

El nuevo sistema matrimonial español

JUAN B. JORDANO BAREA,

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Concepto de «sistema matrimonial». 2. El art. 32 de la Constitución: rechazo del sistema de matrimonio aformal; imposibilidad constitucional tanto del sistema de matrimonio exclusivamente religioso como del sistema de matrimonio canónico con forma civil subsidiaria. 3. Admisibilidad del matrimonio civil obligatorio. 4. *Idem* del sistema facultativo, en sus dos modalidades principales: A) Sistema facultativo de tipo latino. Interpretación en este sentido del Acuerdo con la Santa Sede de 3 enero 1979. Obstáculos en contra de esta interpretación: 1.º Unidad del ordenamiento jurídico, en su doble aspecto de a) unidad de ley y b) unidad de jurisdicción. 2.º Principio de igualdad ante la ley. B) Sistema facultativo de tipo anglosajón. Caracterización general. Adopción de este sistema matrimonial por la Ley de reforma del Código civil, partiendo de una interpretación minimalista del Acuerdo con la Santa Sede por parte del Estado español, autolimitado constitucionalmente por el principio de unidad del ordenamiento jurídico. 5. Las dos «cribas» o «filtros» del nuevo sistema matrimonial español: 1) Control de legalidad originaria o *a priori*. 2) Control de legalidad subsiguiente o *a posteriori*. 6. Significado y alcance de la declaración de ajuste al Derecho del Estado: 1) juicio de revisión en cuanto al fondo; 2) calificación de ajuste meramente formal o secundario; 3) *exequatur* en sentido técnico; 4) homologación material o control de legalidad. 7. Supuestos ilustrativos: 1) Casos de nulidad de matrimonio canónico por impedimentos dirimentes no reconocidos por la reforma del Código civil. 2) Simulación matrimonial: A) La llamada «simulación parcial». B) La «simulación total». 3) Reserva mental. 4) Dispensa *super rato*. 8. Conclusión: sistema de unidad de clase o forma-tipo legal (estatal) y pluralidad de meras formalidades (civiles y religiosas). Forma y sustancia matrimonial: necesaria adecuación entre una y otra.

1.—Por sistema matrimonial se entiende, comunmente, el criterio adoptado en cada ordenamiento respecto de la forma o formas de matrimonio civilmente eficaces (1).

(1) Sin embargo, hay autores que enfocan el sistema matrimonial desde el punto de vista del matrimonio religioso y de la válida y eficaz celebración civil del mismo, aun contemplado negativamente, como ocurre cuando se implanta el matrimonio civil obligatorio (cfr. Angel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Refor-*

Conviene retener la idea de que todo sistema matrimonial supone cribar, cernir o filtrar cuáles matrimonios producirán efectos civiles y cuáles no. Pues criterio es igual a discernimiento, lo que conlleva la existencia de una especie de *criba*, *cedazo* o *filtro* de las uniones matrimoniales que han de tener eficacia o relevancia jurídica en el ordenamiento jurídico civil de que se trate.

En el caso de nuestro Ordenamiento, el sistema matrimonial es el criterio fijado por la ley española para reconocer efectos civiles a los matrimonios contraídos por los ciudadanos españoles y determinante asimismo de la reglamentación jurídica aplicable a las citadas uniones (2).

Prescindiendo de la historia del sistema matrimonial español, ya exhaustivamente estudiada por la doctrina (3), vamos a limitarnos al análisis del sistema instaurado por la Ley de 7 de julio de 1981 («Boletín Oficial del Estado» del 20 siguiente), que modifica el Título IV del Libro I del Código civil.

2.—El punto de arranque del nuevo sistema matrimonial español está en el artículo 32 de la Constitución de 1978:

«1. El hombre y la mujer —dispone— tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

Al decir el texto constitucional que la ley regulará las *formas* de matrimonio ello implica, ante todo, el rechazo del sistema de matrimonio aformal o de libertad de formas. Pero asimismo resulta imposi-

ma y criptorreforma del sistema matrimonial español, en RGLJ, septiembre 1977, págs. 229 y sigs.) o desde el ángulo visual del matrimonio civil: vid. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, págs. 1-2; e Iván C. IBÁN, *Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)*, en ADC, t. XXXII (1979), págs. 84-85; íd., *Sistemas matrimoniales*, en «Ius canonicum», julio-diciembre 1977, páginas 213 y sigs.

(2) Cfr. FUENMAYOR, *El marco del nuevo sistema matrimonial español*, en RGLJ, septiembre 1979, págs. 266 y sigs.

(3) Últimamente, vid. ALONSO PÉREZ, *Acerca del matrimonio civil*, en RDP, febrero 1978, págs. 27 y sigs.; IBAN, op. et loc. cit. en primer lugar, páginas 83 y sigs.; íd., *Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español (1938-1978)*, en ADC, t. XXXIV (1981), págs. 259 y sigs.; CARRIÓN, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977; íd., *Notas sobre la evolución del sistema matrimonial español*, en ADC, t. XXXII (1979), páginas 395 y sigs. Es fundamental el estudio de FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español (Comentario al artículo 42 del Código civil)*, Madrid, 1959. Vid., también, DE LA HERA, *Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones en torno al artículo 42 del Código civil)*, en ADC, t. XXVIII (1975), páginas 644 y sigs.; PORTERO SÁNCHEZ, *Régimen matrimonial español y Concordato*, en el vol. «La institución concordataria en la actualidad», Salamanca, 1971, págs. 511 y sig.; íd., *Matrimonio civil en España. Pasado, presente y futuro*, en «Razón y Fe», diciembre 1973, págs. 369 y sigs.; FUENMAYOR y SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código civil* (coordinados por ALBALADEJO), vol. II (arts. 42 a 107), Madrid, 1978, págs. 9 y sigs.; y allí más referencias bibliográficas.

ble, según la nueva Constitución española, tanto el sistema de matrimonio exclusivamente religioso —que estuvo vigente entre nosotros durante muchos siglos, incluso con anterioridad al Concilio de Trento, hasta la primera Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 (4)—, como el sistema de matrimonio canónico con forma civil subsidiaria o supletoria, instaurado por el artículo 42 del Código civil en su formulación originaria, al desarrollar la Base 3.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888.

Los principios de igualdad ante la ley, libertad religiosa y no confesionalidad del Estado (5) impiden ambos sistemas, propios de un Estado confesional ya periclitado.

3.—En cambio, parece —al menos *prima facie*— que el sistema de matrimonio civil obligatorio o necesario sería constitucionalmente admisible (6), pues el plural «formas de matrimonio» del artículo 32 de la Ley fundamental cabe referirlo al matrimonio civil ordinario, al de los españoles fuera de España con arreglo a la forma establecida por la *lex loci*, al contraído ante funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero, al autorizado *in articulo mortis*, al celebrado por poder y al secreto.

En contra, no cabría alegar la aplicación analógica —*ex art. 4, párrafo 1.º, C. c.*— de la llamada «objeción de conciencia» (arts. 30, párrafo 2.º, y 53, párrafo 2.º, Const.) (7). En primer lugar, porque se

(4) Sobre ésta, vid. OLLERO TASSARA (Andrés), *El debate de la Ley de matrimonio civil de 1870*, en RGLJ, febrero 1981, págs. 133 y sigs., con interesantes reflexiones para el momento actual sobre el proceso de «secularización igualitaria» del matrimonio y su «secularización pluralista», que no es otra cosa que la posibilidad de respetar el pluralismo ideológico y religioso.

(5) Según el artículo 1.º, 1, de la Constitución, la *igualdad* (real y formal) es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico de España. A tenor del párrafo 2.º del artículo 9, «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la *igualdad del individuo y de los grupos* en que se integra *sean reales y efectivas*; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...». El artículo 14, por su parte, recoge el principio de igualdad *formal* ante la ley, diciendo que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El artículo 16, finalmente, dispone: «1. *Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y comunidades* sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. *Ninguna confesión tendrá carácter estatal*. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

(6) Así opina también Díez-PICAZO (*El sistema matrimonial y los acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español*, separata del «Curso de Derecho Matrimonial y Procesal canónico», IV, Salamanca, 1980, págs. 27), quien sólo excluye un sistema de matrimonio civil obligatorio en base al Acuerdo con la Santa Sede para Asuntos Jurídicos, pero no en base a la Constitución.

(7) Establece el primero que «la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia,

trata de una ley excepcional no susceptible, como tal, de analogía (artículo 4, párrafo 2.º, C. c.) (8). Y, en segundo lugar, porque la objeción de conciencia se refiere al aspecto *negativo* de la libertad religiosa (no ser constreñido a un comportamiento externo muy concreto —llevar o usar armas— contrario a las ideas y creencias religiosas del individuo), mientras que la Ley de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980, garantiza suficientemente en su artículo 2.º la inmunidad de coacción ínsita al derecho de toda persona a celebrar sus ritos religiosos matrimoniales (aspecto *positivo*), antes o después del matrimonio civil. Por lo demás, la posición pastoral de la Iglesia Católica ante el matrimonio civil necesario u obligatorio, en los países en que existe, es contundente: se aconseja a los contrayentes formalizarlo para alcanzar la eficacia civil de su unión sacramental, que en todo caso habrá de preceder a aquél.

4.—De acuerdo con el texto constitucional (art. 32) es clara la admisibilidad del sistema matrimonial facultativo o electivo, en sus dos modalidades principales:

A) *Sistema facultativo de tipo latino (también llamado «católico»)*

En realidad es un sistema *alternativo* entre el matrimonio canónico católico y el matrimonio civil, cuando no se combina con el sistema facultativo de tipo anglosajón, constituyendo entonces un sistema *mixto* de ambos.

En el sistema facultativo de tipo latino el matrimonio canónico es una forma-tipo legal que arrastra tras de sí la consiguiente normación o disciplina canónica, totalmente (como ocurre en Colombia) o al menos parcialmente, excluidas las causas y procesos de separación y divorcio o «cesación de efectos civiles del matrimonio» (cual acontece en Portugal e Italia).

En España habría cabido una interpretación y desarrollo legislativo semejante al modelo colombiano o, por lo menos, al italiano del «Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos» entre la Santa Sede y el Estado español, de 3 de enero de 1979 (9).

así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria». Según el párrafo 2.º del artículo 53, *in fine*, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

(8) En todo caso, faltarían los requisitos de la aplicación analógica: similitud entre el supuesto específico contemplado y el no contemplado en la norma e identidad de *ratio*, que aquí faltarían como se razona a continuación en el texto.

(9) Vid. FUENMAYOR, *El marco...*, cit., págs. 261 y sigs.; NAVARRO VALLS, *Los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español*, en RDP, 1979, páginas 217 y sigs. id., *El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978*, en el vol. «El hecho religioso y la nueva Constitución», Salamanca, 1979, págs. 138 y sigs.; LÓPEZ ALARCÓN, *El matrimonio concordatario en el actual proceso legislativo español*, en «Ius canonicum», enero-junio 1978, pá-

El Preámbulo de este Acuerdo se expresa así: «La Santa Sede y el Gobierno español, *prosiguiendo la revisión del Concordato vigente entre las dos partes*, comenzada con el Acuerdo firmado el 28 de julio de 1976, cuyos instrumentos de ratificación fueron intercambiados el 20 de agosto del mismo año, *concluyen el siguiente Acuerdo*».

Parece, pues, indudable su carácter de *norma concordataria* que vincula al Estado español y a la Santa Sede.

El texto del artículo I es el siguiente: «El Estado español reconoce a la Iglesia Católica el derecho de ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público ejercicio de las *actividades que le son propias y en especial las de culto, jurisdicción y magisterio*».

«Actividad de jurisdicción» es aquí lo mismo que «potestad de jurisdicción» en el sentido canonista de esta expresión, que abarca tanto la potestad legislativa como la de gobierno o administración, junto a la jurisdiccional en sentido estricto, ya que en la Iglesia Católica no existe la clásica separación de poderes ideada por Montesquieu, sino que todos ellos están concentrados en el Romano Pontífice, si bien con diversidad de funciones.

El importante artículo VI dice así:

«1. El Estado reconoce los efectos civiles al *matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico*.

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de *certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio*.

2. Los contrayentes, *a tenor de las disposiciones del Derecho canónico*, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente.

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

ginas 55 y sigs. *id.*, *Sistema matrimonial concordado. Celebración y efectos*, en el vol. colectivo «Los acuerdos entre la Iglesia y España», Madrid, 1980, páginas 305 y sigs.; *id.*, *El matrimonio canónico en el proyecto de reforma del Título IV del Libro I del Código civil*, en RDP, septiembre 1980, páginas 883 y sigs.; GONZÁLEZ DEL VALLE, *El sistema matrimonial español. Situación actual y perspectivas de reforma*, en ADC, t. XXXI (1978), págs. 73 y siguientes; SANCHO REBULLIDA, *El matrimonio canónico en el sistema matrimonial español*, en «Ius canonicum», julio-diciembre 1980, págs. 3 y sigs., esp. página 17, de la ed. separada; LALAGUNA, *La nulidad del matrimonio después de la Constitución*, en RGLJ, julio-agosto 1979, págs. 22 y sigs. de la ed. separada; DÍAZ MORENO, *Sobre el futuro del matrimonio canónico en España*, en «Razón y Fe», noviembre 1979, pág. 293.

Esta última admonición pastoral de la Iglesia a sus fieles, en prevención de una futura ley civil de divorcio, evoca el Protocolo de 15 de febrero de 1975 por el que se modificó el artículo XXIV del Concordato portugués de 7 de mayo de 1940 (10).

Se contienen en ese fundamental artículo VI del Acuerdo español con la Santa Sede proposiciones de las que cabría deducir, si se pone en relación con el artículo I, que tal Acuerdo no parece se limite a reconocer la *celebración en formalidad canónica de un matrimonio civil*, sino más bien a *reconocer efectos civiles al matrimonio canónico*, autónomo en un doble sentido: a) en cuanto regido por normas propias distintas de las que regulan el matrimonio civil; y b) en cuanto sometido, si bien no exclusivamente, a una jurisdicción eclesiástica, diferente de la estatal, por lo que se refiere al conocimiento de las causas sobre su validez o nulidad.

Si el objeto del Acuerdo hubiera sido *reconocer efectos civiles a la mera formalidad de celebración*, carecería de sentido que para la atribución de los efectos civiles se exija una «certificación eclesiástica de la *existencia* del matrimonio» (11). Pues, ¿cómo iba a certificar la Iglesia de una existencia matrimonial que no dependiese de su Derecho, sino del civil? (12).

Obsérvese, en fin, que las expresiones subrayadas por nosotros en el transcrito artículo VI, 1 y 2, del Acuerdo están tomadas literalmente del antiguo Concordato de 1953 (art. XXIII), donde sin duda alguna el matrimonio canónico gozaba de autonomía normativa. Para la interpretación del Acuerdo tienen asimismo interés el artículo VIII, por cuanto deroga, entre otros, los artículos XXIII y XXIV del Concordato de 1953; y, además, el Protocolo final en relación con el artículo VI, 1, del propio Acuerdo, a cuyo tenor «inmediatamente de celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a los esposos la *certificación eclesiástica* con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil. Y, en todo caso, el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil que corresponda el *acta del matrimonio canónico* para su oportuna inscripción, en el supuesto de que ésta no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas. Corresponde al Estado regular la protección de los derechos que, en tanto el matrimonio no sea inscrito, se adquieran de buena fe por terceras personas».

(10) Dicho Protocolo se expresa en estos términos: «Al celebrar el matrimonio canónico, los cónyuges asumen por ello mismo ante la Iglesia el compromiso de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en particular, de respetar las propiedades esenciales. La Santa Sede, mientras reafirma la doctrina de la Iglesia Católica sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial, recuerda a los cónyuges que han contraído matrimonio canónico el grave deber que les incumbe de no valerse de la facultad civil de pedir el divorcio». Como precedente próximo en el espacio y en el tiempo, puede ayudar a la comprensión del párrafo anotado del Acuerdo español de 1979.

(11) FUENMAYOR, *El marco del nuevo sistema matrimonial español*, cit.

(12) SANCHEZ REBULLIDA, op. cit., pág. 13.

Del artículo VIII se puede deducir que las causas y procesos de separación ya no son de la competencia exclusiva de la Iglesia y pasan a la competencia del Estado (cual dispusieron antes de la Ley de Reforma del Código civil el Real Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1979 y la Ley que lo ratificó, de 26 de diciembre de 1980), así como que la Iglesia ya no tiene competencia en materia de uso y aplicación del llamado privilegio paulino o de la fe, afectante a un matrimonio «legítimo» o meramente civil.

El Protocolo final en relación con el artículo VI, 1, establece una doble vía *cumulativa* (certificación eclesiástica de la celebración del matrimonio canónico y acta del mismo) para la inscripción en el Registro Civil, pareciendo presuponer las dos una válida celebración del matrimonio según las normas canónicas que lo regulan.

Los partidarios de interpretar el Acuerdo siguiendo el modelo o tipo latino refuerzan su interpretación diciendo que tal Acuerdo, así entendido, forma parte del ordenamiento interno una vez publicado oficialmente en España (arg. *ex arts.* 96, 1, Const. y 1.º, 5, C. c.).

Sin embargo, el Acuerdo no tiene el valor jurídico de un tratado internacional, sino más bien el de un «compromiso» que obliga al Estado a un desarrollo legislativo ulterior, como ya ocurrió con el Concordato de 1953, el cual precisó para su aplicación normativa directa en España de la Ley de Reforma del Código civil, de 24 de abril de 1958. Y la nueva Ley de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980, exige en su artículo 1.º una ley interna para la regulación de las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas. De lo contrario, si en el caso aislado de la Iglesia Católica bastara un Acuerdo por tener ésta personalidad jurídica internacional, habría discriminación entre ella y las restantes confesiones, cosa que veda la Constitución (arts. 1-1.º, 9-2.º, 14 y 16-3.º).

En contra de una interpretación del Acuerdo con la Santa Sede, según el modelo o tipo latino, se han aducido los siguientes graves obstáculos (13):

1.º *Unidad del Ordenamiento jurídico*, en su doble aspecto de:

a) *Unidad de ley*.

El artículo 32, párrafo 2.º, de la Constitución española contiene una «reserva de ley estatal» en materia de regulación sustancial del matrimonio.

Aunque no menciona las causas de nulidad matrimonial, hay que entenderlas incluidas junto a las causas de separación y disolución.

Así se desprende con meridiana claridad del artículo 149, párrafo 1, núm. 8.º, precepto constitucional que, dictado para determinar las competencias exclusivas del Estado frente a las de las Comunidades

(13) Los apunta ambos Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, en ADC, t. XXXIII, 1980, págs. 575 y sigs.) y estudia con detenimiento el segundo de ellos Etelvina VALLADARES RASCÓN (*El principio de igualdad ante la ley y el sistema matrimonial*, en RDP, abril 1981, págs. 307 y sigs.).

Autónomas Territoriales (14), atribuye al primero, *en todo caso*, competencia en materia de legislación sobre «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio»: no sólo sobre las formas en el sentido de *formalidades*, sino sobre todas las relaciones jurídicas de ellas derivadas y a las mismas atinentes, desde su válida y eficaz constitución y posterior desarrollo hasta su suspensión, cesación o extinción por cualquier causa.

Por tanto, se contemplan ahí las formas de matrimonio en tanto en cuanto que formas-tipos legales contenedoras de una completa regulación del mismo.

La «reserva de ley estatal» en esta materia es, pues, innegable.

b) *Unidad de jurisdicción*

A tenor del párrafo 3.º del artículo 117 de la Constitución, «el ejercicio de la potestad jurisdiccional *en todo tipo de procesos*, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Y el párrafo 5.º del mismo precepto añade que «el *principio de unidad jurisdiccional* es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley —continúa— regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución». De suerte que únicamente se admite la jurisdicción militar como excepcional. La regla es la unidad jurisdiccional y la jurisdicción ordinaria, prohibiéndose los Tribunales de excepción (párrafo 6.º del mismo artículo).

Y el artículo 24 de la Ley fundamental española reafirma que «todos tienen derecho al *Juez ordinario* predeterminado por la ley».

2.º *Principio de igualdad ante la ley.*

Se trata de un principio fundamental de nuestra Constitución que aflora en muchos preceptos (arts. 1, párrafo 1.º, 9, párrafo 2.º, 14, 32, párrafo 1.º, 39, párrafo 2, y 139, párrafo 1). El último de ellos parece referirse a los derechos y obligaciones de Derecho público, toda vez que los Derechos forales o territoriales imponen ciertas diferenciaciones entre los españoles por lo que mira al Derecho privado, pero no en la materia que nos ocupa (cfr. art. 149, párrafo 1.º, núm. 8.º de la Constitución, y art. 13, párrafo 1, C. c.).

Ahora bien, frente al obstáculo esgrimido en primer lugar (unidad del Ordenamiento jurídico, en su doble vertiente de unidad de ley y unidad de jurisdicción) hay que tener en cuenta que el artículo 93 de la Constitución posibilita la atribución o cesión a una *organización supranacional* (como es la Iglesia Católica) del ejercicio de competencias derivadas de la misma Constitución: *competencia legislativa* (cual acon-

(14) Sobre el mismo, ampliamente, LASARTE ALVAREZ (Carlos), *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980.

tecía en el anterior artículo 75 Código civil, según fue redactado por Ley de 24 de abril de 1958) y *competencia jurisdiccional* (como en los anteriores arts. 80 y 82 C. c.), mediante ley orgánica (art. 81, párrafo 2.º, Const.), que exigiría para su aprobación la mayoría absoluta del Congreso; y ahí estaría su dificultad, por no decir imposibilidad de hecho, dada la actual correlación de fuerzas políticas con representación parlamentaria. De haber sido esto posible (15), se habría operado un reenvío en sentido material, en sentido formal o, tal vez, en sentido «análogo» al que se da en Derecho internacional privado (16).

Por lo que respecta al segundo obstáculo aducido (principio de igualdad ante la ley), hay que decir que tal principio significa igualdad en la libertad y no uniformidad legislativa. El principio de igualdad, considerado en su aspecto formal, no exige una legislación uniforme para todo el Estado. Más aún, el principio de igualdad real o efectiva exige, por el contrario, la desigualdad normativa, pues tiene que regular desigualmente situaciones también desiguales, y la justicia consiste en tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales. Lo que sí violaría el principio de que venimos tratando es tomar en cuenta situaciones iguales para regularlas desigualmente. En nombre de la igualdad no se debe dar y exigir a todos lo mismo, sino a cada uno lo *suyo*. Y lo *suyo* en nuestro caso sería respetar la autonomía de los matrimonios religiosos, cada uno de ellos con su propia significación y normativa (si la tienen, pues los más carecen de ésta), sin otro límite que el orden público protegido por la ley. Esto no significaría discriminación por razón de religión, desde el momento en que las distintas formas o clases de matrimonio serían libremente elegibles (17). Además, sería lo que mejor se compagina con el pluralismo ideológico y religioso, garantizado por la Constitución como uno de los valores superiores del ordenamiento (arts. 1.º-1 y 16-1).

Pero, en punto a la interpretación del Acuerdo, hay que tener en cuenta el artículo VII del mismo, según el cual «la Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o apli-

(15) En contra, PEÑA, op. cit., pág. 577, nota 17, y VALLADARES, op. cit., pág. 315, para quienes si la ley estatal se remite a la normativa religiosa en esta materia, la constitucionalidad de tal remisión sería al menos dudosa.

(16) Vid. PORTERO SÁNCHEZ, *Matrimonios de españoles en el extranjero y de extranjeros en España*, en ADC, t. XIII (1960), págs. 501 y sigs., esp. pág. 507.

(17) VALLADARES (op. cit., pág. 318) entiende que, desde el punto de vista del principio de igualdad ante la ley, serían admisibles los siguientes sistemas matrimoniales:

1.º Sistema de matrimonio de clase civil con pluralidad de formas, civiles y religiosas; siempre y cuando, respecto de estas últimas, la ley se remitiera a la forma prevista por las confesiones religiosas en general.

2.º Sistema de matrimonio civil obligatorio con pluralidad de formas, ordinarias y extraordinarias.

3.º Sistema de clases de matrimonio, siempre y cuando la ley se remitiera a las normas de las distintas confesiones religiosas (si las tuvieren), con el único límite del orden público.

cación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan».

Por consiguiente, la interpretación definitiva, decisoria y última de la norma concordataria depende de tal común acuerdo entre las altas partes contratantes, mediante una Comisión mixta designada al efecto. Mientras tanto parece prudente suspender el juicio, pues doctores tiene la Santa Madre Iglesia... y el Estado.

B) Sistema facultativo de tipo anglosajón (o «protestante»)

Originariamente, responde a la ausencia de disciplina propiamente jurídica del matrimonio religioso cristiano no católico, regido por normas *morales*. Es el sistema de países como Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, Noruega, Suecia, etc.

Caracteriza muy bien al sistema Dölle cuando afirma que en él se permite a los contrayentes prestar el consentimiento matrimonial, a su elección, ante un oficial del estado civil o ante un ministro de una confesión religiosa. La función estatal de constatación de la celebración del matrimonio se delega en ese ministro, lo que no significa que haya un verdadero y propio reconocimiento del matrimonio religioso en esta celebración. Por lo tanto, la elección del matrimonio religioso no tiene consecuencias para el Derecho matrimonial sustantivo; éste es, más bien, el mismo para todos los ciudadanos (18).

En consecuencia, dentro de este sistema el matrimonio religioso es una mera *formalidad* o *fórmula exterior* y no una *forma-tipo legal* o *clase de matrimonio*, sujeta a una particular normativa, total o parcialmente.

Se trataría, como se ha dicho muy gráficamente, de un «matrimonio en el templo, pero no matrimonio por la Iglesia» (por el Derecho de la Iglesia) (19).

Pues bien, este es el nuevo sistema matrimonial adoptado por la Ley de reforma del Código civil, partiendo de una interpretación minimalista del Acuerdo con la Santa Sede por parte del Estado español, autolimitado por las normas constitucionales antes citadas, donde se recoge el principio de unidad del ordenamiento jurídico (unidad de ley y unidad de jurisdicción) (20).

(18) DOLLE, *Familienrecht*, I, Karsruhe, 1964, pág. 186. La doctrina española se ha ocupado también de este sistema. Por todos, vid. Enrique RUBIO, *El matrimonio en forma religiosa no católica*, en «*Ius canonicum*», núm. 27 (1974), págs. 135 y sigs., así como los estudios ya citados de Fuenmayor, Navarro Valls e Iban.

(19) SANCHEZ REBULLIDA, *¿Casarse por la Iglesia o casarse en el templo?*, en «*Diario de Navarra*», 25 de marzo de 1980, artículo periodístico con intención y alcance meramente divulgadores.

(20) Artículos 32, párrafo 2.º, y 149, párrafo 1, núm. 8.º, por lo que se refiere a la unidad de ley, y 24, párrafo 2, y 117, párrafos 3 y 5, por lo que mira a la unidad de jurisdicción.

Al presentar el texto de la nueva Ley ante el Congreso de los Diputados, el Ministro de Justicia, señor Fernández Ordoñez, hizo alusión a que no

Es ya sintomático que la rúbrica del capítulo III del nuevo Título IV del Libro I del Código civil diga así: «De la forma de celebración del matrimonio», en singular éste. Hay, al parecer, un solo matrimonio que, conforme al artículo 49, cualquier español podrá contraer dentro o fuera de España:

«1.º Ante el Juez o funcionario señalado por este Código.

2.º En la forma religiosa legalmente prevista.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración».

El núm. 1.º lo desarrollan los artículos 51 y 52. El primero de ellos dispone que «será competente para autorizar el matrimonio: 1.º El Juez encargado del Registro Civil. 2.º En los municipios en que no resida dicho Juez, el Alcalde o el delegado designado reglamentariamente (21). 3.º El funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero».

El artículo 52, por su parte, regula el matrimonio *in articulo mortis*, estableciendo que «podrá autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte: 1.º El Juez encargado del Registro Civil o el delegado, aunque los contrayentes no residan en su circunscripción y, en defecto de ambos, el Alcalde. 2.º En defecto del Juez, y respecto de los militares en campaña, el Oficial o Jefe superior inmediato. 3.º Respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave, el Capitán o Comandante de la misma. Este matrimonio no requerirá para su autorización la previa formación de expediente, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada».

El número 2.º del artículo 49 (matrimonio en la forma religiosa legalmente prevista) lo desenvuelven los artículos 59 y 60, que, por cierto, colocan en un mismo nivel al matrimonio canónico o católico y a los demás matrimonios religiosos.

Por el primero de los preceptos citados, «el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste».

Por el segundo de los mismos, «el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno

puede quebrarse la unidad del ordenamiento jurídico por razones de unas creencias y exigencias morales o religiosas, así como a que no podía aceptar, el Gobierno ninguna lectura de los Acuerdos con la Santa Sede que sea contraria a la Constitución española, lo cual significa —continuó diciendo— ni más ni menos que la recuperación por el Estado de la soberanía en materia de efectos civiles de los matrimonios (vid. Discurso de presentación del Proyecto de Ley ante el Pleno del día 17 de marzo de 1981, en La ley de divorcio, Madrid, Servicio de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1981, págs. 9 y 11).

(21) Según el párrafo segundo del nuevo artículo 57, «la prestación del consentimiento podrá también realizarse, por delegación del Juez o funcionario encargado del Registro Civil competente, bien a petición de los contrayentes o bien de oficio, ante un Juez o encargado de otro Registro Civil».

reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente» (capítulo IV que trata de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, arts. 61-65, de los cuales sólo tiene interés para nuestro tema el artículo 63, del que nos ocuparemos enseguida).

La expresa reserva de ley estatal en materia de matrimonio que contienen los artículos 32-2.º y 149-1, número 8.º, de la Constitución y la interpretación sistemática e interdependiente de los nuevos artículos del Código civil acabados de transcribir, puestos en relación con el artículo 73-3.º reformado, permiten concluir que, pese a la pluralidad de meras *formalidades* exteriores (civiles y religiosas), hay un solo matrimonio regulado unitariamente en sus aspectos materiales o sustantivos.

Revelador resulta —aparte del singular empleado en la rúbrica del capítulo III «De la forma de celebración *del* matrimonio» y de la nivelación de todos los matrimonios religiosos, incluido el matrimonio canónico— lo que preceptúa el nuevo artículo 73-3.º:

«Es nulo, *cualquiera que sea la forma de su celebración* (incluida, por tanto, la religiosa o canónica)

... 3.º El (matrimonio) que se contraiga sin la intervención del Juez o *funcionario* ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos».

Se confirma el certero diagnóstico de Dölle: la función estatal de constatación de la celebración del matrimonio *se delega en el ministro ante el que se celebra aquél*, convertido así en *funcionario* a estos efectos, como en el Proyecto isabelino de Código civil de 1851 se hacía con los curas párrocos respecto de la constancia del estado civil de las personas, a través de los Libros parroquiales de bautismos, matrimonios y defunciones, cuando aún no se había creado el Registro Civil (22).

La elección del matrimonio en forma (*rectius*, formalidad) religiosa o canónica, en su caso, no tiene consecuencias para el Derecho matrimonial que el Estado monopoliza absolutamente.

Sintomática es, a este propósito, la supresión en las Cortes Generales de la disposición adicional 10.ª que figuraba en el Proyecto del Gobierno y que, según el texto del dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, decía así:

«Los Jueces Civiles no podrán conocer una controversia sobre nulidad de matrimonio celebrado en forma canónica mientras la misma cuestión esté pendiente ante un órgano eclesiástico, al que de común acuerdo se hubiesen sometido expresamente las partes; pero cualquiera de ellas podrá solicitar ante el Juez competente los efectos y medidas correspondientes a la admisión de la demanda».

De suerte que, según el texto legal definitivo, los órganos jurisdiccionales civiles tendrán siempre competencia para conocer las causas sobre nulidad de matrimonio canónico (naturalmente, aplicando el Derecho estatal) aunque medie sumisión expresa de las partes (cfr. art. 57 L.e.c.) a los Tribunales eclesiásticos. Ni siquiera esa mínima concesión a

(22) Cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la ed. de Madrid, 1852, Zaragoza, Cátedra del Prof. LACRUZ BERDEJO, 1974, pág. 184, en comentario a los artículos 334 y sigs. del Proyecto de 1851.

la jurisdicción de la Iglesia Católica prevaleció por considerarse la disposición inconstitucional.

Asistimos, pues, a una nivelación jurídica impuesta en nombre del principio de unidad de ley y unidad de jurisdicción (unidad del ordenamiento jurídico).

5.—En el nuevo Título IV del Libro I del Código civil, por lo que al sistema matrimonial atañe, hay dos «cribas», «cedazos» o «filtros»:

1) Un *control de legalidad originaria* o *a priori*, positiva o de validez, que se encuentra en el artículo 63, clave del sistema, según el cual «la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil. Se *denegará* la práctica del asiento —añade el párrafo 2.º, que es el verdaderamente importante— cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su *validez* se exigen en este título».

De manera que el encargado del Registro Civil deberá *denegar* —no simplemente *suspender*— la inscripción del matrimonio canónico o religioso cuando compruebe, a través de su *calificación* previa, que no concurre cualquiera de los requisitos legales necesarios para la *válida* celebración del mismo.

Queda así muy claro que, salvo en lo relativo a la forma externa de celebración (*formalidad*), la normativa de fondo aplicable para determinar la validez de un matrimonio canónico o religioso es la civil, aplicable por tanto a todo matrimonio.

Pensemos, por ejemplo, en los matrimonios canónicos contraídos por un varón menor de edad no emancipado que tenga dieciséis años, o por una mujer de catorce años cumplidos. Tales matrimonios, válidos según el Derecho canónico, serían nulos según el Código civil (nuevo art. 46, núm. 1.º, en relación con el 73, núm. 2.º, reformado) y, por consiguiente, no inscribibles, salvo dispensa que puede conceder, antes o después de celebrado el matrimonio, el Juez de Primera Instancia, con justa causa y a instancia de parte, más la audiencias del menor y sus padres o guardadores (art. 48, párrafos 2.º y 3.º C. c. en su nueva redacción) (23).

(23) Dispone el nuevo art. 46: «No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados», y el 73: «Es nulo, *cualquiera que sea la forma de su celebración* (incluida, por tanto, la forma religiosa del núm. 2, del art. 49): ... 2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48». A tenor de este último precepto «el Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior. El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos de grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no hay sido instada judicialmente por alguna de las partes».

Imaginemos también el caso de un matrimonio canónico válidamente contraído por persona que se encuentra ligada por previo vínculo matrimonial civil con tercera persona. Tal matrimonio celebrado en forma canónica sería nulo civilmente (*ex arts. 46-2.º en relación con el 73-2.º del nuevo Título IV del Libro I del C. c.*) (24) y, por tanto, no susceptible de inscripción en el Registro Civil, según el transcrito artículo 63, párrafo 2.º.

Ese *control de legalidad originaria* es como la «llave» que cierra el acceso al Registro del estado civil de los matrimonios religiosos o canónicos que no pasan la «contera» del Derecho del Estado: *a priori* han de ajustarse a ese forzoso criterio de medida.

Pero no sólo hay ese control previo de legalidad estatal por lo que mira a la validez misma del negocio jurídico matrimonial:

2) Hay otro *control de legalidad subsiguiente o a posteriori*, negativa o de nulidad y disolución, en el nuevo artículo 80 y en la disposición adicional 2.ª, párrafo 2.º, de la ley reformadora del Título IV del Libro I, C. c.

El primero dispone que «las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, *si se declaran ajustadas al Derecho del Estado* en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La indicada disposición adicional, tras establecer en su primer párrafo que «corresponderá el conocimiento de las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado al Juez de Primera Instancia», agrega en su párrafo segundo que «presentada la demanda por cualquiera de las partes, el Juez dará audiencia por el plazo de nueve días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal; y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y *ajustada*

(24) Preceptúa el art. 46 reformado, en su número 2.º, que no pueden contraer matrimonio *los que estén ligados con vínculo matrimonial* (sin distinciones). Y el 73, núm. 2.º, establece la sanción de la *nulidad* (radical o absoluta) para el supuesto contemplado en el texto de este trabajo, a diferencia del antiguo art. 51 C. c., que, según reiterada y conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo, prevenía la sanción de la mera *ineficacia* en caso de conflicto de doble matrimonio cuando el primero es civil y el segundo canónico (cfr. JORDANO BAREA, *El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial*, en ADC, t. XIV (1961), págs. 349 y 350, y LALAGUNA, *El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio*, ibídem, págs. 383 y sigs.).

Un precepto como el antiguo art. 51 C. c. es pieza clave y fundamental tanto en un sistema matrimonial canónico con forma civil subsidiaria o supletoria, como en un sistema matrimonial facultativo u optativo de tipo latino. Su ausencia denota claramente que estamos ante un solo régimen jurídico matrimonial, ante una sola e indiferenciable institución jurídica que admite varias *formalidades* posibles.

al Derecho del Estado, acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código civil sobre las causas de nulidad y disolución».

6.—Pero, ¿qué significado y alcance tiene esa «declaración de ajuste al Derecho del Estado»?

La expresión aparece ya en el Acuerdo para asuntos jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español, de 3 de enero 1979, en su artículo VI, párrafo 2.º, antes transcrito.

La doctrina, canonista y civilista, se divide al interpretar el sentido normativo de la discutidísima expresión.

Muy sumariamente, las principales posiciones doctrinales son las que siguen:

1) La declaración de ajuste al Derecho del Estado supone la coincidencia *in concreto* de la motivación de la resolución o decisión canónica con las correspondientes causas de nulidad o divorcio reguladas por la ley civil. Habría, pues, según esta directriz, una especie de *juicio de revisión en cuanto al fondo* por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado (25).

2) La declaración de ajuste al Derecho del Estado equivale a una simple *calificación de ajuste meramente formal o secundario*.

Así, para Carmelo de Diego Lora será un «juicio de verificación» acerca de: a) que se trata de resolución eclesiástica de nulidad de matrimonio canónico o de concesión pontificia de matrimonio rato y no consumado; b) que tales resoluciones fueron pronunciadas en procedimientos nacidos a instancia de uno o de los dos contrayentes; c) que la eficacia en el orden civil ha sido solicitada al menos por uno de los contrayentes (26).

Para García Failde se trata de una mera «constatación de requisitos formales» (27); y para Fornés de comprobar la «concordancia de las

(25) Esta opinión fue defendida en el Senado por el señor Villar Arregui durante el debate para la aprobación del texto del Acuerdo con la Santa Sede y consiguiente autorización para su ratificación. La intervención de dicho Senador, en relación con el art. VI-2 del Acuerdo, decía: «El artículo VI de este Acuerdo no reconoce efectos civiles a las sentencias de nulidad dictadas por los Tribunales eclesiásticos, salvo que las causas determinantes de la nulidad sean tenidas como tales por el propio Código civil. Nada de *exequatur*. Hay una cognición en referencia a las causas determinantes de la nulidad, acordadas por la jurisdicción eclesiástica, y si el juez ordinario entiende que las causas que la han fundado no son subsuibles por el Código civil, no producirán efectos civiles. No hay, pues, repito «*exequatur*». Lo que hay es un nuevo examen de la causa a la luz de un ordenamiento distinto para pronunciar la sentencia que proceda». («Diario de Sesiones del Senado», núm. 25, 1979, págs. 1.028, sesión celebrada el 10 de octubre de 1979).

(26) DE DIEGO LORA, *La eficacia en el orden civil de las resoluciones eclesiásticas en materia matrimonial*, en «Ius Canonicum», Enero-junio 1979, pág. 226.

(27) GARCÍA FAILDE, *Reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico*, en «Boletín de la Diócesis de Calahorra», agosto 1980, pág. 281.

medidas puramente ejecutivas» de las resoluciones o decisiones (28).

Es la tesis menos exigente por partir de una interpretación maximalista del Acuerdo con la Santa Sede, según el modelo del sistema matrimonial facultativo u optativo de tipo latino, y estimar que el ajuste al Derecho del Estado hay que referirlo también al referido Acuerdo que, tras su publicación en el «B. O. E.», forma parte del ordenamiento interno, conforme a los artículos 1-5.º C. c. y 96-1.º de la Constitución.

Mas, según ya vimos con anterioridad, falla el presupuesto o punto de partida de esta tesis. No hay recepción en sentido *material* de las normas del Derecho canónico, como por el contrario sí la había en el artículo 75 del Código civil en su versión originaria de 1889.

3) Una tesis de carácter intermedio es la que conceptúa la declaración de ajuste al Derecho del Estado como un *exequatur* en sentido técnico.

En esta línea de pensamiento, Fuenmayor (29) y López Alarcón (30) opinan que el juez civil se debe limitar a la verificación de la autenticidad de la resolución o decisión, garantía procesal de audiencia o defensa y licitud o ajuste al orden público interno, entendido como síntesis exponencial del ordenamiento jurídico (conjunto de principios generales de Derecho). Es decir, estaríamos ante un «control de licitud».

Pero hay más que eso. Comoquiera que no existe reenvío en sentido *formal* o «análogo» al que se da en Derecho internacional privado, el «control de licitud» no basta aquí y se torna necesario, además, otro tipo de control más fuerte.

4) A nuestro modo de ver se trata de una «homologación» material o «control de legalidad»: el juez civil comprobará la coincidencia sólo *in abstracto* de las normas religiosas o canónicas reguladoras del matrimonio con las normas contenidas en el nuevo Título IV, Libro I, del Código civil.

Así lo impone el principio de unidad del ordenamiento, en su doble faceta de unidad de ley (con expresa «reserva de ley estatal», *ex arts. 32-2.º y 149-1, núm. 8.º, Const.*) y unidad de jurisdicción (artículos 24-2.º y 117-3.º y 5.º, *Id.*).

Si existe —según tuvimos ocasión de comprobar— un «control de legalidad originaria o *a priori*», positiva o de validez (nuevo art. 63-2.º Código civil), no es de extrañar que haya otro «control de legalidad subsiguiente o *a posteriori*», negativa o de nulidad y disolución (nuevo art. 80 C. c. y disposición adicional 2.º-2 de la Ley de reforma del C. c.). Es totalmente lógico que la «criba», «cedazo» o «filtro» actúe antes y después, en el momento de la constitución del estado civil de casados y en el instante de la nulidad o disolución del vínculo matrimonial.

(28) FERNÁNDEZ, *El nuevo sistema concordatario español*, Pamplona, 1980, págs. 86 y sigs.

(29) FUENMAYOR, *El marco...*, cit., pág. 294.

(30) LÓPEZ ALARCÓN, *El matrimonio canónico en el proyecto de reforma del título IV del libro I del Código civil*, cit., págs. 899 y sigs.

7.—Veamos ahora, sin pretensiones de exhaustividad, una serie de supuestos ilustrativos de esa «homologación» o «control de legalidad subsiguiente o *a posteriori*» de las resoluciones o decisiones eclesíásticas.

1) En primer lugar se pueden traer a colación los supuestos de nulidad de matrimonio canónico por impedimentos dirimentes no reconocidos en el Código civil reformado:

a) Por impedimento de parentesco, cuya gama en el parentesco por consanguinidad es más amplia en Derecho canónico que en Derecho civil, si bien los grados de indispensabilidad vienen a coincidir en ambos ordenamientos, por lo que apenas surgirán en la práctica problemas de homologación, como tampoco a propósito del parentesco de afinidad que, aun desconocido como impedimento matrimonial por la reforma del Código civil, es dispensable canónicamente con cierta facilidad.

b) Por impedimento de impotencia *conocida*. La desconocida se podría subsumir en un error en el motivo determinante, según el número 4.º del artículo 73 reformado, a cuyo tenor «es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: ... el (matrimonio) celebrado por error en la identidad de la persona del otro cónyuge o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento». Para obtener sin dificultad la homologación civil de una sentencia canónica de nulidad de matrimonio canónico por impotencia desconocida anterior a la celebración del mismo, sería conveniente articular la causa de nulidad como un caso de *error in qualitatem personae*, relevante por su entidad en tanto en cuanto redunde en error sobre la persona.

c) Por impedimentos de disparidad de cultos (también de mixta religión, cuando excepcionalmente es indispensable por Derecho divino), parentesco espiritual, pública honestidad, orden sagrado, voto solemne de castidad y crimen de adulterio. Las respectivas sentencias canónicas de nulidad serían civilmente inhomologables, pues todos estos impedimentos son desconocidos por un ordenamiento, como el nuestro, aconfesional (art. 16, 3, Const.) y que ha despenalizado el antiguo delito de adulterio (Ley de 26 de julio de 1978).

2) En segundo término está el grave problema de la relevancia de la simulación en el matrimonio, nada pacífico por cierto (31) y al que brevemente aludiremos aquí.

A) La doctrina canonista habla de una «simulación parcial» cuando se excluyen, con *animus non se obligandi* (no con el simple *animus non adimplendi*), uno de los *tria bona* agustinianos del matrimonio: a) *bonum sacramenti* (indisolubilidad); b) *bonum fidei* (fidelidad); c) *bonum prolis* (procreación y educación de la prole). Más que de una clase de

(31) Sobre el problema aludido en el texto, vid. ARECHEDERRA, *La simulación en el matrimonio civil*, en RJC, 1980, págs. 179 y sigs.; CARRIÓN, *En torno a la simulación en el matrimonio civil*, en RDP, enero y febrero 1981, págs. 35 y sigs. y págs. 128 y sigs.; JORDANO, op. et loc. cits., esp. págs. 357-359, nota 52, y las abundantes referencias bibliográficas citadas en estos estudios.

simulación se trata de una *exclusión* (32). Exclusiones en el objeto del consentimiento matrimonial que difícilmente pueden tener relevancia jurídica desde el punto de vista del ordenamiento civil.

Pues la indisolubilidad no es ya un carácter propio del matrimonio regulado unitariamente por el Código civil (cfr. arts. 85, 86, 88-2 y 89 reformados) (33) y los nuevos artículos 67 y 68 (34), al describir el objeto (o, mejor, objetivo) del consentimiento matrimonial, guardan explicable silencio.

Por su lado, aunque la fidelidad sí es mencionada en el artículo 68 como uno de los deberes personales y recíprocos de los cónyuges, cuya infracción más grave (adulterio) tiene ciertas consecuencias jurídicas civiles (ser causa de separación o de divorcio, según los arts. 82-1.º y 86-2.º y 3.º, y constituir justa causa de desheredación, a tenor del artículo 855-1.º C. c.), sin embargo, al disponer el párrafo segundo del artículo 45 reformado que «la condición, término o modo (en el sentido de modalización, no de *modus* en sentido técnico) del consentimiento se tendrá por no puesta», hace muy dudosa la admisibilidad de esta hipótesis de la llamada «simulación parcial», inclinándonos por la solución negativa (35).

En cuanto al *bonum prolis*, su exclusión también carecería de trascendencia civilmente hablando, habida cuenta de la supresión del impedimento de impotencia (¡harto elocuente respecto al profundo y sorprendente cambio de concepción del matrimonio y sus fines!) y del

(32) Así, BERNARDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, Madrid, 3.ª ed., 1971, págs. 229 y sigs.

(33) Según el art. 85 reformado «el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio».

El nuevo art. 86 recoge las causas de divorcio, que se pueden resumir en dos: «cese efectivo de la convivencia conyugal», en diversas circunstancias y plazos de uno, dos y cinco años, y sentencia condenatoria por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

El art. 88, en su párrafo 2.º, establece que «la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio» (matrimonio civil, cuando estén casados con matrimonio válido canónico no declarado nulo ni disuelto según el Derecho de la Iglesia Católica, hipótesis ésta que pone a prueba el sistema matrimonial español acabado de estrenar, pues en la misma —igual que en el caso de contraer matrimonio ulterior con tercera persona un casado canónicamente y civilmente divorciado— se impone *obligatoriamente* el matrimonio civil, a pesar de tratarse, en principio, de un sistema electivo u opcional).

Por último, el art. 89 reformado dispone que «la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil».

(34) El primero preceptúa que «el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia»; el segundo, por su parte, ordena que «los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente».

(35) Por la misma razón, carecería de relevancia en el orden civil la hipótesis del matrimonio canónico *sub conditione*. La sentencia eclesiástica declarándolo nulo, por no cumplimiento de una condición posible y lícita, sería inhomologable por el juez civil.

silencio, a este propósito de la procreación y educación de la prole, en los artículos 67 y 68 Código civil reformados.

Tenemos, pues, que concluir afirmando que la mal llamada «simulación parcial» de la doctrina canonista es irrelevante desde el punto de vista civil con base, fundamentalmente, en el nuevo artículo 45-2 Código civil.

B) En lo que atañe a la llamada «simulación total» (simulación propia cuando no se trata de reserva mental) (*vid. infra* 3), la supresión del artículo 77 del Proyecto del Gobierno —que regulaba la legitimación para impugnar por simulado el matrimonio, así como el plazo de caducidad de la acción correspondiente (36)— hace dudar de la trascendencia o relevancia de la simulación matrimonial en el ámbito jurídico civil.

El Grupo Parlamentario Socialista, partido mayoritario de la oposición al Gobierno, argumentaba así la indicada supresión: «Para los socialistas *el matrimonio es un contrato*. Por tanto, *las causas de nulidad contenidas en el artículo 73 de nuestro texto alternativo, no pueden ser distintas de las reguladas en el Código civil respecto del negocio jurídico* y ello por dos razones: la primera, una simple razón de teoría general del Derecho; y la segunda, una razón igualmente obvia, pues para los socialistas *la nulidad no es ni debe ser un divorcio encubierto*, tal y como pretende el Gobierno en su Proyecto, y tal y como ha sido hasta hoy para la Iglesia Católica. Para nosotros, como antes quedó dicho, *las causas de nulidad serán las generales de los contratos*, como se infiere de la lectura del artículo 73 de los respectivos proyectos, de cuyo texto los socialistas hemos suprimido las causas de nulidad contempladas en los números 3 (error en las cualidades esenciales) (37) y 5 de dicho artículo (el matrimonio simulado), *por entender que las mismas se apartan de las reservadas por el Código civil para los contratos* y porque dichas causas constituyen, en sí mismas, un auténtico cajón de sastre de donde se pueden extraer cualquier motivo o causa que dé origen a una nulidad *ficticia* manteniendo, por tanto, la hipocresía de los procesos canónicos en el marco del ordenamiento civil» (38).

La argumentación —prescindiendo de otros alegatos un tanto demagógicos contenidos en el mismo cuaderno («divorcio vergonzante»

(36) «En caso de simulación —decía— sólo estarán legitimados los contrayentes y, para evitar el fraude a un interés público, el Ministerio Fiscal. Unos y otros carecerán de acción si los cónyuges hubieren vivido juntos durante más de seis meses».

(37) Esta supresión parece que tenía su razón de ser en evitar que por ese cauce tuviera relevancia la llamada «simulación parcial» o exclusión del objeto o de las propiedades esenciales del matrimonio. Pero el «error en las cualidades esenciales» de que hablaba el Proyecto del Gobierno no se refería a las cualidades esenciales del matrimonio, sino a las cualidades esenciales *personales*, tal como ha quedado puntualizado en el definitivo número 4.º del art. 73 reformado.

(38) Cfr. *Cuadernos parlamentarios*, grupo parlamentario socialista, Partido Socialista Obrero Español, 3, *El divorcio*, Madrid, 1980, págs. 14, 17 y 22.

y «privilegiado» del que venían disfrutando las clases económicamente fuertes, mediante sentencias de nulidad, presuntamente fraudulentas, de los Tribunales eclesiásticos de Brooklyn, Puerto Rico, Zaire, etc.)— es incoherente desde el punto de vista estrictamente jurídico y poco realista.

Incoherente porque si el matrimonio es un contrato —y, cabalmente, lo es: un contrato de sociedad extrapatrimonial o contrato asociativo (*consortium*) creador de una comunidad familiar y origen por ello de una situación preestablecida *ex lege* (39)— los contratos, como es bien sabido, se pueden declarar nulos por simulación —según reiterada y conocidísima jurisprudencia del Tribunal Supremo— cuando les falta el elemento esencial del consentimiento o de la causa (arg. *ex arts.* 1.254, 1.258, 1.261, núm. 1.º y núm. 3.º, 1.262-1, 1.275, 1.276 y 1.278 C. c.). Y en el propio texto alternativo del P.S.O.E., lo mismo que en el texto del Proyecto del Gobierno y en el definitivo de la Ley de Reforma de 7 de julio de 1981, existe un precepto, el artículo 45, párrafo 1, que literalmente dice: «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial», añadiendo el artículo 73 de dichos textos que «es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: 1.º *El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial*».

El consentimiento matrimonial, dirigido al establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges, obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad, socorrerse o ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia (nuevos arts. 67 y 68 C. c.), no puede ser puramente *formal*, sino que ha de ser *real* o *verdadero*, por tratarse de un elemento esencial al contrato de matrimonio. El artículo 58 reformado lo presupone cuando establece que «el juez o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contraentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y *si efectivamente lo contraen en dicho acto* y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá la inscripción o el acta correspondiente». La «declaración» del encargado del Registro Civil no subsanaría la falta de un efectivo o verdadero consentimiento matrimonial, que siempre es presupuesto esencial. En España es insostenible la tesis del pretendido carácter *constitutivo* que en el acto matrimonial tendría la declaración del oficial del estado civil (juez o funcionario) (40), que no pasa de ser un testigo cualificado, elemento formal del matrimonio.

Por otro lado, decíamos que la argumentación contraria a la relevancia de la simulación es poco realista, porque dicha relevancia viene impuesta por consideraciones de orden práctico (justicia de los casos concretos, que ha movido a la más reciente jurisprudencia, doctrina y legislación europeas a apartarse de la tradicional solución negativa al

(39) Cfr. nuestro estudio cit., *El matrimonio putativo*, pág. 378 y nota 129.

(40) Vid. Cicu, *Matrimonium seminarium reipublicae*, en «Archivio giuridico», 1921, págs. 111 y sigs.; Id., *Lo spirito del Diritto familiare nel nuovo Codice civile*, en «Rivista di Diritto civile», 1939, págs. 3 y sigs.; Id., *Ancora sulla natura giuridica dell'atto di celebrazione del matrimonio civile*, en «Ius», 1941, págs. 471 y sigs.

problema de la admisibilidad de la simulación matrimonial). Pensemos en los casos de matrimonios, civiles o religiosos, contraídos por broma (tema de una divertida película de Berlanga, inspirada en un acontecimiento de la vida real), de matrimonios celebrados para el efecto limitado de adquirir un pasaporte *iure matrimonii* y poder pasar así una frontera (línea divisoria de las dos Alemanias, Occidental y Oriental, muro de Berlín, frontera italo-yugoslava, etc.), o trabajar sin dificultades de tipo sindical en un plató o escenario (caso de la hoy popular Nadiuska) y, en fin, para subrogarse *mortis causa* en el arrendamiento de una vivienda al amparo del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (caso pintoresco del estudiante barcelonés que con esta finalidad casó *in articulo mortis* con la vieja patrona que le hospedaba... ¡y después ésta sobrevivió!) (41).

Por consiguiente, a nuestro modo de ver, la admisibilidad y relevancia de la simulación en el matrimonio es indudable, sin que por ello se ataque su deseable estabilidad y la certeza de sus efectos o necesidad de que las actuaciones relativas al estado civil de las personas sean seguras. Las graves consecuencias que podría acarrear la admisión y relevancia incondicionada de este tipo de discordancia entre voluntad y declaración, se evitan suficientemente teniendo en la debida cuenta el principio del *favor matrimonii*, y siendo muy cautos en la ponderación de la prueba, no contentándose con un juicio de mera probabilidad o cuasi certeza, sino exigiendo la certeza absoluta o, cuando menos, la *certeza moral*, como —salvo algunos lamentables abusos— suelen hacer los Tribunales eclesiásticos.

Finalmente, la posibilidad de un divorcio fácil (a corto plazo, por mutuo disenso) no es argumento decisivo en contra de la relevancia de la simulación matrimonial, toda vez que el divorcio presupone un matrimonio válido y eficaz que se disuelve por una causa sobrevenida, al paso que la declaración de nulidad por simulación implica la constatación de que el matrimonio nació inválidamente, siquiera pueda producir ciertos efectos desde su celebración hasta la sentencia de nulidad en virtud de la apariencia jurídica matrimonial (42). Son dos tratamientos distintos (divorcio y nulidad) para dos situaciones bien diferenciadas, que no conviene en modo alguno intercambiar o confundir: ni nulidades a veces encubridoras de auténticos divorcios ni divorcios encubridores ocasionalmente de verdaderas nulidades.

3) Si, por lo que acabamos de decir, la homologación de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial por simulación propia parece perfectamente viable, en cambio resulta algo problemática la de las sentencias de nulidad por reserva mental unilateral desconocida para la contraparte; la conocida, unilateral o bilateral, es equiparable a la simulación si admitimos que ésta se da cuando existe una «comunidad

(41) Vid. BELTRÁN FUSTER, *Un estimulante del matrimonio: el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos*, en ADC, t. IX (1956), págs. 1305 y sigs.

(42) Vid. nuestro citado estudio y hoy los nuevos arts. 78 y 79. Además conviene tener en cuenta los arts. 53, 95-2, 98, 1343-2.º y 3.º, y 1395 C. c. reformados, los dos últimos por Ley de 13 de mayo de 1981 («B. O. del E.» de 19 *idem*).

de opiniones» entre las partes sin necesidad de *pactum simulationis* expreso (43).

En contra de la relevancia y admisibilidad de la reserva mental en el matrimonio pudiera esgrimirse el juego combinado de los principios de la autorresponsabilidad del declarante y confianza del destinatario de la declaración; en suma, la idea de *securitas*, tan del gusto de los partidarios de la teoría de la declaración, y el principio general de la buena fe en sentido objetivo, es decir, la buena fe entendida como conducta ajustada a los postulados de la lealtad, probidad y honorabilidad en el tráfico (arg. ex arts. 7-1 y 1.258 C. c.).

Pero el juego de dichos principios es propio de los negocios jurídicos del tráfico ordinario, donde sí surgen expectativas particulares dignas de tutela en virtud de la confianza depositada en la declaración por el declaratario, y consiguientes deberes de puntual y responsable diligencia por parte del declarante frente al destinatario de la declaración.

El matrimonio no es un negocio cualquiera del tráfico jurídico ordinario *inter vivos*, pues funda una comunidad familiar, más o menos estable, pero comunidad al fin y al cabo, que interesa a la sociedad entera (*matrimonium principium urbis et quasi seminarium reipublicae*, como decía bellamente Cicerón). De ahí que algo tan serio y trascendente no deba crearse sin una efectiva y verdadera voluntad. Un *propositum in mente retentum* de signo contrario, suficientemente probado, destruye el consentimiento matrimonial y, sin éste, no hay matrimonio (arg. ex arts. 45-1 y 73-1.º C. c. reformado). El artículo 45-2 no constituiría un obstáculo insalvable, ya que el precepto se refiere a la aposición, de alguna manera expresada, de determinaciones accidentales (condición, término o modalizaciones) del consentimiento matrimonial, existente éste en realidad y no sólo en la mera apariencia exterior.

4) Un punto neurálgico en la interpretación del Acuerdo con la Santa Sede, y del nuevo artículo 80 Código civil y disposición adicional 2.ª-2 que lo desarrollan, es la homologación de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

Pues, por su propia naturaleza, el Derecho del Estado no cuenta con una normativa equivalente a los rescriptos *super rato*.

¿Carecerán por ello éstos de toda posible relevancia en el orden jurídico civil?

La respuesta afirmativa a ese interrogante supondría interpretar el aludido Acuerdo de tal suerte que en este punto devendría totalmente ineficaz, en contra del principio de conservación en sede hermenéutica que para los contratos recoge el artículo 1.284 Código civil al disponer que «si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto». Además, se violarían el principio general de buena fe (arts. 7-1 y 1.258 C. c.), si el Estado al firmar el Acuerdo contaba con que nunca

(43) En este sentido, cfr. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Milán, 1939, pág. 33.

jamás la dispensa pontificia *super rato* gozaría de efectos civiles (44), y la norma de que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (art. 1.256 C. c.), en este caso el Estado, al haber prescindido de la Comisión mixta de interpretación y aplicación, prevista en el Art. VII del Acuerdo con la Santa Sede.

Ahora bien: habiendo prevalecido de hecho (es ya un hecho consumado) una interpretación muy restrictiva y minimalista del Acuerdo tantas veces citado, según ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, no hay ahora más alternativa que la de acudir a un reconocimiento *indirecto* de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado (y lo mismo se diga de la no directamente contemplada disolución *ipso iure* del matrimonio rato y no consumado por profesión religiosa solemne), a través de la vía oblicua de la separación personal y subsiguiente divorcio por mutuo acuerdo y *a corto plazo* (arts. 81-1.º, 82-5.ª, 86-1.ª y 2.ª y disposición adicional 6.ª de la Ley de reforma, que regula un procedimiento especial, muy rápido y sumario) (45).

Rodeo que se podría haber evitado admitiendo como justa causa de divorcio la no consumación del matrimonio, por ejemplo, en el plazo de los seis meses siguientes a su celebración, como figuraba en uno de los anteproyectos o borradores de la Ley de reforma del Código civil conocida vulgarmente como «Ley de divorcio», ya que un supuesto de divorcio vincular o propio es la disolución del matrimonio rato y no consumado por dispensa pontificia.

8.—A la vista de todo lo expuesto, podemos concluir afirmando que la Ley de reforma del Título IV del Libro I del Código civil, de 7 de julio de 1981, ha instaurado en España un sistema matrimonial facultativo o electivo de tipo anglosajón o «protestante» (45 bis), extraño a nuestra área cultural y contrario a nuestra realidad sociológica y a nuestras tradiciones más entrañables.

Se está claramente ante un sistema de unidad de clase o formato legal (de carácter estatal) y pluralidad de meras formalidades (civiles y religiosas). Estas apenas significan accesos diversos, por vías de

(44) Así opina también SANCHEZ REBULLIDA, op. cit., págs. 15 y 17.

(45) Según estos preceptos, bastaría el mutuo acuerdo de los cónyuges en la interposición de la demanda de separación, o la interposición por uno y el consentimiento del otro, y el cese efectivo de la convivencia conyugal durante un año, transcurrido el primero del matrimonio, sin necesidad de alegación de otra causa, contándose el indicado plazo desde la interposición de la demanda, con resolución judicial de separación o sin ella, adjuntando el correspondiente convenio regulador.

(45 bis) En análogo sentido, de cara al Proyecto y antes de la Ley de reforma del Código civil, vid. SANCHEZ REBULLIDA, *El matrimonio canónico en el sistema matrimonial español*, cit., pág. 23; DE LOS MOZOS, *La reforma del Derecho de familia, hoy*, Valladolid, 1981, págs. 43 y sigs., esp., pág. 45, y, últimamente, GIMÉNEZ Y FERNÁNDEZ DE CARVAJAL, *El matrimonio canónico en el proyecto de ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, en RDP, julio-agosto, 1981, págs. 659 y sigs.

celebración distintas, a un sólo régimen jurídico matrimonial, a una sola e indiferenciable institución jurídica: el matrimonio como acto, como relación o *vinculum iuris* y como estado civil.

Hay, en suma, varias formalidades posibles, a elección, de un *único matrimonio* (el civil), regulado unitariamente en sus aspectos sustantivos.

Por eso se ha llegado a hablar de «un matrimonio civil obligatorio con forma religiosa facultativa» (46). Ni siquiera se «desestatalizan» las meras formas exteriores del matrimonio (47), sino que, en puridad, las formalidades religiosas se convierten en civiles, se «civilizan», por así decirlo, o estatalizan, como se deduce del artículo 73-3.º en relación con el 49-2.º y los 59-60 reformados del Código civil (Vid. *supra*, 4, B).

En el fondo, al recogerse una pluralidad de meras formalidades matrimoniales sustantivamente regidas en su totalidad por el ordenamiento jurídico del Estado, es como si se hubiera adoptado un «sistema matrimonial de clase civil con libertad de formas (civil y religiosa)», según propugnaba el Grupo Parlamentario Socialista (48).

Así las cosas, hubiera sido preferible, más clarificador y menos distorsionante de la forma religiosa canónica el sistema de matrimonio civil obligatorio, perfectamente compatible con la celebración, en su caso, antes o después, de los ritos matrimoniales propios de la confesión de los nubentes, derecho ya tutelado suficientemente por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980 (art. 2.º b).

Decía Ihering que «la forma supone siempre un *contenido*; es el *contenido* desde el punto de vista de su visibilidad» (49).

En la misma línea de pensamiento, ya sentenció Goethe: «lo que hay dentro, eso mismo hay fuera».

La forma no da el ser, como pretendían Aristóteles y nuestro Raimundo Lulio; es el ser quien da la forma.

Y ya terminamos. Las ideas que Ortega y Gasset expone en las páginas admirables de *El espectador* («Meditación del marco») sugieren la necesaria adecuación entre marco (*forma*) y cuadro (*sustancia matrimonial*) (50).

Tal adecuación falta en la Ley de reforma del Título IV del Libro I del Código civil. Si se nos permite la comparación pictórica, se predispone en dicha ley un posible marco dorado y barroco, no para *La Sagrada Familia* de Murillo, que sería lo propio, sino para un cuadro modernista (*Los amantes* de Picasso), que por sí reclamara un marco mucho más simple, liso y plateado.

(46) PEÑA, *El sistema matrimonial según la Constitución*, cit., pág. 579.

(47) En contra, PEÑA, op. últ. cit., pág. 581.

(48) *Cuaderno 3*, cit., pág. 10.

(49) IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, trad. española resumida, 2.ª ed., Madrid, 1962, págs. 285 y sigs.

(50) «Viven los cuadros —escribe el insigne pensador— alojados en los marcos. Esa asociación de marco y cuadro no es accidental, el uno necesita del otro... el marco postula constantemente un cuadro para su interior... La relación entre uno y otro es, pues, esencial y no fortuita» (ORTEGA Y GASSET, *El espectador*, Madrid, Salvat, 1969, págs. 91 y sig.).