sin eso no los obtendría. Más aún, el cumplimiento de esas formalidades puede ser normalmente obligatorio, no *vi legis* o por la ley misma, sino por disposición legítima de la autoridad eclesiástica en confirmación de la misma ley natural, que obliga a evitar ciertos males graves y a procurar ciertos bienes para uno mismo, para el cónyuge y para los hijos; 3.º no tratándose como no se trata aquí, de acción total y radicalmente ilícita que vicie todos sus efectos, como tal ley, aunque injusta en su establecimiento, mientras subsista como tal ley, es válida y eficaz en cuanto a otorgar o denegar los efectos civiles según se observen o no los requisitos establecidos.

Brevemente: que de la ilicitud e injusticia de una norma jurídico-positiva se puede arguir su invalidez e ineficacia para obligar formal-

²⁹ *Supra*, n. 16.

³⁰ L. RODRIGO, *Tractatus de legibus*, v. II (Santander 1944), nn. 363-364, pp. 273-274.

mente al efecto ilícito e injusto; pero no se puede deducir sin más su total y absoluta invalidez con relación a todos sus efectos.

Matrimonio canónico y matrimonio civil

24. Resumiendo. Que a tenor del canon 1016 el matrimonio de los bautizados constituye por eso solo matrimonio canónico, incluso el matrimonio de bautizado con persona no bautizada, pues según enseña León XIII, "teniendo el matrimonio a Dios por autor, y habiendo sido desde el principio sombra y figura de la Encarnación del Verbo divino, por esto mismo tiene un carácter sagrado, no adventicio sino ingénito; no recibido de los hombres sino impreso por la misma naturaleza"³¹. Y Pío XI, comentando por su parte las anteriores palabras, añade: "Esta naturaleza sagrada del matrimonio, tan estrechamente ligada con la religión y las cosas sagradas, se deriva del origen divino arriba conmemorado, de su fin que no es sino el de engendrar y educar hijos para Dios y unir con Dios a los cónyuges mediante un mutuo y cristiano amor y, finalmente, del mismo natural oficio del matrimonio establecido con providentísimo designio del Creador, a fin de que fuera algo así como el vehículo de la vida, por el que los hombres cooperan en cierto modo con la divina omnipotencia"³².

Por consiguiente, "el matrimonio de los bautizados, establece el canon 1016, se rige por el derecho divino y también por el derecho canónico"; o sea, que matrimonio canónico es todo aquél que se halla sometido al derecho de la Iglesia católica en su constitución y validez y, en general, en su reglamentación jurídica³³.

Por el contrario, el matrimonio de los no bautizados es matrimonio civil en sentido propio y verdadero, y como tal matrimonio válido se rige por el derecho civil en su constitución y validez y en su reglamentación jurídica, con tal que la ley civil no esté en oposición con el derecho divino, natural y positivo³⁴.

³¹ Colec. de Encíc., n. 11, p. 569.

³² Col. de Encíc., n. 51, p. 720.

³³ WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale*, n. 45, p. 55: "*Sola Ecclesia catholica habet iure proprio et nativo a Christo Domino immediate, non conniventia principum saecularium accepto, potestatem legislativam ordinandi validam et licitam matrimonii christiani celebrationem sive legibus prohibentibus, quibus fideles per impedimenta dirimentia aut mere impediencia a matrimonio contrahendo ex iusta et proportionata causa arcentur. sive legibus positive praescribentibus rationabiles condiciones, v. gr. ritus, formam, solemnitates ad liceitatem vel etiam ad valorem matrimonii requisitas*". Proinde (n. 59, p. 75) "*principes civiles sive fideles sive infideles nec dirimentia nec prohibentia impedimenta, quae valori vel honestati matrimonii christianorum obstant*" ullo modo "*iure proprio et nativo instituere possunt*". N. 71, p. 86. "*Legislator dici potest competens ad ferendas leges etiam irritantes de aliqua materia, si personae, quibus leges illae sunt imponendae, ipsi vere subiectae sint, et si materia, de qua est disponendum, ordinationis etiam per leges irritantes sit capax et potestati legislatoris non subducta; etenim vera competentia consistit in potestate tum in personam tum in causam sive materiam*".

³⁴ *Ibidem*, n. 67, p. 80: Principes civiles "*vi potestatis publicae etiam nunc pro suis subditis non baptizatis inter se matrimonium celebrantibus rationabilia et iuri divino conformia impedimenta dirimentia et prohibentia statuere valent*".

Clasificación del así llamado "matrimonio civil"

25. Mas no es en el sentido expresado como se entiende generalmente el término "matrimonio civil", sino que "matrimonio civil" en el lenguaje jurídico moderno, tomando su significación de la simple legalidad positiva, expresa indistintamente cualquier matrimonio y, por consiguiente también el de los bautizados, en cuanto la ley positiva humana intenta someterlo a la legislación civil en su constitución y validez y, en general, en toda su reglamentación jurídica³⁵.

Así entendido el matrimonio civil, claro es que abarca y se extiende a la forma jurídica de su celebración; pero comprende mucho más que eso, puesto que la ley civil pretende, según decimos, regular la misma constitución o validez del consentimiento y del vínculo matrimonial, ordenando junto a la forma la misma capacidad o habilidad de los contrayentes y los elementos o constitutivos esenciales del consentimiento y de la institución matrimonial en sí misma³⁶.

Por ello es ya usual establecer la clasificación de las legislaciones matrimoniales civiles en vigor, según que ellas acepten o declaren ser uno u otro el ordenamiento jurídico y la jurisdicción competente para la celebración formal del matrimonio y, en general para su regulación jurídica. La clasificación generalmente aceptada acostumbra a enunciarse así:

A) Matrimonio civil *obligatorio* o *necesario*, cuando, ignorando el matrimonio religioso en el sentido de no reconocer efecto jurídico alguno a su celebración, la legislación civil solamente otorga efectos civiles a la unión matrimonial regulada por la misma ley, tanto en lo que toca a la capacidad de las partes como en lo relativo a las cualidades del consentimiento y a la forma de su celebración.

Con bastante frecuencia la ley, que impone el matrimonio civil obligatorio, contiene además la prohibición de celebrar el matrimonio religioso con anterioridad a la del matrimonio civil.

Lo hacen así: Alemania, (ley matrimonial de 1875 y ley de 6-7-1938, vigente en la actualidad), Bélgica (art. 16 de la Constitución), Bulgaria (ley de 1945), Checoslovaquia (ley de 1949), Francia (1792), Holanda (Código civil de 1838), Hungría (leyes de 1894 y 1952), Polo-

³⁵ *Ibidem*, n. 583, p. 680: "*Matrimonium civile* iuxta modernam huius vocis significationem dicitur contractus maritalis etiam christianorum coram magistratu civili initus secundum *solas leges civiles* de consensu, forma, habilitate personarum latis".

³⁶ Lo hacía así, entre otras legislaciones, la denominada ley provisional de 18-6-1870, que introdujo por primera vez en España el matrimonio civil, y cuyo artículo 2.º decía: "El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes". Véase en la nota 26 cómo expresa WERNZ la incompatibilidad de dos potestades soberanas concurrentes sobre la misma *esencia* o *sustancia* del matrimonio cristiano, es decir, sobre el consentimiento y el vínculo matrimonial.

nia (ley de 1945 reformada en 1950), Rumania (leyes de 1943 y 1953), Suiza (ley de 1874 y Código Civil de 1907), Yugoslavia (leyes de 1946 y 1948).

No contienen prohibición alguna respecto del matrimonio religioso las legislaciones de: Albania (ley de 1948), Austria (que después de 1945 derogó por inconstitucional la prohibición que se contiene en la ley alemana de 1938) y Turquía (ley de 1926).

B) Matrimonio civil *facultativo* o *electivo*, cuando la ley deja a los contrayentes en plena libertad para escoger el matrimonio religioso o el civil con igualdad de efectos jurídicos.

Adoptan esta actitud las legislaciones de: Dinamarca, Suecia, Noruega (ley de 1918), Finlandia, Islandia, Estados Unidos de América (expresamente en 41 de los 49 Estados), Gran Bretaña y Escocia (ley de 1836 y Marriage Act de 1949), Irlanda, Italia, Portugal (desde el Concordato de 1940), República de San Marino (ley de 1953).

Los Concordatos de Lituania (1927), Italia (1929), Austria (1934), Portugal (1940), España (1953) y Santo Domingo (1954) reconocen plenos efectos civiles al matrimonio canónico; pero posteriormente a su estipulación alguno de esos Estados ha desaparecido como Estado independiente (Lituania) o ha cambiado su legislación matrimonial (Austria: ley de 1938).

C) Matrimonio civil *subsidiario*, cuando la legislación civil asegura la obligatoriedad del matrimonio religioso para los adeptos de la respectiva confesión, y sólo autoriza la forma civil:

a) *ampliamente* o absolutamente subsidiario, si se permite a todos los que no pueden celebrar el matrimonio religioso, aun en el caso de que tal imposibilidad provenga de prohibición legal de la Iglesia o de la respectiva confesión;

b) *relativamente* subsidiario, si se permite únicamente a los que por no pertenecer a la Iglesia o confesión religiosa oficial o de Estado, no están obligados a la forma religiosa del matrimonio.

C') Otros, en cambio, distinguen el matrimonio civil *subsidiario* en:

a' *ampliamente* subsidiario o casi *electivo*, cuando la ley autoriza la celebración del matrimonio civil simplemente con que los contrayentes presten declaración, jurada o no, de no estar obligados a la forma religiosa del matrimonio;

b') *rigurosamente* subsidiario, cuando para su permisión la ley civil exige a los contrayentes demostración o prueba de la cualidad en virtud de la cual no vienen civilmente obligados a la forma religiosa del matrimonio;

c') *rigidamente* subsidiario, si la ley solamente autoriza su celebración a los que demuestren que según el derecho de la propia confe-

sión religiosa no se hallan obligados a observar la forma jurídica religiosa.

D) Hasta tiempos recientes se conservaba el *matrimonio religioso* civilmente obligatorio en: Bulgaria, Polonia, Yugoslavia, República de San Marino. Actualmente subsiste el matrimonio exclusivamente religioso en: Grecia (Código civil de 1940) y en 3 Estados de los EE. UU. de América (Maine, Maryland y Virginia del Oeste).

La legislación matrimonial española, según veremos, debe incluirse en las de matrimonio civil rigurosamente subsidiario³⁷.

II. EL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL DE 1888

I. ANTECEDENTES

A) *La base 3.ª del Código Civil*

26. El antecedente directo e inmediato del art. 42 y con él también de los artículos 75 y 76 del Código civil, se contiene en la base 3.ª de la ley de bases de 11 de mayo de 1888, que pasó literalmente al articulado del Código.

En efecto, según dice MANRESA "la Comisión de Códigos, precisada a atemperarse a lo que se le daba como cimiento de su trabajo y conociendo lo delicadísimo y trascendental de esta materia, tan discutida entre la Iglesia y el Estado, al encontrarse con una fórmula convenida huyó del riesgo de que, expresándola con diferentes palabras, buscarse la crítica contradicciones entre lo otorgado y el artículo en que se traduce a la práctica; sujetándose a los términos de la base 3.ª de la ley de 11 de mayo de 1888, de cuyo párrafo 1.º es copia literal el artículo 42"³⁸.

La base 3.ª fue, como sabemos, fruto de un acuerdo entre la S. Sede y el Gobierno, negociado en 1887 por el Ministro de Gracia y Justicia, que lo era a la sazón Alonso Martínez, y Rampolla del Tíndaro Nuncio Apostólico en Madrid. Solicitaba el Gobierno, el asentimiento expreso de la S. Sede a la legislación matrimonial; pero aquella no admitía dos formas de matrimonio, una para los católicos y otra para los

³⁷ Véanse: J. N. GÜENECHA, *El matrimonio en su aspecto internacional*, en *El matrimonio cristiano* (bibliot. "Razón y Fe", v. 15, Madrid 1931), pp. 243-244; A. C. JEMOLO, *Matrimonio*, en "Enciclopedia italiana (Treccani)", v. 22 (1934), pp. 584-586; W. J. BROCKELBANK, *La formation du mariage dans le droit des Etats-Unis* (Paris 1935), p. 282 y sigs.; L. PÉREZ MIER, *Iglesia y Estado Nuevo* (Madrid 1940), pp. 499-502; M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial* (Madrid 1942), pp. 107-108; L. FERNÁNDEZ CLERIGO, *El derecho de familia en la legislación comparada* (México 1947), p. 10; H. LEHMANN, *Derecho de familia*, vers. cast. de J. M.ª Navas (Madrid 1953), p. 45; G. BRUNELLI, *Divorzio e nullità di matrimonio negli Stati d'Europa* (Milano-Giuffré 1958), p. XII-490.

³⁸ MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, t. I (Madrid 1914), p. 247.

no católicos, y sólo se prestaba a callar si el Gobierno daba por su cuenta una ley sobre el matrimonio de los acatólicos. Entonces se convino entre el Ministro y el Nuncio la fórmula cuya primera parte es como sigue: "Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico que deberán celebrar todos los que profesan la religión católica, y el civil que se verificará con arreglo a las disposiciones del mismo Código y armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado".

Aceptada la fórmula por ambas partes, con la reserva de presentarla a las Cortes el Gobierno, y el Nuncio con la de someterla a la aprobación del Papa, el Cardenal Mocenni comunicó al Embajador la fórmula definitiva de la aprobación pontificia:

"Su Santidad aprueba lo que en las dos partes de la base se refiere al matrimonio de los católicos".

"La Santa Sede deja que el Estado regule los efectos civiles del matrimonio".

"La precedente aprobación no prejuzga en modo alguno la doctrina de la Iglesia respecto al matrimonio de los heterodoxos.

"El Santo Padre podrá tolerar que el Gobierno dicte acerca de él las disposiciones oportunas"³⁹.

Una leve diferencia de matices entre la fórmula convenida y la base 3.^a, tal como fue definitivamente incorporada a la ley de bases, no altera su sentido, aunque nos parece todavía más inequívoco el texto de la fórmula que el de la base 3.^a. Haciendo caso omiso de si entraña o no diferencia alguna el uso del modo indicativo —profesan— en lugar del subjuntivo o condicional —profesen—; nos parece que la referencia a la Constitución del Estado, matiz éste que no deja de ser importante, en la fórmula convenida se ciñe al matrimonio civil con mayor claridad que en el texto definitivo de la base 3.^a. Parece igualmente a todas luces evidente que la aprobación pontificia se refiere a la fórmula convenida, que integra un todo con ella y que, por tanto, la aprobación contiene la interpretación correcta de la fórmula y de la base. En otros términos, que constituyendo la aprobación dada por la S. Sede el criterio de interpretación de la fórmula, lo menos claro debe explicarse por lo más claro y no viceversa.

28. Según eso, y sin perjuicio de examinar oportunamente el significado de la expresión "los que profesan la religión católica", no parece dudoso que deba buscarse su equivalente en la aprobación pontificia, donde los términos "matrimonio de los *católicos*" de un lado, y "matrimonio de los *heterodoxos*" del otro, determinan positivamente

³⁹ Nos atenemos en todo a lo que escribe J. POSTIUS Y SALA, *El Código Canónico aplicado a España* (Madrid 1926), n. 397, pp. 315-316, quien a su vez lo toma de J. BÉCKER, *Relaciones diplomáticas entre España y la S. Sede durante el siglo XIX* (Madrid 1908), c. 23.

el primero y negativamente o por exclusión el segundo, el sentido auténtico de la expresión "los que profesan la religión católica".

Ahora bien, ninguna duda es posible sobre el significado que para la Iglesia han tenido y tienen, en el lenguaje usual y corriente y el uno junto al otro, los sustantivos *católico* y *heterodoxo*.

Así por ej., para designar a los que son actualmente fieles en el sentido de plenamente adheridos a la Iglesia católica y unidos a ella por el triple vínculo de la unidad de fe, de régimen y de culto, distinguiéndolos así de los cristianos o bautizados que no son miembros de la misma como de los infieles o no bautizados, se usa el término sustantivo "católico". El canonista WERNZ con anterioridad al *Codex* escribía: "Mixta religio est diversitas religionis (*confessionis* christianae) inter duas personas *baptizatas*, e quibus una est catholica, altera vero acatholica sive haeretica sive schismatica"; y definiendo más abajo el impedimento de disparidad de cultos añadía: "Si nomen attendatur (disparitas cultus) sensu proprio et stricto est diversitas *religionis*, quae inter hominem *baptizatum* et non *baptizatum* intercedit; sensu vero proprio sed minus stricto est diversitas religionis, quae existit inter *catholicum* et *acatholicum baptizatum*" (Cfr. WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale*, números 168 y 260).

Y no ofrece mayor dificultad el término "heterodoxo" como sustantivo usado por León XIII para designar a los que no son católicos, y respecto de cuyo matrimonio la S. Sede podía tolerar, mas no aprobar, que el Gobierno legislara.

Cierto que la palabra "heterodoxo" por su misma raíz constituye un término culto más bien que una palabra vulgar y corriente; pero aparte de que la nota del Papa al Gobierno de una Nación no es precisamente un texto dirigido al pueblo fiel en general, no podemos menos de observar que cuando León XIII redactaba en 1887 la nota en cuestión, hacía ya siete años que se había publicado en España una obra, sin duda la primera de todas las españolas del siglo XIX, que alcanzó una resonancia y difusión verdaderamente excepcionales en el mundo católico, la *Historia de los Heterodoxos españoles* de Menéndez y Pelayo, que vio la luz en 1880.

Pues bien, en el *Discurso preliminar* de este libro bien conocido y manejado por León XIII, leemos lo siguiente:

"El título de *Historia de los heterodoxos españoles* me ha parecido más general y comprensivo que el de *Historia de los herejes*. Todos mis personajes se parecen en haber sido católicos primero, y haberse apartado luego de las enseñanzas de la Iglesia, en todo o en parte, con plena voluntad o por error involuntario, con protestas de sumisión o sin ellas, para tomar otra religión o para no tomar ninguna. Comprende, pues, esta historia:

- 1.º Lo que propia y más generalmente, se llama *herejía*, es decir,

el error en algún punto dogmático o en varios, pero sin negar, a lo menos, la revelación; 2.º La impiedad con los diversos nombres y matices de deísmo, naturalismo, panteísmo, ateísmo, etc. 3.º Las sectas ocultas e iluminadas. El culto demoníaco o brujería, los restos idolátricos. Las supersticiones fatalistas, etc. 4.º La apostasía (judaizantes, moriscos, etc.), aunque en rigor todo *hereje* voluntario es apóstata”⁴⁰.

Tenemos por cierto que no lo entendía de otra manera León XIII cuando en su nota decía que la S. Sede podía *tolerar* (mas no aprobar) que el Gobierno legislara sobre el matrimonio de los *heterodoxos*, y cierto asimismo que a éstos precisamente (herejes, cismáticos, incrédulos y apóstatas) se refería el Gobierno, ya que sobre éstos y no sobre otros versaban tanto la dificultad de la doctrina de la Iglesia como la pretensión del Gobierno de que la S. Sede asintiera o, por lo menos, tolerara expresamente la proyectada legislación matrimonial, que se concretaba en la fórmula convenida entre el Nuncio y el Ministro.

B) *El Concordato de Colombia*

29. No constituye tampoco misterio ni se hace difícil identificar el antecedente inmediato o la fuente de la fórmula convenida y aprobada por la S. Sede, descubriéndola en los arts. 17 y 19 del Concordato con Colombia estipulado el 31 de diciembre de 1887. Basta comparar el texto de la base 3.ª con los arts. dichos para darse cuenta de ello⁴¹.

Con la única diferencia de que la pretensión del Gobierno español

⁴⁰ M. MENÉNDEZ Y PELAYO, *Historia de los Heterodoxos españoles*, t. I (Madrid 1880), pp. 19-20.

⁴¹ Damos a doble columna el texto de la

BASE 3.ª del CODIGO

“Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine este Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.

“El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia Católica, admitidas en el Reino por la Ley 13, tit. I, lib. I de la Novísima Recopilación.

“Al acto de su celebración asistirá el Juez municipal u otro funcionario del Estado, con el solo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil”.

CONCORDATO DE COLOMBIA, de 1887

Artículo 17: “El matrimonio que deberán celebrar todos los que profesan la Religión católica

producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento.

(Art. 19.—Los efectos civiles del matrimonio, se regirán por el poder civil).

“El acto de su celebración será presenciado por el funcionario que la ley determine con el solo objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil...

A. MERCATI, *Raccolta di Concordati*, v. I (Typis Poliglottis Vaticanis 1954), p. 1056.

para que la S. Sede prestara expresamente su asentimiento a la legislación matrimonial tal como ésta se proyectaba en la base 3.ª, lógicamente no podía tener cabida en el Concordato, que regula directamente el matrimonio canónico, pero no el civil, en tanto que el Código civil debe ordenar ambos; cualquiera comprende que en todo lo demás la base 3.ª está calcada sobre el texto concordado de Colombia, lo que nos lleva razonablemente a suponer que la fórmula convenida, como tal fórmula, fuera principalmente obra de la S. Sede, extremo éste que adquiere importancia en orden a la interpretación de la asendereada expresión "los que profesan la Religión católica".

Según esto el recorrido inverso que frase tan maltratada por sus pretendidas deficiencias técnicas habría hecho desde su entrada en el art. 42 del Código hasta su origen sería éste: al Código Civil pasó literalmente de la base 3.ª sin tocarla una tilde; a la base 3.ª vino de la fórmula negociada y aprobada por la S. Sede y ésta a su vez la tomó del Concordato con Colombia recién estrenado a la sazón.

30. Pues bien, el origen concordado de la cláusula "los que profesan la religión católica", al descubrimos, por así decirlo, su carta de naturaleza, nos da por eso mismo las reglas fundamentales para su interpretación. He aquí cómo se enuncian esas reglas en uno de los mejores tratados, si no el más autorizado de todos los que hoy circulan sobre Derecho concordatario:

"La interpretación de los concordatos es cosa tanto más delicada cuanto que se trata de disposiciones tomadas de común acuerdo y valederas en dos órdenes jurídicos distintos... Basándose los tratados en la buena fe y en la recíproca confianza, ellos deben ser interpretados siempre de buena fe y de manera que puedan conseguir su efecto, es decir, alcanzar el objetivo que las partes se proponían al estipular el convenio.

Presumiéndose que el texto del tratado refleja fielmente la voluntad de las partes, si los términos son claros, generalmente hay que abstenerse de toda interpretación, según el adagio de derecho romano: *Cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio*; deben, pues, tomarse las palabras en el sentido usual, más bien que en el sentido etimológico o en su acepción científica. Sin embargo, si se comprueba que la voluntad de las partes no se concilia perfectamente con el sentido obvio de una disposición convenida, debe prevalecer la voluntad de las partes... Las circunstancias en las que tuvo lugar la estipulación, así como los trabajos preparatorios para su redacción definitiva, deben ser utilizados cuando ellos permitan descubrir mejor la intención de las partes"⁴².

⁴² H. WAGNON, *Concordats et Droit international* (Gembloux 1995), chap. V. *L'interprétation authentique du concordat*, pp. 258-259.

Sólo con aplicar reglas tan obvias y elementales a la base 3.ª juntamente con la fórmula aprobatoria de la S. Sede, se vienen al suelo como castillo de naipes las disquisiciones en torno al sentido técnico-jurídico y técnico-teológico de la expresión “los que profesan la religión católica”.

Otro inciso, finalmente, hay en la base 3.ª que, en nuestra opinión, ha sido objeto recientemente de interpretaciones si no completamente equivocadas, por lo menos parciales e incompletas. Aludimos, como es fácil comprender, a la cláusula que hace referencia a la Constitución del Estado.

30. Ninguna duda sobre el hecho de que esa referencia mira directamente al artículo 11 de la Constitución de 1876, artículo que, como es sabido, constaba de dos partes bien distintas. Contiene la primera la aceptación o profesión de la religión católica como religión oficial o del Estado. “La Religión católica, apostólica, romana, es la del Estado”; en tanto que la segunda viene a determinar mediante el principio constitucional de tolerancia, el alcance de aquella declaración, y dice así: “Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana”.

Si resulta absolutamente injustificado negar, como a veces se ha pretendido, los deberes jurídicos que a la actuación del Estado impone la profesión de la Religión católica, tampoco es correcto en nuestro entender desvirtuar las limitaciones impuestas asimismo a aquella actuación por el principio constitucional de la tolerancia. En otros términos; que si la Religión oficial, o mejor dicho, la confesionalidad del Estado, tal como se contiene actualmente en el artículo 1.º del Concordato de 1953, y se contenía también en el mismo artículo del de 1851, debe obtener su reflejo en la legislación matrimonial, también el principio de tolerancia cumple a su vez la función de impedir que pueda ser llevado al extremo uno solo de esos principios, incluso en el terreno matrimonial.

Mas si la redacción misma de la base 3.ª, y todavía más, según arriba indicamos, el texto de la fórmula concertada entre el Nuncio y el Ministro no fueran por sí solos suficientes para graduar el sentido de la referencia a la Constitución del Estado, bastaría para sacarnos de dudas la aplicación de regla tan sencilla como la del *cui prodest*, es decir, a cuál de las partes interesaba principalmente esa referencia. Y en este sentido no habrá quien desconozca que era el Gobierno el que, apoyándose precisamente en el principio de tolerancia sancionado por la Constitución once años antes, pretendía obtener el asentimiento expreso de la S. Sede a la legislación matrimonial del Código Civil, que juntamente con el reconocimiento del matrimonio canónico, debía abarcar también el matrimonio civil. Y tal aspiración del Gobierno no

era novedad en 1887 sino pretensión no disimulada desde que al principio de la Regencia comenzó aboliéndose el matrimonio civil obligatorio por el Decreto de 9 de febrero de 1875.

C) *El Decreto del Gobierno de Regencia, de 9 de febrero de 1875.*

32. En efecto, ese Decreto cuyo art. 1.º establecía que “el matrimonio contraído o que se contrajere con arreglo a los Sagrados Cánones producirá en España todos los efectos civiles que le reconocían las leyes vigentes hasta la promulgación de la ley provisional de 18 de junio de 1870”, dejaba sin embargo subsistente el matrimonio civil para los que no profesaban la religión católica. Y así, tratando de justificar ambas medidas —la abolición del matrimonio civil *obligatorio* con la subsistencia del matrimonio civil para los que no profesan la religión católica—, en la parte expositiva del Decreto se decía: “El Gobierno se cree en el deber imperioso de apresurarse a restablecer la conveniente armonía entre la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, devolviendo a este sacramento todos los efectos que le reconocían nuestras antiguas leyes, y restituyéndolo a la exclusiva jurisdicción de la Iglesia... Pero así como se reconocen estos efectos al matrimonio canónico en justo homenaje a la conciencia pública, así no se pueden desconocer los de los consorcios puramente civiles celebrados o que se celebren al amparo de la ley de 1870, por los que, no profesando la religión católica o separándose del gremio de ella, no hayan sido o dejen de ser hábiles para casarse con la bendición de la Iglesia. El Gobierno no puede impedir que residan en España personas de otra creencia que la verdadera, ni obligar a las prácticas del culto a los malos católicos sujetos a las censuras y penas eclesiásticas”.

33. Que esta pretensión del Gobierno en 1875 se tornara más firme después de 1876 con el art. 11 de la Constitución, y que en 1887 ella constituyera, si bien notablemente recortada⁴³, parte esencial de la negociación entre el Gobierno y la S. Sede no sabemos si habrá quien se atreva a ponerlo en duda. El expediente de decir que una cosa es lo que establece la base 3.ª y otra distinta lo que contiene la aprobación de la misma por la S. Sede, nos parece que se quiebra de puro sutil, cuando pretende interpretar las “disposiciones oportunas” de la aprobación dada por la S. Sede, en el sentido de “disposiciones pertinentes”; pues *dato et non concessio* que las disposiciones pertinen-

⁴³ Decimos que recortada notablemente, porque el Gobierno ofrecía en el Código Civil el paso del matrimonio civil facultativo —absolutamente o menos, a la sazón vigente—, al matrimonio civil *subsidiario*, para obtener a su vez el asentimiento expreso de la S. Sede a la proyectada legislación.

tes puedan ser generalmente oportunas; pero, en cambio, la *oportunidad* como "conveniencia de tiempo y de lugar para determinado fin", según la entiende el Diccionario de la Real Academia de la lengua española, se compone perfectamente con la *tolerancia*, pudiendo ser o no ser *pertinente* en el sentido de perteneciente o competente. Y de esta manera la expresión de la aprobación pontificia "disposiciones oportunas", para indicar las disposiciones que el Gobierno se comprometía a dictar y que eran perfectamente conocidas de la S. Sede, se corresponde con la referencia de la base 3.ª al matrimonio civil "en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado".

2) TEXTO E INTERPRETACIÓN DEL ART. 42 DEL CÓDIGO

"La Ley, dice, reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código".

A) *Ambito respectivo del matrimonio canónico y del civil.*

Lo primero que salta a la vista en la primitiva redacción del art. 42 es que determina directamente —si lo hace con mejor o peor fortuna eso es otra cuestión—, las personas a las cuales el propio ordenamiento civil declara sujetas a la celebración del matrimonio canónico, y sólo indirectamente determina quiénes pueden ser admitidos a la celebración del matrimonio civil.

34. No define el Código Civil en qué consiste el matrimonio canónico, y no le pertenecía a él hacerlo sino únicamente aceptarlo como es; y efectivamente, así lo hace en los arts. 75 y 76 además del presente: de los cuales el primero determina la ley reguladora del matrimonio canónico, contenida a la sazón en la disciplina tridentina, y el segundo reconoce todos los efectos civiles al matrimonio así celebrado.

Tiene lugar aquí la figura que la técnica jurídica moderna denomina *presuposición*, la cual se verifica no sólo cuando el Estado admite expresamente que el matrimonio entre católicos es un sacramento —caso de Italia que lo declara formalmente en el art. 34 del Concordato—, sino siempre que el ordenamiento civil, absteniéndose de afirmar su competencia en materia sacramental, *presupone* las normas del ordenamiento canónico competente en la materia y, tomando la institución jurídica así constituida, la admite en el propio ordenamiento reconociéndole u otorgándole todos los efectos civiles como efectos jurídicos dependientes del mismo.

Según eso la figura de la *presuposición* se verifica no solamente en materia matrimonial sino siempre que, tratándose de instituciones ju-

rídicas dependientes de la Iglesia, el ordenamiento civil las recibe o da entrada en su esfera y en orden a sus propios fines. Trátase, por tanto, de uno de los más finos instrumentos jurídicos de enlace o de conexión entre ordenamientos distintos, pero relacionados entre sí; y si resulta natural que la *presuposición*, como tal instrumento de enlace, recurra con mayor frecuencia en un Estado católico o de población católica —y más todavía si es confesional—, que no en un Estado de población no católica, pero independientemente de que se verifique en más o menos casos, la técnica y la figura jurídica es la misma.

35. El art. 42 del Código se vale de dos expresiones para establecer el ámbito personal del matrimonio canónico dentro del ordenamiento civil español, encomendándolas la función de determinar conjuntamente las personas a las cuales la ley civil somete en su fuero al matrimonio canónico.

De ellas una atiende directamente a expresar el carácter obligatorio o la necesidad de esa sujeción, que se realiza formalmente por la ley independientemente de la voluntad de las personas individualmente consideradas, y que es lo que caracteriza al *ius cogens* frente al *ius dispositivum* y, en términos más amplios, a la sociedad u ordenamiento *necesario* frente al ordenamiento meramente *voluntario*. A la otra expresión confiere el legislador la función de determinar positivamente de entre los súbditos del ordenamiento las personas, concretándolas con firmeza que no es necesariamente inmutabilidad, a las cuales el legislador somete a la celebración del matrimonio canónico.

Realiza la primera función de necesidad la frase “que *deben* contraer *todos* los que”... Los términos de “obligación” y “deber” se usan corriente e indistintamente en el lenguaje jurídico para expresar la situación de sujeción que en la relación jurídica corresponde al sujeto pasivo respecto del sujeto activo, que es titular del derecho subjetivo o de la potestad; y así hay un libro, el IV del Código Civil, que se titula “de las obligaciones y contratos”, denominado en los tratados “Derecho de obligaciones”; mas puestos a apurar las diferencias entre ambas palabras, debemos decir que el término “obligación” se halla impregnado de un matiz fuertemente moral por el predominio notorio que él alcanza en los tratados de moral para significar precisamente “obligación en conciencia”, en tanto que esos mismos tratados reservan el término “deber” para expresar casi exclusivamente la obligación *jurídica*, ora de derecho natural ora de derecho positivo.

No es menester decir que tal pretensión resulta doblemente infundada en los ordenamientos civiles, y entre ellos concretamente el nuestro, que entre sus normas preliminares contienen una generalísima declarando “nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez” (art. 4 del Código). Y para recalcar aún más el carácter obligatorio o de *ius cogens*

de la norma se añade que la necesidad afecta a *todos* sin excepción: "deben contraer todos", que dice el art. 42.

Nos parece que se ha censurado en demasía la gramatical incorrección de la frase, sin parar mientes debidamente en que a ella no corresponde una incorrección lógica, sino al contrario, que la incorrección gramatical o de forma se ha producido por un exceso de perfección *lógica*, por el deseo de afirmar en términos absolutos el carácter necesario de la norma. Creemos, pues, que si alguna vez, es aquí respecto de los que afirman que el deber impuesto a los católicos por el art. 42 es simplemente un deber moral y no jurídico, cuando debe hacerse aplicación del principio o regla de derecho que dice: *Certum est quod is committit in legem, qui legis verba complectens contra legis nititur voluntatem*"⁴⁴.

Pero si la expresión "deben contraer todos" ha tenido que aguantar los arañazos de la doctrina civilista en parte, de la otra frase "los que profesan la Religión católica" cabe decir que la doctrina entre nosotros ha pretendido dejarla malparada, y que si no lo ha conseguido no ha sido por falta de voluntad, pues aquí los dardos llovían de todos los vientos y no de un lado solamente⁴⁵.

36. Sin embargo, después de la reforma del Código Civil llevada a cabo por la ley de 24 de abril último, la cual se vino preparando a pasos contados por el decreto de 26 de octubre de 1956, por la Circular de la Nunciatura Apostólica de 25 de marzo de 1957 y por la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de abril de 1957, sinceramente creemos que se impone una revisión a fondo de las críticas formuladas contra la expresión "los que profesan la Religión católica"; y por ello nos decidimos a completar desde un ángulo distinto las observaciones desarrolladas más arriba (nn. 29-30) acerca del significado que la frase obtiene en la base 3.^a juntamente con la aprobación pontificia.

No constituye novedad en el lenguaje jurídico tomar como sinónimos o equivalentes los términos de "religión" y "confesión religiosa";

⁴⁴ *Regula iuris in Sexto*, 88.—Y ello, nótese bien aun sin tener en cuenta, como debe tenerse, el texto de la aprobación pontificia, que constituye una misma cosa con la base 3.^a, y donde se dice que la "S. Sede aprueba lo que en las dos partes de la base se refiere al matrimonio de los católicos". Ahora bien, es manifiesto que si la S. Sede dejó a salvo la *doctrina* de la Iglesia respecto al matrimonio de los *heterodoxos*, limitándose en consecuencia en punto al mismo a *tolerar*, mal podía ella al mismo tiempo *aprobar para los católicos* lo que no hacía sino *tolerar respecto de los heterodoxos*, sobre todo si se considera, —y esto reviste gran importancia—, que la así denominada indivisibilidad del matrimonio, o *individuitas contractus matrimonialis*, que dicen los canonistas, afecta con mayor intensidad y profundidad en su doble aspecto doctrinal y disciplinar al matrimonio de los católicos que al de los heterodoxos.

⁴⁵ Una exposición sintética, a la vez que completa y ordenada, la encontrará el lector en el trabajo de A. DE FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español* (Comentario al art. 42 del Código Civil), Madrid, 1969. Véanse en especial los nn. 4, 10 y 11.

y no lo es siquiera en el lenguaje de la canonística. Así WERNZ en la definición misma del impedimento de mixta religión nos dice que “mixta religio est diversitas religionis (*confessionis christianae*); y más abajo añade: “in impedimento mixtae religionis... universa diversitas sponsorum oritur, quod altera pars publice *profiteatur falsam religionem* et communioni *falsae societatis religiosae* sit adscripta”⁴⁶.

Al cabo de cuatro siglos de escisión religiosa de la Cristiandad con la numerosa proliferación de sectas disidentes surgidas de la Reforma, no tiene nada de extraño que la identificación de los conceptos de religión y de confesión religiosa haya pasado del lenguaje vulgar al lenguaje jurídico. Ahora bien, “confesión religiosa” en su acepción primitiva y originaria equivale a *fe profesada*, o sea a conjunto de creencias religioso morales positivamente determinado en sí mismo o por contraposición a otras doctrinas; y de reflejo, cuando esa fe encuentra su expresión caracterizada en un documento o fórmula solemne, también ésta recibe el nombre de “confesión” en el sentido de profesión de fe. Así por ej. la llamada *Confesión Aüugustana* o *Confesión de Augsburgo* (año 1530).

De aquí, en sentido derivado del anterior, pasó el término “confesión” a designar el *conjunto de personas* que profesan una misma fe o unas mismas creencias. A veces la profesión de la misma fe no crea entre los adeptos vínculos o relaciones especiales; pero más frecuentemente la profesión de la misma fe se traduce y cristaliza en una organización jurídica, de coherencia sumamente variable por lo demás, que agrupa a todos cuantos participan en unas mismas creencias. En ese caso y solamente en él la expresión “confesión religiosa” adquiere una tercera significación, que la hace sinónimo de “iglesia”, como congregación que designa la organización socialmente unitaria de las personas y de los grupos que profesan unas mismas creencias.

37. También la Religión católica comprende estos dos aspectos distintos, pero no separados ni siquiera separables de hecho entre sí. El primero de ellos se refiere a la *fe* o conjunto de creencias religioso morales y a los *ritos* o actos del culto público juntamente con los sacramentos o medios de santificación. Bajo el otro aspecto la Religión católica se constituye en *Iglesia*, o sea, como cuerpo místico de Cristo a la vez que como organización o sociedad jurídica del orden sobrenatural. Por tanto, el doble aspecto de fe o creencia profesada y de iglesia u organización jurídica es igualmente esencial a la Religión ca-

⁴⁶ WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale*, n. 168, pp. 182-183. El subrayado del texto es del autor, no nuestro.

tólica, apostólica, romana, constituida por Cristo sobre el vínculo de la unidad de fe, de régimen y de sacramentos o de culto⁴⁷.

Ahora bien, tanto la fe, raíz y fundamento primero de la Religión en cuanto comunión del hombre en la verdad revelada por Dios, como el bautismo, vínculo formal de incorporación y agregación a la Iglesia como sociedad, requieren la adhesión esencialmente libre de la inteligencia y de la voluntad hacia sus respectivos objetos: la interior aceptación de las verdades reveladas, y la real y efectiva incorporación del hombre a la Iglesia sociedad al mismo tiempo que cuerpo místico; pero con esta particularidad o diferencia entre uno y otro, que mientras el bautismo válido agrega e incorpora a la Iglesia sociedad de manera absolutamente irrevocable, y ello por institución divina, pues por el carácter que imprime no es humanamente posible destruir o deshacer el estado de *súbdito*, aunque sí lo sea impedir o deshacer en ciertos casos el de *miembro* de la Iglesia en sentido propio y pleno; en cambio, la profesión de fe como "obsequium rationale" del hombre, o sumisión voluntaria de la inteligencia humana a la verdad revelada por Dios, es esencialmente libre y mientras el cristiano peregrina por la vida y no se halla confirmado en gracia, constituye un don de Dios absolutamente sobrenatural y gratuito, y por ello un tesoro amisible en cualquier momento, porque lo llevamos en vasos de barro según la expresión del Apóstol.

38. De todo lo cual se deduce que entrañados en la Religión católica ambos aspectos, el de profesión de fe de un lado, y el de Iglesia o sociedad de otro, y constituyendo los dos: la fe y el bautismo elementos igualmente esenciales de la Religión católica, es claro que cuando se habla de ésta cabe referirse conjuntamente a ambos o también a uno solo de ellos.

Más aún, dado que, como decimos más arriba, los términos "religión" y "confesión religiosa", en sentido primario y directo, se refieren a la fe profesada o conjunto de creencias, en tanto que para indicar en primer lugar la idea de agregación, organización o sociedad se usa con más propiedad la palabra "iglesia", estimamos, dicho sea con todo respeto, infundadas las censuras de inexactitud y de imprecisión técnica que contra la frase "profesar la religión católica" se han elevado de una y otra parte; y no nos parecen más sino menos afortunadas aquellas otras con que a veces se ha pretendido sustituirla, v. gr., la de "quienes pertenezcan a la Religión católica", o la de "probar la *acatolicidad* de los contrayentes" en el sentido de no estar bautizado en la Iglesia católica ni convertido a ella en ningún momento. Ambas

⁴⁷ S. LENER, *Equivoci e pregiudici sull'uguaglianza in materia di religione*, en "La Civiltà Cattolica" (1952), v. I, pp. 405-407; *Libertà di culto e ordine pubblico*, *ibidem* (1953), v. I, pp. 641-645.

expresiones nos parecen bastante menos exactas que la de profesar la religión, pues profesar y profesión dicese propiamente de la fe, en tanto que la idea de agregación en el sentido de pertenecer se aplica con más propiedad a la Iglesia que no a la Religión como tal.

En resumen, que por cualquier parte que tomemos la frase "profesar la Religión", lo mismo en su sentido vulgar o usual y corriente que en sentido jurídico, nos conduce siempre a la misma conclusión arriba establecida, a saber: que para su recta interpretación hay que acudir a la voluntad de las partes que la establecieron.

B) *Interpretación del art. 42.*

1) Interpretación gubernativa.

39. La anterior observación por sí sola basta a explicar que el art. 42 del Código haya estado constantemente sometido en su interpretación a un movimiento de avance y de retroceso como en vaivén de marea, según expresión certera de MALDONADO⁴⁸, determinado por simples órdenes ministeriales.

Nos alejaría en exceso de nuestro propósito seguir al detalle el curso de ese vaivén⁴⁹; pero registrar, por así decirlo, el índice de mareas vivas, o sea los niveles más alto y más bajo de la exégesis por vía administrativa, así como la que cabría denominar zona normal y tranquila, todo esto no puede menos de ser altamente interesante.

Si referimos los términos alto y bajo al nivel que según la interpretación gubernativa alcanza la posibilidad de celebrar el matrimonio civil, con la respectiva contracción o expansión de la obligatoriedad del matrimonio canónico, se habrá de decir que el nivel más alto del matrimonio civil desde la publicación del Código en 1888 hasta que al advenimiento de la República en 1931 es sustituido el art. 42 por la ley del matrimonio civil obligatorio, lo señala la Real Orden del Conde de Romanones, de fecha 17-8-1906 resolviendo "que no se exija a los que pretendan contraer matrimonio civil... declaración alguna relativa a la religión que profesan", interpretando que si bien "los que profesan la religión católica, por profesarla tienen la obligación de orden moral de contraer el matrimonio con sujeción a lo preceptuado por la Iglesia"; pero que el art. 42 no "amengua en lo más mínimo la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley". La Orden en cuestión venía así a convertir el matrimonio civil en plenamente *facultativo* o *libre*.

⁴⁸ J. MALDONADO, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, en "Anuario de Derecho Civil" (1954), p. 149.

⁴⁹ Un desarrollo minucioso de este punto véase en el trabajo citado de A. DE FUENMAYOR, pp. 1-5.

En sentido opuesto el nivel más bajo del matrimonio civil, al que corresponde a su vez el grado más alto de obligatoriedad del matrimonio canónico, viene marcado por la Orden ministerial de 10 de marzo de 1941, la cual determina como requisito de capacidad para el primero, que los contrayentes "no pertenezcan a la Religión católica", debiendo probar "documentalmente la acatolicidad", o en su defecto, "declaración jurada de no haber sido bautizados". Esta Orden que pretendía, aunque sin conseguirlo del todo, adaptarse a las exigencias del canon 1099 sobre la forma jurídica del matrimonio canónico, venía a establecer el carácter rígidamente subsidiario del matrimonio civil⁵⁰.

40. La zona que hemos denominado normal y tranquila, relativamente nada más claro es, se halla situada en un término medio y domina el período notablemente más largo entre los que abarca la vigencia del Código Civil. Ese nivel medio de la exégesis administrativa viene representado por la Real Orden de 28-12-1900, la cual declara ser "requisito necesario para la celebración del matrimonio civil la manifestación hecha ante la autoridad competente por ambos contrayentes o, al menos, por uno de ellos, que no profesan la Religión católica".

A los pocos meses de dictada la Orden de Romanones, otra de 28-2-1907 resolvió dejarla sin efecto, restableciendo la vigencia de la legalidad anterior, que vino a ser confirmada de nuevo por otra Real Orden de 28-6-1913, donde se afirmaba que "ha sido y es criterio constante de interpretación del art. 42 con reducidas y efímeras variaciones" el de considerar como requisito necesario y suficiente para la celebración del matrimonio civil "la declaración hecha por ambos o uno solo de los que pretenden contraer matrimonio civil, de no profesar la Religión católica". La calificación que corresponde a este período es la de matrimonio civil amplia o *absolutamente* subsidiario, puesto que su celebración resulta inmediatamente asequible, incluso para los católicos, con sólo declarar formalmente que no profesan la Religión católica.

41. Una mirada de conjunto al movimiento de vaivén del art. 42 en los tres cuartos de siglo autoriza, según creemos, a formular el juicio de que: 1.º el matrimonio civil plenamente facultativo se opone y contradice abiertamente al art. 42; 2.º el carácter rígidamente subsidiario del matrimonio civil, en los términos a que lo llevó la Orden ministerial de 1941, sobrepasa y excede la intención o voluntad de

⁵⁰ El análisis que de la Orden de 1941 hace MALDONADO, nn. 7-11, pp. 154-161, produce la impresión del caballo que salta limpiamente las primeras vallas, pero que a medida que se va encontrando con otras, menos altas quizá, pero más pegadas las unas a las otras, termina por agotarse y derriba obstáculos sin alcanzar la meta.

las partes en el momento de formar el Código Civil, si bien no se puede decir que violente los términos del art. 42; 3.º consiguientemente, el matrimonio civil subsidiario se aviene mejor que ningún otro con los términos del art. 42 y con la voluntad de las partes. Pero cuál de las modalidades de éste se adapta mejor a la mente del legislador y a la voluntad de las partes, tal como aparecen externamente reflejadas en la expresión del art. 42 “que deben contraer todos los que profesen la Religión católica”? El absolutamente subsidiario o el relativamente o rigurosamente subsidiario?

2) *Interpretación bilateral.*

La cuestión no es intrascendente ni tampoco simplemente subjetiva como pudiera quizá parecer en una consideración a la ligera.

42. El Concordato de Colombia, cuyo art. 17 prestó a la base 3.ª del Código su misma expresión: “el matrimonio que deberán celebrar todos los que profesan la Religión católica”, debe darnos también y de hecho nos da el criterio para su interpretación. Nos referimos así al Convenio o Convención múltiple estipulada el año 1924 para la interpretación de la cláusula en cuestión.

Explicando el origen de las dificultades surgidas con motivo de las diferentes interpretaciones que a la frase dicha “dan algunas autoridades civiles y eclesiásticas”, hácese constar en el Memorandum integrante de la Convención, que “tanto el Gobierno como la Comisión legislativa entendieron desde un principio acordemente, la disposición del Concordato en el sentido de que no es obligatoria la forma canónica del matrimonio para los que han dejado de profesar la Religión católica, la han abandonado, han dejado de pertenecer a la Iglesia”; y que “no ha habido disentimiento hasta el presente entre las dos Altas Partes contratantes del Concordato, respecto de la inteligencia que se debe dar al art. 17 del mismo”. “La dificultad, prosigue el Memorandum que nunca se resolvió, y que subsiste ahora como en un principio, es la de determinar qué prueba sea menester aducir del hecho de no profesar la Religión católica, sobre todo en el caso de que el individuo que declara hallarse en esas circunstancias no ha abrazado otra religión”. Y al justificar para tal caso, como medio de prueba la declaración del interesado, junto a otros argumentos, aduce allí como “antecedente de jurisprudencia, de no escasa importancia”, la legalidad a la sazón vigente en España, representada por las Reales Ordenes de 1900, 1907 y 1913, “prescripción ésta (última), termina el Memorandum, que se viene cumpliendo hace diez años sin que se sepa

que haya dado lugar a dificultades o contradicción entre las autoridades civiles y eclesiásticas”⁵¹.

El Cardenal Gasparri, en contestación a la Nota precedente “en la cual se solicitaba, dice, de la S. Sede un acuerdo explícito que sirviera para poner fin a las discusiones surgidas en la República de Colombia acerca de la aplicación del art. 17 del Concordato al matrimonio de los apóstatas”: 1.º “debe declarar ante todo que la S. Sede, en conformidad con el canon 1099 del Código de Derecho Canónico, no puede reconocer como válido otro matrimonio que el religioso para todos aquellos que han pertenecido a la Iglesia Católica, aunque posteriormente se hayan apartado de ella”. 2.º Pero habiendo hecho constar que el Gobierno Colombiano encontraría gravísimas dificultades de orden práctico si se viera obligado a imponer el matrimonio religioso a los apóstatas, la Santa Sede, atendida también la dolorosa tristeza de los tiempos actuales y *para evitar mayores males*, se abstiene de insistir sobre este punto, tolerando que las leyes de la República Colombiana admitan a los susodichos apóstatas al acto civil”; pero excluyendo expresamente de esa tolerancia el llamado matrimonio civil de los apóstatas del sacerdocio o de la religión de votos solemnes.

3.º Asimismo, y “con el fin de que sean admitidos al acto civil aquellos de quienes se pruebe en debida forma su defección de la Iglesia Católica... el Gobierno deberá promulgar por propia iniciativa un decreto en el cual venga declarado, en primer lugar, que en territorio colombiano no pueden ser admitidos al acto civil más que:

1) los acatólicos natos, sean bautizados o no, cuando ambas partes son tales;

2) los que fueron bautizados en la Iglesia y en la religión católicas, pertenecieron a la misma y fueron educados en ella, pero después por desgracia se apartaron de la Iglesia formalmente y no sólo con el abandono de las prácticas y deberes religiosos.

En tal sentido deben entenderse las palabras “los que no profesan la religión católica” del art. 17 del Concordato y deberá notarse que, para ser admitidos al acto civil, es necesario se puedan aplicar a las dos partes las palabras del Concordato en el sentido explicado”⁵².

Según eso, la S. Sede y el Gobierno de Colombia si bien “entre las Altas Partes contratantes no ha habido hasta el presente discrepancia de pareceres en cuanto a la inteligencia que se ha de dar al art. citado del Concordato”, a fin de poner término a las discrepancias existentes

⁵¹ A. MERCATI, *Raccolta di Concordati*, v. II: 1915-1954. *Convenzioni con la Colombia*: A) Nota del Ministro de Colombia al Card. Gasparri, del 21-6-1923, p. 10-11; B) Memorandum del Ministro di Colombia, del 21-6-1923, pp. 11-13.

⁵² C) Nota del Card. Gasparri al ministro di Colombia, del 27-2-1924, pp. 13-14.

“entre algunas de las autoridades diocesanas y jueces que no están subordinados a la autoridad ejecutiva”⁵³, determinaron que en la expresión del Concordato “todos los que profesan la religión católica” no vienen comprendidos los acatólicos, bautizados o no, ni tampoco los que habiendo pertenecido en algún momento a la Iglesia y a la religión católicas por el bautismo, después se apartaron de ella formalmente, o sea los apóstatas.

43. Mas para ser admitidos a la celebración del matrimonio civil es necesario: a) que se pueda decir de ambos contrayentes y no de uno solo que “no profesan la religión católica” en el sentido explicado; b) que el hecho de la apostasía o defección formal de la religión católica habrá de ser objeto de prueba conveniente en la tramitación del expediente matrimonial civil.

Si comparamos ahora, la interpretación que la frase “deberán contraer todos los que profesan la religión católica” obtiene formal y auténticamente en la Convención de Colombia de 1924, con la interpretación normal y tranquila de esa misma expresión en la base 3.^a del Código concordada con la S. Sede, vemos a) que ambas interpretaciones coinciden en determinar lo que, a los efectos de la celebración del matrimonio civil, se ha de entender por “no profesar la religión católica”, quedando expresamente excluida por su rigidez la interpretación que entiende comprendidas a todas las personas del canon 1099 entre los que profesan la religión católica; b) pero al mismo tiempo se aparta de la exégesis gubernativa en dos extremos muy importantes, a saber: 1) en que, según una aplicación analógica del principio de indivisibilidad del matrimonio canónico, para que pueda ser tolerado el matrimonio civil⁵⁴, resulta requisito indispensable que ninguno de los dos contrayentes profese la religión católica, bastando que uno solo de ellos la profese en el sentido dicho para que no puedan ser admitidos a la celebración del matrimonio civil; 2) que la defección formal o la apostasía de la religión católica tiene que ser objeto de prueba sin que baste

⁵³ Al Nota del Ministro de Colombia al Card. Gasparri, del 21-6-1923, p. 11.

⁵⁴ WERNZ-VIDAL, *ob. cit.* n. 37, p. 42, explica el principio de indivisibilidad del matrimonio en estos términos: “Ad valorem matrimonii requiritur habitas *utriusque sponsi*; per *directam* autem inhabilitationem partis fidelis etiam *indirecte* pars infidelis incapax efficitur al validum matrimonium cum fidei contrahendum... Atque hic effectus *negativus* nullitatis contractus est unicus, quem *individuitas* contractus in casu inhabilitatis *unius partis ex natura rei* producit”. Hablamos según eso de aplicación analógica al matrimonio civil en cuanto que la Iglesia, sin dispensar en el propio ordenamiento a sus súbditos de la forma jurídica del matrimonio (can. 1099), puede sin embargo tolerar y de hecho en determinadas circunstancias tolera que ellos sean admitidos civilmente a la celebración del así denominado “matrimonio civil”; pero limita esa tolerancia al caso que hayan dejado de ser católicos ambos contrayentes, bastando que uno solo de ellos sea *actu* católico para que la inhabilidad o incapacidad propia de éste de contraer matrimonio civil afecte indirectamente al otro contrayente, lo mismo si es súbdito de la Iglesia por el bautismo o la conversión que si por permanecer en la infidelidad no lo ha sido nunca.

sin más la simple declaración de los contrayentes de que no profesan la religión católica.

Estos dos extremos quedaron siempre desatendidos, mejor que olvidados, en la interpretación gubernativa del art. 42, hasta que fueron recogidos por la Orden ministerial de 1941; pero oprimidos y sofocados en lo tocante a su propia virtualidad y eficacia por la interpretación que aquella Orden hacía de profesar la religión católica en el sentido de haber pertenecido a la Iglesia en cualquier momento, sin dar trascendencia al hecho de la apostasía, de la herejía o del cisma.

Y llegamos con esto al Concordato de 1953 entre la Santa Sede y España, el cual contiene, como es natural, diversos preceptos en relación con el matrimonio canónico y de reflejo también sobre el matrimonio civil.

III. AMBITO RESPECTIVO DEL MATRIMONIO CANONICO Y DEL MATRIMONIO CIVIL SEGUN EL CONCORDATO

I. NORMAS ESPECIALES SOBRE EL MATRIMONIO

44. Dos tipos de normas conviene, a nuestro juicio, distinguir en el Concordato en orden al tema concreto de que nos venimos ocupando, o sea al ámbito y extensión del matrimonio canónico directamente y, de reflejo o indirectamente, del matrimonio civil.

Integran el primer grupo las disposiciones sobre el matrimonio que tienden a establecer su necesidad o a determinar el ámbito personal del mismo: mientras que entran a formar parte del segundo las normas o principios de carácter general, que por su misma índole son capaces de afectar al ámbito personal de la institución matrimonial o a su necesidad.

En el conjunto de las disposiciones concordatarias sobre el matrimonio, considéranse como especialmente atinentes al caso las siguientes:

A) El art. 23 del Concordato que establece: "El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico".

B) Protocolo final, en relación con el art. 23 letra C): "En materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas, el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho Canónico".

C) Protocolo final, en relación con el art. 23 letra D): "En la reglamentación jurídica del matrimonio para los no bautizados, no se establecerán impedimentos opuestos a la Ley natural".

Y entre los principios generales que informan el Concordato se han aislado, que nosotros sepamos, estos dos:

D) El artículo 35, n.º 2 que dice: "Las materias relativas a personas y cosas eclesiásticas de las cuales no se ha tratado en los artículos precedentes serán reguladas según el Derecho Canónico vigente".

E) El art. 1.º del Concordato por el que se proclama la confesionalidad del Estado español y se reconoce a la Religión católica el disfrute "de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la Ley Divina y el Derecho Canónico".

A) *El art. 23 del Concordato.*

De que el Estado español reconoce plenos efectos civiles "al matrimonio canónico", se ha pretendido sin más deducir "en buena lógica que el Estado español *no reconoce* efectos civiles a los matrimonios que contraigan": a) los católicos entre sí sin observar las normas canónicas y concretamente la forma canónica; b) los bautizados en la Iglesia católica o los convertidos a ella de la herejía o del cisma si contraen con acatólicos, bautizados o no, sin observar las normas canónicas y en especial la forma canónica; c) los acatólicos bautizados fuera de la Iglesia católica y nunca convertidos a ella si se casan contra las normas canónicas, exceptuado lo relativo a la forma canónica que no les obliga⁵⁵.

Como opone con razón Mons. MIGUELEZ no se alcanza a ver la lógica de esa conclusión, observando a este propósito que "el argumento *a sensu contrario* no es estrictamente lógico y rara vez es convincente"⁵⁶.

En efecto, entre los Concordatos recientes tenemos que los de Italia (art. 34), Austria (art. 7), Portugal (art. 22) y República Dominicana (art. 15), además del nuestro, reconocen plenos efectos civiles al matrimonio canónico y lo hacen en términos idénticos o muy parecidos entre sí⁵⁷. Sin embargo de lo cual, en Italia, en Portugal, y en la República Dominicana simultáneamente con el matrimonio canónico regía en el momento mismo de la estipulación del Concordato, y actualmente continúa en vigor, la ley del matrimonio civil, que de obligatorio ha pasado a ser facultativo para los católicos. En Austria por el contrario, al tiempo de concertarse el Concordato solamente se recono-

⁵⁵ Mons. DEL AMO, *Los matrimonios civiles durante la República* (Madrid, 1954), p. 134.

⁵⁶ Mons. L. MIGUELEZ, *Los matrimonios civiles durante la República*, en "Revista española de Derecho canónico", t. 9 (1954), p. 510.

⁵⁷ El Concordato de Italia, que con el Tratado y otros Convenios integra, como es sabido, los Pactos Lateranenses, "reconoce al *sacramento* del matrimonio regulado por el Derecho Canónico los efectos civiles". Y el Concordato de la República Dominicana "reconoce plenos efectos civiles a *cada matrimonio* celebrado según las normas del Derecho Canónico".

cía el matrimonio religioso, según las normas de las respectivas confesiones y, por tanto, el matrimonio canónico era obligatorio para los católicos, pero no para los herejes, cismáticos o simples apóstatas.

Y el Concordato de Colombia por la Convención de 1924, según hemos dicho (n.º 42) tolera en forma expresa que la ley del Estado admita a la celebración del matrimonio civil a los apóstatas de la religión católica.

Una cosa es decir que, reconociendo el Concordato efectos civiles al matrimonio canónico, la ley del matrimonio civil, como tal ley, sea no solamente innecesaria, sino que se torne incluso perjudicial para los católicos, y esto es lo que parece afirmar la Iglesia⁵⁹; y otra cosa completamente distinta decir que la ley del matrimonio civil facultativo se halle en contradicción formal o lógica con el Concordato, afirmación equivalente de esta otra: el Estado que reconoce efectos civiles al matrimonio canónico *lógicamente no puede* admitir a los católicos ni a los otros súbditos del ordenamiento canónico, a la celebración del matrimonio civil. Según vemos esa consecuencia no se verifica en los Concordatos dichos, y por tanto, no es tampoco deducible *a priori* del Concordato español.

B) *Letra C) del Protocolo: al art. 23*

45. Los autores hacen hincapié especialmente en la disposición del protocolo final, al art. 23 letra C), por la que el Estado se compromete a poner en armonía su propia legislación con el Derecho Canónico "en materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas".

Así por ej. Mons. DEL AMO escribe: "Para mí es completamente claro que la Iglesia y el Estado español, a la hora de pactar tenían a la vista como norma canónica, a la que había de ajustarse la Ley civil, el canon 1099 § 1 n.º 2, principalmente. Ahora bien, en este canon se llaman matrimonios mixtos a los que contraen *los indicados en el nú-*

⁵⁹ S. CONGREGATIO de Disciplina Sacramentorum, Instruzione, 1-7-1929 (A. A. S.) t. 21 (1929), p. 352, n. 1: "Los católicos que deseen contraer matrimonio están obligados gravemente a celebrar sólo el matrimonio religioso, que surte plenos efectos civiles, por lo que no hay ninguna razón, disculpa o pretexto para omitirlo, habida cuenta de las cautelas de que lo ha rodeado la Iglesia para la obtención segura de su fin religioso y social".

N.º 2: "Los esposos católicos que osaren contraer civilmente, aunque fuere con intención de contraer más tarde el matrimonio religioso, serán tratados como públicos pecadores, y el párroco se registrará por la norma del canon 1066 del Código de Derecho Canónico".

La ley italiana del 27-5-1929, n. 847, que modificaba parcialmente la del matrimonio civil obligatorio, en el cap. 2. n. 5, decía: "El matrimonio celebrado ante un ministro del culto católico, según las normas del derecho canónico, produce desde el día de la celebración, los mismos efectos del matrimonio civil...". Cfr. A. BERTOLA-A. C. JEMOLO, *Codice ecclesiastico* (Padova 1937), p. 621.

Idénticas normas dictó la S. Sede para la ejecución del Concordato de Portugal (Instructio, AAS t. 33 (1941), p. 29, y de la República Dominicana (Instructio, AAS, t. 47 (1955), p. 690).

mero anterior con acatólicos, estén o no bautizados, aunque hayan obtenido dispensa del impedimento de mixta religión o del de disparidad de cultos. Luego matrimonio mixto es para el Concordato el matrimonio que contraen los católicos (bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma) con los acatólicos, estén bautizados o no⁵⁹.

Compartimos en un todo la argumentación que al anterior razonamiento opone Mons. MIGUELEZ, la cual desarrolla en cuatro argumentos plenamente convincentes a nuestro juicio⁶⁰. Añadiremos sin embargo, por nuestra parte, algunas consideraciones más, pues estimamos que en esta disposición concordada radica el argumento más serio de los esgrimidos en torno a la cuestión.

46. Analizando la estructura de la presente disposición concordataria, en extremo sencilla por lo demás, salta a la vista que la segunda parte de la norma, que es donde se contiene formalmente la prescripción o *statuizione* "el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho Canónico", no ofrece dificultad ni puede admitir limitación, según el principio: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Nos parece, por eso, que donde las partes han dicho el "Derecho Canónico" se ha de entender el canon 1099 y cualquiera otro que venga a cuento, si nos atenemos como es debido al axioma jurídico: *legislator quod voluit expressit*; de modo que la armonía no se puede limitar a este o al otro párrafo del canon ni a uno solo de los números en que se divide el párrafo. Que no está la dificultad en la *statuizione* o prescripción de la norma parece claro, ya que a la pregunta ¿con qué norma se ha de poner en armonía la legislación del Estado?, responde sencilla la ley "con el Derecho Canónico" a secas, es decir con todo el Derecho Canónico.

Corresponde, pues, a la *hipótesis* o *fattispecie* la determinación concreta y la limitación del caso considerado por la norma y sobre el cual recae la prescripción o *statuizione*, es decir, la función de aislar la materia u objeto de la norma determinando *qué cosa* en concreto o, mejor aún, en *cuál* cosa se ha de poner en armonía la legislación del Estado con el Derecho Canónico; y esa función el legislador la confía a la frase "en materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas". Tenemos, pues, aquí como términos y conceptos clave, los de "matrimonio mixto" y "persona católica y no católica".

47. Comenzando por el segundo término, nos encontramos con los siguientes datos:

⁵⁹ *Ob. cit.*, p. 136-137.

⁶⁰ *Ob. cit.*, p. 511-512.

1) La aprobación pontificia de la base 3.^a del Código Civil emplea los términos “católicos” y “heterodoxos” para denotar las personas que la base 3.^a y el art. 42 designan con la expresión “los que profesan la Religión católica”, frase que como dijimos se tomó prestada del Concordato de Colombia de 1887, y que la Convención de 1924 interpretó auténticamente en el sentido de no incluir a los apóstatas de la Religión católica. Nos parece indudable que el término “persona católica y no católica” en el Concordato de 1953 es sinónimo del “católicos” y “heterodoxos” de León XIII en la aprobación de la base 3.^a del Código.

2) Lo que se entiende por “católico” y “heterodoxo” en el lenguaje usual y corriente, y asimismo en el lenguaje jurídico se lo preguntamos anteriormente a dos escritores tan caracterizados como Menéndez y Pelayo y el canonista romano WERNZ⁶¹. Concretando el primero la materia de su obra *Historia de los heterodoxos españoles*, nos decía: “Todos mis personajes se parecen en haber sido católicos primero, y haberse apartado luego de las enseñanzas de la Iglesia... para tomar otra religión o para no tomar ninguna”.

3) Si acudimos ahora al *Codex* tenemos que la palabra “católico” como término sustantivo se emplea siempre para designar la persona que permanece unida a la Religión y a la Iglesia católica por el triple vínculo de la fe, del régimen y de los sacramentos, o sea con exclusión de los herejes, cismáticos y apóstatas⁶².

4) Fuera del *Codex*, pero en documentos jurídicos de interpretación gubernativa del Concordato, como son las *Instrucciones* de la Sagrada Congregación de Sacramentos, de fecha 1-7-1929 para Italia, de 21-9-1940 para Portugal y de 25-3-1955 para la República Dominicana, la S. Sede, con fórmula casi idéntica en las tres emplea los tér-

⁶¹ Véase arriba, n. 28, nota 40.

⁶² Recogemos aquí los textos presentados por A. LAVER, *Index verborum Codicis iuris canonici* (Typis Poliglottis Vaticanis 1921), p. 70-71: Can. 538 “cualquier católico”; 681 § 1 “a los católicos de cualquier rito”; 1021 § 2 “los católicos”; 1097 § 2 “los matrimonios de los católicos de rito mixto”; 1109 § 1 “el matrimonio entre católicos”; 1206 § 2 “católicos en su mayor parte”; 1325 § 3 “guárdense los católicos de”; 1393 § 2 “doctrina común de los católicos”; 1657 § 1 “deben ser católicos”; 2319 § 1 y 2375 “los católicos que...”. El canon 761, que a primera vista parece emplear el término *católicos* en sentido distinto, bien mirado confirma expresamente la significación dicha. Dice así: “Por lo que respecta al bautismo de párvulos hijos de dos herejes o cismáticos, o de dos católicos que han caído en la apostasía, la herejía o el cisma, obsérvense en general las normas establecidas en el canon que antecede” (sobre los hijos de infieles). Significa, pues, lo mismo que decía MENÉNDEZ Y PELAYO “haber sido católicos primero, y haberse apartado luego por la herejía, el cisma o la apostasía”. Y lo mismo se diga del canon 1149: “Las bendiciones, que se deben dar principalmente a los *católicos*, pueden darse también a los *catecúmenos*, y si la Iglesia no lo prohíbe, hasta a los *acatólicos*, para que obtengan la *luz de la fe*”. En el derecho matrimonial del *Codex* encontramos, además, las expresiones “persona católica” (can. 1060, 1123, 1124), “parte católica” (1102 § 1, 1109 § 3), “cónyuge católico” (1062, 1132), que significan en todos los casos lo mismo, o sea, los fieles que permanecen en el seno y en la obediencia de la Iglesia católica.

minos “los católicos” y “los esposos católicos” (nn. 1 y 2) para designar únicamente a los fieles que *actu* están en el seno y obediencia de la Iglesia, puesto que, además de recordarles, que “están gravemente obligados a celebrar sólo el matrimonio religioso” o que “no les permite la Iglesia celebrar el llamado matrimonio civil”, a “los esposos católicos que osaren contraer civilmente; aunque fuere con intención de contraer más tarde el matrimonio religioso”; les conmina que “serán tratados como *públicos pecadores*”, a tenor del canon 1066 del Código de Derecho canónico.

48. Con esto pasamos al otro término o vocablo usado por el Concordato para determinar la *hipótesis* o *fattispecie* de la norma, a saber “matrimonio mixto”.

1) Hace ahora siglo y medio que la expresión “matrimonio mixto” con la cosa por ella significada, desbordando el lenguaje jurídico-canónico, se convirtió en uno de los problemas político-religiosos más agudos, fue la señal que despertó al entonces adormecido catolicismo alemán, conmovió a la Cristiandad entera y saltando por encima del Atlántico sirvió de motivo para que el Concilio de Baltimore de 1840 expresara su adhesión a los dos Prelados alemanes encarcelados por la cuestión de los “matrimonios mixtos”.

Según una Ordenanza real dictada inicialmente en Prusia el año 1803, los varones nacidos de matrimonios mixtos habrían de pertenecer a la religión del padre. Como en 1825 se pretendiera extender el decreto de 1803 de Silesia, donde esposas indígenas católicas contraían matrimonio en gran número con inmigrantes prusianos, a la provincia de Renania, tropezó aquí con la tenaz oposición del clero parroquial católico, y en 1830 Pío VIII prohibió la asistencia *activa* del clero a semejantes matrimonios permitiendo solamente la asistencia *pasiva*, o sea sin ceremonia ni rito religioso alguno, y esto únicamente por necesidad de evitar mayores males.

La negativa del clero a solemnizar con la bendición y el rito religioso semejantes matrimonios y el consiguiente descrédito de los mismos ante la población irritaron al rey de Prusia y fueron encarcelados el arzobispo de Colonia primero, y luego en el Este el arzobispo de Posen, hasta que algún tiempo después la cuestión se apaciguó; pero quedó afianzada la disciplina de la Iglesia que posteriormente en los cánones 1102 y 1109 § 3 ha extendido a todos los matrimonios mixtos entre parte católica, o sea *actu* católica y parte acatólica la prohibición de ceremonias o ritos religiosos, así como que se celebren en la iglesia, incluso cuando tales matrimonios tienen lugar previa dispensa del impedimento de mixta religión⁶³.

⁶³ Cfr. J. LEFLON, *Histoire de l'Eglise*, par A. FLICHE-V. MARTÍN, v. 20 (1949), p. 415-416; 467-470. Pius VIII. Litt. ap. “Litteris altero”, 25-3-1830: “...Lege civili istic ante paucos annos lata

Por tanto, en la cuestión de los matrimonios mixtos intervenía siempre una persona *actu* católica que intentaba contraer con persona acatólica *actu*; de modo que la cuestión no se suscitó ni hubiera tenido sentido si la pretendida parte católica hubiera sido católico que con anterioridad al matrimonio hubiera dejado de serlo para pasar a la herejía o al cisma.

49. 2) Ahora volviendo al sentido y al uso jurídico del término "matrimonio mixto", debemos observar en primer lugar que, no habiendo experimentado cambio alguno el impedimento "mixtae religionis" en el tránsito de la antigua disciplina al derecho del *Codex*, conservan plena y total validez la literatura y la terminología jurídica.

Pues, bien, en las fuentes y en la canonística no solo recurren los términos "mixtae nuptiae" "matrimonium mixtum" para designar los matrimonios donde interviene tal impedimento, sino que ambas locuciones se usan como términos sinónimos. Lo hacen así los Romanos Pontífices y las Congregaciones Romanas⁶⁴ y por lo que se refiere a los canonistas, el tantas veces citado WERNZ en 20 páginas que dedica al impedimento de mixta religión emplea 55 veces la expresión "matrimonium mixtum" o "nuptiae mixtae", mientras que en igual número de páginas consagradas a tratar del impedimento de disparidad de cultos, se abstiene con tanto cuidado de usar esa expresión que no la encontramos ni una sola vez. Ahora bien, en el impedimento de mixta religión uno de los términos es siempre el mismo e invariable, a saber "una persona católica" *actu*, en tanto que el otro término es relativamente variable, o sea en cierta medida; la otra persona bautizada sí, pero "afiliada a una secta herética o cismática".

Al contrario, en el impedimento de disparidad de cultos la relación de los términos es más bien inversa; así el término fijo es siempre una "persona no bautizada", y el otro es relativamente variable, a saber: *ante Codicem* era simplemente "una persona bautizada"; que lo hubiera sido en la Iglesia católica o no, lo mismo daba; *post Codicem*, restringido el concepto del impedimento de disparidad de cultos, se ha acortado algo la distancia que lo separa del de mixta religión; y así solamente existe impedimento cuando la parte bautizada lo ha sido "en la Iglesia católica o convertido a ella de la herejía o del cisma"; pero el *Codex*, tanto en el canon 1070 como en el 1099, al tratar de las personas sujetas a la forma canónica del matrimonio, se

praescriptum est, ut in matrimoniis mixtis liberi utriusque sexus in religione patris, aut certe ad eius arbitrium educantur; simulque Sacerdotibus interdictum, ne a personis matrimonia huiusmodi contracturis ullam exigant super religiosa nasciturae prolis institutione sponsonem" (GASPARRI-SERFEDI, I. c. *Fontes* v. II. n. 482, p. 739).

⁶⁴ Para no multiplicar los textos inútilmente, véase entre los más recientes la Encíclica "Casti connubii" de Pío XI en Col. de Encic., n. 52, p. 72.

abstiene de denominar "católicos" a las personas bautizadas en la Iglesia católica o convertidas a ella de la herejía o del cisma⁶⁵. Y esto nos basta.

El *Codex* no emplea sino dos veces la expresión "mixtae nuptiae" (can. 1064 nn. 1 y 3), "matrimonium mixtum" (can. 2375), aunque en ambas ocasiones lo hace para referirse al matrimonio en el que interviene el impedimento de mixta religión; en cambio en el Derecho canónico particular —Concilios provinciales, regionales y plenarios principalmente, además de los Sínodos diocesanos—, el uso de la expresión matrimonio mixto para indicar el impedimento de mixta religión recurre tan frecuentemente que vienen a ser términos sinónimos. En algunos casos y bajo la rúbrica de matrimonios mixtos se hace referencia también al impedimento de disparidad de cultos, insertando algunas disposiciones sobre el mismo; pero aparte de que la semejanza o coincidencia de las prescripciones, a tenor del canon 1071, facilita la simultaneidad, aquella concomitancia obedece principalmente al hecho de que no pocas veces la dispensa del impedimento de mixta religión tiene que ir acompañada de la dispensa *ad cautelam* de la disparidad de culto, cuando existe duda acerca de la validez del bautismo en la parte acatólica⁶⁶.

En consecuencia de cuanto llevamos dicho es claro que no pretendemos nosotros que la expresión "matrimonio mixto" tenga siempre

⁶⁵ No faltará quizá quien pretenda que como "católicos" los considera el canon 1099 § 2 que, excluyendo a los "acatólicos" bautizados o no, cuando contraen entre sí, de la sujeción a la forma canónica, a los "bautizados en la Iglesia católica y a los convertidos a ella de la herejía o del cisma" los sujeta a la forma canónica. Luego los considera como "católicos".

Sin embargo no es así. Ciertamente el § 2 emplea el término "acatólicos" para designar lo mismo a los no bautizados que a los bautizados; mas para restringir o contraer la extensión del término hasta designar solamente a los que en ningún instante han pertenecido a la Iglesia católica y excluir del mismo a los bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella que después se hubieren apartado de la misma, se vale el canon de una referencia expresa al § 1.º n. 1 "firme praescripto", sin la cual ellos quedarían naturalmente incluidos en el término "acatólicos".

Sin duda es esto mismo lo que WERNZ-VIDAL quiere decir en el n. 552, p. 649, nota 81: Ex his qui dicuntur comprehensi vel exclusi ab obligatione formam iuridicam celebrationis observandi, apparet a legislatore voces *catholicus* et *acatholicus* sumi sensu diverso a sensu quo passim adhibebantur in iure antiquo; quam diversam significationem iam adhibuerat decretum "Ne temere". At ad determinandam indolem matrimonii mixti ab antiquo conceptu non est recedendum".

⁶⁶ *Statuta* Archidioecesis S. Francisci... in Synodo dioecesana secunda (1936) San Francisco de California, art. 224 § 2: "Acatolici etiam exhibere debent testimonium de baptismo recepto... Moralis certitudo de validitate baptismi si deficiat, postuletur dispensatio super impedimentum disparitatis cultus ad cautelam". Cfr. L. DE ECHEVERRÍA, *El matrimonio en el Derecho canónico particular posterior al Código* (Vitoria 1955), p. 365, n. 25; *Diocèse de Strasbourg. Status synodaux* (1948), can. 323: "L'Eglise désapprouve les mariages avec des catholiques apostatés notoires, alors même qu'ils n'auraient pas adhéré officiellement à une secte hérétique ou schismatique (p. ex libres penseurs). 2.º En certains cas, l'Ordinaire pourrait exiger que les cautions soient données par écrit et sous la foi du serment, comme par les mariages mixtes, d'autant plus que ces unions présentent les memes dangers que les mariages mixtes". *Ob. cit.*, p. 114 n. 27.

en nuestro caso un sentido rigurosamente técnico; pero si señalamos —y ello al par que obvio nos parece importante—, que cuando claudique de ese sentido ello debe suceder no por el término fijo e invariable que especifica la relación: “una persona católica”, sino por el término relativamente variable, o sea la persona *acatólica*, ora sea “afiliada a una secta herética o cismática” (sentido estricto y riguroso, can. 1060), o persona que notoriamente hubiere abandonado la fe católica (sentido amplio y no técnico, can. 1065), ora también “persona no bautizada” (impedimento de disparidad de cultos, can. 1070 (sentido igualmente amplio y no técnico)).

C) *Letra D) del Protocolo al art. 23.*

50. Alégase en tercer lugar la letra D) del Protocolo al mismo art. 23 que dice así: “En la reglamentación jurídica del matrimonio para los no bautizados, no se establecerán impedimentos opuestos a la Ley natural”.

De aquí se intenta deducir, otra vez *a sensu contrario*, que ambas partes contratantes dan por supuesto que el Estado no regulará la disciplina matrimonial en la parte de impedimentos para ningún bautizado y, por consiguiente, que el matrimonio civil, según la intención del Concordato, sólo puede ser contraído por los no bautizados⁶⁷.

Basta aplicar aquí lo que dejamos dicho a la letra C) sobre la estructura de la norma para desentrañar el sentido positivo que la presente disposición encierra.

La *prescripción* o *statuizione* de la norma contiene formalmente una limitación de la potestad del Estado, limitación que consiste en una obligación de no hacer, en una prohibición que el Estado se impone a sí mismo: se abstendrá de establecer impedimentos contrarios a la Ley natural. Adviértase que él no se compromete —con obligación pactada, se entiende—, a proteger o reforzar con sus propias leyes positivamente y en toda su extensión, ni siquiera la Ley natural, sino solamente a no contradecirla en materia de impedimentos, tropiezo este, según enseña la experiencia, no infrecuente de los Estados modernos. Respecto de qué personas y en cuál cosa o materia contrae el Estado el deber de abstenerse, lo determina la primera parte de la norma, es decir, la *hipótesis*. Las personas quedan perfectamente definidas con la locución “los no bautizados”, término fijo e invariable que no admite más que un solo sentido o significación. Y respecto de cuál cosa o materia se compromete el Estado a abstenerse, la hipótesis la determina con las palabras “en la reglamentación jurídica del matrimonio”; con lo cual viene ciertamente a admitirse la competencia,

⁶⁷ MONS DEL AMO, *Ob. cit.*, p. 140; J. MALDONADO, *Ob. cit.*, p. 155, n. 8, p. 165, n. 15.

por lo menos, alguna competencia sin determinar cuál, del Estado para efectuar esa reglamentación.

La norma, pues, no obstante la doble expresión negativa con que se formula, encierra un sentido positivo que puede enunciarse así: el Estado competente para la reglamentación jurídica del matrimonio de los no bautizados, se abstendrá o se prohíbe a sí mismo establecer impedimento alguno que esté en contradicción con la Ley natural.

Sobre el valor del argumento en sentido negativo, o a *sensu contrario* volveremos enseguida a propósito del argumento de la confesionalidad del Estado.

II. NORMAS GENERALES CON REFLEJOS SOBRE EL MATRIMONIO.

D) *El art. 35 n.º 2 del Concordato.*

51. Pero antes examinaremos brevemente el argumento que se toma del art. 35, n.º 2 cuyo tenor es como sigue: "Las materias relativas a personas y cosas eclesiásticas de las cuales no se ha tratado en los artículos precedentes serán reguladas según el Derecho canónico vigente".

Según se afirma la disposición transcrita exige la completa y total acomodación de la legislación matrimonial civil respecto de los bautizados con el Derecho canónico en general y, concretamente con los cánones relativos a la forma canónica y a los impedimentos, según que ellos estén sujetos a aquélla y a éstos, o solamente a los impedimentos pero no a la forma jurídica del matrimonio.

Tampoco el argumento es concluyente, pues da a la cláusula concordataria una interpretación que ciertamente no tiene.

Tal disposición no constituye novedad de nuestro Concordato; la encontramos también, que nosotros sepamos, en el de la República Dominicana (art. 27), en el de Austria (art. 22), en el de Alemania (art. 33), así como en los del siglo pasado con El Ecuador (art. 23) año 1862, con Austria-Hungría (art. 34) de 1855 y con España (art. 43) de 1851. Mas siendo la cláusula casi idéntica en todos ellos, no sería quizá exacto atribuirle enteramente el mismo sentido en los Concordatos recientes y en los de la centuria pasada.

En efecto, es indudable que tal cláusula, llevada primeramente a los Concordatos en tiempos en que los Estados, sin haberse todavía desprendido de los excesos y resabios del viejo jurisdiccionalismo o regalismo, se iban impregnando del absolutismo jurídico del liberalismo doctrinal, quería significar y debía constituir una garantía para la Iglesia de que el Estado no pretendería ingerirse en el régimen y en la disciplina de la Iglesia ni trataría de poner impedimento alguno a la plena libertad que los sagrados cánones establecen en el régimen y gobierno de la misma por las autoridades eclesiásticas.

El llamado período de la postguerra, que se abre con la promulgación del *Codex iuris canonici* (1917), señala el momento en que comienza a hacer crisis la doctrina de la soberanía absoluta del Estado, crisis que en el terreno de las realizaciones prácticas alcanza su punto culminante en los Acuerdos de Letrán de 1929, aunque no deja de ser significativo que la cláusula de que nos ocupamos se eche de menos precisamente en el Concordato de Italia, para reaparecer enseguida en los de Alemania (1933) y Austria (1934) y terminar —cosa que habría sorprendido extraordinariamente al coartífice de los Acuerdos de Letrán a la vez que epígono de la doctrina de la soberanía absoluta del Estado—, insertándose a los 20 años escasos de aquéllos nada menos que en la Constitución republicana de 1947 con esta fórmula: “El Estado y la Iglesia católica son, cada uno en su propio orden, independientes y soberanos; y sus relaciones se regulan por los Acuerdos de Letrán”.

Este, pues, y no otro es, según creemos, el verdadero sentido que la cláusula en cuestión obtiene en los Concordatos recientes. Efectivamente, el canon 3.º del *Codex* constituye como el contrapunto que exalta el vigor y la fuerza de esa cláusula en la entera armonía del Derecho de la Iglesia. El *Codex* no toca ni afecta en nada a los Concordatos, prescribe el canon 3.º; pero éstos a su vez, presentes o futuros, solamente acallan y apagan, por así decirlo, aquellos acordes parciales que representan los cánones o leyes afectados o modificados en cada país por el Concordato; en todo lo demás y en su conjunto el *Codex iuris canonici*, mejor todavía, el Derecho canónico vigente conserva y obtiene plena y total vigencia en su propio orden. O dicho en términos estrictamente jurídicos, que si la Iglesia católica como ordenamiento jurídico soberano, consiente en modificar o acomodar por el Concordato aquellas normas canónicas que en cada caso se vean afectadas por un Concordato particular; en todo lo demás el conjunto del ordenamiento canónico sigue plenamente vigente en su propio orden, como ordenamiento jurídico soberano que es⁶⁸.

E) *La confesionalidad del Estado: art. 1.º del Concordato.*

52. Abordamos, finalmente, el argumento de la confesionalidad del Estado, que tal como se proclama en el art. 1.º del Concordato, al decir de varios autores, y en cumplimiento del deber básico de informar la legislación en los principios morales de la Religión católica, exige respecto del matrimonio de los bautizados la plena y total acomodación de la legislación matrimonial civil a la legislación canónica y, en especial, al canon 1099.

⁶⁸ Véanse los tres artículos recientes de S. LENER, en “La Civiltà Cattolica”: *L'ordine dello Stato e l'ordine della Chiesa* (1958), v. III, pp. 234-249; pp. 350-364; pp. 463-478.

Por considerarla de importancia capital en punto al enfoque general del problema, hacemos nuestra la observación que certeramente formula LENER a propósito de la Religión del Estado y de la confesionalidad en su aspecto jurídico, el único que nos interesa aquí.

En el terreno del derecho positivo, dice, o sea en un ordenamiento jurídico soberano concreto, una cosa es la existencia de una religión oficial del Estado, y otra cosa distinta el significado específico y los efectos concretos que el hecho lleva consigo en dicho ordenamiento; bien entendido que aquel significado y estos efectos pueden variar notablemente, no sólo de un ordenamiento a otro diverso, sino también dentro de un mismo ordenamiento en tiempos diferentes y más o menos distantes entre sí. Según eso, continúa, en un ordenamiento particular, tanto la religión oficial como la confesionalidad del Estado existen o no existen y son lo que son según las propias normas que las establecen, y no lo que pretenden que sean ciertos tratados abstractos o determinadas doctrinas o ideologías políticas⁶⁹.

Con esta salvedad indispensable aceptamos la formulación que A. CHECCHINI hace del Estado confesional en el aspecto jurídico: "Cuando el Estado, haciendo como la haría cualquier fiel una verdadera profesión de fe, manifiesta su adhesión a una confesión religiosa particular que, consiguientemente a un juicio valorativo sobre su misma esencia intrínseca, es considerada como verdadera, en tanto que las otras son consideradas como falsas", entonces tiene lugar la confesionalidad del Estado, o "el Estado confesional que, profesando una religión determinada, inspira completamente (confesionismo integral) o, por lo menos, parcialmente (confesionismo parcial, que es la forma generalmente practicada por los Estados modernos) en el contenido ético y dogmático de la misma religión, su legislación y su actividad política y administrativa, al par que asume (parcialmente al menos) sus principios, sus enseñanzas y sus doctrinas como elementos informadores de su propia esencia constitucional"⁷⁰.

En ninguna parte sin embargo consta que la confesionalidad del Estado, tal como la proclama la doctrina de los católicos, exija en el aspecto jurídico la plena y total recepción del Derecho canónico en el ordenamiento interno del Estado, ni que ello sea siquiera actualmente posible ni deseable, *dato et non concessio* que lo haya sido alguna vez; pues como hemos dicho ya en otra ocasión "la recepción pura y simple del Código de Derecho canónico en el ordenamiento civil, como alguna vez se ha pretendido, llevaría lógicamente a la confusión de ambos ordenamientos, terminando en la negación del Concordato que,

⁶⁹ S. LENER, *La religione dello Stato nella Costituzione repubblicana*, en "La Civiltà Cattolica" (1951), v. I, pp. 200-201; *Religione di Stato e principio democratico nella Costituzione italiana*, *Ibidem*, v. IV, p. 394.

⁷⁰ *Introduzione dommatica al Diritto ecclesiastico* (Padova 1937), n. 23, p. 37.

como sistema de conexión, se propone realizar una compenetración parcial y concretamente bien definida de dos ordenamientos jurídicos separados (o perfectamente distintos en cuanto ordenamientos soberanos cada uno en su orden o esfera)⁷¹.

53. Veamos ahora cuál y cómo es concretamente la confesionalidad que el Estado español proclama tanto en el Concordato como en el Fuero de los españoles.

El art. 1.º del Concordato profesa o confiesa que "la Religión Católica, Apostólica, Romana, sigue siendo la única de la Nación española y gozará de los derechos y prerrogativas que le corresponden en conformidad con la Ley Divina y el Derecho Canónico".

Y en el Protocolo final, en relación con el art. 1.º, se añade: "En el territorio nacional seguirá en vigor lo establecido en el art. 6.º del Fuero de los españoles".

El art. 6.º del Fuero viene así a integrarse en el concepto jurídico de la confesionalidad según el Concordato. Y no se puede mencionar a este propósito el art. 6.º del Fuero sin traer a colación dos hechos importantes, a saber: que el art. 6.º del Fuero viene a coincidir con el art. 11 de la Constitución de 1876, con la diferencia de que su redacción más esmerada contribuye a matizar mejor el primitivo y genuino significado de aquélla, y segundo, que "la redacción definitiva del art. 6.º del Fuero de los españoles no fue hecha como la del art. 11 de la Constitución de 1876 sin tratarlo con la Iglesia, sino, por el contrario, tratándolo previamente con la Santa Sede"⁷². De donde resulta que el art. 6.º del Fuero ha obtenido no una sino dos veces la aprobación expresa de la S. Sede; en 1945 primero, y después en 1953.

Ahora bien, el artículo en cuestión, que consta de dos partes, formula simultáneamente dos principios. Primero, el de la Religión oficial del Estado, enunciándolo así: "La profesión y práctica de la Religión católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial... No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión católica". Y segundo, el principio de tolerancia privada de cultos, que se formula en estos términos: "Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto".

Según eso, integrando ambos principios jurídicos el concepto concreto de la confesionalidad del Estado español, nos parece que no se debe invocar uno solo de ellos como si no existiera el otro⁷³.

⁷¹ L. PÉREZ MIER, *El Concordato español de 1953; significación y caracteres*, en "Revista española de Derecho canónico", t. 9 (1954), p. 40 nota 34; pp. 25-26; S. LENER, texto citado en la nota 14.

⁷² *Instrucción colectiva de la Conferencia de los Metropolitanos españoles sobre la propaganda protestante en España*, en "Ecclesia" (1948), I, p. 675.

⁷³ Véase G. GARCÍA CANTERO, *Matrimonio civil de acatólicos*, en "Anuario de Derecho Civil" (1954), pp. 116-117, donde la nota 5 resulta retorcida; J. MALDONADO, *Ob. cit.*, p. 150, n. 2.

54. En realidad, escribe LENER, no hay sistema jurídico concreto y menos todavía puede haber un ordenamiento soberano sin un concreto equilibrio de principios jurídicos. Equilibrio de principios jurídicos, decimos, que no es lo mismo que equilibrio de fuerzas sociales; aunque para establecer y graduar en particular para una sociedad determinada el punto concreto de equilibrio de los principios jurídicos resulte indispensable al legislador sopesar el equilibrio de las fuerzas sociales en un momento dado.

“Existe, añade LENER, un cierto término medio, racional y ético, el cual constituye la esencia humanística del derecho objetivo, y que es lo que distingue abismalmente el ordenamiento jurídico propio de un pueblo libre de una asociación violenta y del orden meramente coactivo de una multitud de esclavos. Y ese término medio se refleja en aquellas exigencias generales de justicia que, manifestándose conscientemente en una sociedad determinada y que, haciéndose valer eventualmente por grupos organizados o por mentes más iluminadas, son reconocidas y recogidas por el poder político como partes sustancialmente integrantes del bien común del pueblo y traducidas luego en normas legales y en principios jurídicos positivos.

Equilibrio, por tanto, de principios jurídicos significa concordia o conciliación de diversas exigencias generales de justicia, todas ellas consideradas dignas de reconocimiento por el legislador, y que no pudiendo ser satisfechas en toda su extensión, la satisfacción de una requiere un sacrificio parcial de las otras. Ya anteriormente a la intervención del legislador, con tal que dichas exigencias no se planteen en términos abstractos o de pura doctrina y, como tales, extremistas, un cierto equilibrio tiene lugar en la misma conciencia de los súbditos que sientan como propio el interés público por la composición de los conflictos de intereses y que, en consecuencia, reconozcan que el bien común exige la moderación de ciertas pretensiones sociales para dar asimismo acogida a otras instancias o representaciones individuales anteriormente preteridas por el Estado”⁷⁴.

A) *Sentido positivo de la confesionalidad*

¿A qué obliga concretamente en el terreno jurídico, preguntamos, la confesión o profesión de la Religión católica al Estado?

55. Su Santidad el Papa Pío XII tratando de propósito el tema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado sobre las huellas trazadas por León XIII, ha dicho: “El Estado y la Iglesia son dos poderes independientes, pero que no por ello deben ignorarse y mucho menos combatirse; es mucho más conforme a la naturaleza y a la voluntad

⁷⁴ *Religione di Stato e principio democratico nella Costituzione italiana* (1951), v. IV, p. 620.

Divina que colaboren en una mutua comprensión, puesto que su acción se aplica al mismo sujeto, es decir al ciudadano católico... La Iglesia no disimula que en principio considera esta colaboración (en la educación de las mismas personas) como normal y mira como ideal la unidad del pueblo en la verdadera religión y la unanimidad de acción entre ella y el Estado. Pero sabe también que desde cierto tiempo los acontecimientos evolucionan más bien en otro sentido, es decir, hacia la multiplicidad de confesiones religiosas y de concepciones de vida dentro de la misma comunidad nacional donde los católicos constituyen una minoría más o menos fuerte"⁷⁵.

56. Bien, se arguye; saquemos las consecuencias de la doctrina pontífica: si el Estado, sobre todo en una Nación de población católica, tiene el deber básico de informar la legislación civil en los principios éticos y dogmáticos de la Religión católica, colaborando con ella en la educación de las mismas personas, eso significa que tiene el deber concreto de poner su legislación en plena y total armonía con la legislación canónica, de manera que no se produzcan conflictos entre ellas.

La expresión deber básico se refiere sin duda al derecho natural, como deber fundamental o de base; pero con eso no se ha dicho todo ni mucho menos, pues como enseña Santo Tomás "a lege naturali dupliciter potest aliquid derivari: uno modo sicut *determinationes* quaedam aliquorum communium... quaedam vero determinantur per modum *determinationis*, sicut lex naturae habet, quod ille qui peccat puniatur, sed quod tali poena vel tali puniatur, hoc est quaedam determinatio legis naturae"⁷⁶.

Y esto sucede principalmente en los preceptos positivos que, de una parte obligan *semper sed non pro semper*, y de otra la ley natural no determina el *quantum* de la obligación; así v. gr. los padres tienen el deber básico de alimentar, de educar y de heredar (en sentido activo) a sus hijos; no obstante lo cual es necesario que venga luego la ley positiva a determinar el *quantum* de aquellas obligaciones naturales. Pondremos todavía un ejemplo atinente más de cerca a nuestro actual propósito, y que nos parece sobremanera elocuente, ahorrándonos cualquier comentario por nuestra cuenta.

En tanto que, según el art. 30 del actual Código Civil, se reconoce la capacidad jurídica al nacido que viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno, nuestras antiguas leyes, por el contrario, exigían además que estuviera bautizado. Así la ley 13 de Toro, que pasó a la Novísima Recopilación decía: "Por evitar muchas dudas... ordenamos y mandamos... que el hijo se diga que naturalmente es nas-

⁷⁵ *Discurso al X Congreso internacional de Ciencias Históricas*. Texto original francés en AAS t. 47 (1955), pp. 672-682. Texto castellano en "Ecclesia (1955) II, p. 315.

⁷⁶ 1.^a 2.^a, q. 96, art. 3, in corp.

cido, y que no es abortivo, quando nascio vivo todo, y qua a lo menos, después de nascido, vivió 24 horas naturales, y fue bautizado antes que muriese; y si de otra manera nascido murió dentro del dicho término o no fue bautizado, mandamos, que el tal hijo sea habido por abortivo, y que no pueda heredar a sus padres ni a sus madres, ni a sus ascendientes”⁷⁷.

57. ¿Dónde consta, nos preguntamos, el deber concreto de un Estado particularmente considerado de acomodar su legislación al Derecho Canónico tan perfectamente que no puedan surgir algunos casos de conflicto entre ambos ordenamientos?

Sirviéndonos al efecto de una expresión de Pío XII a propósito de un tema, tan próximo del actual que nos parece exactamente el mismo, diremos con expresión que tomamos prestada del mismo: “no conocen un tal precepto, ni la conciencia cristiana, ni las fuentes de la revelación, ni la práctica de la Iglesia”⁷⁸.

Se ha dicho que tal precepto se contiene concretamente en la *Instrucción* de la Sgda. Congregación de Sacramentos para la ejecución del Concordato de Italia, de 1-7-1929, la cual en el n.º 18, y en relación con los casados civilmente que quieren subsanar su matrimonio ante la Iglesia, dice: “Qualora l’opposizione (a la transcripción del matrimonio canónico en el Registro civil) sia fatta a causa d’un precedente matrimonio civile *ipotesi che non dovrebbe realizzarsi in regime concordatario*” (cfr. núms. 1-2)...⁷⁹.

Pasando por alto que ese inciso reprobatorio se omite en las *Instrucciones* posteriores, casi idénticas, dadas para la ejecución del Concordato de Portugal y de la República Dominicana, sí debemos advertir que la reprobación se refiere al matrimonio civil *plenamente facultativo para los católicos actu*, según dejamos demostrado ya en el n.º 44, nota 57, y no al matrimonio civil subsidiario para los “heterodoxos” (apóstatas de la fe, herejes o cismáticos).

58. No faltará quizá quien pretenda que el precepto se contiene en la doctrina de los autores católicos acerca de la potestad indirecta. Pero aun dado que tal doctrina fuera unánimemente admitida e igual-

⁷⁷ Lib. 10, tit. 5, ley 2.ª (Cfr. *Los Códigos españoles* (Madrid 1872), t. 9, p. 327. Esta disposición se contiene ya en el *Fuero Juzgo romanceado*, lib. IV, tit. 3, ley 18: “Del ninno cuemo puede aver la heredad del padre... establescemos que aquel que nasce non deve aver la buena de los padres, fuera si despues que fuere nascido recibiere baptismo, é visquiere X dias, que tod ome que cubdicia ganar la buena del padre o de la madre por este ninno, se esfuerce este de ganarle ante la vida celestial por el baptismo; é así aquel que finca despues dél, aya la buena”. *Ob. cit.*, t. 1, p. 137.

⁷⁸ *Discurso al V Congreso Nacional de la Unión de Juristas católicos italianos*, el 6-12-1953. Texto italiano en AAS. t. 45 (1953), p. 801 y sigs. Texto castellano en *Doctrina Pontificia*, II. *Documentos políticos* por J. L. GUTIÉRREZ BAC Madrid (1958), p. 1012, n. 16.

⁷⁹ AAS. t. 21 (1929), p. 355; Cfr. Mons. DEL AMO, *Ob. cit.*, pp. 148-149.

mente entendida por los escritores católicos, y bien sabido es cómo no sucede así⁸⁰; con todo y con ello la teoría de la potestad indirecta no constituye *doctrina católica* en sentido teológico y, por consiguiente, mal puede alcanzar a constituir la "conciencia cristiana" como fuente de conocimiento del derecho natural.

Pero hay más; la existencia de tal precepto concreto no pasaría, en el mejor de los casos, de ser opinión de algunos autores y, por consiguiente, se trataría de un precepto incierto. Ahora bien, "nadie ha sostenido jamás que un precepto natural incierto tenga virtualidad, no ya para excluir, pero ni siquiera para disminuir la obligatoriedad de una norma positiva; como nadie tampoco ha negado que los preceptos de derecho natural, a medida que se alejan de los primeros principios ciertísimos, que se derivan de la misma naturaleza humana y de la dignidad de la persona... se van tornando objetiva y subjetivamente menos ciertos, o simplemente más elásticos, en tal grado que en el sector de la actividad intersubjetiva (es decir, del derecho estrictamente), se hace necesaria una declaración autoritativa o una determinación concreta, como la que se verifica precisamente por el derecho positivo"⁸¹.

B) *El principio jurídico de tolerancia: su integración en el Concordato.*

59. Viniendo ya al principio de tolerancia contenido en el art. 6.º del Fuero de los españoles, y expresamente recogido en el Concordato como parte integrante de la confesionalidad concreta del Estado español, debemos decir que la tolerancia religiosa se reduce al *derecho de libertad religiosa*, mejor aún, constituye una de sus formas y, por tanto, pertenece a la categoría de los derechos de la *personalidad*, denominados también individuales o fundamentales.

1.º La tolerancia, definida como *permissio negativa mali* ha merecido recientemente la atención de Pío XII, que dedicó todo un discurso denso, profundo y abierto hacia aplicaciones plenamente actuales, a declarar sucintamente su naturaleza y al desarrollo de las reglas jurídi-

⁸⁰ Véase G. SARACENI, *Le potestà della Chiesa in materia temporale e il pensiero degli ultimi cinque Pontefici* (Milano 1951), (raccolta di studi della Rivista "Il Diritto ecclesiastico" n. 2; y más recientemente S. LENER, *Sulla posizione dei partiti d'ispirazione cattolica nell'ordine statale e di fronte alla Chiesa*, en "La Civiltà Cattolica" (1958), v. I, pp. 240-252, donde se dice, en la p. 247: "Respecto de un Estado con el cual la Iglesia sostiene relaciones diplomáticas normales y, con mayor motivo, con un Estado como el italiano, con el que existe una amplia reglamentación convencional de las relaciones, el ejercicio de la potestad indirecta (como medio de resolver unilateralmente un conflicto con el Estado mismo), constituye una hipótesis carente por completo de actualidad y como para no tomarla en consideración". Cfr. también A. VAN HOVE, *Prolegomena ad Codicem*, n. 104, pp. 105-106.

⁸¹ S. LENER, *La certezza del diritto e il diritto naturale nel quadro dell'odierna crisi mondiale*, en "La Civiltà Cattolica" (1950), v. II, pp. 164-165; *La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della Chiesa Cattolica*, *Ibidem*, en especial pp. 409-414.

co-morales y de las condiciones o requisitos de la tolerancia religiosa y moral.

Aun a riesgo de omitir matices importantes resumiremos brevemente, en forma de proposiciones declaradas con las palabras mismas del Papa, la doctrina pontificia sobre la naturaleza y las reglas jurídico-morales de la tolerancia religioso moral.

1.^a Ninguna autoridad humana, Estado o comunidad de Estados, cualquiera que sea su carácter religioso, pueden dar un mandato positivo o una autorización positiva de enseñar o de hacer lo que sea contrario a la verdad religiosa o al bien moral. Un mandato o una autorización de esta clase no tendría fuerza obligatoria y sería ineficaz. Ninguna autoridad podría darlos (ni siquiera Dios mismo), porque es contra la naturaleza obligar al espíritu y a la voluntad del hombre al error y al mal o considerar al uno y al otro como indiferentes.

Por tanto, cualquiera obligación moral y lo mismo cualquier derecho en el sentido de facultad o potestad moral, en tanto son tales, es decir, verdaderamente morales, en cuanto son conformes con la norma de la moralidad; y cuando dejan de ser morales, dejan por eso mismo de constituir verdadera obligación, verdadero derecho.

A la pregunta ¿es lícito establecer una norma por la que el libre ejercicio de una creencia y de una práctica religioso moral... no se impida... por medio de leyes o providencias coercitivas?; o en otros términos: ¿está permitido... el no impedir, o sea el tolerar, de forma que la represión positiva no sea siempre un deber de la autoridad pública? el Papa contesta:

2.^a No existe una norma de derecho divino, natural o positivo, que imponga siempre y en todo caso al hombre el deber, o que le otorgue el derecho de impedir y de reprimir siempre en cuanto sea posible lo que es erróneo y falso. No puede, por tanto, valer absoluta e incondicionadamente la norma o regla de que el extravío religioso y moral deba ser siempre impedido tanto cuanto sea posible porque su tolerancia sea en sí misma inmoral. Dios no ha impuesto a la autoridad humana un precepto de tal clase tan absoluto y universal ni en el campo de la fe ni en el campo de la moral.

3.^a El deber de reprimir las desviaciones morales y religiosas no puede, por tanto, constituir una norma última de acción, sino que debe estar subordinado a otras normas más altas y más generales, que en algunas circunstancias permiten, más aún, muestran como el mejor camino no impedir el error para promover un bien mayor.

4.^a Los dos principios, de los que es preciso recabar en los casos concretos la respuesta a la gravísima cuestión de la tolerancia religiosa y moral, se enuncian así: Primero, lo que no responde a la verdad

y a la norma moral no tiene objetivamente derecho alguno ni a la existencia, ni a la propaganda, ni a la acción. Segundo, el no impedirlo por medio de leyes estatales y de disposiciones coercitivas puede, sin embargo, estar justificado en interés de un bien superior y más universal⁹³.

60. Cuando aquí se habla de principio jurídico de tolerancia es claro que se hace referencia al orden normativo, o sea, en cuanto la tolerancia como *permissio negativa mali* constituye el objeto mismo de una ley humana, del derecho positivo, civil o canónico.

La tolerancia jurídica, pues, según la división tripartita de las normas en preceptivas, prohibitivas y permisivas, se inserta en estas últimas; pero dentro de las normas permisivas se distinguen dos grupos: uno constituido por las normas que declaran una acción o serie de acciones positivamente lícitas y al mismo tiempo libres o no imperadas; y otro grupo más reducido de normas que se refieren a acciones de por sí ilícitas o inmorales, pero que sin embargo no son impedidas o reprimidas; es decir, que se pueden efectuar impunemente. La tolerancia jurídica como simple permisión negativa del mal se inserta necesariamente en este segundo grupo de normas, que dejan hacer impunemente, no castigan ni impiden un mal, pero que no lo legitiman aprobándolo ni lo autorizan positivamente.

61. En el derecho positivo actual de carácter civil, la norma, sea preceptiva, prohibitiva o simplemente permisiva, no siempre pero sí muchas veces y aun quizá la mayoría de ellas, no intenta vincular directamente en conciencia al súbdito, o sea que no pretende obligarle en conciencia directamente a que ponga u omita la acción en cuestión, ni tampoco que se tenga por autorizado moralmente o en conciencia por la simple permisión legal, sino que la eficacia propia de la ley —lo que se llama su *obligación estrictamente jurídica*—, lo que pretende es que el súbdito ponga u omita la acción prescrita por la norma o, de lo contrario, que sostenga las consecuencias jurídicas que, como sanción, van vinculadas al incumplimiento de la ley.

En la ley permisiva especialmente, la eficacia de la ley que permite una determinada conducta, no se dirige a que el súbdito se estime autorizado en conciencia, en virtud de la ley misma, a poner el acto sino simplemente a hacer que el acto permitido por la ley no sea castigado o sancionado en el propio ordenamiento jurídico que lo consiente; pero nada impide que lo sea en otro orden o en un ordenamiento jurídico distinto.

Normalmente, pues, la eficacia de la norma permisiva de carácter

⁹³ Discurso citado en la nota 77, *Ob. cit.*, pp. 1012-1013.

civil se limita a ser simplemente un "no impedir" o "no castigar", exigiéndolo así, si no estamos equivocados, la misma contextura de la sociedad en nuestro tiempo, ya que según hemos oído decir a Pío XII, si bien la Iglesia mira como ideal la colaboración entre ella y el Estado en la educación de las mismas personas, pero sabe también que "desde cierto tiempo los acontecimientos evolucionan más bien en otro sentido, es decir... hacia la multiplicidad de concepciones de vida dentro de la misma comunidad nacional", y es bien sabido que esa multiplicidad de concepciones de vida se origina precisamente y procede en última instancia de la diversidad de sistemas morales imperantes en la sociedad de nuestros días⁸³.

Y no se diga que tal estructura de la norma sería contraria al derecho natural o contra la naturaleza intrínseca de la norma jurídica, pues el simple hecho de que en tiempos recientes se haya llegado a esa estructura de la norma partiendo del desconocimiento o incluso de la negación del derecho natural por el legislador, no hace por eso que la estructura en sí sea contraria al derecho natural; más aún, nos parece que una aplicación ponderada del principio de economía moral, en cuanto significa ahorro de energía moral, debe llevar al legislador humano a no imponer a los súbditos obligación estrictamente moral o de conciencia sino cuando en una sociedad concretamente determinada, atendidas todas las circunstancias y, de manera especial, el nivel medio de la conciencia social en la observancia y cumplimiento de las leyes, hagan necesaria la obligación de conciencia o estrictamente moral para que la norma obtenga su fin.

2.º Supuesto lo que precede, afirmamos que la tolerancia religioso moral, según queda explicada constituye una forma del derecho de libertad religiosa, el cual a su vez entra en la categoría de los derechos de personalidad, que se denominan también individuales o fundamentales. Comenzamos por estos últimos.

62. El reconocimiento de la dignidad de persona en cada uno de los hombres se halla de tal manera implícito en la estructura misma del Estado en verdad libre, que en él la persona humana representa el principio ontológico originario, el pleno desenvolvimiento de la misma constituye el fin o principio teleológico supremo del Estado, y a la libertad de la persona corresponde la cualidad de medio fundamental o principio instrumental primario para la obtención tanto del fin personal del hombre como del Estado mismo. Por eso el Estado se encuentra en el deber estricto de reconocer como principios fundamentales de su estructura orgánica no sólo los derechos inviolables de la persona

⁸³ Véase nuestro trabajo *Pío XII y el Derecho público*, en "Rev. esp. de Der. Can.", t. 12 (1957), pp. 55-64.

humana, sin los cuales no se realiza la personalidad, sino además la exclusión de ciertas limitaciones históricas de la capacidad personal, que en nuestro tiempo son unánimemente consideradas como incompatibles con el normal desenvolvimiento de la humana personalidad.

Dentro de esos derechos de personalidad vienen incluidos, como un grupo especial de los mismos, los *derechos de libertad*. Para que existan verdaderos y propios derechos de libertad requiérense estas dos condiciones: primera, que la potestad del Estado y de sus auxiliares sobre una determinada materia en relación con la actividad de los otros sujetos, esté sometida a límites establecidos por el mismo ordenamiento; segunda, que el ordenamiento jurídico, además de poner límites a la potestad del Estado, confiera a los sujetos mismos el poder de pretender que tales límites no sean traspasados ni violados. Solamente así surge una verdadera relación de derecho público, por la que al derecho subjetivo en los titulares de unas determinadas libertades de obrar sin intromisiones ilícitas por parte del Estado, corresponde el deber concreto de éste de abstenerse de tales intromisiones, garantizando así la autonomía de las posiciones recíprocas de aquéllos y de éste.

63. El rasgo característico de los derechos de libertad consiste en el contenido aparentemente extraño de los mismos, que es un contenido *esencialmente negativo*. A primera vista el profano no sospecha siquiera la posibilidad de que existan derechos negativos, y esa inicial incapacidad de comprensión le lleva a confundir el derecho de libertad con las potestades mismas o con los derechos positivos para cuya garantía se establecen o existen positivamente los derechos de libertad.

En otros términos, que los derechos de libertad, como tales derechos, no otorgan positivamente el poder de hacer esto o lo otro, sino que como derechos negativos consisten formalmente en la pretensión de que el Estado no se entrometa en la esfera reservada a los súbditos dentro de ciertos límites. Por tanto, ellos consisten formalmente en un abstenerse, en una prohibición de hacer impuesta al Estado, y cumplen la función de acotar el campo dentro del cual corresponde actuar y moverse a la libertad humana, según ciertas normas o reglas de juego, claro es; los derechos de libertad hacen posible el juego o ejercicio de la libertad, pero ellos por sí mismos no constituyen ni formulan las reglas de juego.

64. Según eso los derechos de libertad en sentido estrictamente jurídico, que es como son actualmente entendidos por la doctrina, y más concretamente el derecho de libertad religiosa es enteramente distinto del concepto filosófico de libertad religiosa, según lo proclamaba el liberalismo bajo las expresiones de libertad de pensamiento y libertad de conciencia, para designar la liberación del espíritu humano, decían, de prejuicios dogmáticos y de trabas confesionales.

3.º He aquí cómo se concreta actualmente el concepto jurídico de libertad religiosa o derecho de libertad religiosa, en expresión de RUFFINI: Consiste “en crear y mantener en la sociedad una condición de cosas tal que sea posible a cada uno buscar y conseguir por su cuenta los dos fines supremos (la salvación eterna y la verdad científica) sin que los otros, ni separadamente ni agrupados aunque sea en la misma colectividad soberana que constituye el Estado, puedan ponerle impedimento alguno o causarle por ello ningún daño”⁸⁴.

Es decir que las creencias religiosas, como tales creencias, no pueden afectar a la igualdad jurídica de los ciudadanos, en cuanto denota igualdad radical de la capacidad jurídica de las personas, así en la esfera del derecho público como del privado. O en otros términos, que los ciudadanos deben tener iguales derechos y deberes independientemente de la religión que profesen.

Según eso queda bien claro que el derecho de libertad religiosa, como verdadero y propio derecho de personalidad, si asegura y garantiza la igualdad jurídica de los ciudadanos en su consideración jurídica personal, no se refiere para nada a la igualdad de las confesiones religiosas como tales, ni tampoco a la igualdad y libertad de cultos en el Estado o como organizaciones sociales; sino que como simple derecho de libertad religiosa, no es ni más ni menos que lo estatuido por el art. 6.º del Fuero: “nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto”.

4.º Siendo evidente de toda evidencia que en el art. 6.º del Fuero no se reconoce ningún derecho a las confesiones religiosas en sí mismas consideradas como organizaciones jurídicas, sino que la protección poca o mucha que él concede se otorga a las personas físicas o individuales, no lo es menos que esa protección se refiere o circunscribe a la profesión de creencias religiosas —doctrinas religioso-morales— y al ejercicio o práctica del culto⁸⁵.

La adoración y el culto constituyen, juntamente con la fe, los actos principales de la virtud de la religión, en cuanto conjunto de doctrinas, de deberes y de instituciones que ordenan las relaciones del hombre con Dios.

El principio de tolerancia menciona expresamente ambos elementos: la profesión de creencias o doctrinas religioso morales y el culto o adoración. En orden a nuestro problema prescindimos aquí del culto y de la adoración, puesto que los cánones 1102 § 2 y 1109 § 3 ex-

⁸⁴ Citado por S. LENER, *Religione di Stato e principio democratico nella Costituzione repubblicana*, en “La Civiltà Cattolica” (1951), v. IV, pp. 616-617; *I diritti di libertà nella Costituzione italiana*, *Ibidem* (1953), v. IV, pp. 20-33; S. ROMANO, *Principii di Diritto Costituzionale generale* (Milano 1947), pp. 121-124.

⁸⁵ Véase nuestro trabajo *En torno al art. 6.º del Fuero de los españoles*, en “Punta Europa” (Madrid) Año II, (1957), nn. 18-19, pp. 90-104.

cluyen cualquiera ceremonia de culto en la celebración de los matrimonios mixtos entre una parte católica y otra acatólica. Admitimos también que, según el canon 1063 § 3, la Iglesia católica no prohíbe a los fieles en los matrimonios, que "si la ley civil lo manda, comparezcan también los cónyuges ante el ministro acatólico, pero sólo en cuanto tiene el carácter de funcionario civil y con el fin único de realizar el acto civil y dar efectos civiles a su matrimonio".

Resulta, por tanto, posible a los herejes, cismáticos y apóstatas de la religión católica celebrar matrimonio canónico, a tenor del canon 1099 —el único válido cuando están obligados a observar la forma jurídica—, sin realizar ni participar en un acto de culto católico⁶⁶. Pero no es esa la cuestión.

65. Que el matrimonio constituye acto esencialmente religioso, aunque no lo sea de culto, es enseñanza expresa de la Iglesia, según los textos de León XIII y de Pío XI aducidos más arriba⁶⁷. Nada tiene, pues, de extraño que lo consideren también así no sólo los cismáticos sino no pocas sectas heréticas y que, por tanto, sus seguidores y los incrédulos, apóstatas de la religión católica, rehuyan celebrarlo canónicamente por motivos de creencias religiosas, principalmente cuando las reglas de la propia confesión religiosa no se lo consentan⁶⁸.

Por todo lo dicho, nos parece que una ley civil que obligara civilmente a la forma canónica del matrimonio a los que bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma, se hubieren apartado después formalmente de la misma, no se concilia con el derecho de libertad religiosa en los términos que viene establecido en el art. 6.º del Fuero, reconocido expresamente por el Concordato⁶⁹.

⁶⁶ Mons. DEL AMO, *Ob. cit.*, pp. 155-156.

⁶⁷ Véase más arriba, n. 24, nota 31-32.

⁶⁸ En la nota 28 expusimos el caso de Inglaterra donde la ley de 1836 estableciendo una forma singular de matrimonio mixto de civil y canónico liberó a los católicos de contraerlo ante el ministro anglicano para la obtención de los efectos civiles.

⁶⁹ La cuestión no es enteramente nueva, pues se suscitó ya en Austria, si bien no en los mismos términos exactamente. Allí el Código Civil regulaba el matrimonio con normas parcialmente distintas, según las diversas confesiones de los ciudadanos, especialmente en lo relativo a la forma jurídica de su celebración; pues la declaración solemne del consentimiento había de tener lugar ante el párroco ordinario del esposo o de la esposa, cualquiera que fuese el nombre con que se le designara en la respectiva confesión. Los ciudadanos tenían que contraer matrimonio en la forma prescrita por su religión, la cual forma no era facultativa, sino obligatoria para sus fieles o adeptos; y por ello el Código Civil admitía a los apóstatas de la religión católica a la celebración del matrimonio, según el rito de la confesión a la que se hubieren agregado o, civilmente en el solo caso de que no hubiesen pasado a ninguna confesión religiosa reconocida.

Al modificarse la Constitución en 1925, se suscitó la duda sobre la compatibilidad de sistemas matrimoniales diversos, especialmente en lo relativo a la indisolubilidad y al divorcio, con el principio que sancionaba la igualdad jurídica de los ciudadanos e incorporaba a la Constitu-

C) *Sentido y alcance de la letra C) del Protocolo, al art. 23.*

66. Llegamos así, después de haber examinado uno a uno los argumentos aducidos para probar aquel deber, a la conclusión de que el Estado español no tiene contraído por el Concordato el compromiso de ajustar tan perfectamente su legislación matrimonial al canon 1099, que ni una sola de las personas sujetas a la forma canónica del matrimonio pueda ser admitida a la celebración del matrimonio civil.

Entonces, se dirá, ¿cuál es el alcance y qué significado damos nosotros a la letra C) del Protocolo final, en relación con el art. 23, por la cual el Estado se compromete a poner en armonía su legislación con el Derecho Canónico respecto del reconocimiento de matrimonios mixtos entre personas católicas y no católicas?

Pues exactamente el mismo significado y alcance que le otorgaba Mons. MIGUELEZ en 1954 antes de que se llevara a cabo la reforma de la legislación matrimonial, reforma que ha venido a confirmar la opinión por él sustentada cuatro años atrás, a raíz del Concordato.

“¿No pudieron (los legisladores) referirse al canon 1060, en el cual se describe el impedimento que el canon 1061 llama “de *mixta* religión” y que existe cuando una de las partes es católica (en su sentido propio) y la otra acatólica afiliada a una secta herética o cismática? ¿No habrán pretendido dichos legisladores hacer que se dé una redacción más clara al artículo 42 del Código Civil, de tal forma que éste no pueda vulnerarse permitiendo el matrimonio civil, cuando se trate de matrimonio mixto, o sea cuando uno de los contrayentes sea católico y el otro no? Creemos excusado decir que el matrimonio entre persona católica profesante y persona no bautizada es verdadero *matrimonio mixto*, si bien el impedimento existente en ese caso no sea el de mixta religión, sino el dirimente denominado de disparidad de cultos”⁹⁰.

Efectivamente; si tomamos el discurso sobre el art. 42 del Código Civil en el punto en que lo dejamos más arriba (n.º 43), encontramos que la exégesis administrativa de aquél, de manera constante, incluso en los períodos más tranquilos, había dejado gravemente desatendidos dos extremos importantes del art. 42 del Código Civil, a saber:

ción el tratado de San Germán sobre las minorías. La Corte Suprema de Viena, por decisión de 29-12-1925, resolvió que el Estado que pone en armonía sus normas con las normas eclesásticas propias de cada uno de sus ciudadanos, no viola el principio de igualdad jurídica, ya que dicho principio, lo mismo que el Tratado de San Germán para la tutela de los derechos de las minorías religiosas, aseguraban un trato igual a todos los ciudadanos en el aspecto procesal, pero no en el aspecto material, igualdad de trato que se salvaba perfectamente mediante la aplicación de la respectiva legislación religiosa. Cfr. G. BRUNELLI, *Divorzio e nullità di matrimonio negli Stati d'Europa* (Milano 1958), pp. 114-115; *Sinodo de Osnabruck*, citado por E. DE ECHEVERRÍA, *El matrimonio en el Derecho canónico particular*, p. 190, n. 31.

⁹⁰ Mons. L. MIGUELEZ, *Ob. cit.*, p. 512.

1) el principio de la indivisibilidad del matrimonio canónico, de rigurosa aplicación en la Iglesia, y según el cual, cuando uno de los contrayentes se halla directamente sometido a la legislación canónica por ser súbdito de la Iglesia, también el otro, aunque sea infiel, viene a estarlo indirectamente; principio que recogía el art. 42 del Código Civil enunciándolo con la expresión “que *deben* contraer *todos*...”; pero del cual se apartaba la exégesis administrativa siempre que autorizaba el matrimonio civil con tal que “uno solo... no profese la Religión católica” (Resolución de 19-6-1880), o declarando suficiente “la manifestación hecha por ambos contrayentes o, al menos, por uno de ellos, que no profesan la Religión católica” (Real Orden de 28-12-1900) o la “declaración hecha por ambos o uno solo... de no profesar la Religión católica” (Real Orden de 28-6-1913);

2) que si bien el art. 42, al determinar directamente las personas sometidas a la forma canónica del matrimonio, de manera indirecta autorizaba el matrimonio civil para las no sometidas al primero; pero no determinó nada respecto de la prueba que se había de practicar para acreditar la no profesión de la religión católica; por lo que acudiendo la exégesis administrativa a llenar aquella laguna, lo hizo en el sentido de estimar requisito suficiente la simple declaración de los contrayentes ante la autoridad competente de no profesar la religión católica, extremo éste con el que no consta que se conformara la S. Sede en ningún momento.

Pues bien, la letra C) del Protocolo, en relación con el art. 23 del Concordato, viene a zanjar el primer extremo mencionado exigiendo que, cuando se trate de matrimonio mixto entre una persona católica y otra no católica, queden ambas sujetas a la legislación canónica en la forma que lo establece el Derecho canónico, debiendo el Estado limitarse a reconocer el matrimonio canónico, o lo que es lo mismo, que en esa hipótesis los contrayentes no pueden ser admitidos a la celebración del matrimonio civil. A esto y nada más que a esto, según creemos, se obliga o compromete directamente el Estado por la letra C) del Protocolo, en relación con el art. 23.

67. ¿Deberemos decir por eso que la letra C) excluya la posibilidad de que algún día se realice la perfecta acomodación de la legislación matrimonial civil a la de la Iglesia, hasta el punto de suprimir el actual margen de diferencia entre ambas?

De ninguna manera; una cosa es que armonía tan perfecta no venga exigida o impuesta por el Concordato en ninguno de sus artículos, y otra completamente distinta que, si un día el Estado llegara a modificar, contando para ello con el asentimiento tácito o expreso de la Iglesia, su concreta confesionalidad en sentido más favorable para ésta y la Religión católica, semejante modificación no pudiera reper-

cutir sobre el precepto de la letra C) al art. 23, declarando incluida o comprendida en dicha cláusula una hipótesis que hoy ciertamente no lo está y que, según propugnamos y creemos, no lo estuvo nunca en el art. 42 del Código Civil hasta la Orden ministerial de 1941. Que alguna vez eso pueda quedar incluido dentro de la redacción dada al precepto de la letra C) del Protocolo, no quiere decir que lo esté hoy, ni siquiera que pueda estarlo en tanto no se modifique el art. 6.º del Fuero, parte integrante según hemos dicho de la concreta confesionalidad del Estado español.

Veamos ahora, para terminar, cómo lo han entendido las partes contratantes.

IV. LA REFORMA DEL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL

68. La reforma de la legislación matrimonial para ponerla en armonía con el Derecho canónico, según lo prescribe el Concordato, se ha realizado escalonada y gradualmente, a saber: primero, por el Decreto de 26-10-1956; después por las Circulares respectivas: a) de la Nunciatura Apóstolica en Madrid, de 25-3-1957, dirigida a los Ordinarios diocesanos; b) de la Dirección general de los Registros y del Notariado a los Presidentes de las Audiencias territoriales, de 2-4-1957, y finalmente por la ley de 24 de abril de 1958 reformando los artículos correspondientes del Código Civil⁹¹.

Acerca de la jurisprudencia solamente una breve observación. La doctrina jurídica durante el quinquenio que corre entre el Concordato de 1953 y la reciente reforma del Código Civil, respecto de los límites entre el matrimonio canónico y el matrimonio civil en nuestro cuerpo legal, se pronunció en gran mayoría por la plena acomodación del Código patrio al canon 1099 del *Codex iuris canonici* en el sentido de que no pueda ser admitido a la celebración del matrimonio civil ningún súbdito de la Iglesia al que el ordenamiento canónico someta a la forma jurídica del matrimonio. Si pretendiéramos servirnos de una comparación cuya semejanza con el caso presente no parece lejana, deberíamos decir que, mientras la doctrina jurídica en gran mayoría iba lanzada hacia una solución extrema, en cambio el legislador, a quien corresponde formular la "ordinatio rationis ad bonum commune", se contuvo de hecho en el término medio; algo como lo que sucedió en la célebre Bula "Unam Sanctam", que en su interno desarrollo parecía conducir a una definición mucho más avanzada, y res-

⁹¹ Debemos añadir aquí la Ley del Registro civil, de 8 de julio de 1957 y, sobre todo, el Decreto de 14 de noviembre de 1958, aprobando el nuevo Reglamento de aquélla, con vigencia desde 1.º de enero de 1959, que especialmente en sus arts. 243 al 250 viene a remplazar formalmente al Decreto de 26 de octubre de 1956, si bien en lo que se refiere a su aspecto material "las normas sobre matrimonio civil siguen la línea impuesta por el Código, recientemente refor-

pecto de la cual la verdadera definición, o sea, el "Porro subesse Romano Pontifici omni humanae creaturae, declaramus... omnino esse de necessitate salutis", se queda extrañamente corta⁹².

69. Sabemos ya cómo la Convención de Colombia de 1924 vino a llenar una necesidad casi idéntica a la nuestra, allí como aquí motivada por algunas incertidumbres en torno al significado y alcance de la expresión "que deberán contraer todos los que profesan la Religión católica".

Cómo fue atendido por la Convención de Colombia el objetivo de determinar los sujetos y la necesidad de la forma canónica del matrimonio, declarando de común acuerdo ambas partes el sentido auténtico de la expresión del Concordato, a los efectos de la celebración del matrimonio, lo hemos expuesto *in extenso* más arriba (nn. 42-43). Pero como la Convención satisfizo asimismo a la necesidad de determinar lo relativo a la prueba de la "no profesión de la Religión católica" como requisito de capacidad para ser admitido a la celebración del matrimonio civil, nos parece indispensable exponer aquí este punto.

Bastará, para qué más, presentar en doble columna la Nota del Cardenal Gasparri, integrante de la Convención de Colombia de 1924 y el Decreto del Gobierno español de fecha 26 de octubre de 1956.

Según la *Nota* del Cardenal Gasparri "el Gobierno deberá promulgar por propia iniciativa un decreto en el cual venga declarado que

NOTA

"en territorio colombiano no pueden ser admitidos al acto civil, nada más que:

1) los acatólicos natos, bautizados o no, cuando ambas partes son tales; 2) los que fueron bautizados en la Iglesia católica... pero después se apartaron formalmente y no solo con el

DECRETO de 26-10-1956

modificando arts. del Reglamento del Registro Civil.

Para que puedan contraer legalmente matrimonio en forma civil... los que no profesan la Religión Católica...

Art. 37. del Reglamento... el matrimonio civil será autorizado en el sólo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión Católica.

mado; por la nueva Ley del Registro; por el Decreto de 26 de octubre de 1956 y por la Circular de la Dirección general de los Registros y del Notariado, de 2 de abril de 1957" (Párr. IX del preámbulo del Decreto aprobando el Reglamento).

Para la exposición y el análisis crítico tanto de las disposiciones aludidas como de la literatura jurídica en torno a los diversos aspectos del problema, véase el extenso y documentado estudio de A. DE FUENMAYOR, citado en la nota 45, en especial los nn. 7-10; 19-20.

⁹² Analizando Pío XII precisamente "la formulación quizá más acentuada de la llamada idea medieval de las relaciones del poder espiritual y del poder temporal", dice que "esta concepción medieval estaba condicionada por la época. Quienes conozcan sus fuentes admitirán probablemente que hubiera sido sin duda más extraño aún que no hubiese aparecido". Discurso al X Congreso internacional de Ciencias históricas, en "Ecclesia" (1955) II, p. 315.

abandono de las prácticas y deberes religiosos...

a) Ambas partes declararán por escrito, ante el Juez propio, que han abandonado formalmente la fe católica, expresando la fecha en que se produjo tal defección.

b) El Juez hará pública dicha declaración y la comunicará de manera oficial al Ordinario del lugar.

c) Las mismas partes deberán confirmar de nuevo esta declaración, ante el Juez y los testigos, el día preciso en que pro-

Art. 38. Acompañarán a dicha declaración (escrita) en todo caso, la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio.

Art. 40. ...El Juez dictará providencia mandando que se ratifiquen en ella los interesados.

Art. 41. ...Si se tratare de bautizados en la Iglesia católica o de aquellos que, convertidos a ella hayan apostatado posteriormente e intentaren contraer matrimonio civil entre sí o con persona acatólica, una vez hecha la ratificación el Juez informará circunstancialmente de la petición a la Autoridad eclesiástica diocesana en el plazo de 8 días y mediante notificación en forma⁹³.

⁹³ A raíz del Decreto, arguyendo contra la notificación dirigida a la Autoridad eclesiástica, se alegaron varios casos en los que los Ordinarios, recibida la notificación judicial en forma, se limitaron a contestar que los pretendientes estaban obligados a la forma canónica (can. 1099), y que el Estado español se había comprometido a urgir aquella obligación en virtud del Concordato (art. 35, n. 2, de contenido amplio y supletorio)... Si la prescripción del canon 1099, se añadía, no constituye obstáculo legal ninguno para el matrimonio civil, es improcedente en la casi totalidad de los casos la notificación a la Autoridad eclesiástica tan sólo para que se dé por enterada (Cfr. D. FERNÁNDEZ RUIZ, *Los matrimonios mixtos en la legislación civil española*, en "Ecclesia" (1967) I, p. 186).

El desconocimiento, por lo menos en detalle, de la Convención de Colombia, unido al hecho de que el comentario aludido vio la luz antes de publicarse la Circular de la Nunciatura Apostólica de 25 de marzo de 1957, explica en parte la extrañeza del autor por lo que él creyó una anomalía. En parte nada más, decimos, porque quien esté ligeramente versado en derecho concordatorio sabe que tales pretendidas anomalías no lo son. Así no lo es, v. gr., la inserción en el art. 1.º del Tratado de Letrán del principio que proclama la Religión del Estado, que tenía su propia sede en el Concordato, como no constituye tampoco anomalía, en nuestro caso, el que la Circular de la Nunciatura Apostólica, dirigida a los Ordinarios diocesanos, contenga la interpretación del Decreto del Gobierno, de fecha 26-10-1956, en los siguientes términos: "1) Con sujeción al texto del susodicho Decreto gubernativo, se pueden fijar estos puntos: a) la admisión a la estipulación del acto civil solamente puede tener lugar en el caso en que ambos interesados hayan apostatado de la Fe Católica, o cuando una persona que se halle en tal desdichada condición intente unirse con una acatólica; b) la norma no puede, por tanto, ser extendida a otras condiciones de personas, aun cuando sean indiferentes u hostiles a la práctica de los deberes religiosos; c) aquellos que, habiendo sido bautizados en la Iglesia Católica o a Ella convertidos de la herejía o del cisma, hayan apostatado con posterioridad, si pretendieren ser admitidos al "acto civil", deberán formular petición, por escrito, a la autoridad civil, especificando el motivo y aduciendo las pruebas de su defección; d) la autoridad civil deberá esmerarse en informar cuanto antes, sobre la petición que le ha sido hecha, a la autoridad diocesana interesada; e) y no se podrá proceder a la estipulación del "acto civil" antes de que haya transcurrido por completo un mes, a partir de la fecha en la cual haya sido informada la autoridad diocesana; f) continuará manteniéndose en pleno vigor todo lo dispuesto en el art. 83, n. 4 del Código Civil respecto a la imposibilidad de contraer matrimonio cuantos hayan recibido las Ordenes Sagradas o se hallen ligados por voto solemne de castidad".

Bien quisiéramos extender la disculpa arriba señalada, mas no podemos hacerlo, a los que escribiendo después de la Circular de la Nunciatura y de la que le siguió de cerca precedente de la Dirección de los Registros, movidos de un bien intencionado pero arrebatado celo, con el que lo que no gana la verdad lo pierde la caridad, calificaron de sorpresa desagradable y de

cedan a la unión civil, y en el correspondiente documento no dejará de mencionarse esta declaración.

d) El citado acto civil no podrá ser estipulado sino después de transcurrido por lo menos un mes desde el día en que fue comunicada al Ordinario la referida declaración.

La S. Sede por su parte, se compromete a transmitir a los Ordinarios de Colombia las instrucciones siguientes:

Cuando el Ordinario recibiere la declaración de que se ha hablado con anterioridad, se esforzará del mejor modo posible en inducir a una y otra parte a que reflexionen sabiamente, advirtiéndoles, entre otras cosas, que al ser su unión eclesiásticamente nula, se exponen a gravísimas consecuencias.

En caso de que una y otra parte persistan en su propósito, el Ordinario, antes de que procedan al acto civil, aplicará el c. 2314 declarándoles incurso "*ipso facto*" en excomunión reservada *speciali modo* a la S. Sede.

Si por el contrario, arrepentidos de su mal proceder, mostraran deseos de volver a la Iglesia Católica, el Ordinario actuará a tenor del citado c. 2314 § 2; y si el llamado matrimonio civil estuviere ya contraído, se aplicará el derecho común.

Respecto a los testigos que presenciaren el llamado matrimonio civil podrán los Ordinarios, si lo creen oportuno, amonestarlos de acuerdo con el c. 2222 § 1.º

No procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haber realizado la notificación expresada".

CIRCULAR DE LA NUNCIATURA APOSTOLICA

...Las Autoridades eclesiásticas procederán de la siguiente forma... A) El Ordinario tendrá esmerada diligencia en comprobar si resulta efectivo el abandono de la Fe... y sobre todo si ello había ocurrido *tempore non suspecto*; y en evitar que alguno se lance a declararse con ligereza "no católico", al exclusivo fin de sustraerse a la legislación canónica...

B) Será bien que los Ordinarios pidan siempre a las autoridades civiles... la documentación presentada por los interesados para probar el verificado abandono de la Fe católica.

C) Cuando esto no resulte conforme a verdad, sino que se compruebe tan sólo el caso de indiferencia o incluso de hostilidad a la práctica de la Fe, será de ello informada la autoridad civil...

D) ...Los Sres. Obispos procurarán disuadir, con toda caridad y prudencia, a los interesados, de su deplorable propósito...

E) Cuando tales gestiones resultasen infructuosas al fin deseado, no se hará notificación alguna a la autoridad civil...

3) Cuando, por fin, haya tenido lugar la estipulación del acto civil, el Ordinario competente procederá a la declaración de las penas incurridas.

a) para los contrayentes, ya católicos que han abandonado la Fe, las señaladas en el canon 2.314. Tal declaración será hecha *per modum praecepti*, esto es: con un breve decreto razonado...

4) Tratándose de censuras, éstas no cesan sino con la absolución (canon 2.248 § 1.º), la cual supone como condición, el *recessus a*

atropello del derecho de la Iglesia el Decreto de 26 de octubre de 1956, o en tono lastimero se hicieron eco de aquellas quejas (cfr. "Rev. esp. de Der. Can.", t. 12 (1957), pp. 418-419: "Sal Terrae", t. 46 (1958), pp. 235-238.

El Cardenal que suscribe no duda de que el Gobierno de Colombia apreciando la condescendencia de la S. Sede en este Convenio, se esforzará en exigir de las autoridades civiles subordinadas la más diligente aplicación de las normas que promulgará a consecuencia del presente acuerdo⁸⁴.

contumacia, que para los contrayentes consistirá en retornar a la Fe y, por consiguiente legalizar canónicamente su posición matrimonial, o separarse.

3) b) Para los fieles católicos que eventualmente tomaren parte en la estipulación del acto civil actuando de testigos, el entre dicho *ab ingressu Ecclesiae* de que trata el c. 2.277, por el escándalo de su comportamiento produce en una nación católica como España.

CIRCULAR DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIALDO, A LOS PRESIDENTES DE LAS AUDIENCIAS TERRITORIALES, DE FECHA 2 DE ABRIL DE 1957⁸⁵

⁸⁴ A. MERCATI, *Ob. cit.*, pp. 14-15; en las págs. 16-17 letra y texto de la ley n. 54 del año 1924, conteniendo el Decreto del Gobierno al que se refería la Nota del Card. Gasparri; y en la p. 17 letra G. la circular de la Nunciatura al Episcopado Colombiano conteniendo las instrucciones a que se refiere la Nota del Cardenal Gasparri.

⁸⁵ Resumimos los aspectos más importantes de la Circular:

I. La "no profesión de la Religión católica" constituye presupuesto necesario para que pueda ser realizado el matrimonio civil. Basta, pues, que uno de los contrayentes profese esta Religión para que no quepa otra clase de matrimonio que el canónico; o sea, que el concepto de "no profesar la Religión católica" se erige en concepto clave para la delimitación de los sujetos capaces del matrimonio civil.

La adhesión o profesión de la fe católica se presume válidamente en toda persona que se incorporó a la Iglesia católica por el bautismo o la conversión, mientras no se dé una actitud desvinculadora y apóstata, material y formalmente evidente (*quod probatur factum, praesumitur rite factum y facta non praesumuntur sed probari debent*). La forma civil del matrimonio sólo será aplicable en el caso de que ambos contrayentes hayan evidentemente apostatado o si uno de estos intenta contraer matrimonio con un acatólico, sin que pueda extenderse su posibilidad a otra condición de personas, aunque sean indiferentes u hostiles a la práctica de la Religión católica.

El carácter imperativo del art. 42 del Código Civil exige que se desconfíe de las apostasías que tienen lugar al tiempo que se pretende contraer matrimonio civil, pues de permitirse fácilmente se iría en la práctica al matrimonio civil facultativo, repudiado por la Iglesia y no acogido en el Derecho español vigente. Supuesto excepcional, por tanto, la apostasía debe ser objeto en todo caso de interpretación y aplicación restrictiva...

III. Se entenderá acreditada la "no profesión" cuando se pruebe, por los medios admitidos en Derecho, la existencia de cualquiera de estas dos condiciones: 1.º no haber sido bautizado en la Iglesia católica ni convertido a ella de la herejía o del cisma; 2.º haber apostatado formal y materialmente.

De la primera condición por su índole negativa ha de admitirse la prueba de que son susceptibles los hechos negativos, y normalmente podrá ser suficiente la propia declaración, ratificada por testigos fidedignos o por cualquier otro medio de prueba, de que no han sido bautizados en la Iglesia católica ni se han convertido a ella, o de que nacieron en un medio en el cual se excluya positivamente la presunción del bautismo. En este último supuesto, que no se debe admitir fácilmente en España, normalmente se han de exigir certificaciones negativas del bautismo expedidas por los párrocos correspondientes, con referencia al trimestre siguiente al nacimiento.

Si se tratare de persona bautizada en la Iglesia católica o convertida a ella deberá presentar prueba suficiente y adecuada de la apostasía ostensiblemente manifestada, de tal naturaleza y con tal fuerza que sea suficiente para llevar al ánimo del Juez la convicción de una auténtica apostasía. Si la prueba no fuere concluyente exigirá el Juez que sea completada con otros

Resueltos en la forma que acabamos de ver estos tres extremos: primero, la determinación del concepto de “profesión-no profesión de la Religión católica” a los efectos del matrimonio canónico y civil respectivamente (según el Código Civil, se entiende); segundo, establecido asimismo qué es requisito necesario para poder ser admitido al matrimonio civil, que el hecho de la “no profesión” se realice en ambos y no en uno solamente de los contrayentes, y tercero, establecido igualmente todo lo relativo a la necesidad, medios y requisitos de la prueba de “no profesión de la Religión católica”, la reforma del Código Civil en lo que toca al art. 42, se ha limitado a recoger estos tres puntos en una fórmula de mayor rigor técnico que la anterior, pero conservando con muy buen acuerdo la locución “*profesar la Religión católica*”, como la más apropiada para expresar el concepto jurídico que actualmente resulta cierto e indubitable para todos.

He aquí el texto del nuevo art. 42: “La Ley reconoce dos clases de matrimonio el canónico y el civil.

El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando al menos uno de los contrayentes profese la religión católica.

Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica”.

70. Resumiendo ahora brevemente los rasgos característicos de los sistemas matrimoniales civiles en vigor respecto al ámbito del matrimonio canónico y civil, debemos decir lo siguiente:

1.º La ley del *matrimonio civil obligatorio* en Estados de mayoría, o simplemente de población en gran parte católica, *somete* a los

medios relativos principalmente a las circunstancias o situaciones de la vida en que se manifiestan las creencias profundas de las personas, evitando así cualquier subterfugio como el formular exigencias que constituyan obstáculos invencibles.

IV. Siempre que por la declaración escrita de los contrayentes —declaración que es preceptiva—, o por otro medio cualquiera le conste al Juez el hecho del bautismo o de la conversión, deberá comunicarlo a la Autoridad diocesana del territorio con todos los datos y elementos de juicio pertinentes, y si los Jueces fuesen distintos —uno para cada contrayente—, ambos deberán hacer la notificación respectivamente. Si los domicilios respectivos pertenecen a diócesis distintas no se procederá a la celebración del matrimonio en tanto no haya transcurrido un mes desde que se hizo la notificación a uno y otro Ordinario diocesano, a no ser en caso de peligro inminente de muerte.

V. Las dudas que reglamentariamente pueden ser consultadas deben versar fundamentalmente sobre cuestiones de Derecho, en especial sobre los conceptos de “profesar o no profesar la Religión católica” en relación con la prueba practicada. Queda siempre abierta la vía judicial para impedir o conseguir la autorización del matrimonio civil.

El Ministerio fiscal, que ha de intervenir preceptivamente en el expediente de matrimonio civil, puede aportar las pruebas oportunas y, si en contra del Juez estimare que no debe procederse a la celebración del matrimonio civil, actuará conforme a los arts. 97 y 98 del Código Civil, suspendiéndose la celebración mientras dure el procedimiento. Corresponde a los Jueces de 1.ª instancia ejercer la vigilancia sobre los Jueces municipales y comarcales, y a éstos sobre los Jueces de paz. Estos últimos deberán poner en conocimiento de los Jueces municipales o comarcales cualquiera solicitud de matrimonio civil que reciban, con objeto de que les sean transmitidas por los Jueces superiores las instrucciones pertinentes en cada caso.

católicos a un *vejamen* injusto, forzándoles a realizar el acto civil, que para ellos no tiene ningún valor y constituye "*mera comedia jurídica*, necesaria para evitar los daños graves e injustos que, de no cumplirla, se les seguirían", a saber, "la no obtención o denegación de efectos civiles" al matrimonio canónico⁹⁶. Tal ley además, causa positivamente un daño gravísimo a la comunidad, ya que, como dice León XIII, "introduce de hecho la persuasión errónea de que basta la ceremonia civil para vivir en legítimo matrimonio, lo que en realidad no es otra cosa que un abominable concubinato"⁹⁷.

2.º La ley del *matrimonio civil facultativo o libre*, ciertamente *libera* a los católicos de aquel vejamen, pero *como tal ley*, que permite incluso a los católicos el matrimonio civil, constituye para los malos católicos una *tentación no necesaria* y gravemente perjudicial —donde al matrimonio civil acompañe la posibilidad legal del divorcio la tentación puede resultar gravísima—. Por eso la Iglesia condena como gravemente ilícita la celebración del matrimonio civil en esos casos, aunque tengan intención de contraerlo más tarde ante la Iglesia, declara pecadores públicos a los que contraen civilmente y, por lo menos en régimen de Concordato, reprueba generalmente la ley del matrimonio civil plenamente facultativo. Además, aunque no en la medida del matrimonio civil obligatorio, el matrimonio civil facultativo produce la misma errónea persuasión.

3.º La ley del *matrimonio civil subsidiario libera* a los católicos no solamente de la vejación dicha sino, además, de la *tentación* de contraer civilmente:

a) el *ampliamente* subsidiario o casi facultativo (mediante simple declaración sin requisito alguno de prueba), solamente en términos muy relativos, no absolutos.

b) el *relativamente* subsidiario, *libera* a los católicos de la tentación en términos más estrictos, pero *se abstiene de urgir* o imponer civilmente la celebración del matrimonio canónico a los *apóstatas* de la Religión católica.

c) el *rigidamente* subsidiario, no solamente *libera* a los católicos de toda tentación, sino que *impone civilmente a los apóstatas* el matrimonio canónico, *urgiendo* o doblando la obligación jurídico-canónica, con otra obligación jurídico-civil de igual extensión que aquella.

La doctrina canónica en nuestro tiempo estima generalmente licita o no reprobada por la Iglesia la ley del matrimonio civil subsidiario en cualquiera de sus formas. Así por ej. L. BENDER escribe a este pro-

⁹⁶ L. BENDER, *Matrimonium civile*, en "Ephemerides i. c. t. 6 (1950), pp. 48-56.

⁹⁷ Carta citada en la nota 18. Col. de Encic. p. 589, n. 12.

pósito: "Videtur tamen, et quidem propter rationes graves quas praebent circumstantiae vitae civilis hodiernae, licitum esse ut legislator instituat formam civilem matrimonii pro personis non baptizatis, et deinde ipsis civibus relinquat quid ipsi agant, permittens ut aliqui catholici Dei et Ecclesiae legibus non obtemperantes, formalitates civiles peragant et deinde effectibus civilibus coniugum fruantur in quantum hoc a publica auctoritate civili dependet"⁹⁸.

La opción entre una u otra forma del matrimonio civil subsidiario es atributo que corresponde ejercer a la prudencia política de los gobernantes, la cual en cuanto *recta agibilium ratio* establece para cada país el punto concreto de equilibrio entre los diversos principios jurídicos. Cuando esa determinación se realiza por vía de acuerdo, tácito o expreso, con la Iglesia, o a través del Concordato, normalmente discurre libre de toda objeción, según la doctrina de Pío XII, que en el Discurso acerca de la tolerancia arriba transcrito dice expresamente: "En los Concordatos busca la Iglesia la seguridad jurídica y la independencia para su misión. Es posible que la Iglesia y el Estado proclamen en un Concordato su común convicción religiosa; pero puede suceder también que el Concordato tenga por finalidad, entre otras, prevenir querellas en torno a cuestiones de principio y descartar desde el comienzo las posibles ocasiones de conflicto. Cuando la Iglesia ha suscrito un Concordato, éste vale en todo su contenido. Pero su sentido profundo *puede implicar matices de los que ambas partes contratantes tienen conocimiento*; puede significar una aprobación expresa, pero puede indicar también una simple tolerancia... según los principios que sirven de norma para la coexistencia de la Iglesia y de sus fieles con los poderes y los hombres de otra creencia"⁹⁹.

71. Por tanto, cuando en un Estado confesional el legislador por vía de acuerdo y en aplicación del principio jurídico-positivo de tolerancia permite a los apóstatas de la Religión católica el matrimonio civil, nos parece indudable que él no pretende producir un matrimonio válido —efecto imposible de obtener por la ley civil y, como tal efecto imposible, bien conocido por el legislador—, sino que quiere solamente permitir o tolerar que esas uniones obtengan los efectos civiles que caen bajo su potestad en el caso, y que por consiguiente, tampoco intenta producir los derechos y las obligaciones dependientes esencialmente de la validez del vínculo matrimonial, y sí únicamente derechos y obligaciones puramente jurídicos.

Queremos decir que no nos parece exacto atribuir a la ley del ma-

⁹⁸ *Ob. cit.*, p. 50. Refiriéndose en nota al caso de Italia después del Concordato, añade: "Habetur matrimonii forma civilis proprie pro iis, qui non sunt catholici. Catholici malevoli ea uti possunt, invalide contrahentes. Hoc raro accidit".

⁹⁹ Discurso citado en la nota 74 con referencia al Discurso citado en la nota 77; "Ecclesia", p. 316.

rimonio civil estrictamente subsidiario dictada por un Estado confesional católico, con sujeción y acatamiento del Derecho natural, el sentido que obviamente tiene la ley del matrimonio civil obligatorio emanada por un Estado agnóstico o indiferente, que no admite o ignora el Derecho natural¹⁰⁰.

Y no se crea que se trata de pura sutileza, pues, aparte de que la expresión subrayada en el texto anteriormente transcrito de Pío XII, contiene suficiente fundamento para afirmarlo así; la *intención*, por parte del Juez, de limitar y reducir los efectos de la sentencia de *divorcio perfecto* a los que efectivamente ella es capaz de producir en el ordenamiento civil, y eso aun cuando el legislador hubiera excluido tal limitación; esa intención del Juez, decimos, contiene un argumento o razón probable para que sea moralmente lícita su pronunciación en circunstancias especialmente graves, como se exigen para tolerar los males gravísimos que así y todo se siguen generalmente de tales sentencias de divorcio perfecto¹⁰¹.

Luego *a fortiori* se ha de decir que el legislador, que tolerando el matrimonio civil actúa en forma moralmente lícita, no tiene él intención de violar el Derecho natural, sino que se limita a querer con voluntad permisiva solamente los efectos que está en la potestad del ordenamiento producir, y no los que por caer fuera de su potestad o esfera no es capaz de producirlos.

72. Acostúmbrase generalmente a decir que la ley que autoriza el matrimonio civil a los apóstatas de la religión católica, se halla en oposición o contradicción con el canon 1099, y nosotros mismos, al hablar de discrepancias entre el Derecho canónico y la ley civil, lo hemos dado a entender así. La cosa sin embargo no es tan sencilla como para que no esté necesitada de explicación, si se han de evitar equívocos e inexactitudes.

Completamente cierto que los apóstatas de la religión católica no

¹⁰⁰ Según eso, a la formulación que Mons. DEL AMO hace en estos términos: "El Estado después de la celebración del matrimonio civil que han contraído A. y M. súbditos de la Iglesia y obligados según ella a la forma canónica, les dice: 1. Estáis casados legalmente, vuestro matrimonio es válido... 4. Estáis obligados a vivir juntos, guardándoos fidelidad y socorriéndolos mutuamente. 5. Tenéis los derechos y obligaciones de marido y mujer, como los tienen los esposos legítimamente unidos" (*Ob. cit.*, pp. 4-5), cabe excepcionar que el simple hecho de que la ley del matrimonio civil obligatorio pueda tener ese sentido, no autoriza a concluir que lo tenga necesariamente, y mucho menos todavía que haya de tener tal sentido la ley del matrimonio civil subsidiario dada por un Estado confesionalmente católico en aplicación del principio moral y a la vez jurídico-positivo de tolerancia.

¹⁰¹ L. BENDER, *Ob. cit.* p. 54: "Sententia (divortii) ex intentione iudicis non tollit nisi effectus civiles, intactos relinquit effectus alios seu naturales et, casu quo habeantur, etiam religiosos seu supernaturales. Et hoc ex natura actus prout a iudice bono intenditur et perficitur. Reapse sequuntur effectus mali non pauci et gravissimi, nempe erronei conceptus circa effectus sententiae pro ipso vinculo eiusque effectibus naturalibus. Sed tali effectus non dant actui speciem. Quia autem sunt gravissimi, requiritur causa gravissima ut actus, iis non obstantibus, sit licitus".

pueden acogerse a la forma civil del matrimonio sin violar el canon 1099, que los somete a la forma canónica. Por tanto, no cabe duda ninguna que no siendo posible acogerse a la forma civil del matrimonio sin violar por eso mismo la ley de la Iglesia, no lo es tampoco la observancia simultánea de ambas leyes *por parte del súbdito*; o sea, que por lo que hace a la persona y a la conducta del súbdito ambas leyes están en contradicción. Y lo están precisamente porque la violación o inobservancia de la ley canónica por parte del súbdito apóstata constituye el presupuesto de la ley civil, que tomando ese hecho como elemento constitutivo de la *hipótesis* o *fattispecie* de la ley, después en la disposición o *statuizione* permite o tolera que sujetándose a los requisitos de la forma civil del matrimonio obtenga los efectos civiles del mismo.

Pero si trasladamos la pregunta de la conducta del súbdito a la norma en sí misma, la cuestión varía. De los dos elementos que, como sabemos, integran la norma: la hipótesis y la prescripción, solamente ésta, la disposición constituye la *forma* de la ley —*forma dat esse rei*—, en tanto que la hipótesis hace el oficio de simple elemento material de la norma. Así v. gr. en la ley canónica o civil imponiendo penas al homicidio o al adulterio, el delito constituye la hipótesis de la norma penal, y la determinación concreta o el establecimiento de la pena integra la prescripción o disposición de la ley.

Así también en el caso presente la apostasía de la religión católica juntamente con la obstinación en no querer someterse a la forma canónica del matrimonio integran la hipótesis de la norma; pero el elemento formal que especifica la ley, la disposición o prescripción concreta de la norma viene constituída formalmente por la simple permisión del matrimonio civil, como podría estarlo también por la negación del mismo.

Y es respecto de esta permisión sobre la que nos hacemos la pregunta: ¿está realmente en contradicción con la norma canónica que le ley civil tolere o permita al súbdito rebelde de la Iglesia que es el apóstata la celebración del matrimonio civil?

Ateniéndonos al concepto estricto de contradicción como *affirmatio et negatio eiusdem et secundum idem* se impone hacer una distinción. Pero antes hay que aclarar el sentido de la norma canónica.

Ella dice: el apóstata que no observa la forma canónica *no contrae válidamente*, es decir, que el consentimiento que de por sí sería naturalmente válido, en el caso presente no lo es jurídicamente, o carece de eficacia —*hic et nunc*— para producir el *vínculo matrimonial*, por no haber observado la forma canónica prescrita por la Iglesia.

Veamos ahora lo que dice la ley que permite el matrimonio civil a los apóstatas, Según tal ley a los apóstatas de la religión católica que se nieguen obstinadamente a celebrar matrimonio canónico, se les per-

mite o tolera que observando la forma civil del matrimonio obtengau los *efectos civiles dependientes del ordenamiento civil*.

De hecho la intención del legislador podría también ser esta otra: a los apóstatas de la Religión católica que no quieran celebrar el matrimonio canónico, le ley civil les otorga o concede, a través de la forma civil, un matrimonio igualmente *válido y legítimo* que el matrimonio canónico, o sea, el contrato y el vínculo natural, aunque no sea sacramento.

Es evidente que este último caso se halla en manifiesta contradicción con la ley canónica, pues respecto del mismo acto —la celebración del matrimonio civil—, una ley dice que es matrimonio válido y la otra que es inválido.

En el primer caso, en cambio, existe diversidad pero no contradicción en las prescripciones; es decir, que se afirman cosas diversas o diferentes pero no incompatibles y, por consiguiente, no hay *affirmatio et negatio eiusdem et secundum idem*. La ley canónica dice: el apóstata que contrae sin observar la forma canónica no contrae válidamente, no se produce el vínculo matrimonial; y la ley civil dice: el apóstata que observa la forma civil del matrimonio obtiene los *efectos civiles dependientes del mismo ordenamiento*. Matrimonio o vínculo matrimonial inválido y efectos civiles del matrimonio son cosas diversas; diversas no sólo en cuanto emanan, se inscriben y dependen de dos ordenamientos distintos, sino aun dentro de un mismo ordenamiento; v. gr. el canónico o el civil respectivamente. Así por ejemplo, ambos ordenamientos admiten el matrimonio putativo, el cual no obstante su invalidez, produce efectos canónicos y efectos civiles respectivamente, tanto respecto de los cónyuges y de los hijos como en relación con terceros; en otros términos, que son como decimos efectos diversos pero no incompatibles.

Explícense así perfectamente, las que a primera vista pueden parecer anomalías harto extrañas, a saber: que el mismo ordenamiento canónico admita simultáneamente como lícita la conducta del legislador que permite contraer matrimonio civil a los apóstatas, y proclame ilícita la conducta del apóstata que contrae civilmente; y segundo, que la Iglesia permita moralmente al legislador dar o emanar la ley que lo autoriza y que al mismo tiempo ella castigue con penas canónicas graves, tanto a los apóstatas que contraen civilmente como a los que actúan de testigos en la forma civil del matrimonio.

73. La última cuestión, que nosotros sepamos, suscitada en torno al matrimonio civil de los apóstatas de la religión católica, ha sido ésta: ¿basta simplemente la apostasía para poder ser admitido a la celebración del matrimonio civil o, por el contrario, se requiere además la adscripción a una secta acatólica?

Conocemos ya los textos legales, que por orden de jerarquía regu-

lan la materia y que son el Decreto de 26-10-1956 y las Circulares de la Nunciatura y de la Dirección de los Registros respectivamente. Tanto el Decreto como las Circulares hablan expresamente de apostasía y no mencionan siquiera "la adscripción a una secta acatólica".

Interpretan además dichos textos legales el sentido auténtico de la expresión del Código Civil acerca de la profesión-no profesión de la religión católica; pero no estará demás examinar el significado que el mismo término tiene en el *Codex iuris canonici*, y lo que él entiende por apostasía de la fe católica, cosas ambas que nos dice taxativamente en los cánones 1065, 1325 y 2314.

A) El canon 1065 § 1.º prescribe que, aunque el hecho no es constitutivo de impedimento de mixta religión, deben ser apartados los fieles de contraer matrimonio "con aquellos que notoriamente abandonaron la fe católica, aunque no estén afiliados a una secta acatólica". Es pues manifiesto que hay un abandono de la fe católica que puede ser incluso notorio, sin afiliación o adscripción a una secta acatólica.

B) El canon 1325 § 2.º señalando los tres modos como se verifica el apartamiento de la fe católica —herejía, cisma y apostasía—, dice de ésta que es el acto por el cual el bautizado "abandona por completo la fe cristiana", ora sea para tomar otra religión o para no tomar ninguna.

C) El canon 2314 sanciona con pena de excomuni3n como figuras de delito distintas y, por tanto, separables la apostasía, la herejía y el cisma, distinguiendo además grados distintos en el delito. El primer grado viene constituido por cualquiera de las tres figuras en su grado simple; el segundo consiste en la obstinaci3n, y el tercero y más grave se contiene en la adhesi3n o adscripci3n a una secta acatólica.

Es evidente, por tanto, que el *Codex* individualiza no una sino múltiples veces la apostasía como figura jurídica perfectamente separable de la adscripci3n a una secta acatólica, tanto que por eso no constituye impedimento de mixta religión y no necesita de dispensa, aunque sí de licencia del Ordinario para proceder al matrimonio. Y la figura jurídica de la apostasía en orden al matrimonio viene delineada más perfectamente aún en el *Codex* por su distinción de la *species* o hipótesis del simple pecador público o del que notoriamente incurso en censura se niega a confesarse o a reconciliarse con la Iglesia (canon 1066), caso para el cual se ordena la consulta al Ordinario. A mayor añadida el canon 2314 distingue también la adscripci3n o adhesi3n a una secta acatólica de la simple herejía, apostasía o cisma, como el grado más grave del delito, que se sanciona por eso con la pena adicional de infamia *latae sententiae*.

La razón que se alega para exigir como requisito necesario para la admisi3n de los apóstatas al matrimonio civil la apostasía cualifica-

da, o sea, la adscripción o afiliación a una secta acatólica, es que la simple apostasía como manifestación de no ser católico, se presta a muchísimas dudas y admite grados y matices tan variados e inciertos que la hacen enormemente insegura e incierta. ¿Qué decir de esto?

Que aun dado que así fuera, eso no demostraría sino la dificultad de probar la apostasía o el abandono completo de la fe católica, y es precisamente tal prueba la que como *onus jurídico* tiene que hacer y practicar satisfactoriamente el que, habiendo pertenecido en algún momento a la Iglesia católica, pretende contraer matrimonio civil por haber después "apostatado de la fe católica". Y en orden sin duda a asegurar que se trate de verdadera prueba, y no de simple manifestación más o menos dudosa o ambigua, es por lo que se da intervención a la competente Autoridad eclesiástica. Ahora bien, la Iglesia posee en el propio ordenamiento órganos adecuados administrativos y judiciales para discernir la apostasía de otras figuras jurídicas más o menos afines a ella, según hemos visto, y por eso ella mejor que nadie puede hacer valer ante el Juez los defectos que eventualmente ofrezca la prueba presentada en cada caso concreto, oponiéndose a la autorización del matrimonio civil siempre que a juicio de la Autoridad eclesiástica no conste de la apostasía.

Mas aunque diéramos por buenas todas las dificultades alegadas contra la apostasía simple o no cualificada, a los que se preguntan si no sería oportuno que se declarase expresamente que, para ser admitidos al matrimonio civil los apóstatas de la religión católica, no basta que hayan abandonado esta fe, sino que se necesita además que se hayan adherido a una secta acatólica; no podríamos menos de oponer por nuestra parte esta otra pregunta: ¿es que por una simple razón de seguridad o certeza —principio éste de aplicación relativa y bastante limitada en el ordenamiento canónico—, han de ser colocados los apóstatas de la religión católica, para no verse forzados al matrimonio canónico por la ley civil, en la triste necesidad de enredarse aún más con un lazo más grave que la apostasía, como es la adscripción a una secta acatólica, y del que les habrá de ser después mucho más difícil desenredarse por la misma naturaleza de los vínculos sociales? ¿No constituye ya un indicio de esta mayor dificultad junto a su mayor gravedad la pena adicional de infamia *latae sententiae* con que el *Codex* sanciona la adhesión o adscripción a una secta acatólica? Se nos hace duro de comprender cómo la Iglesia, que a la hora misma de ejercer su potestad punitiva no se olvida del "afflictio afflictio non est addenda", podría oponer aquí al matrimonio civil una nueva dificultad, que en definitiva vendría a resolverse en un "laqueo laqueum addere", cosa ésta que nos parece difícilmente conciliable con el espíritu de caridad, y de misericordia del que ella no sabe desprenderse en ninguna de sus actuaciones.

A manera de conclusión: diversidad de enfoques, divergencia de aplicaciones.

74. En este momento pensamos que quizá consiguiéramos si no hacernos perdonar —lo que sería demasiado—, siquiera disimular la desmedida extensión de este trabajo, si para cerrarlo lográramos situar al lector en un punto desde el cual se explicase fácilmente las notables diferencias de apreciación registradas a lo largo del mismo entre los escritores y juristas católicos que, no obstante comulgar todos en unos mismos principios, luego en las conclusiones o aplicaciones de los mismos divergen profundamente unos de otros.

La cosa es importante a no dudarla, y el punto deseado no pasa lejos, según creemos, de lo que podría denominarse bien simple diversidad de enfoques. Diversidad de enfoques, decimos, refiriéndonos no a diversidad de doctrinas —lo que propiamente no sería exacto— sino para designar más bien diferentes actitudes mentales. Nadie ignora cómo no es posible enfrentarse con un problema de legislación o de costumbres, por numerosas y profundas que sean sus raíces doctrinales, con un sistema de principios y de doctrinas solamente, sino que, como todo problema esencialmente práctico, ello exige e implica además una actitud mental, y no cabe duda y lo comprueba a diario la experiencia, que con un mismo sistema de principios son no solamente posibles diversas actitudes sino que la diversidad de actitudes mentales es lo que determina precisamente aplicaciones diversas de un mismo sistema doctrinal.

Bien, se dirá, ¿y en qué consiste esta diversa actitud mental? Mejor que intentar una definición abstracta, y como tal harto discutible, nos parece oportuno sorprender y resaltar los puntos donde aflora y se hace ostensible esa diversidad de actitudes mentales.

Cuando un poco más arriba (n.º 70) tratamos de caracterizar en relación con la persona humana los rasgos salientes de los diversos sistemas matrimoniales civiles en vigor, distinguiendo el matrimonio civil subsidiario en relativa y rígidamente subsidiario, decíamos que ambos coinciden en *librar* a los católicos de la *vejación* y de la *tentación* del matrimonio civil, pero que se diferencian en que el primero *se abstiene de urgir* civilmente a los apóstatas el matrimonio canónico, en tanto que el segundo les *impone civilmente* el matrimonio canónico urgien-
do positivamente la ley canónica. He aquí un punto donde resulta tan fácil establecer la diversidad de actitud, que aparece manifiesta, como difícil atribuir la diferencia a diversidad de doctrina, pues según la enseñanza común unánime de los canonistas católicos: 1.º “positive *tueri iura ex sola lege positiva divina oriunda, quae ad potestatem socialem Ecclesiae pertinent, iudex ecclesiasticus non tenetur, nisi quantum lege ecclesiastica praecipitur* (can. 1667)”; 2.º “*Iura autem naturalia posi-*

tive *tueri* iudex tantum tenetur, quantum lege ecclesiastica praescribitur”¹⁰².

Otro caso. Anteriormente hablamos de que no hay sistema jurídico y menos todavía puede haber ordenamiento jurídico soberano sin un concreto equilibrio de principios jurídicos, el cual lleva consigo la concordia o conciliación de diversas exigencias generales de justicia; pero que al no poder ser satisfechas todas a la vez en toda su extensión, se requiere el sacrificio parcial para la mejor satisfacción de todas y no de una sola. Y hacíamos notar allí cómo anteriormente a la determinación última del legislador, un cierto equilibrio de principios se determina ya en la conciencia misma de los súbditos cuando estos “reconocen que el bien común exige la moderación de ciertas pretensiones para dar acogida asimismo a otras instancias anteriormente preteridas”¹⁰³. Las referencias podrían multiplicarse, pero no es necesario.

Si tratamos ya de individualizar esa diversa actitud mental, estimamos que ella se centra de una parte alrededor de la persona humana y de otra en torno a un núcleo de doctrina.

Ciertamente que ningún autor católico dejará hoy de admitir que el hombre en su personal dignidad constituye el elemento primario o principio ontológico a la vez que el fin o principio teleológico de toda humana sociedad y que, en orden a aquella estructura y a esta tarea de la educación o formación de la personalidad, la libertad humana representa un medio o principio instrumental de rango primario; pero así y todo resulta posible encarar el magno problema del desarrollo de la personalidad con actitudes mentales diversas; pues mientras unos consideran al hombre en sociedad como un menor perpetuamente sometido a la protección y vigilancia del tutor, otros en cambio creen que el medio primero y más importante para la educación social o formación de personalidades libres radica en el ejercicio gradual y progresivo de la humana libertad.

Y esta diversa actitud mental se refleja asimismo en torno al núcleo doctrinal que se denomina la “potestad indirecta”. Muchos escritores católicos, aun reconociendo que en los documentos pontificios no se hace explícita mención de la potestad indirecta, creen ver en ésta no solamente una enseñanza tradicional en el seno de la Iglesia, sino que la juzgan, además, como la expresión fiel de la doctrina católica y de tal manera autorizada, que los hechos concretos deban ajustarse y encajarse en la doctrina de la potestad indirecta, y no sea la doctrina la que haya de acomodarse a los hechos modificándose en la medida que lo exijan los hechos mismos.

Otros, en cambio, aun entre los que admiten la potestad indirecta,

¹⁰² A. VAN HOVE, *Prolegomena*, nn. 48, 54, pp. 52, 60.

¹⁰³ *Supra*, número 54.

creen, por el contrario, que no merece rango tan elevado, debiendo ser la doctrina la que se acomode en todo momento a los hechos mismos, pues no olvidan que, si bien ella alcanza su formulación cuando rota la antigua unidad de la Cristiandad medieval —la República cristiana—, se presenta la necesidad de hacer frente a conflictos objetivos de competencia o de atribuciones propias de las potestades eclesiástica y civil respectivamente, dentro del ámbito de la soberanía territorial de los Estados; pero el dualismo de las sociedades y de los ordenamientos no se había sobrepuesto todavía plenamente al dualismo de las potestades. Y así el artífice mismo de la doctrina, Belarmino, escribe: “Quando principes sunt christiani et in Ecclesiae catholicae membris ac filiis numerantur, duae illae potestates ita coniunguntur ac conveniunt inter se, ut *unam rempublicam, unum regnum, unam familiam, immo et unum corpus efficiant*”. Y en otra parte añade: “Ut enim se habent in homine spiritus et caro, ita se habent in Ecclesia duae illae potestates (política et ecclesiastica): nam caro et spiritus sunt quasi duae respublicae, quae et separatae et coniunctae inveniri possunt”¹⁰⁴.

En consecuencia, no puede tener nada de extraño que al cabo de tres siglos y medio de continua evolución en uno de los términos del binomio Iglesia-Estado, los datos de hecho no se correspondan exactamente con los términos como planteó el problema la doctrina de la potestad indirecta, y que por ello, en opinión de muchos autores, se imponga el reajuste y la revisión de la doctrina para armonizarla con los hechos y los datos más recientes; de manera que sea la doctrina la que deba acomodarse a los hechos y no viceversa, los hechos los que hayan de ajustarse necesariamente a la doctrina¹⁰⁵.

¹⁰⁴ De translatione Imperii romani a Graecis ad Francos. l. 1, c. 12; De Romano Pontifice. l. 5, c. 6.

¹⁰⁵ S. LENER, *Sulla posizione dei partiti d'ispirazione cattolica nell'ordinamento statale e di fronte alla Chiesa*, en “La Civiltà Cattolica” (1958) v. I, p. 246-247: “Cuando la Iglesia determina autoritativamente para los católicos, según los principios del Evangelio y del derecho natural, la doctrina justa respecto a estas o aquellas cosas temporales (relaciones políticas, sociales, económicas, internacionales, etc.), o cuando condena una doctrina política, social, etc., como contraria a tales principios, ella no invade en modo alguno la esfera concreta o el orden constitucional históricamente propio de un Estado particular; sino que obra normativamente en el orden propio de su universal y perenne institucionalidad. No parece, pues, que haya razón para seguir llamando indirecta la potestad que la Iglesia ejercita en el orden temporal abstractamente considerado, como si perdurase todavía la concepción medieval, que lo abarcaba todo adecuadamente en un solo y único ordenamiento político (el imperio o república cristiana). Las cosas temporales propiamente constituyen la materia, no el sujeto pasivo de aquella potestad; los sujetos pasivos son los católicos, todos los católicos en cuanto miembros de la Iglesia, sin relación ninguna a su cualidad concreta de ciudadanos de este o del otro Estado.

Solamente cuando la autoridad eclesiástica competente manda o prohíbe (y por tanto condena en su propia esfera) que los católicos individualmente o también asociados, o que un Estado católico, en determinadas circunstancias particularísimas de una sociedad civil determinada, adopten un determinado comportamiento —que entra de por sí en su propio orden institucional— por razón del nexo de medio o de impedimento para un fin espiritual, al cual la

Si no nos equivocamos, esto es lo que viene a expresar también el Episcopado Portugués en su Pastoral Colectiva de estos mismos días, cuando después de afirmar que "estando los dos Poderes ordenados al bien de los mismos hombres, el Episcopado se precia en colaborar, sin confusión de competencias, con las autoridades civiles en aquellas tareas mixtas en que ambos se encuentran al servicio del bien común", y rechazando luego las contrapuestas acusaciones de que se hace objeto a la Iglesia, añaden los Obispos: "(La) acusación resulta de una confusión: se confunde la misión propia de la Iglesia, situada en el campo religioso y moral, con una misión política de tutela sobre el Estado, o de subordinación al Estado, cualquiera de las cuales es contra la naturaleza de la Iglesia. En uno y otro caso, se *politiza* a la Iglesia y se *sacraliza* lo temporal"¹⁰⁶.

INDICE ANALITICO

Proemio: Temática de la reforma matrimonial del Código Civil, n. 1.—Principio jurídico en que se inspira, n. 2.

I. ORDENES Y ORDENAMIENTOS JURIDICOS EN LA REGULACION DEL MATRIMONIO

El matrimonio conjunto unitario de relaciones jurídicas, n. 3.

1) *Ordenes y ordenamientos jurídicos:* noción, n. 4.—El derecho natural y el derecho divino positivo como órdenes de justicia, n. 5.—Trascendencia de los órdenes de justicia en los ordenamientos jurídicos, n. 6.—Vigencia propia y derivada: efectos y extensión, n. 7.

2) *Ordenamientos jurídicos diversos.* La incidencia de los ordenamientos y la soberanía, n. 8.—La fórmula de León XIII: esferas diversas de competencia, n. 9. Principios jurídicos implícitos, n. 10.—Doctrina católica y jurisprudencia laica, n. 11.

3) *Concurrencia jerárquica en el matrimonio.* Primacía del derecho divino, natural y positivo, n. 12.—El carácter sacramental y la potestad de la Iglesia sobre el matrimonio cristiano, n. 13.—La potestad civil y los efectos civiles, n. 14.

4) *La determinación de los efectos meramente civiles.* Criterio de la separabilidad, n. 15.—La determinación concreta en el *Codex*, n. 16.—Eficacia de la determinación y dependencia del ordenamiento: aplicaciones, n. 17.—Potestad y com-

Iglesia tiene el deber y, por tanto, el derecho (en su propio orden) de proveer, solamente en este caso parece que pueda y deba hablarse con propiedad de ejercicio de la potestad indirecta"... "Es ésta, en el sentido propio, la "potestad indirecta", sobre la cual, principalmente en el pasado, tanto se ha discutido confusamente muchas veces, incluso por la incertidumbre de la terminología, por la variedad e inmadurez de las concepciones jurídicas, y por la diversidad de las situaciones históricas y políticas, en las cuales se afirmaba teóricamente y se trataba de aplicarla en la práctica".

¹⁰⁶ *Pastoral colectiva del Episcopado portugués*, de 16-1-1959, en "Ecclesia" (1959), I, p. 125.

MATRIMONIO CANONICO Y MATRIMONIO CIVIL SEGUN EL CONCORDATO 213

petencia, n. 18.—Competencia y derecho, n. 19.—Potestad, libertad y derecho, n. 20.—Validez-invalidiz; eficacia-ineficacia como conceptos jurídicos, n. 21.—Correlación entre deber y derecho, n. 22.—Justicia-injusticia y validez-invalidiz de la norma jurídica, n. 23.

Resumen: el matrimonio canónico y el matrimonio civil, n. 24.—Clasificación del denominado "matrimonio civil", n. 25.

II. EL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL

1) ANTECEDENTES.

A) *La base 3.ª del Código Civil*: negociación con la S. Sede, n. 26.—El texto de la aprobación pontificia, criterio de interpretación, n. 27.—Sentido de los términos "católicos" y "heterodoxos", n. 28.

B) *El Concordato de Colombia*: fuente de la fórmula "los que profesan la Religión católica", n. 29.—Consecuencias en orden a su interpretación, n. 30.—Referencia de la base 3.ª a la Constitución del Estado, n. 31.

C) *El Decreto de Regencia*, de 9-2-1875, n. 32.—Oportunidad, tolerancia y competencia, n. 33.

2) TEXTO E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 42.

A) *El ámbito del matrimonio canónico y del civil respectivamente*.—Figura jurídica de la *presuposición*, n. 34.—Carácter necesario del matrimonio canónico: ¿necesidad moral o jurídica?, n. 35.—Deber de revisar las críticas formuladas a la expresión "los que profesan la Religión católica", n. 36.—Religión y confesión religiosa: doble aspecto de fe y de iglesia, n. 37-38.

B) Interpretación del art. 42.

1) *Interpretación gubernativa*. Niveles máximo y mínimo del matrimonio civil, n. 39.—Su zona normal y tranquila, n. 40.—¿Matrimonio civil absoluta, relativa o rígidamente subsidiario?, n. 41.

2) *Interpretación bilateral*. La solución de la Convención con Colombia, de 1924: matrimonio civil relativa no rígidamente subsidiario, n. 42.—Los requisitos de la indivisibilidad del matrimonio y de la prueba de la apostasía, n. 43.

III. AMBITO RESPECTIVO DEL MATRIMONIO CANONICO Y DEL CIVIL SEGUN EL CONCORDATO

I. NORMAS ESPECIALES SOBRE EL MATRIMONIO

A) *El artículo 23 del concordato*. Reconocimiento del matrimonio canónico; el argumento a sensu contrario, n. 44.

B) *Letra C) del Protocolo final, en relación con el art. 23*. La exigencia de la acomodación perfecta al canon 1099: opinión afirmativa, n. 45.—Estructura de la norma contenida en la letra C), n. 46.—Significado de los términos "persona católica y no católica", n. 47.—Sentido del término "matrimonio mixto", n. 48-49.

C) *Letra D) del Procolo, en relación con el art. 23.* Sentido negativo de la norma, n. 50.

II. NORMAS GENERALES CON REFLEJOS SOBRE EL MATRIMONIO.

D) *El art. 35, n.º 2 del Concordato.* Sentido histórico y significado actual de la norma, n. 51.

E) *La confesionalidad del Estado: art. 1.º del Concordato.*

Religión de Estado y confesionalidad, n. 52.—Principios jurídicos concordados que integran la confesionalidad, n. 53.—Sistema jurídico y equilibrio de principios jurídicos, n. 54.

A') *Sentido positivo de la confesionalidad,* n. 55.—La confesionalidad principio informador de la legislación, n. 56.—La acomodación al canon 1099: ¿exigencia de la S. Sede o de la doctrina?, n. 57-58.

B') *El principio jurídico de tolerancia: su integración en el Concordato.*

1) Doctrina de Pío XII sobre la tolerancia religiosa, n. 59.—El principio de tolerancia norma permisiva, n. 60.—Sentido y valor de las normas permisivas en el ordenamiento civil, n. 61.

2) Derechos de personalidad y derechos de libertad, n. 62.—Sentido negativo de los derechos subjetivos de libertad, n. 63.

3) El derecho de libertad religiosa: concepto jurídico y contenido, n. 64.

4) El matrimonio institución religiosa, no de culto, n. 65.

C') *Sentido y alcance de la letra C) del Protocolo, al art. 23.* Las lagunas del art. 42 del Código Civil, n. 66.—Lo que no se excluye de la letra C) del Protocolo, n. 67.

IV. LA REFORMA DEL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL

Orientación de la jurisprudencia después del Concordato, n. 68.—La Convención de Colombia de 1924 en relación: con el Decreto del Gobierno español, de 26-10-1956 y con las Circulares de la Nunciatura Apostólica y de la Dirección de los Registros, n. 69.

Ambito respectivo del matrimonio canónico y del civil en los diversos sistemas matrimoniales, n. 70.—Significado del matrimonio civil subsidiario en un Estado confesional, n. 71.—El matrimonio civil subsidiario y el canon 1099: ¿contradicción o simple diversidad?, n. 72.—¿La afiliación a una secta requisito para la admisión al matrimonio civil?, n. 73.

A manera de conclusión: diversidad de enfoques, divergencia de aplicaciones, n. 74.

LAUREANO PÉREZ MIER
Auditor de la Rota Española