

EL «MATRIMONIO CONCORDATARIO»
ANTE EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DERECHO ITALIANO:
PROBLEMAS COMUNES

RAFAEL NAVARRO-VALLS
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

1. *Introducción.*—2. *El tema de la concurrencia de jurisdicciones.*—3. *Los controles civiles en la ejecución de sentencias canónicas de nulidad.*—4. *Algunos problemas registrales: matrimonio canónico celebrado en el extranjero, el celebrado en forma extraordinaria y el matrimonio secreto.*—5. *La relevancia de la voluntad de los contrayentes en los efectos civiles del matrimonio canónico.*—6. *Conclusión.*

1. Cuando recibí la amable invitación de los organizadores de este Congreso para desarrollar una ponencia sobre «El matrimonio religioso ante el Derecho español», mi primera reacción fue excusarme por una razón de peso: la de que este tema lo he abordado —con mayor o menor fortuna —en varios trabajos que se inician con el análisis de la Constitución de 1978 y concluyen con el de la Ley de 7 de julio de 1981, pasando por el estudio de los términos del Acuerdo jurídico de 1979 en materia matrimonial. Trabajos, por lo demás, que cubren el arco temporal que corre desde el año 1979 al 1984¹.

¿Debería cansarles a ustedes con una suerte de *bis in idem* repetitivo de mis opiniones ya expuestas? ¿Tal vez era ocasión propicia para hacer

¹ Cfr. R. NAVARRO-VALLS, «El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, págs. 111-142; «Los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español», en *Revista de Derecho Privado*, 1980, págs. 217-244; «La posición jurídica del matrimonio canónico en la Ley de 7 de julio de 1981», en *Revista de Derecho Privado*, 1982, págs. 665-709.

Han sido posteriormente recogidos en mi libro *El matrimonio religioso ante el Derecho español*, Madrid 1984.

una especie de «auto de fe» de tales opiniones volviendo sobre ellas críticamente?

Lo primero no era de recibo, tanto por el respeto que me merece su alta cualificación científica cuanto por un elemental sentido del decoro. Lo segundo, desgraciadamente, tampoco era posible, pues si un jurista ha de estar presto a rectificar sus puntos de vista cuando la naturaleza de las cosas lo exige, no puede proceder así cuando no ve razones sólidas que lo avalen; lo contrario sería pura y recusable táctica.

Sólo me quedaba una vía: la de abordar el problema desde la óptica de nuevos acontecimientos acaecidos en el panorama jurídico desde la última fecha de mis trabajos hasta hoy. Pero, ¿existían esos acontecimientos? Sí y no.

Sí, porque en la esfera del Derecho Comparado se había producido la firma y ratificación del Concordato italiano de 1984, aunque directamente no incidía en el Derecho español. No, porque en el estricto ámbito de nuestro Derecho sólo acontecimientos de orden menor han tenido lugar: me refiero a la reforma del Reglamento del Registro Civil acaecida por Decreto de 29 de agosto de 1986 y la vacilante jurisprudencia aplicativa de la Ley de 1981, centrada en el dudoso valor de los autos de los Juzgados de Primera Instancia, algunas sentencias de la misma fuente, de un aislado auto de una Audiencia Territorial y de alguna sentencia del Tribunal Supremo.

Ahora bien: ¿y si poníamos en relación unos datos y otros? Tal vez fuera posible entonces. Como saben ustedes, la doctrina española en materia de «matrimonio concordatario» (llamémosle así) ha seguido muy de cerca a su homóloga italiana, no sólo por la brillantez de sus planteamientos, sino también porque las construcciones de esta última en base al Concordato de 1929 han sido siempre punto de referencia de un sistema matrimonial, como el español, que giró alrededor de otro Concordato (el de 1953), posterior a aquél y muy similar en sus líneas maestras.

Pero ahora los términos se han invertido: el Acuerdo jurídico español de 1979 es anterior a los Acuerdos de Villa Madama, y nuestros queridos colegas italianos se encuentran discutiendo la interpretación más razonable que haya de darse a un texto (su art. 8 y correspondiente protocolo adicional) que —por utilizar sus expresiones— «no parte de principios claros» y que es «oscuro y equívoco»²; que en la más benévola de las hipótesis es «una *reformatio in pejus* del Concordato de 1929»³; que «crea

² E. G. VITALI, «Prime considerazioni sull'art. 8 del nuovo concordato: la trascrizione del matrimonio», en *Il diritto ecclesiastico*, III, 1984, pág. 695; Id., «La nuova disciplina del matrimonio», en *Concordato e Costituzione. Gli accordi del 1984 tra Italia e Santa Sede*, Bologna 1985, pág. 62.

³ G. CAPUTO, «L'efficacia civile della giurisdizione ecclesiastica matrimoniale», en *Atti del Convegno Nazionale di studio su il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede*, Milano 1987, página 298.

más problemas de los que resuelve»⁴; y que, en fin, «como toda solución de compromiso, no deja satisfecho a nadie»⁵... *et sic de coeteris*.

Precisamente en esa posición de perplejidad nos encontrábamos los españoles en 1979, con la relativa ventaja de que hoy la Ley de 7 de julio de 1981 —que supone una suerte de ley de ejecución del Acuerdo en materia matrimonial— ya se ha producido y su aplicación jurisprudencial va aclarando las cosas, dentro, claro está, de lo que permite una legislación equívoca y una jurisprudencia de grado menor. Instrumento —la ley de ejecución del Concordato de 1984— del que aún no dispone la doctrina italiana⁶.

Mi intento será: 1.º Exponer muy sintéticamente los problemas —algunos de ellos— que hoy preocupan a la doctrina italiana que está interpretando el artículo 8 de su reciente Concordato (con lo que informo a mis colegas españoles de algunos datos de interés); 2.º De esos problemas, exponer las soluciones que la última jurisprudencia y legislación española ha dado a los que son exportables en nuestro sistema (con lo que tal vez dé pistas a nuestros huéspedes italianos de por dónde pueden transitar las vías de la futura legislación aplicativa, al tiempo que algunos de ellos tal vez resulten inéditos para mis colegas españoles).

De este modo —naturalmente, con infinita modestia— devuelvo a la doctrina italiana esa donación (*gratis et amore*) que desde hace años viene haciéndonos a los españoles.

2. Por lo que he podido colegir de los trabajos hasta ahora publicados sobre el Concordato italiano^{6 bis}, las discusiones, en materia matrimonial, se centran fundamentalmente sobre cuestiones muy prácticas; es decir, no se discute tanto el marco teórico del sistema instaurado (anglosajón o latino; institucional o formal), para desde construcciones dogmáticas explicar las anomalías que se detectan según sea la postura apriorística adoptada, sino las cuestiones planteadas más a ras de tierra, y a la luz de la solución adoptada ante cada una, y si es necesario, proceder a la calificación del sistema⁷.

⁴ D. CONSERVA, «La nuova disciplina concordataria sulla trascrizione dei matrimoni non impugnabili e principi d'ordine pubblico», en *Atti del Convegno Nazionale...*, cit., pág. 748.

⁵ L. DE LUCA, «Il riconoscimento del matrimonio concordatario», en *Il diritto ecclesiastico*, 1984, pág. 417.

⁶ Existe un Proyecto de Ley (la núm. 3.252/1987) presentado al Senado por el Gobierno, pero que no ha llegado a discutirse por haberse anticipadamente disuelto las Cámaras y haber finalizado la novena legislatura. Su texto (con comentario de G. CASUSCELLI) puede verse en *Il corriere giuridico*, 8/1987, págs. 875-881.

^{6 bis} En este trabajo se recoge la bibliografía italiana a la que tuve acceso en la fecha en que se redactó (noviembre de 1987). Con posterioridad, han ido apareciendo otros estudios, cuya rica doctrina no he podido incorporar. Así, por ejemplo, la contenida en el volumen coordinado por E. VITALI y E. CASUSCELLI, *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, Milano 1988.

⁷ Es sintomático, por ejemplo, la escasa controversia que en Italia ha producido el cambio de la palabra «celebrati» («Sono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni celebrati secondo

En este orden de cosas, una fundamental polémica divide a la doctrina: la cuestión de la concurrencia de las jurisdicciones civil y eclesiástica sobre el matrimonio canónico o la persistencia de la reserva jurisdiccional canónica en materia de nulidad. Aunque el tema tiene otras muchas implicaciones —a algunas habré de referirme—, el *punctum dolens* es si la jurisdicción civil puede conocer de una causa de nulidad sobre matrimonio canónico adecuadamente inscrito o le está vedado tal proceder. Naturalmente, la respuesta positiva inmediatamente plantea qué derecho habría que aplicar, si el canónico o el civil.

El problema —como saben muy bien mis colegas españoles— se planteó también con el Acuerdo jurídico de 1979, fundamentalmente al hilo de la interpretación de una única palabra (el famoso *podrán*⁸ antepuesto al derecho de los contrayentes de acudir, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad); hay que reconocer, sin embargo, que, en Italia, el problema abarca más de una palabra.

En efecto, un sector de la doctrina del país vecino y amigo⁹ entiende que la reserva jurisdiccional del Concordato del 29 —que era expresa— ha desaparecido, sustituyéndose por un sistema que permite el uso alternativo de la jurisprudencia canónica o civil. Sus razones (muy en síntesis) son: 1.º De los seis borradores que se sucedieron en el tiempo hasta el texto definitivo (incidentalmente diré que los españoles no disponemos de esas fuentes, que permanecen secretas) sólo el primero se refería a la reserva jurisdiccional, no encontrándose en ninguno de los restantes ni en el texto definitivo; 2.º La declaración del artículo 8.3 (similar a la de intencionalidad pastoral española del artículo VI del A.J.) parece apuntar a que, desaparecida esa reserva, los fieles no hagan uso de su derecho civil de recurrir no ya al divorcio, sino tampoco a la nulidad en sede civil, es decir, una suerte de *dissimulatio*; 3.º En varias ocasiones ha sido afirmada

la norme del diritto canonico...)» por «contratti» a partir de la cuarta «bozza» del proyecto de artículo 8 del Concordato. [Las distintas redacciones (*bozze*) del artículo 8 del Concordato italiano de 1984 pueden cotejarse en el vol. *La revisione del concordato: un accordo di libertà*, Roma 1986, págs. 456-459.]

Por contraste, la utilización en el Acuerdo Jurídico español de 1979 de la frase «matrimonios celebrados» desencadenó una auténtica polémica orientada a calificar —en base a esa expresión— el sistema matrimonial concordado. Sobre este extremo, véase, por ejemplo, M. LÓPEZ ALARCÓN y R. NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 2.ª ed., Madrid 1987, págs. 346 y 347.

⁸ Este es el texto controvertido: «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.»

⁹ Cfr. P. MONETA, «Il matrimonio nel nuovo concordato con la Santa Sede», en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1984, pág. 1216; F. FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico*, Bologna 1986, págs. 284 y sigs.; A. VITALE, *Curso di diritto ecclesiastico*, 4.ª ed., Milano 1986, página 326; F. FINOCCHIARO, «Sentenze ecclesiastiche e giurisdizione dello Stato sul "matrimonio concordatario" nell'Accordo 18 febbraio 1984 fra Italia e la Santa Sede», en *Rivista di diritto processuale*, 1984, págs. 413 y sigs.

implícita o explícitamente la no reserva: en la nota de los negociadores que ilustraba la tercera redacción y dirigida al Presidente del Consejo; en las declaraciones hechas por el Presidente ANDREOTTI al Senado en 1978 y por CRAXI al Parlamento en 1984, o en la relación a la Cámara por COLOMBO; 4.º) La existencia en el artículo 8 de un auténtico juicio de *delibazione* para la eficacia de las sentencias canónicas es un procedimiento típico de los ordenamientos que no reconocen la exclusividad de jurisdicción del otro; 5.º) La remisión que el artículo 8.2, c), hace, entre otros puntos expresos, a las «otras condiciones requeridas por la legislación italiana para la declaración de eficacia de las sentencias extranjeras» implica la entrada en juego de los números 5 y 6 del artículo 797 del Código de procedimiento civil que, en síntesis, se refiere a la litispendencia y a la cosa juzgada civil, y que perdería su sentido obvio si no fuera posible accionar de nulidad ante el Juez civil, también a los que han contraído un matrimonio canónico.

La tesis opuesta —la que entiende vigente la reserva— aduce, por el contrario y ante todo, una razón de lógica jurídica. Si el artículo 8 reafirma que el matrimonio canónico como acto, *in fieri*, es regulado por el Derecho canónico, el juicio sobre la validez de las normas que lo configuran como acto no puede corresponder más que a los Tribunales eclesiásticos. De modo que la desaparición de la fórmula de reserva explícita contenida en el artículo 34 del Concordato del 29 es tan sólo una pura modificación de carácter redaccional, precisamente porque su subsistencia está *in re ipsa*, es decir, deducida lógicamente del conjunto del sistema, pues la norma del artículo 8 hay que leerla a la luz de la Constitución que claramente proclama la independencia y soberanía de Estado e Iglesia, cada una en su orden¹⁰. Recalcándose¹¹ que la «conurrencia» de jurisdicciones supondría una «contaminación» entre el «orden propio» de la Iglesia y el del Estado, es decir, comprimir la *libertas Ecclesiae* ya por interferencia ilegítima del Estado en los *interna corporis* de la Iglesia, ya por injerencias en el acto sacramental.

Respecto a la interpretación que sus contradictores hacen del recurso a las sucesivas *bozze* del artículo 8, esta línea doctrinal destaca que en la *bozza* V bis se preveía que la Corte debía comprobar —al ejecutar la resolución anulatoria— que el Juez eclesiástico «podría conocer de la causa», lo que en la teoría —recuerden el antecedente español— no excluiría que también pudiera conocer el Juez civil. Pero en el texto definitivo se declara que la Corte debe comprobar que «el Juez eclesiástico es el Juez

¹⁰ Cfr. CAPUTO, *ob. cit.*, págs. 303-305; L. SPINELLI, «Il matrimonio nei nuovi accordi tra Stato e Chiesa», en el vol. *I nuovi accordi fra Stato e Chiesa*, Atti del XXXVI Convegno nazionale di studio, *Quaderni di Iustitia*, 37, Roma 1986, págs. 78 y sigs.

¹¹ Cfr. G. MANTUANO, «Ordine proprio della Chiesa e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale», en *Il diritto ecclesiastico*, 1984, pág. 580.

competente para conocer de la causa»¹². Recalcándose, además, que si en las *bozze* IV y V se leía, con claridad, la cancelación de la reserva de jurisdicción, en el texto definitivo fue eliminada, lo que apunta a un cambio en la *voluntas paciscendi*¹³, pues a falta de norma explícita debe entenderse en vigor el principio del antiguo Concordato, recibido en la ley matrimonial de ejecución del año 1929, todavía en vigor en lo no expresamente revocado; sobre todo si se piensa que la importantísima sentencia número 18/1982, del Tribunal Constitucional, reconoció la legitimidad constitucional de tal reserva.

Y en lo que respecta a las intervenciones explicativas de los órganos políticos en sede parlamentaria —ANDREOTTI, CRAXI, COLOMBO, etc.—, no deja de apuntarse el escaso valor estrictamente jurídico de tales declaraciones, sobre todo si se tiene en cuenta que también MUSSOLINI hizo una lectura en el Parlamento del Concordato nada filo-clerical, lo que no obstaculizó su posterior aplicación *pro Ecclesia*¹⁴.

En fin, y desde perspectivas más técnicas, se entiende que los números 4-7 del artículo 797 del C.P.C. no rigen en esta materia, tanto porque el artículo 4, letra *b*), del Protocolo hace una llamada «a la especificidad del ordenamiento canónico» al aplicar los artículos 796 y 797 del C.P.C., cuanto porque no se entiende por qué la Corte de Apelación es incompetente para conocer las cuestiones relativas al «mérito» (fondo) del matrimonio concordatario (núm. 4 del Protocolo adicional) y sí lo son, en cambio, los Tribunales de primer grado, lo que llevaría a que, en caso de apelación contra la sentencia del Tribunal inferior, un órgano incompetente para conocer del fondo (la Corte de Apelación) se vería obligado a entrar en el fondo de una sentencia de nulidad canónica. Es decir —y para finalizar— que la prohibición del Juez civil de entrar en el fondo no se ha previsto tan sólo para establecer una derogación al régimen de la *delibazione* de la sentencia de nulidad, sino para clarificar y confirmar categóricamente que al Juez italiano le está vedado de forma absoluta el conocimiento de la causa de nulidad por cognición directa¹⁵.

Esta dualidad de puntos de vista —muy parecidos a las irreconciliables posiciones que nos dividieron a los españoles al interpretar el artículo correspondiente del A.J.— ha hecho que un tercer sector prefiera remi-

¹² L. DE LUCA, «Giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale: esclusiva o concorrente?», en *Il diritto ecclesiastico*, 1985, págs. 315 y sigs.

¹³ S. GHERRO, «Accordo di modificazioni del concordato Lateranense e giurisdizione dei tribunali ecclesiastici», en *Il diritto ecclesiastico*, 1984, pág. 453.

¹⁴ Cfr. G. B. VARNIER, «I limiti del nuovo matrimonio concordatario», en *Atti del Convegno Nazionale...*, cit., pág. 735.

¹⁵ Cfr. MANTUANO, *ob. cit.*, pág. 605; GHERRO, *ob. cit.*, pág. 459. También, aunque desde una óptica distinta, CARMINE PUNZI, «Il matrimonio concordatario: profili processual-civilistici della nuova disciplina», en *I nuovi accordi...*, cit., pág. 110.

tirse a la ley de ejecución para que clarifique la medida¹⁶. Exactamente como ocurrió en España, que los contradictores mantuvieron sus espadas en alto hasta que el legislador cortara de un hachazo el nudo gordiano. ¿Y cómo lo cortó? Definiéndose por la opción de entender que de ese matrimonio canónico podría ser revisada su validez en sede civil. Pues el artículo 73 del C.C. —tal y como fue redactado por la Ley del 81— dice: «Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración...» No exceptuando la Disposición adicional primera a los matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico de la competencia conferida a los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de las demandas sobre su posible nulidad. Se entendió —acertada o desacertadamente, ésta es otra cuestión— que la tutela de la libertad y los derechos con ella conexos exigía que la voluntad que dio vida al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico —pero fuertemente condicionado por la adición de normas civiles— no sufra merma en el plano jurisdiccional por el simple hecho de una opción confesional ejercitada en el momento constitutivo.

Es decir, se reconocía de algún modo ese *ius poenitendi* del que se habla en la doctrina italiana para justificar lo que he llamado en otro trabajo un *monstrum* de dos cabezas que pueden ser alternativamente cercenadas en una u otra sede¹⁷. Hay que advertir, no obstante, que esta solución bifronte tiene un precedente —muy poco conocido— en el Derecho español, aunque histórico. El Anteproyecto de Código Civil redactado por CIRILO ALVAREZ en 1843¹⁸, en virtud de encargo de la Secretaría de lo civil y presentado para su discusión a la Comisión General de Codificación, preveía en los artículos 116 y siguientes una nulidad del matrimonio en cuanto a los efectos civiles cuyo conocimiento correspondería a la jurisdicción civil, aunque —así lo expresaba su artículo 127— desde que recayera «ejecutoria del Tribunal eclesiástico anulando un matrimonio, quedará fenecido (*sic*) el juicio sobre nulidad del mismo matrimonio pendiente ante el Tribunal civil».

La solución —así personalmente lo veo— es claramente artificiosa y, en todo caso, vulneratoria del A.J., por lo que la Santa Sede se apresuró a protestar verbalmente el mismo día de la publicación de la Ley en el *Boletín Oficial del Estado*, de una interpretación unilateral dada a un

¹⁶ Cfr. VITALI, *La nuova disciplina...*, cit., pág. 86; S. FERRARI, «Gli accordi di Villa Madama e la riforma della legislazione ecclesiastica italiana», en *La Scuola Cattolica*, 1986, páginas 58-59.

Hay que advertir que en el Proyecto de Ley aludido en la nota 6 no se aclara tampoco la cuestión, lo que ha llevado a CASUSCELLI (comentario citado a dicha ley, pág. 880) a insistir en que la futura ley de aplicación del artículo 8 del Acuerdo de Villa Madama debe aclarar expresamente este extremo.

¹⁷ R. NAVARRO-VALLS, *El matrimonio religioso ante el Derecho español*, cit., págs. 157 y sigs.

¹⁸ Texto tomado del manuscrito A, legajo 7, del Código civil, carpeta 2, documento 1, del Archivo de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia).

Acuerdo que contiene en su artículo 7 los mecanismos de consulta para interpretar bilateralmente las cuestiones dudosas¹⁹.

Ahora bien, quedaba todavía una cuestión pendiente (la misma cuestión que se plantea hoy la doctrina italiana) y que probablemente sólo la práctica judicial decidirá: ¿Qué Derecho aplicará el Juez civil?: ¿El Canónico o el Civil?

En el plano de los antecedentes legislativos, si en teoría son detectables situaciones en que la jurisprudencia civil italiana aplica normas canónicas —no en materia matrimonial, sino, por ejemplo, en tema de bienes parroquiales o en tema de determinación del sujeto legitimado para responder de obligaciones debidas a las diócesis²⁰—, también en España existen tales antecedentes, pero referidos ya al matrimonio. Por ejemplo, la Ley de 28 de junio de 1932 preveía el supuesto de aplicación de normas canónicas por los Tribunales civiles españoles en cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de matrimonios canónicos «celebrados antes de la vigencia de esta Ley». Tampoco el Derecho Comparado deja de mostrar ejemplos: así, tras la Ley 462 de 21 de septiembre de 1955 quedaron abolidos en Egipto los Tribunales confesionales y son, desde entonces, los civiles quienes deciden de las cuestiones matrimoniales aplicando la Ley confesional. Y en Austria —tras el Concordato del 33— había esta posibilidad en algunos excepcionales supuestos²¹. La doctrina, tanto de Italia como en España —por razones de lógica jurídica, dentro de lo ilógico del conjunto del sistema—, se inclina por la aplicación del Derecho Civil²².

La realidad es que el enigma —por lo menos, en España— lo ha despejado una modesta sentencia, poco conocida y aún no publicada, de un Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife y de fecha 16 de diciembre de 1986²³. El supuesto de hecho es ciertamente patético: una mujer ya madura conoce a través de un programa radiofónico (que facilitaba contactos entre desconocidos) a un sujeto que, a través de posteriores conversaciones telefónicas, disfrazó su verdadera personalidad tras la fachada —según la sentencia— «de persona sensible, educada y llena de buenas disposiciones». Tras una propuesta de matrimonio (precedida de entregas de dinero por parte de la engañada), éste llega a celebrarse canónicamente, actuando de madrina la que luego se demostrará era concubina del marido. En seguida —y tras nuevas peticiones de dinero, esta vez no atendidas por la esposa, que comenzó a sospechar— el marido la abando-

¹⁹ Sobre este punto: A. DE FUENMAYOR, «Tratamiento civil del matrimonio canónico en la legislación y la jurisprudencia, a partir de los Acuerdos con la Santa Sede de 1979», en *Acuerdos Iglesia-Estado en el último decenio*, Barcelona 1987, págs. 111-112.

²⁰ Cfr. FINOCCHIARO, *Sentenze ecclesiastiche...*, cit., pág. 425.

²¹ Sobre este extremo: R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España*, Madrid 1988, pág. 247.

²² Cfr. FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico*, cit., pág. 287; MANTUANO, *ob. cit.*, pág. 579; R. NAVARRO-VALLS, *El matrimonio religioso...*, cit., pág. 165.

²³ Fuente propia.

nó. La esposa presentó demanda de nulidad del matrimonio no ante el Juez eclesiástico, sino ante el civil. Este —aplicando exclusivamente el Código civil— decretó la nulidad de la unión matrimonial por la vía del artículo 73.4 del Código Civil por error en cualidades esenciales de la persona del esposo. Y es tal la seguridad del Juzgado, que en la exposición de los fundamentos de derecho no hace referencia alguna justificando la directa aplicación del Derecho Civil al matrimonio canónico en litigio.

Todavía —y en relación con la temática que venimos analizando— hay un problema planteado por la doctrina italiana y parcialmente resuelto por la jurisprudencia española.

Si recuerdan, hace unos momentos aludí a la discusión entablada en aquel área (la italiana) acerca del posible juego del artículo 797, núm. 5, del Código de procedimiento, es decir, si dando por supuesto la posible juridicidad del conocimiento por parte de los Jueces civiles de las causas de nulidad sobre matrimonio canónico, la cosa juzgada civil o el simple hecho de presentación ante el Juez civil de una acción sobre el mismo objeto (declaración de nulidad, anulación de transcripción registral o acción de divorcio civil) impediría en todo caso el reconocimiento de una posterior sentencia anulatoria pronunciada por el Tribunal eclesiástico²⁴.

Sobre este punto hubo un intento parlamentario en la génesis de la Ley española de 1981 de «bloquear» el acceso a la jurisdicción civil de una causa sobre matrimonio canónico, consistente en el común acuerdo de las partes en someter la controversia al órgano eclesiástico correspondiente. De modo que los Jueces civiles no pudieran conocer de tal controversia mientras la misma cuestión estuviera pendiente ante la jurisdicción eclesiástica. Sin embargo, en el Pleno del Congreso este límite —propuesto por el Gobierno— quedó difuminado al desaparecer la disposición que lo establecía. De modo que yo adelanté la hipótesis²⁵ de que la opción ante la jurisdicción civil queda abierta hasta que haya cosa juzgada, formal o material, es decir, hasta que haya sentencia de nulidad, firme y ejecutiva, obtenida en la jurisdicción canónica y solicitado su reconocimiento ante los órganos de ejecución estatales. Lo que *sensu contrario* querría decir que no es posible obtener la ejecución de una sentencia canónica de nulidad cuando sobre la misma causa y similar objeto ha recaído sentencia firme civil.

Este criterio ha venido a confirmarlo un reciente auto del Juzgado de Familia núm. 22 de Madrid, con fecha 20 de octubre de 1987, que al rechazar una solicitud de reconocimiento de sentencia canónica de nulidad dictada por un Tribunal eclesiástico hace notar: «En el caso presente el matrimonio estaba ya disuelto en virtud de sentencia de divorcio anterior..., por lo que en forma alguna puede ejecutarse una nulidad de ca-

²⁴ FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico*, cit., págs. 287-288; Id., *Sentenze...*, cit., pág. 416.

²⁵ NAVARRO-VALLS, *El matrimonio religioso...*, cit., pág. 161.

rácter exclusivamente canónico sobre un matrimonio ya inexistente en el campo civil»²⁶.

3. El segundo gran problema que —en lo referente al momento extintivo del matrimonio canónico inscrito— se plantea con especial vivacidad la doctrina italiana es el de la intensidad de los controles que el Juez civil habrá de ejercitar sobre los pronunciamientos canónicos a la hora de su ejecución civil.

Y, en este punto, hay que recalcar una diferencia fundamental sobre la posición de las doctrinas española e italiana cuando se enfrentaron con los respectivos textos pactados en 1979 y 1984.

La doctrina española se encontró ante un brusco cambio entre la situación anterior y la presente, pues del práctico automatismo de las sentencias canónicas y los pronunciamientos *super rato* establecidos en el Concordato del 53 y su Ley de ejecución del 58, se pasó a un sistema distinto, pero rodeado de masivas dosis de ambigüedad ante la enigmática expresión «ajustadas al Derecho del Estado», que tampoco la Ley de ejecución del 81 aclararía con nitidez, según veremos en seguida. La doctrina italiana no se encontró tan desprevenida por los contrastes entre el Concordato del 29 y el artículo 8.2 del Acuerdo del 84. Y ello por dos razones.

La primera fue que el complejo concordatario de 1929 había sido ya gradualmente modificado por el Tribunal Constitucional que, en los últimos decenios, había sido, de hecho, el órgano estatal que ha producido más derecho eclesiástico y que ha contribuido más vigorosamente en el modo de considerar el matrimonio canónico con efectos civiles²⁷. La segunda, que el texto concordatario contenía una cláusula interpretativa (el protocolo adicional al Acuerdo) que evitaba lo que no supo evitar el Acuerdo español: es decir, la existencia de una norma en blanco que hubiere de ser rellenada en toda su profundidad por la doctrina. No utilizó la frase ambigua de «ajustadas» al Derecho del Estado (pesadilla española), sino que intentó precisar en qué términos había de ser interpretada la referencia a los artículos 796 y 797 del Código procesal civil italiano.

Respecto al primer dato, no hay que olvidar que —prescindiendo de matices, que harían interminable esta síntesis— la sentencia del T.C. de 2 de febrero de 1982, al tiempo que declaraba intranscribible el matrimonio religioso contraído por un menor de edad no habilitado por la Ley civil para contraer matrimonio, atribuía a la Corte de Apelación italiana un notable control sobre la sentencia eclesiástica, pues su ejecución se vería denegada si contuviera disposiciones contrarias al orden público o en el procedimiento ante el Tribunal eclesiástico no se hubiera asegurado a las

²⁶ Fuente propia.

²⁷ Cfr. A. PUNZI NICOLÓ, «Due modelli di matrimonio», en *Il diritto ecclesiastico*, 1986, página 36.

partes el derecho de actuar y resistir en juicio en defensa de los propios derechos. Además, sentaba como doctrina constitucional la denegación de efectos civiles a la dispensa pontificia *super rato*. Sin olvidar que sentencias anteriores del propio Tribunal Constitucional habían ya decretado la constitucionalidad de la actuación estatal orientada a desproveer de efectos civiles al matrimonio canónico por la vía del divorcio (sentencia núm. 176 de 1973), así como distinguido entre el acto de elección del matrimonio concordatario (regulado por el Estado) y el acto de celebración mismo, de modo que la inscripción del matrimonio canónico devenía impugnabile cuando fuera realizada por un incapaz natural (sentencia núm. 32 de 1971)²⁸.

De este modo, en la vigilia misma de la firma del Concordato del 84, la situación había sufrido un vuelco —lo que no había ocurrido con idéntica situación en el 79 español—, pues cabía que un matrimonio canónico pudiera quedar fuera del área de ejecutividad civil, ya porque parecía repetir una hipótesis prevista por el Derecho del Estado (matrimonio rato y no consumado, contemplado como causa de disolución del matrimonio por el artículo 3, f), de la Ley 1-XII-1970], ya porque, al contrario, el *caput nullitatis* fuera no coincidente con la causa de invalidez prevista por el Código Civil²⁹. En esta línea, la Corte de Casación había interpretado (no sin vacilaciones) que el orden público constituía una barrera infranqueable³⁰ cuando la causa de invalidez que sustentaba la sentencia de nulidad canónica fuera la reserva mental unilateral no conocida por el otro cónyuge antes de contraer matrimonio (S. Pleno Corte Casación de 1 de octubre de 1982). Digo no sin vacilaciones porque en otros pronunciamientos de la propia Corte (sentencia de 12 de enero de 1984) tales sentencias obtendrían ejecutividad si el que solicitó el reconocimiento civil fuera precisamente el cónyuge que ignoraba la reserva o no se opusiera al reconocimiento³¹.

Así, el número 2 del artículo 8 de los acuerdos de Villa Madama —con su interpretación auténtica contenida en el Protocolo adicional— y en su indirecta referencia al orden público (por la remisión a los artículos del Código procesal civil) aparecía ya con una cobertura jurisprudencial que constituía un *background* de trabajo para los sufridos interpretadores del

²⁸ Circunscribiéndome a la doctrina española, A. REINA («Matrimonio concordatario y jurisprudencia constitucional», en *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Madrid 1983, págs. 674-730) ha publicado un excelente resumen que me exime de insistir en este punto, y al que me remito. Cfr. también: S. DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso*, Milano 1987, págs. 293-453; A. ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano 1987, págs. 29 y sigs.

²⁹ Cfr. PUNZI NICOLÓ, *ob. cit.*, pág. 38.

³⁰ Texto en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1982, págs. 858-862.

³¹ Texto en *Il diritto ecclesiastico*, 1984, págs. 64-67. Sobre las últimas orientaciones jurisprudenciales, vid. el agudo trabajo de R. BOTTA, «L'inutile Concordato», en *Giurisprudenza italiana* (Estratto), 1988, págs. 30-60.

Concordato italiano. Con lo cual no quiere decirse que las aguas discurran serenas ante la interpretación doctrinal de esta noción, que ya los internacionalistas califican de «atormentadora».

Efectivamente, a poco que se acerca uno a las exégesis doctrinales actuales se observa un notable desconcierto. De entrada al orden público se le añaden adjetivos que hacen no unívoca la exégesis: orden público italiano, orden público interno, orden público internacional, orden público eclesiástico, orden público eclesiástico-internacional, orden público constitucional, etc.³². De este modo, para algunos, el orden público no implica que haya de hacerse un estricto cotejo entre el *caput nullitatis* canónico y sus homólogos civiles, pues el orden público canónico y el civil se aproximarían al poner ambos su acento, más que en la declaración de voluntad de los cónyuges, en la perfección del consentimiento, de forma que las únicas hipótesis en las cuales la sentencia eclesiástica contrastaría con el orden público serían aquellas en que la nulidad depende de típicos motivos confesionales contrastantes con el principio de orden público derivante del inviolable derecho de libertad religiosa (*disparitas cultus*, orden sagrado y voto público perpetuo de castidad). Ningún vicio del consentimiento previsto por el Derecho Canónico contrastaría así con el orden público civil, pues la comparación no es entre singulares *capita* de uno u otro ordenamiento, sino entre la sentencia canónica y los principios estructuradores del instituto matrimonial según el ordenamiento italiano³³. Otros —siguiendo débiles pistas de la Corte de Casación— hablan de «mayor o menor» coincidencia entre causas de nulidad de uno u otro ordenamiento³⁴. Y algunos resucitan en toda su vivacidad el viejo problema que se creó en algunos excepcionales supuestos anteriores al Concordato de 1929 sobre el tema de la *causa ammesa*³⁵. Sin que falte quien remita a la cordura de la jurisprudencia el graduar el mayor o menor contraste entre la sentencia y el orden público italiano o internacional³⁶.

³² Cfr. P. CONSORTI, «Delibazione di sentenze ecclesiastiche e limite dell'ordine pubblico dopo il nuovo Accordo di Villa Madama», en *Il diritto ecclesiastico*, 1986, págs. 402 y 404.

³³ Cfr. FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico*, cit., págs. 291 y 292.

³⁴ A. PUNZI NICOLÓ, *Due modelli...*, cit., págs. 37-38.

³⁵ La Ley de ejecución del Concordato de 1929 contempló el supuesto de una sentencia de nulidad canónica que afectara a un matrimonio también celebrado civilmente por las mismas partes. Tal sentencia sólo tendría efectos civiles si la causa de nulidad canónica tuviera correspondencia con los motivos de nulidad previstos para el matrimonio civil. De ahí la denominación de *causa ammesa*. Esta expresión fue profusamente analizada por la doctrina italiana, que discrepó entre sí acerca del exacto alcance del término. Cfr. L. M. DE BERNARDIS, «L'art. 22 della legge matrimoniale n. 847 del 1929 e la sentenza n. 18 del 1982 della corte costituzionale como premesse di una nuova disciplina concordataria», en *Il diritto ecclesiastico*, 1982, págs. 420-428.

³⁶ Cfr. A. VITALE, *ob. cit.*, pág. 333. El Proyecto de Ley al que hicimos referencia en la nota 6 no resuelve la cuestión, moviéndose en un plano de deliberada generalidad: «Le sentenze di nullità del matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici sono dichiarate efficaci, su domanda delle parti o di una di esse, dalla Corte di appello della circoscrizione a cui appartiene il comune presso il quale è stato trascritto l'atto di celebrazione del

El problema que ocupa a nuestros colegas italianos —aún huérfanos de ley de ejecución— ¿ha sido resuelto en el ámbito español en la Ley del 81 y en la jurisprudencia posterior española? Para su consuelo —y su alerta— hay que confesar que sólo en parte. Veámoslo más cerca.

Ante todo, hay que decir algo que convierte nuestra ley de ejecución en el *stupor mundi*, algo que probablemente no sepan nuestros colegas italianos y tal vez tampoco algún español, pues yo mismo —que denuncié el desafuero hace años³⁷— solamente hace unos días he sido consciente de que el desafuero era aún mayor del denunciado³⁸. El caso es el siguiente: de las dos normas contenidas en la Ley del 81 que regulan la ejecución de sentencias eclesiásticas en el ordenamiento español (el art. 80 del C.C. y la Disposición adicional segunda de la Ley), una de ellas (la mencionada en segundo lugar) es un tipo notable de irregularidad, sin claros precedentes en el Derecho parlamentario. Una parte de esa norma tal y como fue promulgada no ha sido aprobada ni por el Congreso ni por el Senado. Presten atención porque no es fácil seguir la descripción de la anomalía. En el Pleno del Senado se había aprobado un texto, pero en el *Boletín del Senado* se publicó no el aprobado en el Pleno, sino el aprobado en la Ponencia, faltando un inciso importante (la referencia al artículo 951 y concordantes de la L.E.C.). Y así llegó al Congreso un texto realmente no aprobado por el Senado. Y ocurrió, además, que el texto que aprobó el Congreso no se publicó en el B.O.E. como fue aprobado, sino que se publicó en los términos que habían sido expresamente rechazados y que tampoco correspondían al texto aprobado por el Pleno del Senado, sino al de la Ponencia de la Cámara Alta. De modo que hoy es ley vigente un número 2 de la Disposición adicional segunda —como digo— no aprobado ni por el Pleno del Senado ni por el Pleno del Congreso.

Como comprenderán, si así de confusas están las cosas en su punto de partida no es de extrañar que no sean nítidas en su punto de llegada.

Efectivamente, la doctrina española (no les cansaré con la particularizada descripción de los mil y un matices), al interpretar la noción de «ajuste» al Derecho del Estado y la remisión correspondiente al artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hace el artículo 80 del Código Civil, discrepa en los siguientes puntos³⁹:

matrimonio, ai sensi degli art. 796 e 797 del codice di procedura civile, dell'articolo 8 dell'Accordo 18 febbraio 1984 e del punto 4 del Protocollo addizionale, ratificati con legge 25 marzo 1985, n. 121.» Esto ha llevado a CASUSCELLI (*Comentario*, cit., pág. 881) a exigir una mayor concreción a la futura norma con expresa referencia al orden público y aclarando lo que significa que el juez deba tener en cuenta «la especificidad del ordenamiento canónico».

³⁷ Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *La posición jurídica...*, cit., pág. 702, nota 91.

³⁸ Cfr. RODRÍGUEZ-CHACÓN, *ob. cit.*, págs. 573-576.

³⁹ La bibliografía es tan sumamente extensa que renuncio a una relación particularizada de la totalidad de los trabajos que han abordado el problema. Me remito a la bibliografía citada en los trabajos más recientes sobre este tema: M.^a TERESA ARECES PIÑOL, «La declaración de "ajuste al Derecho del Estado" en el supuesto de simulación», en *Revista de Dere-*

a) Respecto a que no haya sido dictada en rebeldía la sentencia eclesiástica como condición para ser ejecutorizada, unos entienden que la rebeldía basta que sea material, es decir, sin comparecencia del demandado en el proceso seguido ante la jurisdicción eclesiástica (aunque se le haya citado en forma), y otros sostienen —aplicando el criterio del Tribunal Supremo español— que no hay tal rebeldía si se ha observado el principio jurídico procesal de que nadie pueda ser condenado en juicio sin previa oportunidad de audiencia, de modo que siempre que tal oportunidad haya sido ofrecida a la parte ausente, la rebeldía no debe repercutir en la homologación civil.

b) Respecto a la referencia a que «la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España» (núm. 3, art. 954) prácticamente va coincidiéndose en que es equivalente a que no contradiga el orden público, pero se discrepa en todo lo demás. Un sector excluye que el Juez civil deba examinar el motivo o causa de nulidad en que se basa la decisión canónica; otro sector, al contrario, entiende fundado en Derecho el proceder del Juez civil orientado a examinar la concreta causa de nulidad en que se basa la decisión canónica para realizar su cotejo con el elenco civil de causas de nulidad; otros, en fin —y éste es mi caso—, entienden que existiendo voluntad conjunta primero de someter la revisión de validez a los Tribunales eclesiásticos y luego de homologarla civilmente, la lógica jurídica exige que la voluntad civilmente respetada en el momento constitutivo (es decir, al celebrar el matrimonio canónico con efectos civiles) igualmente sea respetada en el momento extintivo. Interponer ahora, frente a esa voluntad, una irreal y fantasmagórica voluntad legislativa, apoyándose en una interpretación del orden público rayana en el imperalismo jurídico supondría un colosal *fraus legis* operado por la propia Ley. El único efecto que obtendría aquí la reserva de orden público vendría orientada a eliminar el «desajuste» de la decisión eclesiástica con situaciones o bien consolidadas por los propios contrayentes en el marco del Derecho Civil o con él contrastante. Circunstancia que ocurriría, por ejemplo, en la sentencia canónica de nulidad dictada por existencia de impedimento canónico no dispensado en esta sede, pero sí en la esfera civil, y que en las circunstancias legales ha producido ya su convalidación; o en aquella que decidiera la nulidad de un matrimonio ya anulado en sede civil o allí disuelto; o bien que declarara válido por la vía del recurso de revisión

cho Privado, enero 1988, págs. 17-34; J. SALAZAR-ABRISQUETA, «La cláusula de ajuste al Derecho del Estado en la eficacia civil de las sentencias eclesiásticas de nulidad del matrimonio», en el vol. *Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad plural. Estudios en honor del Dr. D. Lamberto de Echevarría*, Salamanca 1987, págs. 343 y sigs.; L. M. CUBILLAS RECIO, *El sistema matrimonial español y la cláusula de ajuste al Derecho del Estado*, Valladolid 1985; J. FERRER ORTIZ, *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*, Pamplona 1986; J. M. MARTINELL, «Eficacia civil de las resoluciones canónicas sobre nulidad o disolución del matrimonio en el ordenamiento español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1985, págs. 235-274.

canónica un matrimonio canónico cuya nulidad ya se ejecutó anteriormente en sede civil.

c) Respecto a la condición —establecida en la adicional segunda— de que para ejecutar la sentencia eclesiástica se precise que no se haya formulado oposición por la parte o por el fiscal, un sector entiende que tal oposición ha de ser fundada y otros sostienen que no hace falta especial fundamentación: basta el hecho de oponerse.

Resumido lo dicho por la doctrina, entiendo yo que lo que puede interesar tanto a italianos como españoles, prescindiendo de elucubraciones teóricas que vienen agotándonos (por lo menos, a los españoles), es cómo los órganos jurisdiccionales españoles vienen aplicando la Ley.

Aunque sea salirse un tanto de las causas de nulidad, digamos que un punto que preocupaba a la doctrina española (por lo menos a alguna, que planteaba la posible inconstitucionalidad de la aplicación del divorcio a los matrimonios canónicos) ha quedado definitivamente resuelto por un auto del T.C. de 31 de octubre de 1984. A diferencia del T.C. italiano —que el tema lo abordó con una sentencia—, el español lo ha despachado con un simple auto y con este razonamiento: si la Ley de 7 de julio de 1981 prevé el pleno reconocimiento de los matrimonios celebrados según las normas del Derecho Canónico «... tal reconocimiento no supone la asunción por el Estado de las características y propiedades que la Iglesia Católica asigna al matrimonio en su fuero propio, dado que, por su carácter pluralista y aconfesional, el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídico-civil los principios o valores religiosos que gravan la conciencia de determinados fieles...»⁴⁰.

Volviendo a la cuestión pendiente, hay que admitir que, a diferencia del Acuerdo italiano que atribuye —al igual que el portugués— el reconocimiento de las sentencias canónicas a los Tribunales de Apelación o que el colombiano, que los atribuye al Tribunal Supremo del Distrito, el español —mejor, su ley de ejecución— los atribuye a los Jueces de Primera Instancia —y con carácter de inapelable—, de modo que no cabe (salvo cuando entra la causa en el procedimiento que corresponde) unificación por vía jurisprudencial, y esto —que cabría suponer daría lugar a una dinámica perturbadora y punto menos que caótica—, sin embargo, por los datos de que dispongo, no lo ha sido tanto.

Tales datos, al no publicarse en revistas científicas (salvo ocasionales referencias), he debido obtenerlos de fuentes propias, de una excelente tesis doctoral de un miembro del Departamento que me honro en presidir⁴¹,

⁴⁰ El texto íntegro del auto mencionado puede verse en C. LARRAINZAR, «Libertad religiosa y reconocimiento civil del matrimonio canónico», en *Aspectos jurídicos...*, cit., páginas 339-342.

⁴¹ RODRÍGUEZ CHACÓN, *ob. cit.*, págs. 646 y sigs.

y de algún trabajo aislado ⁴². Pienso que a algunos de ustedes pueden resultar novedosos.

Lo primero que destaca es que los criterios aplicativos son menos dispares de lo que podía suponerse; lo segundo, es que en la aplicación de la Ley los órganos jurisdiccionales se han fijado más en cuestiones procesales que en las sustantivas, sobre las que tantas vueltas ha dado la doctrina. Y no sin buena lógica, pienso yo. Veamos las soluciones jurisprudenciales.

La oposición por una de las partes cuando la otra pide la ejecución de la sentencia civil es la principal cuestión sobre la que incide la jurisprudencia. El criterio general es que si hay oposición —aunque no sea fundada— se deniega la ejecución (no siempre cuando es el fiscal quien se opone), y, al contrario, si tal oposición no se da suele prescindirse de todas las elucubraciones doctrinales y se entiende por los Jueces que existe ajuste sustantivo, sea cual sea la causa de nulidad en que se basa la sentencia canónica.

Tal vez el criterio más explícito en esta línea —y que parece acoger la tesis del mínimo control sobre las cuestiones de fondo— sea este considerando del auto de 20 de febrero de 1982 del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Barcelona, en el que se sostiene que el ajuste sustantivo existe por el mero hecho de tratarse de sentencia de nulidad, es decir, que es lícita en España la pretensión de ejecución de sentencias de nulidad eclesiástica, «ya que en el Derecho patrio actual cabe el instituto de la nulidad matrimonial». Así, se han declarado ajustadas sentencias por exclusiones unilaterales de la perpetuidad o incapacidad para asumir: auto de 3 de abril de 1986, Juzgado Primera Instancia núm. 25 de Madrid ⁴³.

Naturalmente hay excepciones a este criterio que nos permiten vislumbrar cuál es la noción de ajuste sustantivo que manejan algunos juzgados. La línea más «dura» —que suele encontrar su representación en el titular del Juzgado núm. 22 de Primera Instancia de Madrid— es la que busca una correlación prácticamente literal entre la causa motiva de la nulidad canónica y la enumeración civil de las mismas en el artículo 73 del C.C. Así, el auto de dicho Juzgado de 18 de junio de 1986, deniega la ejecución por miedo reverencial aduciendo «que si bien es cierto que el miedo se acoge como causa de nulidad en el núm. 5 del artículo 73, también es cierto que el miedo reverencial no tiene cabida en esa causa...» ⁴⁴.

La más benigna es la de que «el concepto de licitud a que se refiere la circunstancia tercera del artículo 954 no significa que la causa de nulidad apreciada por el Tribunal eclesiástico haya de coincidir gramaticalmente con alguna de las enumeradas en el artículo 73 del Código Civil, sino que no ataque o sea contraria a los principios que informan el ordenamiento

⁴² ARECES PIÑOL, *ob. cit.*

⁴³ Citados por RODRÍGUEZ CHACÓN, *ob. cit.*, págs. 656-658.

⁴⁴ También citado por RODRÍGUEZ CHACÓN, *ob. cit.*, págs. 658-659.

jurídico español en materia matrimonial». Este criterio tiene especial importancia porque se trata de la primera sentencia (no auto) que conozco de un Juzgado recaído en un proceso de menor cuantía, es decir, el proceso correspondiente al que las partes pueden acudir cuando el auto denegatorio e inapelable del Juzgado de Primera Instancia se produce. De este modo, el Juez decreta la ejecutividad de una sentencia canónica de nulidad dictada por «incapacidad para asumir», aunque el Juez de familia había denegado tal ejecutividad por oposición del fiscal⁴⁵.

En la misma línea se mueve el auto de 11 de noviembre de 1985 de la Audiencia Territorial de Valencia, que al denegar un recurso de apelación contra la decisión de un Juzgado que había dado ejecutividad a una sentencia económica por reserva unilateral, hace las siguientes consideraciones de carácter sustantivo al sentar que la oposición no puede ser simplemente formularia (no fundada) ni tampoco extralimitarse «respecto a los términos estrictos de la verificación formal de la resolución como auténtica o respecto al ámbito normal de este ajuste al Derecho del Estado», que para la Audiencia Territorial debe entenderse en el sentido de que los motivos acogidos por el Tribunal eclesiástico no sean «contrarios o prohibidos por el orden público en el Derecho del Estado», pero sin mayores facultades para extender tal homologación a una correspondencia «exacta y fiel de la causa acogida a una correlativa del Código Civil». Concluyendo que la simulación por reserva mental viene acogida en la causa 1.^a del artículo 73 del Código Civil: «matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial»⁴⁶.

Dada la especial preocupación que la doctrina italiana manifiesta respecto a la eficacia de las sentencias canónicas de simulación en el orden civil, no estará de más detenernos un tanto en algunos pronunciamientos sobre esta materia de órganos jurisdiccionales españoles, aparte del ya anteriormente enunciado. Circunscribiéndonos a los archivos de los cuatro Tribunales de familia de la ciudad de Barcelona —recientemente exhumados⁴⁷— se observa que desde 1981 a 1987 se han conocido 266 procesos en solicitud de eficacia civil de sentencias canónicas de nulidad, de ellos más de 30 hacen referencia expresa a la simulación parcial. Y la tendencia es mayoritariamente favorable a declarar ajustadas al Derecho del Estado las de nulidad canónica basadas en simulación parcial.

Tal vez sea el auto número R. 208/1986 el más sintomático de esta tendencia mayoritaria y con el siguiente razonamiento jurídico: «La Disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y el artículo

⁴⁵ Sentencia de 23 de enero de 1985, del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia (fuente propia).

⁴⁶ Fuente propia.

⁴⁷ Cfr. ARECES PIÑOL, *La declaración de ajuste...*, cit., en especial págs. 30-34. Los autos que transcribo a continuación vienen reseñados en este mismo trabajo.

lo 80 del C.C. de Derecho sustantivo condicionando la eficacia en el orden civil solicitada a que se aprecie que la resolución dictada por el Tribunal Eclesiástico de Barcelona y ratificada por Decreto del Tribunal de la Rota es ajustada al Derecho del Estado, no pudiendo en todos los casos examinar las causas de nulidad previstas en el Código Civil con un espíritu restrictivo (se trataba de una sentencia canónica de nulidad por exclusión de la prole), ya que ello supondría que el legislador ha incurrido en una *contraditio in terminis* al no existir correlación entre ciertas causas de nulidad previstas en el Código de Derecho Canónico y el Código Civil, como es la que nos ocupa; o en otro caso sería la del matrimonio rato y no consumado, debiéndose examinar en estos casos únicamente la concurrencia de los requisitos del artículo 954 de la L.E.C. y la autenticidad de la ejecutoria entre otros aspectos procesales, ya que otra forma de resolver iría en contra del principio de eficacia de las normas jurídicas...»

Y en sentido concorde con el anteriormente transcrito auto de la Audiencia Territorial de Valencia (inclusión de la simulación en el artículo 73 del Código civil), el auto núm. R 585/1985 del Tribunal de familia número 17 de Barcelona hace notar que la exclusión de la indisolubilidad «está recogida en el punto primero del artículo 73 del Código Civil» y, al no haberse formulado oposición, «se acuerda la eficacia civil de la sentencia canónica»⁴⁸.

Así, pues, lo que ha sido un vendaval en la doctrina va quedando reducido en la práctica a una «tempestad en un vaso de agua», porque la jurisprudencia mayoritariamente parece entender que si el sistema permite la libertad en el momento de la elección de un matrimonio regulado por normas propias lo lógico es que si esas normas han sido contravenidas se acepte la libertad en la ejecución civil, es decir, la no oposición.

4. Ahora conviene cambiar la óptica de los problemas que crea el matrimonio concordatario desde el momento extintivo al momento registral.

Como es sabido, el Acuerdo de 1984 ha tenido el buen criterio de enumerar qué concretas modalidades de matrimonios canónicos no podrán tener acceso al Registro civil italiano (el del menor de edad según la legislación civil, el del interdicto por enfermedad mental, el de quien ya estuviera unido por otro matrimonio válido con efectos civiles y el celebrado con impedimentos que deriven de delito o de afinidad en línea recta), aunque admite la transcripción en esos supuestos cuando, según la ley civil, la acción de nulidad o de anulación no pueda ser ya interpuesta. Sin desconocer pequeños problemas de interpretación que crean esos supuestos en la doctrina italiana (por ejemplo, si ha de primar el criterio de la sen-

⁴⁸ Como queda dicho en el texto, esta orientación proclive a declarar la ejecución civil de las sentencias canónicas basadas en simulación parcial es *mayoritaria*, no unánime. Así, la propia ARECES PIÑOL, *ob. cit.*, pág. 32, aporta otros autos contrarios a dicha eficacia.

sentencia núm. 16/1982 del T.C. —que no lo declaraba inscribible en modo alguno— o el criterio que se deduce del Acuerdo de la posibilidad de la inscripción tardía del matrimonio del menor cuando se da el supuesto del artículo 117.2 del Código Civil, es decir, alcanzar la mayoría de edad y transcurrido un año), en sus líneas generales el problema ha sido resuelto, por lo que no me detendré en plantear aquí los problemas que tenemos en España ante esa falta de enumeración y el criterio del artículo 63 del Código Civil, párrafo 2.º.

Más bien voy a plantear en el Derecho español los supuestos que vienen preocupando a la doctrina italiana de algunos matrimonios canónicos no expresamente previstos en el Acuerdo: el matrimonio canónico celebrado en el extranjero, el matrimonio celebrado en forma extraordinaria y el matrimonio secreto: prescindiré de los problemas de orden menor que crea la inscripción del matrimonio condicionado y el celebrado por poder o la inscripción *post mortem*.

Respecto al primer supuesto, un sector de la doctrina⁴⁹ entiende que el procedimiento de inscripción previsto en el artículo 8.1 del Acuerdo sólo es actuable en el territorio nacional italiano, por lo que no es posible la inscripción del matrimonio canónico celebrado en el extranjero por la vía del Acuerdo: sólo lo sería por el cauce de las normas de Derecho internacional privado, si la ley del país extranjero donde se celebró reconocía la forma canónica como vehículo adecuado para expresar una voluntad matrimonial civilmente reconocida. Por el contrario, otro sector⁵⁰ sostiene que dado que la Iglesia no tiene una dimensión territorial fija parece inútil formalismo entender que el lugar donde el matrimonio se ha celebrado deba encontrarse en Italia, por lo que no hay razón sería para oponerse a la transcripción sobre la base del artículo 8 del Acuerdo⁵¹.

Tal controversia es trasladable a España, aunque con matices. El Acuerdo jurídico —al no exigir formalidades civiles de ningún tipo al matrimonio canónico (no hay la obligación concordataria de explicar por el párroco o delegado los efectos civiles del matrimonio ni previa publicación en el Ayuntamiento)— es claro que no distinguía, a efectos de inscripción, el matrimonio canónico celebrado en el extranjero o en España. Sin embargo, la ley de ejecución los distinguió, pues el artículo 63 preveía que el matrimonio celebrado en España en forma religiosa se inscribiría

⁴⁹ Cfr. FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico*, cit., págs. 282 y 283; DE LUCA, *Il riconoscimento...*, cit., pág. 426; L. MUSELLI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino 1986, página 117.

⁵⁰ Cfr. A. VITALE, *Corso...*, cit., pág. 320.

⁵¹ No obstante, el Proyecto de Ley matrimonial citado en nota 6 —si es que prospera en la nueva legislatura— inequívocamente se pronuncia en favor de la primera interpretación anotada en el texto, pues en su artículo 1 establece: «I matrimoni contratti *nel territorio dello Stato* avanti l'ordinario del luogo, il parroco o il ministro di culto da lui delegato, celebrati ai sensi dell'articolo 8, n.º 1, primo comma, dell'Accordo 18 febbraio 1984 ratificato con legge 25 marzo 1985, n. 121, producono gli effetti civili... etc.»

con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva (sin expediente previo), mientras que el artículo 65 exigía —a los restantes matrimonios— o bien un previo expediente civil antes de celebrarlo o un expediente civil antes de inscribirlo.

Ante esta contradicción, la Dirección General de los Registros estableció en su resolución de 2 de noviembre de 1981 el siguiente criterio corrector: «Siempre ha de ser preferible en la labor interpretativa de unas normas que atañen a un compromiso internacional suscrito por España acoger la solución que no vulnere este compromiso... Debe tenerse presente que no hay motivos claros para establecer, a efectos de su inscripción en el Registro, una diferencia tajante entre los matrimonios en forma canónica celebrados dentro y fuera del territorio español.» De modo que «los matrimonios celebrados por cualquier español en forma canónica se inscribirán en el Registro civil con la simple presentación de la oportuna certificación eclesiástica, sin perjuicio de la denegación del asiento por aplicación del artículo 63, párrafo 2.º, del Código Civil». Por lo demás, el artículo 265 del reciente R.D. 1917/1986, de 29 de agosto, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento del Registro Civil, al referirse a las sentencias extranjeras (cuyo reconocimiento en España habrá de hacerse conforme a lo dispuesto en las leyes procesales) las distingue de las de nulidad canónica, estableciendo un régimen igual, ya sean dictadas en España o fuera de ella⁵².

En lo que concierne al matrimonio celebrado en forma extraordinaria, la doctrina italiana tampoco adopta una posición unívoca. Para algunos⁵³ tales matrimonios han de ser inscritos, obteniendo así eficacia civil, pues el texto del Acuerdo no subordina la atribución de los efectos civiles a los solos matrimonios celebrados ante el ministro de culto, como establecía el artículo 5 de la Ley de 27 de mayo de 1929, núm. 847. Lo que no debe ser contradicho por el hecho de que el texto del Acuerdo hable del «párroco o su delegado» (que explicarán los efectos civiles, etc.), ya que, por un lado, el texto prevé el supuesto más común y, en todo caso, siempre puede el párroco tener noticia del matrimonio así celebrado procediendo a las formalidades civiles, sobre todo teniendo en cuenta que la jurisprudencia italiana otorga a tales formalidades un valor muy limitado. Otros⁵⁴, sin embargo, lo entienden no inscribible, pues el Acuerdo no cambia las cosas en este punto respecto a la Ley Matrimonial de 1929, ya que las formalidades civiles que se integran en el momento constitutivo del matrimonio concordatario han de ser efectuadas, precisamente, por el párroco o delegado «después de la celebración del matrimonio canónico».

⁵² Sobre este punto, vid. las observaciones de R. DURÁN RIVACOBA, *La inscripción en el Registro Civil del matrimonio canónico*, Madrid 1988, págs. 99-102.

⁵³ Cfr. DE LUCA, *Il riconoscimento...*, cit., págs. 421-422.

⁵⁴ Cfr. FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico*, cit., pág. 281; VITALI, *Prime considerazioni...*, citada, pág. 698.

En España —aunque jurisprudencialmente no ha sido contemplado el supuesto— hay una relativa unanimidad doctrinal, pues tanto el Acuerdo como la Ley de 1981 le confieren eficacia civil al ser uno de los matrimonios celebrados según las normas canónicas e incluidos, por tanto, en el radio de acción del artículo 60 del Código Civil, pues éste se refiere a juez o funcionario, que de ningún modo deben intervenir en los matrimonios canónicos. La inscripción deberá realizarse mediante los oportunos títulos a que dan lugar las comprobaciones realizadas en expediente abierto por las autoridades eclesiásticas, y será precedida del control establecido en el Derecho para cualquier tipo de matrimonio canónico⁵⁵.

En fin, el matrimonio celebrado en secreto (antes de conciencia) se discute también en Italia la posibilidad de su inscripción, pues algún sector sostiene que tales matrimonios son incompatibles con el inicial acto de elección entre matrimonio civil y matrimonio transcrito, no siendo posible tampoco una transcripción tardía dada la inadmisibilidad de un negocio de elección con vistas no a una transcripción inmediata, sino futura en tiempo incierto o indeterminado⁵⁶.

En España hay que partir de un dato previo: que en la última reforma del matrimonio en el Código Civil la propia existencia y oportunidad legal en su tratamiento dio lugar a intensas discusiones parlamentarias (hubo una firme resistencia de los grupos socialista y comunista, pues se oponían en especial a conceder efectos civiles a la figura canónica), pero a la postre lo reconoció —para el matrimonio civil— el artículo 54 del Código Civil. Pero al no ser aplicable esta norma al matrimonio canónico, se plantea la duda de su posible eficacia civil.

La corriente mayoritaria⁵⁷ entiende notorio su reconocimiento en el Derecho español, tanto por el sentido en sí del Acuerdo jurídico como por la interpretación parlamentaria que de él se hizo. Así, el ponente de la minoría mayoritaria en el Senado se inclinó por su eficacia civil: «A nosotros nos basta con que exista una sola pareja que quiere el respeto a esa intimidad... para que nosotros la respetemos», pues para incluir el matrimonio secreto en el Código «desde el punto de vista del respeto a los Tratados con la Santa Sede hay una razón importante, y es que una de las formas de matrimonio es la del matrimonio secreto, y nosotros tenemos firmado un Tratado con la Santa Sede y, como respetamos el Estado de Derecho, el artículo 96 de la Constitución nos dice que los Tratados internacionales, firmados y ratificados, forman parte del Derecho interno»⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, *ob. cit.*, págs. 203-206.

⁵⁶ Cfr. FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico*, cit., pág. 281.

⁵⁷ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, *ob. cit.*, págs. 186 y sigs.

⁵⁸ D.S.S., núm. 110, 15 de junio de 1981, págs. 5598 y 5599.

5. Sin ánimo de querer agotar los problemas que el Acuerdo italiano de 1984 plantea a la doctrina en materia de inscripción y que sean exportables de algún modo a España, parece obligado referirse al viejo problema que dividió a la doctrina —y sólo resuelto en parte por el artículo 8— relacionado con la relevancia de la voluntad de los contrayentes a los efectos civiles.

El nuevo Acuerdo sólo concede inequívocamente a los cónyuges tal facultad —es decir, evitar la transcripción no confiriendo efectos civiles a su matrimonio— en el caso de inscripción tardía: sin embargo, nada explícita en relación con la transcripción ordinaria (*tempestiva*).

Es evidente que el hecho de que los esposos pidan conjuntamente la publicación civil del matrimonio, que escuchen la lectura de los artículos del Código Civil y que firmen los dos ejemplares certificativos del matrimonio (uno para los registros parroquiales y otro para los del estado civil) son datos indicativos de que desean no sólo celebrar un acto exclusivamente religioso, sino un acto destinado a tener efectos también en la esfera civil. En esto concuerda toda la doctrina⁵⁹. El problema se plantea —por ejemplo— si uno o los dos esposos manifiestan una voluntad contraria a la transcripción civil. ¿Es posible tal inscripción?

Si se acepta la tesis de que la lectura de los artículos del Código Civil no se requiere *ad substantiam*, si es verdad que la publicación puede tener lugar después de celebrado el matrimonio sobre la base de la transmisión del acta al oficial del estado civil, no cabría hablar de ninguna participación directa y explícita de las partes en el procedimiento de atribución de efectos civiles en su enlace religioso. De ahí que no podría afirmarse inequívocamente que el texto del Acuerdo avale la tesis de que la atribución de los efectos civiles dependa de la voluntad de las partes. Ello habría de establecerlo explícitamente la Ley de ejecución⁶⁰.

Sin embargo —a otros autores—, les parece que la voluntad conjunta de los esposos impediría la transcripción también ordinaria, so pena de violar la libertad nupcial (en sentido civil); no estando claro que baste la voluntad contraria de uno sólo⁶¹.

En España, al autor que con mayor profundidad ha estudiado la inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil⁶² no le parece haber

⁵⁹ Cfr. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo Concordato...*, cit., pág. 1209.

⁶⁰ Cfr. DE LUCA, *Il riconoscimento...*, cit., pág. 424. Sin embargo, el propio DE LUCA entiende que, en caso de falta de declaración de voluntad de los esposos que acompañe a la petición de transcripción, la voluntad de atribuir efectos civiles al matrimonio canónico sólo se presumiría en el caso de que las partes hubieran solicitado la publicación del matrimonio proyectado antes de su celebración.

⁶¹ Así, por ejemplo, MUSELLI, *ob. cit.*, págs. 151-152. El tantas veces citado Proyecto de nueva Ley matrimonial italiana le parece a CASUSCELLI, cit., pág. 880, «*imperniato sulla esclusiva rilevanza della volontà dei coniugi per gli effetti civili*».

⁶² Cfr. DURÁN RIVACOBIA, *ob. cit.*, págs. 40 y sigs. Por mi parte, ya hace años que entendí contrario al texto del Acuerdo de 1979 esta autonomía de los cónyuges: NAVARRO VALLS, *Los efectos civiles...*, cit., págs. 236-238.

fundamento para polemizar sobre este extremo. Coincido con él, pues, por una parte el artículo 71.1 de la L.R.C., *in initio*, establece que: «Están obligados a promover la inscripción del matrimonio canónico los propios contrayentes» (aunque el resto del inicio, que definía el medio para lograrlo, quede sustituido por el Protocolo final del A.J.); por otra, porque el debate parlamentario de la reforma de 1981 así lo declara —«los efectos civiles del matrimonio religioso no pueden depender de la voluntad de los contrayentes»⁶³—, y, en fin, porque la propia Dirección General de los Registros, en su resolución de 23 de diciembre de 1981, así lo aclaró: no cabe que «por la sola voluntad de los cónyuges éstos puedan desligarse sin formalidad alguna de su unión libre y voluntariamente aceptada».

6. ¿Qué conclusión sacar de esta comparación de problemas entre el matrimonio concordatario italiano y el español? Pues la conclusión que destaca es que, en materia jurídica, no siempre los compromisos llevan a resultados óptimos. Y ello porque, a veces, las soluciones de compromiso son discutibles, ya que los compromisos suelen nacer para calmar las pasiones, pero no para satisfacer las inteligencias. De ahí que —de algún modo— comparta con CAPUTO⁶⁴ su apreciación de que ROCCO y GASPARRI eran dos juristas de raza: sabían que o se separaba en el matrimonio el negocio civil del sacramento (y entonces no cabía otra opción que reconocer los *ritos* del matrimonio canónico, pero sometiendo su fondo en su totalidad al Derecho Civil) o se unían, en la materia, los dos ordenamientos y entonces no cabe más sistema coherente que la adopción del matrimonio canónico como un *totum* en el sistema civil (Concordato de 1929 italiano o español de 1953). Otras soluciones concordadas —no obstante su calidad técnica— suelen escapar a la lógica jurídica, creando monstruos genéticamente tarados y pesadilla de juristas, ya sean civilistas, eclesiasticistas o canonistas.

⁶³ Informe de la Ponencia, B.O.C.G., Senado, I Legislatura, Serie II, núm. 161, a), 8 de junio de 1981, pág. 105.

⁶⁴ Cfr. CAPUTO, *L'efficacia civile...*, cit., pág. 299.