

# La disolución del matrimonio en Derecho canónico y sus efectos civiles

por MARIANO LOPEZ ALARCON

Profesor Adjunto

## SUMARIO:

- I. Las situaciones finales del matrimonio.
- II. El principio de indisolubilidad.
- III. Excepciones al principio de indisolubilidad.
  - A) La disolución del matrimonio inconsumado.
    - a) Antecedentes históricos.
    - b) Causas de disolución y requisitos comunes.
      - a') Disolución por profesión religiosa.
        - a'') Antecedentes históricos.
        - b'') Fundamento.
        - c'') Derecho vigente.
      - b') Disolución por dispensa pontificia.
        - a'') Antecedentes históricos.
        - b'') Naturaleza de la dispensa.
        - c'') Derecho vigente.
  - B) La disolución del matrimonio legítimo consumado.
    - a) El privilegio paulino.
      - a') Antecedentes históricos.
      - b') Origen del privilegio.
      - c') Fin que persigue
      - d') Condiciones para su uso legítimo.
      - e') Efectos.
      - f') Favor de la fe y privilegio paulino.
    - b) El privilegio petrino.
      - a') Noción.
      - b') Fundamento.
      - c') Extensión.



- d') Supuestos.
  - a") Privilegio petrino en el matrimonio de dos infieles.
  - b") Matrimonio de infiel con acatólico bautizado.
  - c") Matrimonio de infiel y católico.
  - e') Condiciones de aplicación.
  - f') Momento de la disolución.
  - g') Procedimiento.
  - h') Favor de la fe y privilegio petrino.
- C) Efectos canónicos de la disolución.
- IV. La recepción en el Derecho español de la disolución canónica del matrimonio.
  - A) La recepción o reenvío en general.
  - B) La recepción del matrimonio canónico en el Derecho español.
    - a) La legislación.
    - b) La doctrina.
    - c) Efectos civiles del matrimonio canónico recibido.
  - C) La recepción de las situaciones finales del matrimonio normadas por el Derecho canónico.
    - a) Derecho preconcordatario.
    - b) Derecho concordatario.
- V. Los efectos civiles de la disolución.
  - A) ¿Efectos ex tunc o ex nunc?
    - a) La jurisprudencia y la doctrina italianas.
    - b) Derecho español.
  - B) Momento en que la disolución comienza a producir efectos civiles.
  - C) La inscripción de la disolución del matrimonio como presupuesto de su eficacia civil.
  - D) Los efectos civiles en particular.
    - a) Efectos de Derecho civil.
    - b) Efectos de Derecho penal.
    - c) Otros efectos accesorios.
  - E) Aspectos procesales de la ejecución de los efectos civiles.
    - a) En el proceso canónico.
    - b) En el proceso civil
      - a') Naturaleza jurídica.
      - b') El título ejecutivo.
      - c') Juez competente.
      - d') La comunicación canónica.
      - e') Intervención del Ministerio Público.
      - f') Inscripción en el Registro civil.
      - g') Resolución ejecutiva.

## I. LAS SITUACIONES FINALES DEL MATRIMONIO

Distingue el Derecho canónico entre nulidad y disolución del matrimonio; aquella se funda en la concurrencia de algún impedimento dirimente, en algún defecto irritante del consentimiento o en la inobservancia de la forma jurídica substancial, mientras que la disolución consiste en la ruptura del vínculo matrimonial que cesa en sus efectos desde que aquella tuvo lugar, pero respetándose los efectos ya producidos.

No se admite en Derecho canónico la separación entre inexistencia y nulidad que en Derecho civil cuenta con notables defensores para explicar los supuestos en que faltan las condiciones necesarias para la existencia jurídica del matrimonio, a saber, diversidad de sexo, ausencia de voluntad o falta de manifestación del consentimiento (1). El Derecho de la Iglesia solamente conoce una especie de nulidad que, como dice CASTÁN, se aproxima más a la nulidad o a la anulabilidad que a la inexistencia, pero que tiene características propias derivadas del instituto de la convalidación y del principio recogido por el can. 1.014 sobre el «favor iuris» de que goza el matrimonio. No puede desconocerse, sin embargo, que la nulidad del matrimonio canónico es una situación compleja que participa también de la inexistencia en cuanto que, como hace notar VASSALLI, las causas de nulidad impiden sin más que se produzca el vínculo matrimonial y hasta que son removidas no hay matrimonio, ni como contrato ni

(1) Véase, ad. ex., PLANIOL, «Treaté élémentaire de Droit civil», París 1922, I, págs. 332 y sgts.; RAVA, «Il matrimonio secondo il nuovo Ordinamento italiano», Padova, 1929, págs. 76 y sgts.; ROYO MARTÍNEZ, «Derecho de Familia», Sevilla, 1949, pág. 98 y sgts.



como sacramento, de tal manera que la sentencia eclesiástica que pronuncia la nulidad del matrimonio no hace más que declarar este estado de cosas (2).

No coincide en esta materia nuestra legislación civil con la canónica, pues la única situación final que regula el Código civil es la nulidad, aunque muchas de las causas enumeradas por el art. 101 lo son en realidad de anulabilidad, como pone de manifiesto la doctrina al advertir que el art. 102 distingue entre nulidad que puede instarse por cualquier persona interesada en ella y los casos de raptó, error, fuerza o miedo en que solamente podrá ejercitarla el cónyuge que los hubiera sufrido (3). La disolución por causa de muerte de uno de los cónyuges, prevista por el artículo 52 del Código, no es propiamente disolución, sino desaparición de los presupuestos necesarios del instituto matrimonial (4).

---

(2) GASTAS, «Derecho civil», T. V. 1.º, Madrid, 1954, págs. 452-453; VASSALLI, «lezioni di Diritto matrimoniale», Padova, 1932, pág. 274. Otra cosa es el cambio de terminología empleado modernamente que llama matrimonio nulo al que se celebra inválidamente de buena fe al menos por uno de los contrayentes (matrimonio putativo) y matrimonio inexistente al también inválido en que no concurre dicha condición. (Cfr. LALAGUNA, «El matrimonio civil ante el Derecho canónico», *Ius Canonicum*, enero-junio 1962, pág. 282.

(3) ESPIN, «Manual de Derecho civil español», vol. IV, Madrid, 1956, págs. 82 y sgts.

(4) El art. 52 del Código tiene, después de la reforma de 1958, un alcance mayor que el previsto por sus redactores, como demuestra LALAGUNA. El art. 52 del Código civil después de la Ley de 24 de abril de 1958, *Anuario Derecho Civil*, 1963, págs. 105 y sgts.

El Proyecto de 1851, más acorde con el tradicional sistema español sobre matrimonio, redactó el art. 89 en los siguientes términos: «El matrimonio válido no se disuelve, sino por la muerte de uno de los cónyuges, y según las leyes de la Iglesia».

## II. EL PRINCIPIO DE INDISOLUBILIDAD

Propiedad esencial del matrimonio es la indisolubilidad, tanto en su aspecto intrínseco como en el extrínseco. En el primer sentido significa que el matrimonio no puede disolverse por la voluntad de los cónyuges y, como regla de Derecho natural primario, este principio es inderogable. La indisolubilidad extrínseca es también una regla de Derecho natural, reprobatoria de que el matrimonio pueda ser disuelto por ninguna potestad humana; pero es de Derecho secundario, por cuya razón puede ser dispensada con justa causa (5).

La indisolubilidad establecida por el Derecho natural se funda en la necesidad de la misma para el cumplimiento de los fines del matrimonio. Si los cónyuges pudieran disolverlo a su arbitrio lo privarían de toda estabilidad y lo reducirían a un vago concubinato, insuficiente para asegurar el cumplimiento del fin primario del matrimonio (procreación y educación de la prole), introduciéndose la anarquía en la célula primaria del cuerpo social (6).

Esta indisolubilidad del matrimonio natural es reforzada por el sacramento en el matrimonio cristiano y el can. 1.118 enuncia el principio en

---

(5) En el «Syllabus» se condena la siguiente proposición: «El vínculo del matrimonio no es indisoluble por derecho de naturaleza y en varios casos la Autoridad civil puede sancionar el divorcio propiamente dicho».

(6) Véanse en BATLLE (Nueva Enciclopedia Jurídica Española, voz DIVORCIO) más argumentos contra el divorcio vincular.

estos términos: «El matrimonio válido rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte». El precepto tiene su raíz en unos textos de San Mateo (V, 32, XIX, 9), en la Carta I de San Pablo a los de Corinto (10-11, 39) y en las declaraciones del Tridentino (Sesión XXIV, cons. V y VII), así como en una tradición bien definida a través de varios Santos Padres, Concilios y declaraciones de la Santa Sede (7).

El can. 1.118 funda la indisolubilidad del matrimonio en su sacramentalidad (matrimonio rato) (8) y en la consumación. No concurriendo alguno de estos requisitos surge la posibilidad de la disolución, ya que, por otro lado, la indisolubilidad extrínseca atiende, como decíamos, a favorecer el fin primario del matrimonio y caben excepciones al cumplimiento de dicho fin motivadas, bien por la inconsumación, ya por la no sacramentalidad, pues el obstáculo que suponen para la plenitud del matrimonio justifica la disolución.

---

(7) Textos y referencias pueden verse en las obras de CASSORIA, «De matrimonio rato et non consummato», Roma, 1959, págs. 1 y sg's.; PALAZZINI, «Indisolubilidad del matrimonio», Roma, 1952, pág. 14. GARCÍA CASTRO, voz DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL, en la Nueva Enciclopedia Jurídica Española.

(8) Matrimonio rato, es decir, ratificado por el sacramento en virtud de la condición de bautizados de los contrayentes. Se le llama rato, no ya por oposición al matrimonio consumado, sino más propiamente porque, estando dotado de la sacramentalidad, la Iglesia lo santifica *ratum habet*. Se establece la distinción entre matrimonio *ratum tantum* y *ratum et consummatum*, según que no haya habido o hubiere mediado la cópula dentro del matrimonio. El rato y consumado se contraponen a ilegítimo y consumado, entre infieles; y si éstos fueren luego bautizados el matrimonio devendría consumado y rato, que es una forma de matrimonio rato.

### III. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE INDISOLUBILIDAD

Nacen de aquí las excepciones a la indisolubilidad que, cuando el matrimonio es rato y consumado a la vez, solamente se disuelve por la muerte (can. 1.118), aunque, como dice JEMOLO, más que de disolución se trata fundamentalmente de desaparición de los presupuestos necesarios del instituto matrimonial, siendo, por lo tanto, algo radicalmente diverso de las verdaderas causas de disolución (9).

La presunción de muerte no disuelve el matrimonio canónico; pero la Iglesia admite la posibilidad de que el cónyuge del que ha sido declarado muerto pueda contraer nuevo matrimonio, siempre que se demuestre con certeza moral la muerte del desaparecido (10).

No se admite el divorcio vincular del matrimonio rato y consumado por causa de adulterio, pues los autores católicos siempre interpretaron el citado texto de San Mateo (11), concretamente la locución *excepta fornicationis causa*, como una justificación del abandono del adúltero por parte del cónyuge inocente, mas no como una causa de disolución del vínculo (12). Los protestantes se inclinan a ver en este pasaje evangélico

(9) JEMOLO, «Il matrimonio nel Diritto canonico», Milano, 1941, pág. 333.

(10) La Instrucción del Santo Oficio de 13 de mayo de 1868 señala los medios de prueba de la muerte del cónyuge desaparecido.

(11) «Omnis qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam moechari; et qui dimissam duxerit, adulterat» (V, 32).

(12) Cfr. BERNÁRDEZ CANTÓN, «Las causas canónicas de separación conyugal», Madrid, 1961, págs. 112 y sgts.; F. AMIGO, O. F. M., «Unidad e indisolubilidad del matrimonio» *Verdad y Vida*, 1962, págs. 25 y sgts.; Mgr. JOSEPH FEGHALI, «A propos de l'incise de S. Matthieus», *L'Année canonique*, 1959, págs. 117-119.

una excepción a la indisolubilidad del matrimonio (13), y, contra ellos, el Concilio Tridentino condenó dicha pretensión: «Si alguno dijere que la Iglesia yerra cuando ha enseñado y enseña, según la doctrina del Evangelio y de los apóstoles, que no se puede disolver el vínculo del matrimonio por el adulterio de uno de los cónyuges; y cuando enseña que ninguno de los dos, ni aun el inocente que no dio motivo al adulterio, puede contraer otro matrimonio viviendo el otro consorte; y que cae en fornicación el que se casare con otra, dejando la primera por adúltera, o la que dejando al adúltero se casare con otro; sea excomulgado» (Sesión XXIV. can. XII).

Cuando el matrimonio es rato, pero no ha sido consumado, la disolución puede tener lugar: 1.º, Por dispensa de la Santa Sede; 2.º, Por profesión religiosa solemne de uno de los cónyuges (can. 1.119).

Y por defecto de sacramentalidad puede ser disuelto el matrimonio legítimo consumado al amparo del privilegio Paulino o del privilegio Petriano, el primero que da lugar a la disolución *ipso iure* con la celebración válida del segundo matrimonio (cans. 1.120 y sgts.), y el Petriano que requiere una declaración del Romano Pontífice para que puedan disolverse algunos matrimonios al margen del privilegio Paulino.

### A) La disolución del matrimonio inconsumado

El can. 1.119 contiene dos excepciones, ya enumeradas, a la indisolubilidad del matrimonio, por causa de inconsumación, al establecer que «el matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está, se disuelve tanto por disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne como por la dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga».

#### a) Antecedentes históricos

La disolución por inconsumación del matrimonio canónico tiene su primera y fundamental explicación en una famosa disputa sobre los elementos esenciales del matrimonio que se mantuvo entre las Escuelas de Bolonia cuyo principal representante fue GRACIANO, y la de París, que debió su fama a HUGO DE SAN VÍCTOR y a PEDRO LOMBARDO.

(13) Véase una síntesis sobre el divorcio en las confesiones luterana, anglicana y calvinista en Joyce, «Christian Marriage», London, 1948, págs. 409 y sgts.

GRACIANO se planteaba la cuestión de si una mujer ya desposada con un hombre podía desposarse con otro (Causas XXVII - XXXVI). Para resolverla se pregunta, como antecedente, si la *desponsatio* es matrimonio o no, y después de exponer los fundamentos de la solución afirmativa y de la negativa, resuelve la discordancia mediante el recurso a la distinción entre *matrimonium initiatum* y *matrimonium ratum vel perfectum*, ya propuesta por IVO DE CHARTRES (14). El primero es efecto solamente del consentimiento mutuamente prestado; el otro exige para su perfección, además del consentimiento, la cópula carnal (15). Solamente el *matrimonium initiatum* es disoluble.

PEDRO LOMBARDO, siguiendo el pensamiento de su maestro, HUGO DE SAN VÍCTOR, sostuvo en contra de GRACIANO que el consentimiento es el elemento esencial del matrimonio, sin que sea necesario esperar a la cópula para su perfección. Además, introduce claridad en la terminología distinguiendo la *desponsatio de futuro* (*esponsales*) y la *desponsatio de presente* (*matrimonio*). Por otro lado, mientras para GRACIANO el matrimonio rato es el consumado, para PEDRO LOMBARDO el *matrimonium ratum initiatum* es el que simplemente ha sido contraído y no ha sido consumado.

La cuestión práctica más grave fue la de las *sponsa duorum*, es decir, si en caso de matrimonio no consumado son válidas las segundas nupcias celebradas por uno de los cónyuges, problema resuelto con criterios dispares por ambas Escuelas. Propuesta la cuestión al Papa Inocencio II decidió que el primer matrimonio es válido, desde el momento que nace de un consentimiento regularmente prestado y que, en consecuencia, debe de ser mantenido; las relaciones con tercero no tienen más que carácter delictuoso y no engendran para el futuro ningún vínculo contractual entre los cómplices (Comp. 1.<sup>a</sup>, L. IV, c. I, 10).

La solución definitiva fue propuesta por Alejandro III. Antes de su elevación al Solio Pontificio, cuando sólo era *Magister Rolandus*, sostuvo en la *Summa ad Decretum* la distinción boloñesa entre *matrimonium initiatum* y *matrimonium consummatum* y consideró el primero disoluble. Después, en otra obra, —las *Sententiae*—, abandona aquella distinción y sigue de cerca la de PEDRO LOMBARDO sobre *sponsalia de futuro* y de *praesenti*. Por fin, en la última parte de su vida, ya Papa Alejandro III, llega a una solución intermedia entre las dos Escuelas en pugna. Contra la de Bolonia decreta que el matrimonio no consumado no puede ser disuelto

(14) En la Panormia (L. VI. c. XIV), cit. por NAZ y LEBOUCC, «La dispense super matrimonium ratum et non consummatum», París, 1940, pág. 21.

(15) Adviértase cómo la noción graciana del matrimonio rato no se corresponde con la actual, según se expone en la nota 9.

por un matrimonio posterior (c. 3, X, 4, 4), mientras que, contra la Escuela de París, afirma que el matrimonio no consumado se disuelve especialmente por el voto o por la afinidad subsiguiente, al menos pública (Comp. 1.<sup>a</sup>, L, IV, T. IV, c. V; c. 2, 7, X, 3, 32; c. 2, X, 4, 13), y en los dos casos Alejandro III permite convolar a nuevas nupcias después de un matrimonio no consumado por la unión de los cuerpos, pero sin que la suerte de este matrimonio inconsumado pueda ser regulada por los esposos, sino que debe ser sometida al juicio de la Iglesia, salvo en el caso de que uno de los cónyuges abandone al otro para entrar en religión (16).

No obstante lo dispuesto por las Decretales alejandrinas la Escuela de Bolonia mantuvo la subsistencia en la práctica de su criterio a través de la costumbre en vigor sobre todo en la Alta Italia, según testimonio de Hococcio que la localizaba en Imola, Bolonia, Modena, Reggio y Parma (Glosa al c. XXVII, q. 2).

Los sucesores de Alejandro III pendularon entre el derecho de las Decretales de este Pontífice y la costumbre inspirada en Graciano. Lucio III alega en una de sus Decretales como causa de disolución de un matrimonio no consumado el matrimonio posterior consumado (17). Urbano III, a propósito de la *desponsatio impuberum* considera, igualmente, que la cópula forma el vínculo (c. 2, X, 4, 2). Inocencio III, en su Epístola al Obispo de Módena, menciona todavía la costumbre boloñesa en aquella ciudad, pero aplica el Derecho de la Iglesia romana, es decir, la Decretal de Alejandro III (c. 5, X, 4, 4). Por fin las Decretales de Gregorio IX vinieron a precisar la naturaleza jurídica del matrimonio, conceptuándolo como contrato consensual, encabezando el Libro IV con el principio: «Matrimonium solo consensu contrahitur nec invalidatur si consuetudo patriae non servetur» y recibiendo las Decretales de Alejandro III e Inocencio III (c. 3, 5, X, 4, 4), que son confirmadas por una nueva Decretal de Gregorio IX (c. 31, X, 4, 1) (18).

(16) No podemos detenernos, dada la índole de este trabajo, en la exposición detallada de la interesante evolución del pensamiento rolandino sobre esta cuestión. Quien desee penetrar más a fondo en la materia puede consultar las obras de DAUVILLIER, «Le mariage dans le droit classique de l'Eglise», París, 1933, págs. 17 y sgts. y 50 y sgts.; ESMEIN, «Le mariage en Droit canonique», I, París (págs. 140 y sgts); LE BRAS, voz MARIAGE, en «Dictionnaire de Theologie catholique»; OESTERLE, voz CONSOMMATION, en «Dictionnaire de Droit Canonique», NAZ y LEROUGE, ob. cit., págs. 26 y sgts.

(17) Coll. Lipsiensis, LIX, 16, cit. DAUVILLIER, op. cit. pág. 55.

(18) «Si inter virum et mulierem legitimus consensus interveniat de praesenti, ita quod unus alterum mutuo consensu verbis consuetis expresso recipiat, utroque dicente: Ego te in meam accipio, et ego te accipio in meum: vel alia verba consensum exprimentia de praesenti, sive sit iuramentum interpositum, sive non, non licet alteri ad alia vota transire: quod si fe-

## b) Causas de disolución y requisitos comunes

El can. 1.119 prevé dos supuestos de disolución del matrimonio inconsumado: profesión religiosa solemne y dispensa de la Sede Apostólica. No son verdaderamente dos casos diversos y distintos, pues el primero se reduce al segundo, ya que la profesión religiosa solemne disuelve el matrimonio inconsumado, no por su naturaleza ni por virtud de disposición divina añadida a la profesión, sino por disposición del Sumo Pontífice. La disolución se opera *iure divino*, en cuanto que la potestad del Papa no es la potestad propia que ejerce por razón del oficio o, como suele decirse, comprendida en la potestad general de regir a los bautizados en materia matrimonial, sino que se trata de la potestad que los teólogos llaman cuasi-ministerial e instrumental, usando de la cual el Papa ha enlazado a la profesión solemne como efecto jurídico la disolución *ipso iure* del matrimonio (19).

El Código se abstiene de emplear en dicho artículo la expresión «matrimonio rato», que es la usada por el can. 1.015 y definido por el mismo como el matrimonio válido de los cristianos si todavía no se ha consumado. La razón de tal abstención es la amplitud subjetiva, en el aspecto confesional, que aquel canon concede a la disolución, pues ampara, no solamente el matrimonio entre bautizados (ambos católicos o uno católico y el otro acatólico bautizado), sino también entre parte bautizada y otra que no lo está, supuesto este último en que la opinión doctrinal más autorizada entiende que no hay sacramento (20) y por cuya razón no podría emplearse para el mismo la denominación de matrimonio rato. Si dos personas casadas en la infidelidad reciben luego el bautismo, ciertamente hay sacramento; pero si lo recibe solamente una de ellas es dudoso que haya sacramento.

En resumen, las situaciones personales en que pueden actuar las causas de disolución que examinamos son éstas (21):

1.ª Parte bautizada y parte no bautizada. Dos son las situaciones: matrimonio contraído con dispensa del impedimento de disparidad de cultos y la otra matrimonio de infieles contraído en la infidelidad si uno

---

ceril, secundum matrimonium de facto contractum (etiamsi sit carnalis copula subsequuta) separari debet, et primum in sua firmitate manere».

(19) BENDER, «De matrimonio», Torino, 1958, págs. 113-115.

(20) Cfr. ELOY MONTERO, «El matrimonio y las causas matrimoniales», Madrid, 1954, páginas 23-24.

(21) GASPARRI, «Tractatus canonicus de matrimonio», II, Città del Vaticano, 1932, pág. 206; BERNÁRDEZ CANTÓN, «Derecho Matrimonial Canónico», II, Barcelona, 1959, pág. 176.

de ellos se convierte y el matrimonio no llegó a consumarse después de la conversión.

2.<sup>a</sup> Matrimonio entre bautizados. También se señalan dos situaciones: una, si ambos cónyuges estaban bautizados en el momento de la celebración del matrimonio y la otra si se celebró el matrimonio en la infidelidad y bautizados ambos no consumaron el matrimonio después.

Requisito común es también que el matrimonio permanezca inconsumado, es decir, que entre los cónyuges no haya tenido lugar el acto conyugal de suyo apto para engendrar prole y al que por su misma naturaleza se ordena el contrato matrimonial y por el que los cónyuges se hacen una misma carne (cans. 1.015 y 1.081).

Según la noción canónica, perfilada por la Rota Romana, la cópula perfecta, consumadora del matrimonio, ha de reunir estos requisitos: «penetratione membri virilis in vaginam mulierem modo naturali facta et effusione intra eandem veri seminis» (22), o, de otro modo, la cópula ha de ser natural, perfecta y conyugal, en estos términos:

1) Natural, por cuya razón no habrá consumación en caso de onanismo, ni de empleo de medios artificiales destinados a evitar la procreación, ni de fecundación artificial.

2) Perfecta, es decir, mediante *penetratio* (no bastando la *apositio*) y la *ejaculatio*, aunque una y otra sean parciales o incompletas.

3) Que tenga lugar entre los cónyuges después de celebrado válido matrimonio, de modo que la cópula antecedente al matrimonio no hace a éste consumado, ni tampoco la habida antes de la convalidación o de la *sanatio in radice* (23).

La no consumación del matrimonio tiene su explicación en causas variadísimas de orden psicológico o psicopático, por un sufrimiento físico, por una falsa educación sexual, por impotencia tanto de origen orgánico como funcional. Por lo tanto, está en lo posible que el matrimonio no se consume, si bien la conducta normal de los cónyuges y el fin primario del matrimonio tiendan a la consumación; por ello es adecuada la presunción establecida por el can. 1.015, pfo. 2.<sup>o</sup>: «Si los cónyuges han cohabitado después de haber celebrado el matrimonio, se presume que lo han consumado, mientras no se demuestre lo contrario», presunción que es *iuris tantum* y admite la práctica de prueba en contrario conforme es-

(22) ГОРЬБОК, «Tractatus de Jurisprudencia Sacrae Romanae Rotae», Gratz, 1957, pág. 55. Interesantes aspectos históricos pueden verse en D'AVACK, «La copula perfecta et la consumatio coniugii nelle fonti e nella dottrina canonista classica», Rivista italiana per le Scienze Giuridiche, 1949, págs. 163 y sgts.

(23) Cfr. BERNÁUDEZ CANTÓN, ob. cit., pág. 177.

tablece el can. 1.826, aunque la cohabitación se hubiera prolongado mucho tiempo (Rota Romana, 18 agosto 1917).

La carga probatoria de la inconsumación incumbe, por razón de la presunción, a quien la alega y los medios de que podrá valerse se regulan minuciosamente en varios textos: Reglas que han de observarse en los procesos sobre matrimonio rato y no consumado, de 7 de mayo de 1923; Normas para precaver la sustitución dolosa de las personas en estos procesos, de 27 de marzo de 1929; Decreto «Qua singulari» sobre inspección corporal de los cónyuges en ciertos casos (24).

a) *Disolución por profesión religiosa*.—a) *Antecedentes históricos*.—La Historia de la Iglesia presenta numerosos ejemplos de santos y de personas piadosas que, una vez casados, dejaron a su cónyuge para consagrarse a Dios. Basta citar a Santa Tecla, Santa Cecilia, San Alesio, el eremita Macario, San Leonardo y Santa Odita (25).

En la legislación justiniana la profesión monástica es encuadrada entre los impedimentos matrimoniales y como justa causa de disolución del matrimonio (Código, L. I, Tit. III y Novelas, 5, 5; 5, 8; 22, 5; 117, 12; 123, 1; 123, 40).

En Derecho canónico fue propuesto por GRACIANO el voto solemne como causa de disolución del matrimonio rato y no consumado y mantenida por Alejandro III, Inocencio III y otros Pontífices. La Decretal más antigua relativa a la disolución por ingreso en religión está fechada en 1170-1171 y dirigida por Alejandro III al obispo de Santa Agata de los Godos. Se manda en ella, *si coniuncti non fuerit*, permitir a la mujer entrar en religión, y la interpretación de DAUVILLIER (26) es que Alejandro III considera los *verba de praesenti* como indisolubles y que la entrada en religión no es permitida a uno de los esposos más que después de los *verba de futuro*. El pensamiento de este Papa evoluciona y en otras Decretales admite la disolución de los *verba de praesenti* con tal de que el matrimonio no haya sido consumado, tales son las dirigidas al Arzobispo de Salerno y al Obispo de Brescia (c. 2, 7, X, 3, 32), confirmadas por Inocencio III (c. 5, X, 4, 4).

El Concilio de Trento definió dogmáticamente que «si alguno dijere que la profesión solemne religiosa de uno de los cónyuges no disuelve el matrimonio no consumado, sea excomulgado» (Ses. XXIV, can. VI). Y el can. 1.119 del Codex dispone que el matrimonio no consumado entre

(24) Estos documentos pueden consultarse en el Código de Derecho Canónico editado por la B. A. C., apéndices I, II y VI (edición séptima).

(25) PALAZZINI, ob. cit., pág. 32.

(26) DAUVILLIER, ob. cit., pág. 286.

bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está se disuelve por disposición del Derecho en virtud de la profesión religiosa solemne.

b'') *Fundamento*.—Enseñan teólogos y canonistas que el matrimonio rato significa la unión espiritual del hombre y la mujer, mientras que el consumado es la unión de los cuerpos; ahora bien, esta unión corporal se rompe por la muerte física, por lo que es conveniente que la unión espiritual se rompa por la muerte espiritual, que es la profesión religiosa. Además, toda obligación puede ser conmutada por otra evidentemente mejor, si un tercero no tiene que sufrir un perjuicio considerable y con mayor razón aún cuando ningún tercero es lesionado, ya que el cónyuge queda indemne y libre de contraer otro matrimonio (27).

Desde otro punto de vista, la disolución del vínculo tiene lugar en virtud del Derecho eclesiástico, a tenor del cual el Romano Pontífice, haciendo uso de la potestad ministerial que en materia de Derecho divino le ha sido concedida por Cristo, ha establecido una dispensa general y permanente siempre que concurra la justa causa de la profesión religiosa o, en opinión de MIGUÉLEZ, sin necesidad de comprobar la existencia de justa causa, pues el estado religioso es más perfecto que el de matrimonio y el abrazar aquél es causa suficiente para que pueda aplicarse la facultad pontificia de disolución (28).

c'') *Derecho vigente*.—Hemos relacionado anteriormente los supuestos personales en que opera la disolución del matrimonio inconsumado; pero se discute entre los autores si la disolución por profesión religiosa se produce *ipso iure* cuando se consuma el matrimonio entre infieles antes del bautismo de uno o de ambos cónyuges. WERNZ-VIDAL se inclinan por la negativa; pero la mayoría de los autores afirman que, si bien es cierto que el Romano Pontífice tiene potestad para extender a la profesión religiosa solemne el poder de disolver *ipso iure* el matrimonio, no se ha demostrado que el Romano Pontífice lo haya hecho así en este caso, por lo que es aconsejable el recurso a la Santa Sede en cada caso particular (29).

Requisito fundamental es la válida profesión religiosa solemne. Mas como a la profesión ha de preceder el noviciado (can. 572, § 1, núm. 3.º) y a éste no puede ser admitido el cónyuge mientras dura el matrimonio

(27) OESTERLE, «Consummation», cit., col. 373.

(28) Vid. en CAPELLO, «De Matrimonio», Taurini-Romae, 1950, págs. 743 y sgts., así como otras sentencias ya decaídas que relaciona; MIGUÉLEZ, «Comentarios al Código de Derecho Canónico», II, Madrid, 1963, pág. 691.

(29) CAPELLO, ob. cit., págs. 746-747; CHELONI, «El Derecho matrimonial», trad. española, Barcelona, 1959, pág. 292; PALAZZINI, ob. cit., pág. 34; ARQUER y SEMIR, «Derecho matrimonial», Barcelona, 1949, pág. 53.

(can. 542, § 1.º), habrá de solicitarse la oportuna dispensa pontificia para ingresar en el noviciado. Por otro lado, el can. 574 exige que a la profesión solemne proceda la simple, al menos por tres años, por lo que, para evitar que el cónyuge tenga que permanecer en el mundo hasta el momento de la profesión solemne (cuatro años, incluido el noviciado), la Santa Sede habría de conceder o la dispensa del trienio de profesión simple o la dispensa de rato.

La profesión debe emitirse en una Orden regular (can. 488-2.º), quedando excluido el simple ingreso en religión, la toma del hábito religioso o del velo vidual, la profesión de votos simples que se emite en las Congregaciones o en la Compañía de Jesús, la temporal que precede a la solemne en Ordenes religiosas y la recepción de Ordenes sagradas (30).

La prueba de la inconsumación será muy difícil, por lo que recomiendan VLAMING-BENDER que debe de hacerse antes de ingresar en religión (31), pues ésto permitiría anotar la disolución en el libro de matrimonios y aun en el de bautismos por analogía con lo establecido por la regla 106 de las dictadas en 7 de mayo de 1923.

El vínculo se disuelve por el mismo derecho en el momento en que se emite válidamente la profesión solemne, sin que haga falta ninguna declaración solemne o acto positivo de la autoridad competente. El estado de libertad del otro cónyuge habrá de demostrarse mediante documento que acredite la profesión religiosa de la comparte, así como la inconsumación. La profesión constará anotada al margen de la partida de bautismo y se consignará siempre en las certificaciones de bautismo que se expidan (cans. 470 y 576). En nuestro Derecho puede servir de orientación la Instrucción de la Sagrada Congregación de Sacramentos de 1 de julio de 1929 acerca de la ejecución de lo dispuesto por el art. 34 del Concordato italiano, que, junto a las dispensas de matrimonio rato y no consumado, coloca las declaraciones acerca de la disolución de dicho matrimonio por la profesión religiosa como documentos que han de ser trasladados de

---

(30) En cuanto a la eficacia disolutoria del orden sagrado, algunos canonistas concluyeron que la recepción de dicho sacramento con voto de continencia, que Bonifacio VIII colocaba en el mismo rango que la profesión religiosa solemne en cuanto al matrimonio a celebrar, debía serlo también en cuanto el matrimonio ya celebrado; pero Juan XXII rechazó definitivamente esta opinión. (Extr. Joan XXII, tit. VI) (Cfr. CLERCO, en el «*Traité de Droit canonique de Naze*», II, París, 1954, págs. 396-397).

(31) VLAMING-BENDER, «*Praelectiones Iuris Matrimonii, Bussum in Hollandia*», 1950, página 489.

oficio a los Organismos competentes para que, seguidos los trámites oportunos, produzca la disolución efectos civiles (32).

b') *Disolución por dispensa pontificia*.— a') *Antecedentes históricos*.—PAUCAPALEA admitió ya de una manera expresa que la dispensa es un medio de disolver el matrimonio, y ALANO DE GALES da una explicación de este poder del Papa cuando enseña que tiene plenos poderes para conceder la dispensa porque él puede suspender la aplicación de la ley eclesiástica, tanto más cuanto puede decidir la promulgación o la abrogación (33).

La opinión de Alano fue seguida por los canonistas, mientras los teólogos defendían la posición contraria. En la práctica, Martín V y Eugenio IV ejercieron ampliamente esta prerrogativa y el Papa Clemente VIII quiso que se aclarase la cuestión de una vez para siempre, nombrando al efecto una Comisión especial compuesta por ocho cardenales, cuatro auditores del Tribunal de la Rota y dos penitenciarios del Vaticano para estudiarla y resolverla, tomando como motivo el caso planteado por el matrimonio rato entre el príncipe Segismundo de Transilvania y María de Austria. La citada Comisión resolvió el 16 de julio de 1599 en sentido afirmativo, sin que hubiera controversia alguna acerca de la potestad del Pontífice. Benedicto XIV declaró en sus *Quaestiones canonicae* que la existencia de este poder no admitía ya duda alguna y después de su elección para el Pontificado, en la Constitución *Dei miseratione* de 3 de noviembre de 1741, determinó el procedimiento a seguir cuando se solicita tal dispensa.

b") *Naturaleza de la dispensa*.—Hemos de examinarla desde dos aspectos distintos:

1.º No es una dispensa de las reguladas por el can. 80, a no ser que se entienda ésta en sentido amplio, porque, en primer lugar, el Romano Pontífice no obra en nombre propio, sino en nombre del mismo Cristo, con potestad vicaria, además de que, siendo la dispensa una *relaxatio legis*, aquí el Papa no suspende la aplicación de la ley divina, sino que, usando de su poder vicario, disuelve el vínculo matrimonial, sustrayendo a la ley divina la materia a la cual habría podido aplicarse (34). Por otro

(32) Se recoge esta instrucción por BETTOLA y JEMOLO, «Codice Ecclesiasticae», Padova, 1937, pág. 670.

Ha de seguirse expediente administrativo ante el Ordinario para: a), acreditar mediante información testifical sumaria la no cohabitación; b), aportar la declaración jurada de los cónyuges, especialmente del profeso, para demostrar la profesión; c), acreditar la autenticidad y eficacia de la dispensa pontificia. (MUNIZ, «Procedimientos eclesiásticos», II, Madrid, 1925, página 625).

(33) «Glosa Decretales», c. 7, X, 3, 37, palabra *consummatum*.

(34) Naz, en «Dictionaire de Droit Canonique», tomo IV, col. 389.

lado, como advierte PALAZZINI, la dispensa no se produce directamente removiendo la obligación impuesta por la ley natural y divina positiva sino obrando sobre el acto humano procedente de la libre voluntad, por la cual ha sido causado el vínculo, con una cierta remisión *ex parte materiae* (35).

2.º La potestad no la tiene el Romano Pontífice como Primado de la Iglesia universal, sino como Vicario de Jesucristo. Es una potestad vicaria, instrumental o ministerial, lo que viene demostrado por diversos argumentos (36).

c") *Derecho vigente*.—En el aspecto sustantivo la concesión de la dispensa requiere que se pruebe la certeza moral de la inconsumación y que concurra causa justa y razonable.

Sobre el concepto canónico de la inconsumación hicimos anteriormente una breve exposición (37). En cuanto a la justa causa ésta ha de existir necesariamente para que sea válida la dispensa, pues el Romano Pontífice no dispensa de una ley suya, sino que usa de una potestad meramente vicaria. Estas causas han de ser, además, graves y urgentes, públicas o privadas, y pueden tener este triple fundamento: *aut charitas, vel necessitas, vel denique utilitas*. Entre ellas enumeran los autores las siguientes: 1.ª Odio incurable, v. gr.: *animorum dissociatio* entre los cónyuges, sin esperanza de futura reconciliación; 2.ª Deseo de las partes de celebrar nuevas nupcias; 3.ª Probable temor de un gran escándalo futuro, de discordias y de riñas entre consanguíneos; 4.ª Impotencia sobrevenida o que no ha podido demostrarse que sea antecedente y perpetua; 5.ª Divorcio civil obtenido por la otra parte con peligro de incontinencia de la parte inocente; 6.ª Probable sospecha de impotencia con peligro de incontinencia; 7.ª Prueba semiplena del defecto de consentimiento o de otro impedimento; 8.ª Enfermedad contagiosa o que impide el uso del matrimonio; 9.ª Dilación injustificada de la consumación del matrimonio, máxime si existe peligro de incontinencia; 10.ª Error notable en la cualidad de la persona en el momento de la celebración del matrimonio; 11.ª Peligro de perversión, como en el caso de que se hubiere contraído el matrimonio con hereje, y 12.ª Si alguno hubiera celebrado después otro matrimonio, ciertamente nulo, que no pueda sanarse de otro modo (38).

(35) PALAZZINI, ob. cit., pág. 30.

(36) Cfr. CAPPELLO, ob. cit., págs. 747 y sgts.

(37) *Supra*, III, A), b).

(38) Cfr. CAPPELLO, ob. cit., págs. 750-751; CASSORIA, ob. cit., págs. 201 y sgts.; BERNÁRDEZ CANTÓN, «Derecho matrimonial»... cit., pág. 188.

Entre los requisitos procesales figuran la competencia, petición de parte, procedimiento adecuado y decisión pontificia (39), que examinaremos brevemente.

Del proceso de dispensa conoce la Sagrada Congregación de Sacramentos (cans. 249, § 3.º y 1962); pero, según una Declaración de 18 de enero de 1928, la S. C. del Santo Oficio es competente en todas las causas matrimoniales entre católico y no católico o entre bautizado y no bautizado deferidas a la Santa Sede (A. A. S., XX, pág. 75); el Santo Oficio decide si debe juzgar del caso o enviarlo a la S. C. de Sacramentos para que, por su delegación, acabe el proceso (can. 247, § 3). A veces la Rota Romana, por propio derecho en el proceso de impotencia, o en virtud de una delegación especial del Papa o de las Sagradas Congregaciones Romanas, puede conocer de las causas de inconsumación (cans. 247, § 3 y 249, § 3). Cuando alguna de las partes es de rito oriental es competente la Sagrada Congregación para la Iglesia Oriental (can. 257). En general, ningún juez de rango inferior tiene competencia para conocer del proceso de inconsumación, a no ser que tenga una delegación especial de la Santa Sede (can. 1963, § 1; Reglas de 7 de mayo de 1923, núm. 2); y hasta es posible que la Santa Sede delegue el conocimiento de todo el proceso, comprendida la concesión de la dispensa, en el Ordinario del lugar (40), aunque lo normal es obrar conforme a la Regla 12, según la cual si recibido el escrito pidiendo la dispensa, la S. C. de Sacramentos opinare que se debe acceder a la petición, puede enviar letras de delegación al Ordinario del lugar para que instruya la causa, pero con la limitación establecida por el can. 1.985 de que no puede hacer publicación del proceso ni dar sentencia acerca de la no consumación misma y de las causas para dispensar, sino que debe remitir a la Sede Apostólica todas las actuaciones.

(39) Sobre el procedimiento para obtener la dispensa véanse las obras citadas de NAZ y LE ROUGE, OESTERLE, CASSORIA y GARCÍA CASTRO, Además, MARTÍ MIRALLES, «Convalidación y disolución del matrimonio por dispensa pontificia», Rev. Jurídica de Cataluña, 1902, págs. 385 y siguientes; ORÚN, «Disolución del vínculo conyugal en Derecho canónico por modos especiales que no constituyen el caso de muerte de los cónyuges; su relación con el Código civil»; Revista Derecho Privado, 1924, págs. 369 y sgts.; MONTERO, «¿Puede disolverse el matrimonio canónico?», Anuario de Derecho Civil, 1954 págs. 167 y sgts.; BAUCELLS SERRA, «De matrimonii inconsumatione et de processu super rato», en el volumen *Las causas matrimoniales*, Salamanca, 1953, págs. 469 y sgts.; VALDÉS FAILDE, «Disolución del matrimonio rato», Madrid, 1921; CAMPOS PULIDO, «La disolución del matrimonio rato, no consumado, por dispensa pontificia», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 147 (1925), págs. 131 y sgts. La jurisprudencia es recogida por ANA RAVÁ en *Cinquanta anni di giurisprudenza rotale in tema di «dispensatio super matrimonio rato et non consummato»* (Diritto Ecclesiastico, 1957, II, págs. 130-158). Sobre intervención del Defensor del Vínculo, vid. DEL AMO, «La defensa del vínculo», Madrid, 1954, págs. 508 y sgts.).

(40) Cfr. OESTERLE, loc. cit., col. 375-376.

nes, acompañadas de los votos escritos del Obispo y del Defensor del Vínculo. Del mismo modo, la Regla 4.<sup>a</sup> autoriza al juez que conoce de una causa de nulidad para que, por delegación del derecho, pueda instruir la causa de dispensa si no se puede probar la nulidad, pero incidentalmente se presenta una duda muy probable de no haberse consumado el matrimonio. Igualmente establece la Regla 3.<sup>a</sup> que si un juez competente ha tramitado con autoridad propia un juicio sobre nulidad de matrimonio por razón de impotencia, y del juicio resulta probada, no la impotencia, sino la consumación del matrimonio, deben remitirse todos los autos a la Sagrada Congregación, juntamente con un escrito de uno o de ambos cónyuges pidiendo la dispensa apostólica, y la Sagrada Congregación puede hacer uso de los autos para dar sentencia sobre el matrimonio rato y no consumado.

Es necesaria la instancia de parte, disponiendo el can. 1.119 que la dispensa puede concederse a petición de ambos cónyuges o de uno de ellos, incluso oponiéndose el otro, y la Regla 5.<sup>a</sup>, § 1 reproduce el canon 1.973, según el cual solamente los cónyuges tienen el derecho a pedir la dispensa del matrimonio rato y no consumado. Están, pues, excluidos el Promotor de Justicia, los parientes de los esposos y, en general, cualquiera otra persona.

Se ha discutido acerca de si puede otorgarse la dispensa a espaldas y aun en contra de los dos cónyuges, pues, por una parte, la práctica de la Iglesia es contraria al otorgamiento (41) y, de otra, el bien público justifica la dispensa cuando los cónyuges no quieren continuar la vida conyugal y prefieren vivir separadamente aun a riesgo de un escándalo público o, al menos, de un gran peligro para el alma de los interesados (42). BERNÁRDEZ CANTÓN afirma que esta última solución está en pugna con los preceptos del Codex y con las Reglas sobre procedimiento de inconsumación, que exigen la súplica o petición de uno de los cónyuges, CASORIA reconoce que es común en la disciplina eclesiástica no conceder la dispensa, sino en los casos en que la petición sea presentada por los mismos cónyuges, si bien no puede limitarse teóricamente la potestad del Romano Pontífice de dispensar *super rato et non consummato*, y MIGUÉ-

(41) WERNZ-VIDAL-AGUIRRE, «Ius Canonicum», V, Roma, 1946, pág. 795, nota 37.

(42) CAPPELLO, ob. cit., pág. 741. También BERTOLA, «Il matrimonio religioso», Torino, 1953, pág. 213, para quien, no siendo necesario ahora un consentimiento bilateral para disolver el vínculo, nada se ve contrario a que el Romano Pontífice disponga la disolución contra la voluntad de ambas partes, con derogación en tal caso del can. 1.119.

LEZ asegura que no puede citarse ni un solo caso en que el Papa haya dispensado sin petición de alguna de las partes (43).

Dado el carácter administrativo del procedimiento, el cónyuge que pide la dispensa no se llama actor, sino *orator*; el otro cónyuge, si no pide simultáneamente, es llamado parte demandada. Por la misma razón, no se admite la intervención de abogado en este procedimiento (44).

El escrito suplicatorio ha de redactarse guardando los requisitos y formalidades que señalan las Reglas 6 y 7, procurando que contenga la narración genuina de los hechos, con una exposición plena y exacta de los mismos, especificando todas las causas que pueden servir para obtener la dispensa. Se expresará también el día, mes y año y asimismo la Diócesis donde viven el orador u oradores. El escrito se ha de dirigir siempre a nombre del Romano Pontífice y se ha de remitir a la S. C. de Sacramentos, siendo conveniente que se haga la remisión por medio del Ordinario propio, el cual debe añadir su informe.

La investigación judicial ha de versar sobre todas aquellas cosas que prueben la no consumación o que la impugnen y acerca de las causas legítimas para conceder la dispensa. Los medios de prueba son principalmente los que enumera la Regla 20, que otras posteriores desarrollan: a), la confesión jurada de ambos cónyuges; b), los testigos de séptima mano por ambas partes, y asimismo los testigos traídos de oficio, o también a instancia de las partes, conforme lo requiera el caso; c), la inspección de los cuerpos verificada por peritos; d), los documentos auténticos, aun los extrajudiciales, de cualquier género, como las cartas, e igualmente las actas judiciales redactadas en el fuero civil, en cuanto sean pertinentes al caso; e), los indicios y presunciones.

El juez decretará la conclusión de la instrucción si antes ha manifestado el Defensor del Vínculo que ya no le resta nada que investigar y oídas también las partes acerca de ello; asimismo, antes de declarar conclusa la investigación puede, oído el Defensor del Vínculo, citar de nuevo a las partes o a los testigos para aclarar, mediante nuevo interrogatorio, las cosas incompletas y contradictorias o ambiguas que hubiera advertido. Concluida la instrucción y oído el Defensor del Vínculo, deben remitirse a la S. C. de Sacramentos todas las actuaciones acompañadas de los votos escritos del Obispo y del Defensor, sin que el juez pueda hacer la publicación del procedimiento ni pronunciar sentencia (Reglas 96 a 101).

(43) BERNÁNDEZ CANTÓN, ob. cit., pág. 186; CASSORIA, ob. cit., pág. 109. MIGUELEZ, ob. cit., página 693.

(44) Cfr. SCHIAPPOLI, «Il matrimonio», Napoli, 1932, pág. 288.

Las actuaciones son examinadas por la S. C. de Sacramentos en una de estas cuatro formas, que expone NAZ (45):

1.<sup>a</sup> Por la Congregación plenaria.

2.<sup>a</sup> Por una Comisión especial compuesta de tres Consultores, nombrados para cada asunto por el Cardenal Prefecto.

3.<sup>a</sup> Por el *Congreso*, es decir, por una Comisión permanente compuesta por el Cardenal Prefecto y dignatarios más elevados de la Congregación.

4.<sup>a</sup> Algunas causas especialmente claras son transmitidas directamente al Papa por la Sagrada Congregación, con el solo dictamen de un Consultor.

Terminado el trabajo preparatorio de la Congregación es elevado el expediente al Sumo Pontífice, el cual concede la dispensa directamente y se despacha mediante rescripto en forma graciosa (Regla 102). Por esta razón no cabe apelación contra el rescripto; pero el interesado puede recurrir directamente a la benevolencia de la Santa Sede si hay hechos nuevos o pruebas nuevas que invocar (46).

El rescripto surte efecto desde el instante en que el Sumo Pontífice concedió la dispensa, a no ser que concurra vicio de obrepción o subrepción (Regla 103). El rescripto se entrega o remite a la parte que lo ha obtenido y ha de ser presentado al Ordinario, al que de oficio se remitirá directamente copia auténtica (Regla 105).

Por último, el Ordinario mandará cuanto antes, así al Párroco del lugar donde se celebró el matrimonio como al de donde se han bautizado, tanto el varón como la mujer, según lo pida el caso, que anoten en los libros de matrimonios y bautismos la dispensa obtenida (Regla 106).

## **B) La disolución del matrimonio legítimo consumado**

Por defecto de sacramentalidad puede ser disuelto el matrimonio legítimo consumado y la disolución podrá ampararse en el privilegio Paulino o en el privilegio Petrino, el primero que da lugar a la disolución *ipso iure*, cumplidas las condiciones legales, y el Petrino que requiere una declaración del Romano Pontífice para que puedan disolverse algunos matrimonios que, por sus circunstancias, no quedan comprendidos en el privilegio Paulino; es decir, que cuando ha de intervenir la «potestas clavium» del Romano Pontífice para disolver este tipo de matrimonios

(45) NAZ y LEROUX, ob. cit., págs. 90-91.

(46) NAZ y LEROUX, ob. cit., pág. 92.

estamos en presencia del privilegio Petrino, cualquiera que sea el momento en que la disolución se produzca.

Ambos instrumentos disolutorios son dos especies del «privilegium fidei», nombre genérico que designa «cualquier concesión hecha *divinitus* (ejerciendo la potestad Crística) por fuerza de la cual puede disolverse un matrimonio indisoluble por ley natural con el fin de que resulte beneficiada la fe cristiana» (47). En este sentido recoge VROMANT como supuestos del privilegio de la fe en este sentido amplio (en sentido estricto lo identifica con el privilegio Paulino) estos tres: 1.º Disolución por el privilegio Paulino; 2.º Por concesión del derecho en el caso de matrimonios que se disuelven en favor de la fe cuando no se verifican las condiciones del privilegio Paulino; 3.º Por la potestad que compete al Romano Pontífice de disolver el matrimonio de dos infieles, luego bautizados, aun consumado de nuevo, y el de parte bautizada y parte acatólica no consumado después del bautismo de ambas (48) Y todavía puede llegarse a conclusiones más extensas que las sentadas por este autor en lo que respecta a las manifestaciones disolutorias del «privilegium fidei», como tendremos ocasión de ver al tratar del privilegio Petrino.

#### a) *El privilegio Paulino*

Por virtud de este privilegio, si uno de los cónyuges —infieles— recibe el bautismo puede contraer un nuevo matrimonio con persona bautizada, con disolución del anteriormente contraído, si el otro cónyuge permanece en la infidelidad y rehusa cohabitar con el bautizado o no quiere cohabitar *sine contumelia Creatoris*. «El matrimonio legítimo entre no bautizados —dispone el can. 1.120—, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio Paulino».

a') *Antecedentes históricos*.—Se funda este privilegio en un texto del Apóstol San Pablo: «Nam ceteris ego dico, non Dominus: Si quis frater uxorem habet infidelem et haec consentiat habitare cum illo, non dimittat illam. Et si qua mulier fidelis habet virum infidelium, et hic consentit habitare cum illa, non dimittat virum. Sanctificatus est enim vir infidelis per mulierem fidelem, et sanctificata est mulier infidelis per virum fidelem, alioquin filii vestri immundi essent, nunc autem sancti sunt. Quod si infidelis discedit, discedat; non enim, servituti subiectus est frater aut soror in huiusmodi: in pace autem vocabit nos Deus» (I Cor., VII, 12 y sgts.) (A los demás digo yo, no el Señor: Si algún hermano tiene por mujer a una infiel y ésta consiente en habitar con él, no

(47) BENDER, ob. cit., pág. 116.

(48) VROMANT, «De matrimonio», París, 1952, págs. 246-247.

la repudie. Y si alguna mujer fiel tiene por marido a un infiel y éste consiente en habitar con ella, no abandone a su marido. Porque un marido infiel es santificado por la mujer fiel, y la mujer infiel santificada por el marido fiel; de lo contrario, vuestros hijos serían mancillados, en vez de que ahora son santos. Pero si el infiel se separa, sepárese, porque en tal caso ni hermano ni hermana deben sujetarse a servidumbre; pues Dios nos ha llamado a la paz).

Este texto ha sido diversamente interpretado y aún no son claras ni unánimes las opiniones sobre estos puntos, como hace notar OESTERLE (49). Aquellas palabras, ¿enuncian una ley o un principio?; ¿cuál es la autoridad de este texto de San Pablo?; ¿cómo debe ser explicado?; ¿cuáles son las concepciones relativas al matrimonio cuando San Pablo vio la luz?; ¿de qué género de vida procede el privilegio Paulino?

Hay unas primeras referencias oscuras al texto de San Pablo, en Tertuliano, San Ambrosio, San Agustín e Inocencio I, sin que los Sínodos y Concilios anteriores al siglo VIII aporten luz para la interpretación de dicho texto. Con el Ambrosiaster comienza una moderna y precisa interpretación del privilegio, al sostener que el versículo 15 significa una disolución del vínculo conyugal y permite a la parte fiel abandonada contraer un nuevo matrimonio: «contumelia enim Creatoris solvit jus matrimonii circa eum, qui reliquitur, ne accusetur alii copulatus». Este principio pasó al Decreto (c. 2, C. XXVIII, q. II), pero atribuyendo el texto a San Ambrosio.

HINCMARO DE REIMS (De divortio Lothari, II, art. 866, P. L. CXXV. 623-772) habla también del caso del Apóstol y, refiriéndose al pseudo-Ambrosio, solamente acepta la ruptura del vínculo contraído en la infidelidad cuando la parte infiel renuncia a la vida común por aversión hacia la convertida y en los demás casos sólo tiene derecho a una separación de hecho.

Jalón importante en la elaboración del privilegio Paulino es la doctrina del pseudo-Eutiquiano. El bautismo del esposo infiel no tiene por efecto disolver el matrimonio y de su libertad de pasar a otras nupcias si la parte infiel lo abandona muchos no dudaban en el período precedente. La disciplina en vigor no concede solamente al esposo convertido el derecho de romper su matrimonio, sino que lo recomienda, a menos que la vida común pueda continuar sin menoscabo para el Creador.

La cuestión se trata con más amplitud por los canonistas y teólogos de los siglos XI y XII. GRACIANO se refiere a esta materia en la Causa XXVIII y examina en la *quaestio I* si es verdadero matrimonio el cele

(49) OESTERLE, «Privilege Pauline», en Dictionnaire de Droit Canonique.

brado entre infieles, llegando a la conclusión en el can. 17, *dictum*, que hay verdadero matrimonio, pero disoluble, estando permitido a los esposos, dado el libelo de repudio, separarse y volverse a casar según la ley del mundo. La *quaest. II* se inicia con este principio: «viviendo la esposa no se puede casar con otra» y, a través de la cita que hace del Ambrosiaster (él la atribuye erróneamente a un tal Gregorio) y de la rúbrica del can. 2, se deduce que es lícito al fiel desposarse con otra cuando el infiel se aparta por odio de la fe cristiana. Por último, en el *dictum* de esta misma *quaestio*, can. 2, sostiene que el privilegio Paulino solamente puede aplicarse a los que se han casado en la infidelidad; si uno de ellos se convirtió a la verdadera fe o si los dos esposos estaban ya bautizados cuando se casaron y uno de ellos traicionó sus compromisos abandonando al otro por odio de la fe, éste no está obligado a seguir al cónyuge que se va, sino que mientras viva no podrá contraer otro matrimonio. Había entre ellos, en efecto, un matrimonio regular (*rato*) que no puede ser disuelto por ningún medio.

PEDRO LOMBARDO, de manera análoga a GRACIANO, termina así en el Libro IV de las Sentencias (Dist. XXXI, c. 2-5): «Es preciso distinguir: una cosa es despedir a quien quiere continuar llevando la vida en común, y otra cosa es ser despedido a causa de Dios por quien tiene horror al nombre de Cristo... Y si está permitido despedir a quien quiere continuar la vida en común, no le está permitido mientras viva contraer otro matrimonio. Por el contrario, no está obligado a seguir a quien se aparta por odio a Cristo y por mucho que sobreviva le está permitido casarse».

ROLANDO BANDINELLI, en su Inquisitio sobre la Causa XXVIII, considera disoluble el matrimonio entre infieles o entre un fiel y un infiel, pero con esta reserva: que si el infiel quiere llevar la vida en común y despide a su esposa (por otros motivos), no puede volver a casarse en tanto aquella sobreviva. Pero si el esposo infiel se ha separado por odio de la fe cristiana, o si se ha entregado al culto de ídolos, o si la esposa ha querido arrastrar a su marido a la práctica de algún maleficio está permitido despedirla y tomar otra. Del mismo modo, escribe sobre la *quaest. 2*: Si el infiel, después de su matrimonio, se ha convertido a la verdadera fe, si su esposa no tiene horror a la predicación de Cristo y consiente en cohabitar con el esposo, está permitido, sin embargo, al esposo despedirla, pero mientras ella viva no le está permitido tomar otra mujer. Mas si ella tiene odio a la predicación de Cristo o si ella ha abandonado a su esposo por odio de la fe cristiana, si ella ha querido arrastrarlo a la idolatría o a otros crímenes, después de separarse de ella puede libremente desposarse con otra. Si ambos esposos se convierten a la fe católica no les está permitido separarse.

INOCENCIO III es quien pone término a la solución del caso del Apóstol, centrando la cuestión en sus célebres decretales *Quanto te* y *Gaudemus in Domino*, acogidas en la *Compilatio III* y luego en las Decretales (Lib. IV, Tit. XIX, cap. 8). Nos interesa aquí la primera de ellas, en la que se declara válido el matrimonio de infieles aunque un impedimento de Derecho eclesiástico se opusiere. Cuando el esposo que se ha convertido vivía en régimen de poligamia antes de haber recibido el bautismo, debe, después de su conversión, volver a su primera esposa, aunque ya la hubiere despedido y tomado otra; pero si esta primera esposa, después de la conversión de su marido rehusa volver a la vida en común o no consiente en ello más que con desprecio del Creador o buscando arrastrar a su marido al pecado, pierde todo derecho a recobrar a su marido.

Las investigaciones e interpretaciones de los glosadores de esta época se dirigen generalmente a tres problemas, que resumen KNECHT y GARCÍA CASTRO (50):

1.º Se refiere la primera cuestión a la equiparación de ambos sexos. De la posición de la mujer en la antigüedad se deduce que el sentimiento general estaba por entonces en oposición a la igualdad. Pero GRACIANO quiere ya aplicar a la esposa el principio que se suele aplicar al esposo; y sus contemporáneos PEDRO LOMBARDO y HUGO DE SAN VÍCTOR no vacilan en aceptar la equiparación de ambos sexos, que sólo JUAN TEUTONICO rechaza.

2.º El segundo problema versa acerca de si del mismo derecho gozaban el matrimonio entre judíos y el matrimonio entre paganos cuando uno de los cónyuges se convertía al cristianismo. Dos posiciones opuestas se mantuvieron: una defendida principalmente por ROBERTO DE FLAMESBURY, que trata privilegiadamente el matrimonio de los judíos, pues convertido uno de ellos, tanto si el infiel consiente o no en cohabitar con él, el infiel puede ser despedido y será permitido al fiel, hombre o mujer, volver a casarse. La otra posición es la de TANCREDO, que no admite distinción entre los judíos y los paganos, por lo que, si la parte infiel quiere convivir con la parte fiel ésta no podrá contraer nuevo matrimonio mientras sobreviva aquella; y en estos términos se pronunciaron las Decretales (c. 7, X, IV, 19).

3.º La tercera cuestión versó acerca del momento de la ruptura del matrimonio legítimo cuando uno de los cónyuges se convertía a la fe cristiana. Frente a los que sostenían que el matrimonio se disuelve de por sí, *ipso iure*, por el abandono o la negación de la convivencia por parte del

(50) KNECHT, «Derecho matrimonial católico», trad. española, Madrid, 1932, pág. 564; GARCÍA CASTRO, loc. cit.

infiel, opuso BERNARDO DE PAVIA la tesis de que la disolución del vínculo sólo se produce en el momento de la celebración de un nuevo matrimonio (51), lo que fue confirmado por el Papa Inocencio III al declarar: «Si, pues, uno de los cónyuges infieles se convierte a la fe católica y el otro no quiere cohabitar con él de ningún modo, o quiere, mas no sin blasfemia del nombre divino o con el fin de hacerle pecar gravemente, el converso puede, si quiere, contraer nuevas nupcias» (C. 7, X, 4, 19).

Los decretalistas de los siglos XIII al XV, lo mismo que los grandes teólogos de esta época, cuando escribieron sobre el privilegio Paulino no aportaron nada nuevo y se limitaron a reproducir la doctrina corriente desde los puntos de vista teológico y jurídico (52).

El Concilio de Trento nada dispuso sobre el privilegio; pero a partir del siglo XVI la Curia romana volvió sobre la cuestión con ocasión del desarrollo de las misiones en América y en las Indias orientales, pues las causas de los conversos que habían vivido bajo el régimen de la poligamia reclamaban una inmediata solución, que se creyó que podía encontrarse en el privilegio Paulino. Entonces se situó en primer lugar el requisito de la interpelación del cónyuge infiel, que no había sido considerada por los autores antiguos pero que había sido exigido por Inocencio III (C. 7, X, 4, 19) tratada frecuentemente por los glosadores y que se manifestó fundamentalmente en las Constituciones *Altitudo* del Papa Paulo III (1 de junio de 1537), *Romani Pontificis* de San Pío V (2 de agosto de 1571) y *Populis ac Nationibus* de Gregorio XIII (25 de enero de 1585), que más adelante serán objeto de nuestro estudio.

b) *Origen del privilegio.*—Se dice que es de derecho inmediatamente divino, es decir, constituido directamente por Jesucristo y promulgado por el Apóstol. Siguen esta opinión varias Instrucciones de la Consagración del Santo Oficio, como las de 11 de julio de 1865 y 20 de junio de 1866 (Fontes, n.º 994 y 995) y destacados autores como BENEDICTO XIV, TOMÁS SÁNCHEZ, SAN ALFONSO, PERRONE, BILLOT, WERNZ, PAYEN, VLA-MING, VROMANT y JOYCE.

Otros entienden que es de derecho mediatamente divino, es decir, de derecho apostólico, concedido en virtud del poder especial del Apóstol sobre los corintios y extendido por San Pedro a toda la Iglesia y ahora reservado a la Sede Apostólica. Siguen esta orientación VERMEERSCH,

(51) B. PAPIENSIS, «Summa de matrimonio», ed. Laspeyres, 1861, c. 4, 291 (cit. por KNECHT y por GARCÍA CASTRO).

(52) Sobre el caso del Apóstol trataron los decretalistas Juan Andrés, Sinibaldo de Fiesco, Antonio de Butrio, Guido de Baysio, Pedro de Ancharano, Nicolás Tudescio y los teólogos Alberto el Grande, Santo Tomás, San Buenaventura, Dum Scotto y Durando.

LEHMKULL, DE SMET, SCHERER, GASPARRI, CAPPELLO y CORONATA. Este último precisa que la potestad fue concedida *modo ordinario* por Cristo a la Iglesia y *modo extraordinario* a los Apóstoles en particular (53).

La cuestión interesa porque, si el privilegio es inmediatamente divino, debe ser considerado como una revelación directa y de ello resulta que el favor de la fe tiene por sí mismo poder de disolver el matrimonio legítimo, sin que a la Iglesia corresponda la aplicación del privilegio. Si, por el contrario, es mediatamente divino es a la Iglesia a la que Cristo ha concedido el derecho de disolución y tiene competencia para aplicarlo.

De todos modos, como enseña Cappello, ambas sentencias son probables, una y otra cuentan con sólidos argumentos y con la aprobación de gravísimos autores.

Pero nada aclara, antes bien introduce confusión entre el privilegio Paulino y el Petrino la solución práctica propuesta por algunos autores de extender al privilegio Paulino el poder ministerial, instrumental o vicario atribuido al Romano Pontífice sobre los matrimonios de infieles (54), afirmándose también que, del hecho de considerarse los Romanos Pontífices desde hace tiempo provistos de la facultad de disolver los matrimonios válidos y consumados de infieles, se puede concluir que para conceder el privilegio Paulino no se requiere otra cosa o es bastante que se derive de derecho apostólico (55).

c) *Fin que persigue*.—Se propone, en beneficio de la fe, procurar primero la conversión y luego la perseverancia de quien haya abrazado la verdadera fe. Esto puede garantizarse, como indica VROMANT, de dos maneras: Reconociendo, cuando sea preciso, la carga del primer matrimonio, aunque sea legítimo contraído en la infidelidad, y abriendo más fácilmente el camino al matrimonio cristiano que se ha de contraer (56).

Dos garantías se han de tener presente para impedir que el privilegio pueda perjudicar las conciencias o favorecer la pasión. Es para evitar esto por lo que se ha rehusado varias veces al varón polígamo la facultad de elegir entre sus esposas a cualquiera de ellas que aceptara bautizarse, siempre que la primera, que es la única legítima, aceptaba ser bautizada (57). También es práctica de la Iglesia prohibir que se bautice a un catecúmeno que quiere pasar a otras nupcias cuando el cónyuge acepta cohabitar pacíficamente; ni permite que se bauticen los cónyuges que rehu-

(53) CORONATA, «De Sacramentis», III, Torino, 1946, pág. 871.

(54) PALAZZINI, ob. cit., pág. 70; BERTOLA, ob. cit., pág. 218.

(55) BINK, «Connubia canonica», Roma-Friburgo-Barcelona, 1959, pág. 543.

(56) VROMANT, ob. cit., pág. 250.

(57) S. C. de Propaganda Fide, 5 diciembre 1631 y S. C. del Santo Oficio, 8 junio 1836, según cita de OESTERLE, «Privilège...», cit., col. 249.

san reconciliarse y por la concesión, aunque unidos por legítimo matrimonio, piensan en el derecho a las nuevas nupcias (58).

d') *Condiciones para su uso legítimo.*—No se ponen de acuerdo los autores cuando han de precisar los requisitos necesarios para que opere el privilegio Paulino. Así, REGATILLO y MARTÍN enumeran estos cinco: matrimonio legítimo, bautismo de uno de ellos, interpelación, separación del infiel y matrimonio de la parte bautizada; CAPPELLO, PAYEN y BANK enumeran los cuatro siguientes: matrimonio entre infieles, conversión y bautismo válido de uno de ellos, separación del cónyuge infiel y, por último, interpelaciones; VROMANT, PALAZZINI y BERNÁNDEZ CANTÓN las reducen a los tres primeros; y CORONATA, al que sigue GARCÍA CASTRO, tiene por única condición esencial la separación de la parte infiel, alegando que lo relativo al fiel bautizado y al matrimonio contraído antes del bautismo con otro infiel que permanece en la infidelidad, pertenece a la naturaleza del privilegio.

En rigor doctrinal únicamente pueden admitirse estas tres condiciones del privilegio Paulino: matrimonio entre infieles, bautismo de uno de ellos y separación del infiel. Las interpelaciones no pasan de ser un medio probatorio del *discessus* y el segundo matrimonio no es condición, sino efecto del Privilegio. Examinemos cada uno de aquellos requisitos:

1.º Matrimonio legítimo entre dos infieles, aunque sean catecúmenos, consumado o no, y que dicho matrimonio sea realmente válido conforme a las normas del derecho divino-positivo, natural y civil.

Por lo tanto, está excluida la aplicación del privilegio en los siguientes casos: Si uno o ambos cónyuges estaban bautizados y apostataron antes de contraer el matrimonio no canónico (can. 1.099); si ambos estaban bautizados cuando contrajeron matrimonio no canónico y uno de ellos pasó a la herejía o al cisma, renunciando a convertirse o cohabitar pacíficamente (can. 1.131); cuando el matrimonio se celebró con dispensa del impedimento de disparidad de cultos entre una parte bautizada y otra que no lo está (can. 1.120); según la opinión más autorizada cuando se trata de matrimonio entre acatólico bautizado e infiel, entre los que no media el impedimento de disparidad de cultos. BERNÁNDEZ CANTÓN cita el Decreto del Santo Oficio de 10 de junio de 1937 para defender la tesis de que no procede la disolución del privilegio Paulino cuando se trata de un matrimonio celebrado entre infiel y acatólico (59).

(58) VROMANT, ob. cit., pág. 251.

(59) BERNÁNDEZ CANTÓN, ob. cit., pág. 191. Pero SARTORI observa a este propósito, con criterio más amplio, que la respuesta del Santo Oficio no rechaza el uso del privilegio Paulino, sino que niega implícitamente que el uso de este privilegio pueda ser permitido por los Ordinarios locales. El pensamiento del legislador —sigue diciendo— es que, si se da este caso, es

2.º Conversión y bautismo válido de uno de los cónyuges, permaneciendo el otro en la infidelidad.

Aunque la cuestión es discutida, según la mayoría de los autores es suficiente el bautismo válidamente recibido en secta acatólica (WERNZ-VIDAL, CORONATA, CHELODI, OESTERLE, CAPPELLO y los que cita este autor) y con mayor razón si hay conversión y bautismo en la fe católica.

Quedará excluida la aplicación del privilegio por esta causa: A los catecúmenos; a los que solamente han recibido bautismo de sangre o de deseo; en caso de duda acerca de la validez del bautismo, con duda insoluble, sin perjuicio de que pueda actuar el privilegio de la fe, según veremos más adelante. En este sentido, el Decreto citado del Santo Oficio respondió negativamente a la pregunta de si en un matrimonio contraído entre dos acatólicos dudosamente bautizados, en caso de duda insoluble acerca del bautismo puede permitirse a la parte convertida a la fe el uso del privilegio Paulino.

3.º Separación del cónyuge infiel. Es necesario que el cónyuge infiel *discedat*, es decir, que no quiera convertirse ni cohabitar pacíficamente (*sine contumelia Creatoris*) con la parte fiel. Se rehusa la conversión cuando tiene lugar de manera real y no solamente presunta; no basta para impugnar el nuevo matrimonio de la parte católica que, en el momento de contraerlo, la parte infiel abandonada mostrara simplemente la voluntad de convertirse, sin que hubiera recibido ya el bautismo (60).

Se aparta el infiel cuando no quiere cohabitar, renunciando a toda comunidad de vida (*discessus* físico), aunque en principio hubiera cohabitado pacíficamente, e incluso cuando el cónyuge bautizado hubiera hecho vida de matrimonio, después de su bautismo, con el infiel (can. 1.124). Esta separación es indiferente que ocurra por odio a la fe o por cualquier otro motivo; pero hay que distinguir entre:

1) Separación material, que tiene lugar cuando el esposo infiel está bien dispuesto y quiere cohabitar pero no puede hacerlo porque el esposo bautizado ha puesto (o ha descuidado hacerlo desaparecer) el motivo que impide a la parte infiel continuar la vida común. También hay esta separación cuando el esposo infiel, que quiere hacer vida común, no puede hacerlo, sin que intervenga culpa de la parte bautizada (reclusión, servidumbre, enfermedad contagiosa del bautizado, emigración a otras regiones del bautizado siendo expuesto seguirle) o cuando el infiel ha perdido la razón y no puede decidir.

preciso recurrir al Santo Oficio sometiéndole dicho caso para que lo examine y lo resuelva. Se trata, en efecto —añade—, de un asunto muy grave, a saber, la indisolubilidad de derecho natural del matrimonio (cit. por OESTERLE, «Privilegio...», cit., cols. 252-253).

(60) Santo Oficio, 14 diciembre 1848. FONTES, núm. 908.

2) Separación formal, que se produce cuando la parte infiel, por su propia voluntad, responde negativamente a las interpelaciones con palabras, hechos o con su silencio, de modo que rechace toda cohabitación.

Por el contrario, es legítima la separación del infiel y por ello no tiene el fiel derecho a usar del privilegio Paulino, cuando el católico, después de su bautismo, dió a la parte bautizada motivo justificado para que la abandonase (can. 1.123), deduciéndose del can. 1.129 que el único motivo que justifica el apartamiento del infiel es el adulterio del bautizado, equiparándose al mismo por algunos autores la sodomía; pero el adulterio tiene que haberse cometido después del bautismo del culpable, ser conocido por la parte infiel y alegado por ésta como causa de separación definitiva (Santo Oficio, 19 abril 1899, Fontes, núm. 1.110) o, como especifica VROMANT, que la parte ignorase el adulterio o no lo hubiera alegado o lo hubiera condonado o cometido compensación con adulterio propio (61).

3) Separación moral, que tiene lugar cuando el cónyuge infiel, aunque quiere cohabitar, rehusa hacerlo *pacífice sine contumelia Creatoris* (can. 1.121, § 1, núm. 2) (62). Ello tiene lugar: Cuando el infiel hace peligrosa la cohabitación a la comparte fiel, para la fe o para las costumbres; si el infiel, con palabras o con hechos, hace la cohabitación grave y habitualmente injuriosa para la religión cristiana (63); cuando la parte infiel inflige continuamente y sin causa vejaciones a la parte bautizada, resultante de querellas, riñas, golpes o privaciones de alimentos, que conducen a una verdadera servidumbre.

La prueba del *discensus* tiene lugar mediante las interpelaciones, que se dirigen al cónyuge infiel para dejar constancia de su voluntad contraria a la conversión o a la pacífica cohabitación. La interpelación debe versar sobre si la parte no bautizada quiere también convertirse y recibir el bautismo o si, por lo menos, quiere cohabitar pacíficamente con él sin ofensa del Creador (can. 1.121), añadiéndose el can. 1.122 que las interpelaciones deben hacerse ordinariamente por lo menos en forma sumaria y extrajudicial, con la autoridad del Ordinario del cónyuge convertido, debiendo este mismo Ordinario conceder al cónyuge infiel un plazo para deliberar, si es que lo pide, pero advirtiéndole que, pasado inútilmente ese plazo, se presumirá que su respuesta es negativa. Las interpelaciones

(61) VROMANT, ob. cit., pág. 494.

(62) Los Sumos Pontífices y las Congregaciones Romanas usan promiscua e indistintamente ambas expresiones: «cohabitare pacífico» y «cohabitare sine contumelia Creatoris».

(63) El Santo Oficio se refiere a cohabitar sin peligro de pervisión para el otro cónyuge o sin execración del Santo Nombre de Cristo, o sin menoscabo de la Santa Religión (11 julio 1866, Fontes, 966).

hechas aun en forma privada por el mismo cónyuge convertido son válidas, y hasta lícitas, si no es posible hacerlas en aquella forma; pero en este caso, para los efectos en el fuero externo, debe constar que se hicieron por las declaraciones de dos testigos al menos o por otro medio legítimo de prueba (64).

Las interpelaciones son necesarias, al menos para el uso lícito del privilegio Paulino, y para el uso válido cuando el *discessus* de la parte infiel no consta de otro modo, aunque «prácticamente —como dice CHELONI— no es lícito eximirse de la obligación de interpelar por decisión privada» (65). Pero, como expresa el can. 1.121 § 2, las interpelaciones pueden omitirse cuando así lo dispone la Santa Sede concurriendo justa causa, la cual existe cuando de un proceso sumario y extrajudicial, por lo menos, consta moralmente que el cónyuge infiel no puede ser interpelado o que las interpelaciones han de ser inútiles o gravemente peligrosas (Santo Oficio, 4 febrero 1891, Fontes IV, núm. 1.130) (66).

e) *Efectos*.—Efecto inmediato es el derecho de contraer nuevas nupcias (cans. 1.123 y 1.124) y efecto mediato es la disolución del primer vínculo, celebrado en la infidelidad, que tiene lugar en el momento preciso en que la parte bautizada celebra válidamente nuevo matrimonio (can. 1.126).

El derecho de contraer nuevas nupcias corresponde solamente a la parte que se ha bautizado, una vez que las interpelaciones se hicieron con

(64) Para una explicación más minuciosa del trámite de las interpelaciones nos remitimos a los autores que venimos citando a lo largo de este trabajo y que se han ocupado del privilegio Paulino en Tratados o en monografías.

(65) CHELONI, ob. cit., pág. 300.

(66) El Codex emplea el término *declaración* y en la práctica se habla de *dispensa* de las interpelaciones. En realidad, como escribe OESTERLE, «Privilege...», cit., la dispensa no es más que una modalidad de la declaración por la cual es fijada la manifestación del privilegio Paulino. Es dada más bien *ad cautelam* que por necesidad. Si, en efecto, la mala voluntad del esposo es sentada de manera cierta, por la naturaleza misma de las cosas, la interpelación se hace inútil. Cfr. también en este mismo sentido AUBERT, «La tradizione cattolica in favore del Privilegio Paulino nel coniuge infedele battezzato in una setta scattolica», *Gregorianum*, 1923, pág. 242. MIGUÉLIZ ve la cuestión desde el aspecto del derecho divino y escribe que el precepto contenido en el can. 1.121 es solamente de derecho eclesiástico, la formalidad de las interpelaciones no es de derecho divino; pero las interpelaciones son de derecho divino en tanto en cuanto sea necesario interpelar para cerciorarse del ánimo del cónyuge infiel. Consecuentemente explica que «declaración» querría decir que, en un caso concreto, se puede hacer uso del privilegio Paulino en sentido estricto por no exigir el derecho divino las interpelaciones en aquel caso; la «dispensa», que la potestad vicaria del Papa ejerce su actividad en aquello a donde no llega el privilegio. La dificultad está en discernir cuándo cada caso concreto cae dentro de una o de otra. El autor se acoge al principio del privilegio de la fe y no se atreve a considerar nulo el matrimonio por el solo hecho de que se hubieran omitido las interpelaciones.

resultado negativo o se dispensaron. Este derecho puede usarse en cualquier tiempo (67), aunque después de recibido el bautismo el cónyuge bautizado haya hecho de nuevo vida de matrimonio con el cónyuge infiel; pero cesa tal derecho si el cónyuge infiel se convierte o simplemente revoca su negativa a convivir pacíficamente con la otra parte.

Este derecho de la parte bautizada a contraer matrimonio solamente puede ejercitarlo contrayéndolo con persona católica; por lo tanto, las nupcias con parte herética son ilícitas, pero válidas, y las celebradas con infiel son inválidas por causa del impedimento de disparidad de cultos, del que difícilmente se suele dispensar y para lo que se requiere la concesión de indulto especial (68).

La disolución del vínculo contraído en la infidelidad tiene lugar por inmediata actuación de la ley divina en virtud del válido intercambio del consentimiento en la celebración del segundo matrimonio. no siendo vínculo adecuado para producir este efecto la entrada en religión ni la recepción de órdenes sagradas.

f) *Favor de la fe y privilegio Paulino.*—«En caso de duda, el privilegio de la fe goza del favor del derecho» (can. 1.127). Se trata de un antiguo axioma, mencionado en el Concilio IV de Toledo, en donde se estatuyó que la prole bautizada debe separarse de los padres infieles, en favor de la fe. Las Decretales (c. 2, X, 3, 33) y especialmente Benedicto XIV (Epístola *Probe* de 15 diciembre 1751), dispusieron que «*in re dubia in favorem fidei pronuntiandum esse, constans regula est*». En ninguno de dichos textos se aplicaba la regla a materia matrimonial, sino para permitir el bautismo del niño judío cuando se resistía a ello su madre; pero el Santo Oficio transfirió dicho principio del bautismo al matrimonio (8 junio 1836, 9 diciembre 1874) (69).

En el Derecho vigente sabemos que el *Privilegium fidei* tiene dos acepciones: una, lata, que abarca el privilegio Paulino y el Petrino, y otra otra puramente interpretativa y supletoria de ciertos defectos que puedan concurrir en las aplicaciones de dichos privilegios.

En la primera acepción el privilegio de la fe permite la celebración de un matrimonio canónico con disolución de otro celebrado en la infi-

(67) En caso de dispensa de las interpelaciones, una vez transcurrido el año sin que se celebre el segundo matrimonio, se deberán practicar las interpelaciones u obtener nueva dispensa. Pero no afectará a la validez de las segundas nupcias, a no ser que se ponga como condición en el rescripto de dispensa (CARRILLO, ob. cit., pág. 771).

(68) Cfr. VROMANT, ob. cit., pág. 550 y ORSTERLE, «Privilegium Paulinum in sua applicatione», Apollinaris, 1956, pág. 402.

(69) BANK, ob. cit., pág. 550.

delidad e incompatible con aquél, sea para favorecer la fe de uno de los cónyuges o la de un tercero (70).

En la segunda acepción lo explica MULDERs con estas palabras: «Cuando por cualquier causa se tiene duda acerca de si se han cumplido todas las condiciones para aplicar el privilegio Paulino o el can. 1.125, esta duda se ha de resolver en favor de esta aplicación, de modo que la persona convertida pueda celebrar nuevas nupcias, si esto contribuye a favorecer la conversión de la fe católica (o su permanencia en esta fe). (71). Como se ve, se trata de una excepción al can. 1.014, pues éste favorece el matrimonio y no la disolución; pero esta excepción solamente puede hacerse valer por el uso que el Romano Pontífice hace de su potestad ministerial de disolución cuando es dudosa —con duda fundada, moralmente insoluble después de una diligente y prudente inquisición— la aplicación del privilegio Paulino o del Petrino. En el privilegio Paulino, los matrimonios válidamente contraídos entre dos infieles o, al menos, entre una parte bautizada y otra acatólica bautizada, pueden ser disueltos por el Papa cuando, en la aplicación de dicho privilegio, se duda acerca de la existencia del matrimonio, de su validez o de los requisitos para la aplicación del privilegio, bien entendido que donde esté excluido el privilegio Paulino también lo estará el de la fe (72).

## b) *El privilegio Petrino*

a) *Noción.* Hasta el s. XVI era opinión de teólogos y canonistas que ningún matrimonio legítimo consumado podía ser disuelto fuera del caso del Apóstol (privilegio Paulino), no habiendo extendido la Iglesia el privilegio a otros casos. Pero, a raíz de las Constituciones de Paulo III, San Pío V y Gregorio XIII, se dividieron los pareceres, alinándose fundamentalmente en dos direcciones: los que entendían que dichas Constituciones no dejaban de ser extensiones del privilegio Paulino y los que aseguraron que no podía explicarse por éste y que se trataba del ejercicio de

(70) No todos los autores piensan así, pues solamente admiten que pueda actuar el privilegio de la fe en favor del cónyuge convertido y bautizado. Cfr. MIGUÉLEZ, ob. cit., págs. 703 y 704.

(71) Vid. la cita en VLAMING-BENDER; ob. cit., pág. 507. En el mismo sentido REGATILLO, «Derecho matrimonial eclesiástico», Santander, 1962, pág. 308.

(72) Cfr. BOUDON, «Memento du Privilège paulin», París, 1949, págs. 70 y sgts.; REGATILLO ob. cit., págs. 307-308.

Como casos de exclusión cita MIGUÉLEZ el matrimonio dudosamente válido y el de dos acatólicos bautizados cuando se duda, con duda insoluble, si su bautismo fue válido (ob. cit., pág. 704, notas 40 y 41).

la facultad ministerial del Romano Pontífice (73), separación de criterios que se mantiene todavía con nuevos matices que los multiplican.

En la actualidad hay quien sigue sosteniendo que el vínculo conyugal de dos infieles es indisoluble fuera del caso a que se refiere el privilegio

Paulino (74). Otros autores comprenden en el privilegio Paulino toda concesión basada en el poder divino vicario por virtud del cual un matrimonio, consumado pero no rato, se disuelve en favor de la fe (75). MIGUÉLEZ estudia junto al privilegio Paulino los casos afines al mismo, que son aquellos a que se refieren las Constituciones mencionadas en el can. 1.125; también incluye el caso de disolución en que media declaración del Papa de omitir las interpelaciones, si es que falta alguno de los elementos que integran la naturaleza del privilegio Paulino —permanencia del cónyuge en la infidelidad y voluntad de no cohabitar—, pues también en este caso la disolución tiene lugar en virtud de la potestad vicaria del Supo Pontífice (76). Y recientemente distingue Boudon entre: 1) Privilegio Paulino; 2) Dispensas pontificias generales y particulares, coincidentes éstas con casos de privilegio Petrino; 3) *Privilegium fidei*, que lo identifica con la regla interpretativa del can. 1.127 (77), identificación no aceptable por cuanto dicha regla no establece una forma de disolución del matrimonio legítimo, sino que es una norma para decidir *pro dissolutio* los casos dudosos del privilegio de la fe tanto en su acepción Paulina como en la Petrina, con destrucción de la presunción contraria *pro matrimonio* establecida con carácter general por el can. 1.014 (78).

En una línea más avanzada se opina que el *privilegium fidei*, en sentido amplio, equivale a la disolución del matrimonio legítimo por el Romano Pontífice (79), hasta que se llega a una última postura que reconoce al Pontífice el poder vicario de disolución en casos que desbordan el privilegio Paulino, sin referencia al *privilegium fidei*. En este sentido distingue LERY el privilegio Paulino y el poder especial de dispensa del

(73) Fue el doctor Navarro el primero que extendió esta potestad del Papa a los matrimonios de infieles. Cfr. BANK, ob. cit., pág. 555. LAZCANO ESCOLÁ, «Potestad del Papa en la disolución del matrimonio de infieles», Madrid, 1945, pág. 17.

(74) ALONSO ANTONIO, «¿Cuándo el vínculo conyugal es indisoluble?», Madrid-Buenos Aires, 1953, págs. 25 y sgts. Postius añade la disolución por los privilegios pontificios de Paulo III, San Pío V y Gregorio XIII, «El Código canónico aplicado a España», Madrid, 1926, pág. 805.

(75) Es la postura tradicional mantenida por SCHMALZGEBER, BENEDICTO XIV. VASQUEZ, ROSSER, LEITNER y que tiene su reflejo en DE SMET, «De sponsalibus et matrimonio», Brujas, 1927, núm. 354.

(76) MIGUÉLEZ, ob. cit., págs. 701-703.

(77) Boudon, ob. cit., págs. 70 y sgts. También REGATILLO, págs. 307-308.

(78) Cfr. D'AVACK, «Corso di Diritto Canonico. Il Matrimonio», Milano, 1961, pág. 89.

(79) GARCÍA CASTRO, loc. cit.; BERNÁRDEZ CANTÓN, ob. cit., pág. 198.

matrimonio (o privilegio apostólico) que pertenece al Papa, añadiendo que desearía un calificativo apropiado para designar este poder (80). En el año 1953 vemos empleado el término Petrino por HANSTEIN para designar dicho privilegio y se ha impuesto ya por el paralelismo que guarda con el privilegio Paulino, en cuanto está fundado en la potestad de las llaves concedida por Jesucristo a otro apóstol, a San Pedro (81).

En la *praxis* romana el Papa ha dispensado matrimonios válidamente contraídos entre una persona bautizada y otra que no lo está, y también entre dos infieles, sin concurrir las condiciones del privilegio Paulino. Con carácter general declaró S. S. Pío XII en el discurso a los Auditores de la Rota (3 de octubre de 1941) que «es superfluo repetir que el matrimonio rato y consumado es indisoluble por derecho divino y no puede ser disuelto por ninguna potestad humana; mas los otros matrimonios, aun siendo intrínsecamente indisolubles, no tienen una indisolubilidad extrínseca absoluta, sino que, dados ciertos presupuestos necesarios, pueden ser disueltos, no solamente en virtud del privilegio Paulino, sino también por el Romano Pontífice en virtud de su potestad ministerial» (82).

*b' Fundamento.*—La *potestas clavium* fue dada a Pedro y a sus sucesores desde el origen y está englobada en la promesa del Primado: «Quodcumque solveris super terram, erit solutum et in coelis» (Mat. XVI, 19). Esta potestad no es de jurisdicción propia, como corresponde a la Iglesia en cuanto es sociedad jurídica perfecta, sino que es peculiar y extraordinaria, ministerial e instrumental, en cuanto se ejerce con la autoridad y en nombre del mismo Cristo. Por lo tanto, es potestad propia mente vicaria, divina en sentido verdadero y estricto (83).

El fundamento jurídico es el mismo cuando se pretende tanto la disolución del matrimonio legítimo entre dos infieles como el contraído entre parte infiel y otra acatólica, bautizada o no. La competencia del Papa sobre los infieles se justifica, cuando ambos están ligados con vínculo legítimo, por el clásico argumento de que si el Papa tiene competencia para disolver el matrimonio rato y no consumado, *a fortiori* puede disolver el matrimonio de infieles, que no es rato ni es sacramento, y esta doctrina

(80) CHAUSSEGROS DE LEHY, «Le privilège de la foi», Montreal, 1938, núms. 116-120-125

(81) HANSTEIN, «Kanonesches Eherecht», Paderborn, 1953, pág. 234. F. HURTH, «Notae quaedam ad privilegium Petrinum». Periodica de re morali, canonica, liturgica, 1956, págs. 3-22 y 371-391.

Entre los autores que emplean esta denominación figuran BANK, VLAMING-BENDER, MONSEBRAT, MARTÍN, BRIDE, DEL GIUDICE y DELLA ROCCA.

(82) AAS, XXIII, págs. 421 y sgts.

(83) CAPELLO, ob. cit., pág. 749; OTTAVIANI, «Institutiones Iuris Publici Ecclesiastici», II. Città del Vaticano, 1948, pág. 229; HURTH, loc. cit., págs. 327 y sgts.

es aplicada por los canonistas a los matrimonios mixtos en que uno de los cónyuges es fiel y el otro infiel (84).

La competencia de la Iglesia sobre los infieles tiene lugar en virtud de una concesión del Derecho que otorga jurisdicción sobre la materia y que se traduce en una potestad indirecta sobre los sujetos, aunque sean infieles (85). Recientemente ha combatido este argumento GARCÍA BARRIUSO, que defiende la intervención de la potestad directa actuada sobre otra persona y que indirectamente repercute en la no bautizada. «La justificación —dice— de esa aplicación de potestad está en relación de subordinación directa de una persona bautizada, cuyo interés espiritual reclama la intervención de su autoridad legítima en solución de un conflicto que pone en peligro la eterna salvación, la *salus animarum*, razón suprema prevalente y preferente de todo ejercicio de potestad eclesiástica. El ejercicio directo de la potestad eclesiástica sobre esa persona súbdita de la Iglesia, con respecto a ese acto contractual matrimonial extrínsecamente resoluble, lleva implícito un ejercicio directo sobre la persona no súbdita que está unitariamente relacionada con la persona súbdita, de tal modo que no podría ejercerse la potestad sobre ésta sin que tenga efecto sobre aquélla» (86). Ideas afines maneja el P. REGATILLO cuando escribe que la disolución se concede en favor de la fe no de ninguno de los cónyuges, sino de la tercera persona, católica, que vive en concubinato con el infiel casado con el infiel, así como el P. HÜRTH para quien el *favor fidei* es el motivo específico para el ejercicio del privilegio Petrino, que muchas veces se verifica principalmente, no en un cónyuge, sino en la prole (87).

De todos modos, como advierte BRIDE, para los que admiten este poder no hay más que escaso interés en preguntarse si el poder así ejercido sobre el matrimonio legítimo lo es directa o indirectamente, es decir, *por medio de la parte bautizada* y se inclina a pensar que este poder ministerial se ejerce directamente, tanto por razón del poder ministerial, muy extenso, que Cristo ha confiado a su Iglesia, como por razón del carácter sagrado que reviste todo matrimonio, aun el concluido entre infieles.

No es preciso, por lo tanto, que la disolución se conceda en favor de la fe de tercera persona católica con la cual pretenda contraer matrimonio uno de los infieles, pues el único motivo que ha de tomarse en consideración es la *salus animarum*, según expuso Pío XII en su alocución a la Rota con la consecuencia, guardadas todas las proporciones, del bien

(84) Cfr. BANK, ob. cit., pág. 555.

(85) CORONATA, «Institutiones Iuris Canonici», I, Torino; 1947, pág. 329.

(86) GARCÍA BARRIUSO, «Disolución posible de matrimonios legítimos ante el Derecho canónico», Rev. Esp. Der. Canónico, año 1961, págs. 460 y sgts.

(87) REGATILLO, ob. cit., pág. 310; HÜRTH, loc. cit., pág. 380.

común de la sociedad religiosa y, en general, de la Humanidad, como también el bien de los individuos.

Además, se da el hecho de que los rescriptos de dispensa o de disolución son concedidos con mucha frecuencia a la parte no bautizada, y algún rescripto ha sido concedido sin indicar explícitamente «in favorem fidei». No es preciso, pues —concluye BRIDE—, sentar como regla que la disolución no es concedida más que en favor de la fe de una tercera persona bautizada; esto es verdad frecuentemente; pero no es una exigencia absoluta (88).

c') *Extensión*.—No todos los autores coinciden al concretar la extensión del privilegio Petrino o, dicho de otro modo, los límites del poder pontificio.

El P. HÜRTH lo refiere exclusivamente al matrimonio dispar (entre bautizado y no bautizado) y, según él, «designat potestatem Summi Pontificis solvendi hoc vinculum per actum positivum dispensationis», es decir, que contempla los casos excluidos de la disolución Pauliana por el pfo. 2.º del can. 1.120 y en relación con las tres Constituciones pontificias que menciona el can. 1.125 dice que el privilegio Petrino «nec contineri nec tangi» (89), criterio que matiza DELLA ROCCA exigiendo para que entre en juego la disolución Petrina que uno de los contrayentes tenga intención seria de entrar en la Iglesia católica o cuando el *favor fidei*, avalorado por una seria *spes conversionis*, induce a dar protección especial a intereses espirituales de terceras personas (ej.: educación de los hijos) (90).

También DEL GIUDICE ha acogido en la última edición de sus *Nozioni* el privilegio Petrino, pero limitado a la disolución del matrimonio, aun consumado, contraído entre un bautizado acatólico y un infiel cuando uno de los dos se haya convertido y aunque la consumación tenga lugar después de tal conversión, postura que ya había sido adoptada por SIPOS-GÁLOS anteriormente (91).

Con mucha más amplitud, acoge BANK los siguientes casos: 1) Las tres Constituciones pontificias del siglo XVI; 2) El matrimonio contraído en la infidelidad, aunque consumado después del bautismo de una de las partes; 3) El contraído entre infiel y acatólico, si el infiel se bautiza o el acatólico se convierte a la Iglesia Católica; 4) Matrimonio entre parte católica y parte infiel previa dispensa del impedimento de disparidad

(88) BRIDE, «Le pouvoir du Souverain Pontife sur le mariage des infidèles», *Revue de Droit Canonique*, tomo X, año 1960, págs. 90 y sgts.

(89) HÜRTH, loc. cit., págs. 4, 8 y 21.

(90) DELLA ROCCA, «Manual de Derecho Canónico», 1, trad. esp., Madrid, 1962, pág. 428

(91) DEL GIUDICE, «Nozioni di Diritto Canonico», Milano, 1962, págs. 292-295; SIPOS-GÁLOS «Enchiridion Iuris Canonici», Roma, 1954, págs. 538-539.

de cultos; 5) Matrimonio entre dos infieles o entre parte fiel y otra infiel, con tal de que no hubiese sido consumado después del bautismo de ambos cónyuges.

Por último, BRIDE y otros autores añaden también el supuesto de matrimonio legítimo, consumado o no antes del bautismo de uno u otro infiel, constituyéndose así en representantes de una tendencia muy avanzada en cuanto al alcance de la potestad pontificia, que no es compartida por muchos teólogos y canonistas (92).

d') *Supuestos*.—Los casos concretos en que puede operar el privilegio Petrino en su máxima extensión, separándolos en razón a la confesionalidad de las partes y a que la aplicación del privilegio tenga lugar por concesión general o por acto concreto de la Santa Sede, son:

a") *Privilegio Petrino en el matrimonio de dos infieles*.—La doctrina ha venido admitiendo la disolución en este supuesto en el solo caso de que se convierta uno de los cónyuges o ambos y siempre que después del bautismo no vuelvan a consumir el matrimonio (93).

Sin embargo, últimamente se ha abierto paso la tesis que defiende la facultad pontificia de disolver el matrimonio de infieles, aun consumado después del bautismo de uno u otro cónyuge. Si se trata de catecúmenos —dice CAPPELO—, como quiera que pertenecen a la Iglesia por otra razón (can. 1.239, § 2), no parece que exista inconveniente en que la potestad vicaria del Papa recaiga sobre el matrimonio de éstos (94); y las mismas razones pueden extenderse al matrimonio de infieles, cuya disolución pontificia es admitida por numerosos autores, como el P. ABATE, el P. ANASTASIO DE UTRECH, el P. MONSERRAT, LAZCANO ESCOLÁ, REGATILLO y BRIDE.

Este último escritor, después de examinar el estilo de la Santa Sede en esta materia, concluye en estos términos: «Será necesario poner, al menos, sordina a las afirmaciones absolutas de la mayor parte de los autores relativamente al poder de la Iglesia sobre los matrimonios (celebrados o ya celebrados) de los infieles... Por tanto, a despecho de las teorías elaboradas por los teólogos o por los canonistas, comprobamos la intervención del poder supremo de la Iglesia aun en los matrimonios concluidos entre infieles y antes de que ninguno de ellos haya recibido el bautismo». En la misma línea conceptual escribe GARCÍA BARRIUSO que «en conexión con la potestad exclusiva del Papa es cierto que pueden ser disueltos con justa causa cualesquiera matrimonios legítimos, aunque es-

(92) BRIDE, loc. cit., págs. 79 y sgts. HANSTEIN, ob. cit., pág. 234.

(93) Cfr. CAPPELO, ob. cit., págs. 783-784; VROMANT, ob. cit., pág. 342.

(94) CAPPELO, ob. cit., pág. 789.



tén consumados. Las discusiones que en torno a esa potestad pontificia sostuvieron antaño teólogos y canonistas resultan actualmente inútiles ante la reiteración de disoluciones efectuadas. Sería temerario poner en tela de juicio la legitimidad del hecho y del derecho de tales dispensas» (95).

La Santa Sede viene aplicando el privilegio Petrino:

a''') *Por concesión general.*—Tiene lugar cuando, siempre que concurren determinadas circunstancias, se dispone la disolución *ipso iure* del matrimonio legítimo. Tal concesión general se ha hecho a través de los siguientes documentos: 1.º Constitución «Altitudo» de Paulo III, que lleva fecha 1 de junio de 1537; 2.º Constitución «Romani Pontificis» de San Pío V, de 2 de agosto de 1571; 3.º Constitución «Populis» de Gregorio XIII, de fecha 25 de enero de 1585; 4.º Fórmula «Tertia maior».

Las disposiciones contenidas en las tres Constituciones citadas, que fueron dadas para determinados lugares (96), han sido extendidas por el can. 1.125 «a las demás regiones en las mismas circunstancias», frase que hay que entender en el sentido de que tales documentos son de aplicación en todos los casos en que se verifiquen las mismas circunstancias personales cualesquiera que sean las condiciones raciales, sociales y culturales de la región en que hayan de aplicarse (97).

Todas estas concesiones derivan de la potestad ministerial del Romano Pontífice, según opinión casi unánime de la doctrina actual. No se trata, pues, de una aplicación del privilegio Paulino con dispensa de las interpelaciones y ésto lo vió ya claramente FAHRNER, para quien la disolución de los matrimonios contraídos entre infieles difícilmente puede explicarse por la sola aplicación del privilegio Paulino y, de hecho, el vínculo es disuelto por la autoridad suprema del Romano Pontífice (98). En efecto, basta examinar objetivamente los reseñados textos para con-

(95) P. ABATE, «La potestà ministeriale della Chiesa nel vincolo coniugale», en *Sapienza*, año 1959, págs. 431-432; B. ANASTASIO DE UTRECH, «Ecclesiae potestas in vinculum matrimoniale», en *Laurentianum*, tomo I (año 1960), págs. 131-138; MONSERRAT, «Derecho Matrimonial Canónico», Barcelona, 1961, pág. 379; LAZCANO, ob. cit., págs. 235-236; GARCÍA BARRIUSO, loc. cit., págs. 468 y sg's. BRIDE, «L'actuelle extension du «Privilege de la Foi», *Année Canonique*, tomo VI, año 1959, págs. 75-76.

(96) India occidental y meridional, indios, Angola, Etiopía, Brasil y otras regiones de las Indias.

(97) Cfr. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, «La Institución matrimonial», Madrid, 1947, pág. 268, y CORONATA, «De Sacra», cit., pág. 903.

(98) FAHRNER, «Geschichte der Ehescheidung», pág. 273, cit. por ORSTERLE, «Privilege», cit. col. 242. En el mismo sentido se pronunciaron GASPARRI, CAPPELLO, WERNZ-VIDAL, BERNÁNDEZ CANTÓN, BANK, CORONATA, CHILODI, BILLOT, BOUDON, GARCÍA BARRIUSO, VLAMING, VERMEERSCH, VROMANT y MIGUÉLEZ.

vencerse de que falta el *discessus* que es el presupuesto fundamental del privilegio del Apóstol y aún puede apreciarse la ausencia de otros requisitos.

b'') *Por acto concreto de la Santa Sede*, son bastantes los casos de disolución decretados por la Santa Sede en supuestos variados, es decir, haya habido o no conversión y se hubiera producido o no la consumación, antes o después del bautismo, que el lector puede ver en otro trabajo que publicamos en estos Anales (99).

El examen de estos casos pone de manifiesto la diversidad de circunstancias que han movido a la Santa Sede para conceder la disolución: la conversión al catolicismo de uno de los cónyuges, el catolicismo de origen de algunos de ellos, la promesa de bautismo o el catecumenado del orador y hasta solamente su simpatía hacia el catolicismo. El nuevo cónyuge del segundo matrimonio es unas veces católico, otras cristiano y en alguna ocasión infiel, mientras el cónyuge binubo o recibe el bautismo o promete recibirlo, o solamente se muestra simpatizante con el catolicismo.

b'') *Matrimonio de infiel con acatólico bautizado*.—Vimos oportunamente que el privilegio Paulino no actúa en este caso, sin perjuicio de que tales matrimonios puedan ser disueltos por ejercicio de la potestad vicaria pontificia. Antes de la promulgación del Codex no disolvió la Santa Sede ningún matrimonio celebrado entre acatólico bautizado y católico, porque en la legislación precodicial tales matrimonios eran nulos, ya que les afectaba el impedimento de disparidad de cultos.

Pero publicado el Código y no incluido en el can. 1.070 el caso examinado como impedimento de disparidad de cultos, la doctrina se orientó en sentido favorable a la dispensa y la *braxis* pontificia viene concediéndola. La razón alegada para el cambio de criterio es que este matrimonio no tiene carácter y dignidad sacramental, sin que, por otro lado, sea de aplicación el privilegio Paulino (100). Si el infiel se convirtiera y recibiera el bautismo, el matrimonio devendría sacramento; pero sería disoluble aunque las partes lo hubieran consumado antes del bautismo del infiel, pues, aun consumado, no sería rato después del bautismo y la indisolubilidad exige la concurrencia simultánea de ambos requisitos (101).

c'') *Matrimonio de infiel y católico*.—El can. 1.120, §2, prohíbe la aplicación del privilegio Paulino en el matrimonio que se ha celebrado con dispensa del impedimento de disparidad de cultos entre una parte

(99) «El privilegio Petri», Anales de la Universidad de Murcia, Derecho, XXI (1962-63), página 17 y siguientes.

(100) VROMANT, ob. cit., pág. 266; LAZCANO, ob. cit., pág. 213; REGATILLO, ob. cit., pág. 311.

(101) Remitimos al lector al trabajo citado sobre privilegio Petri, en donde podrá examinarse los ocho casos de disolución que se insertan referidos a este supuesto.

bautizada y otra que no lo está. Ello no significa, sin embargo, que el Romano Pontífice carezca de poder para disolver tal matrimonio directamente haciendo uso de su potestad Crística, potestad que también en este supuesto le es reconocida por la doctrina fundándose en que la dispensa concedida no cambia la naturaleza ni la índole del matrimonio; luego, si el Romano Pontífice puede disolver el matrimonio celebrado sin dispensa entre infiel y acatólico bautizado, también es lógico que pueda disolver el matrimonio celebrado con dispensa entre infiel y católico, que es vínculo natural y no sacramental (102).

Ultimamente se vienen multiplicando los casos de disolución concedidos por la Santa Sede en esta situación confesional. El P. BOUSCAREN, S. J. publicó el primero en el año 1949. El P. ELISEO ESCANCIANO relata tres casos más. BRIDE cita otros seis aparecidos en *Jus Seraphicum*. El P. REGATILLO publicó en *Sal Terrae* otro caso que le fue comunicado por el Arzobispo de Zamboanga (Filipinas). Por último, GARCÍA BARRIUSO expone un caso muy reciente (103).

e) *Condiciones de aplicación.*—Anotamos las siguientes, que se deducen de la alocución de Pío XII de 3 de octubre de 1941 y de las normas contenidas en la Instrucción del Santo Oficio de 1 de mayo de 1943:

1) Defecto de bautismo, por lo menos de uno de los cónyuges, durante todo el tiempo del matrimonio, lo que debe demostrarse *in formali processu*. Por otro lado, es también condición esencial, en el caso de que se haya bautizado sólo uno de los cónyuges, el no uso del matrimonio entre las partes de que se trata si después de celebrado sobreviene el bautismo de la parte no bautizada antes de la celebración de dicho matrimonio, pues si mediare el uso matrimonial sería rato y consumado, o sea, indisoluble.

2) Imposibilidad moral de restaurar la vida conyugal.

(102) Estos matrimonios son calificados por la doctrina de legítimos, aunque no se ajusten a las características que les atribuye el can. 1.015, por lo que se extiende a estos matrimonios dispares el mismo tratamiento que a los celebrados entre infiel y acatólico bautizado, que vimos en el apartado anterior. Cfr. CAPPELLO, ob. cit., págs. 788-789; MONSERRAT, ob. cit., págs. 375-376; VROMANT, ob. cit., pág. 346; BANK, ob. cit., pág. 558; BRIDE, «L'actuel...», cit., pág. 56 y siguientes; LAZGANO, ob. cit., pág. 225 y sgts.; PUIGRO, «Una nueva aplicación del privilegio de la fe», *Rev. Esp. Der. Canónico*, año 1955, pág. 233 y sgts.; GARCÍA BARRIUSO, loc. cit., pág. 464 y sgts.; REGATILLO, ob. cit., pág. 311.

(103) BOUSCAREN, «The Canon Law Digest», Supplement Trough, 1948, Milwaukee, pág. 178, cit. por GARCÍA BARRIUSO; ESCANCIANO, «El Sacramento es indisoluble», en *Estudios Eclesiásticos*, año 1956, págs. 227-238; *JUS SERAPHICUM*, tomo IV, fasc. 3, cit. por BRIDE, «Le pouvoir...», cit., pág. 18, nota 13; REGATILLO, en *Sal Terrae*, año 1959, pág. 297; GARCÍA BARRIUSO, loc. cit., páginas 467-468.

Todos ellos se recogen en nuestro artículo citado sobre privilegio Petri.

3) Que se evite el peligro de escándalo o de asombro (*miratio populū*) que harían disminuir la estima o el respeto por la indisolubilidad del matrimonio.

4) Que conste, en su caso, la sinceridad de la conversión.

5) Razones graves en favor de la disolución, que se referirán a una de estas tres: favor de la fe, salvación de las almas, bien común (y aun el bien privado). En detalle podrán ser: la esperanza de conversión del infiel, la necesidad de normalizar una situación matrimonial, de pacificar las conciencias, de poner fin a un escándalo, la salvaguardia de la fe o la educación de los hijos, el restablecimiento de la paz en el país o entre las familias, etc.

El Papa Pío XII enseña en su citada alocución que «en todo caso, la norma suprema que guía al Romano Pontífice en el uso del poder vicario que posee para disolver el matrimonio es la misma que Nos hemos indicado precedentemente como regla del ejercicio del poder judicial, a saber la salvación de las almas (*salus animarum*), con la consecuencia, guardadas todas las proporciones, del bien común de la sociedad religiosa y en general de la Humanidad, como también del bien de los individuos (104).

«6) En general, la regla práctica más importante, destacada por el Santo Padre, es la de no usar dicho poder sino con mucha discreción, y raramente, después de un diligente examen de todas las condiciones del caso particular, pues el afán de la Iglesia radica en salvaguardar y mantener la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

En relación con las *causas motivas* de la concesión del rescripto de disolución, éstas no aparecen como condición de validez de aquél. El primer matrimonio no deja de quedar disuelto por el hecho de que el suplicante, en lugar de contraer matrimonio con mujer católica, conforme ordena el decreto de disolución, lo hiciera con mujer católica o heterodoxa o bien decidiera no casarse. A este particular cita BRIDE el caso de un cónyuge que había obtenido un indulto de disolución (*in favorem fidei*) a fin de poder casarse con mujer católica. Ahora bien, antes de que el nuevo matrimonio se celebrara, la futura esposa se manifestó tan llena de defectos (o tan mal adecuada a su futuro esposo) que éste rompió las relaciones y resolvió casarse con una musulmana. El Ordinario que había transmitido el rescripto consultó enseguida al Santo Oficio sobre el valor de éste, porque la disolución del vínculo legítimo había sido concedida

(104) Todas las causas se reducen en último término a conseguir la *salus animarum*, pues, como escribe el P. HERRA, «in procuranda hac salute animarum latere et habere etiam favorem fidei, evidens est... In salute animarum secundum Pontificem continetur tum bonum commune societatis, tum bonum privatum singulorum. In casu conflictis inter utrumque hoc bonum prevalere bonum commune prae bono privato» (ob. cit., págs. 383-384).

«en vista de un nuevo matrimonio con una católica». La Suprema Congregación respondió con toda justicia que el segundo matrimonio no podía ser impedido (105).

f) *Momento de la disolución.*—El privilegio Paulino opera la disolución del matrimonio legítimo en el momento de celebrarse el segundo matrimonio (can. 1.126), y algunos autores, con criterio de interpretación analógica, hacen aplicación de este precepto al privilegio Petrino (106), mientras que otros, que aportan la solución más segura, sostienen que el vínculo se disuelve por el decreto pontificio, cualesquiera que sean los acontecimientos posteriores, basándose en que los rescriptos o indultos de la Santa Sede se refieren a *documentum libertatis* y a disolución del matrimonio (no de futuro, sino de presente), a fin de que el orador pueda contraer lícita y válidamente un nuevo matrimonio (107). Aún puede anotarse una tercera posición, la de BANK, que, combinando las dos anteriores, entiende que, cuando la parte que se bautiza contrae nuevo matrimonio, éste es el momento de la disolución; pero si el bautizado no quiere celebrar segundo matrimonio, la disolución se produce por la dispensa pontificia (108).

g) *Procedimiento.*—Habrán de seguirse las normas de la Instrucción de 1 de mayo de 1934, que lleva por título : «Normae pro conficiendo processu in casibus solutionis vinculi matrimonialis in favorem fidei per supremam S. Pontificis auctoritatem». La Instrucción tiene carácter reservado (no se publicó en AAS) y se envía a las Curias diocesanas cuando ocurre el caso (109). Se dictó específicamente para el caso de disolución de matrimonios dispares; pero recientes rescriptos del Santo Oficio remiten a dichas normas para la instrucción del proceso, que regulan aun en el caso de disolución de matrimonios de infieles, por lo que cabe aplicar dicha Instrucción en todos los supuestos de actuación del privilegio Petrino.

Es competente para la Instrucción el Ordinario del lugar, sin previa licencia de la Santa Sede, el cual actuará por sí o por delegado. Para la resolución es competente el Santo Oficio, y a esta Congregación, exclusivamente, están reservados estos asuntos. Recomienda al Santo Padre la decisión que estima procedente, y el Papa concede o deniega la gracia.

(105) BRIDE, «L'actuelle», cit., pág. 79, nota 39.

(106) Cfr. GASPARRI, ob. cit., pág. 239.

(107) BRIDE, «Le pouvoir...», cit. pág. 95; HÜRTH, loc. cit., pág. 4.

(108) BANK, ob. cit., págs. 560-561.

(109) Un breve comentario publicó el P. HÜRTH, loc. cit., págs. 21-22 y 386-390. El P. ESCANGIANO hizo público en «Estudios Eclesiásticos», cit., págs. 236-237, un resumen de un ejemplo que dice haber poseído y perdido.

El proceso deberá instruirse con sumariidad y sus resultados se elevarán, con la demanda, al Santo Oficio. Este proceso o información deberá demostrar:

1.º Que el matrimonio que se ha de disolver no ha sido a la vez rato y consumado, empleándose los medios y procedimientos de prueba ordinarios (110).

2.º La información deberá aportar datos sobre ciertos extremos importantes, tales como si el orador está bautizado, piensa o promete convertirse, si desea casarse con persona católica, si está separado del otro cónyuge o divorciado, amancebado, vuelto a casar civilmente, si tiene hijos de la primera o de otra unión, educación que les ha dado, si ha desaparecido toda esperanza de restablecer la vida común entre los primeros cónyuges, las causas de la separación o del divorcio, etc.

El Ordinario añadirá su informe a *votum* personal en el que subrayará la ausencia (o al contrario el peligro o la posibilidad) de escándalo en caso de disolución. También hará constar las razones graves que militan en favor de la disolución.

h') *Favor de la fe y privilegio Petrino*.—Exponíamos anteriormente la noción y acepciones del privilegio de la fe. Aquí solamente nos cabe añadir que las situaciones dudosas que ofrece la aplicación del privilegio Petrino son reunidas por los canonistas en dos grupos: los supuestos de *favor fidei acquirendae* y los de *favor fidei acquisitae*, resueltos los primeros por la Santa Sede en los términos que vimos al examinar diversos supuestos prácticos en que se autorizó el nuevo matrimonio sin la conversión y bautismo previos, mientras que los segundos, fuera del caso normal de disolución del vínculo natural después del bautismo de la parte infiel, presentan los casos dudosos de matrimonio consumado antes del bautismo de ambas partes y no después (consumado y rato) y el del matrimonio entre dos infieles consumado antes y después del bautismo de uno de ellos, dudas que, como vimos anteriormente, tienden a resolverse *in favorem fidei* en pro de la disolución (111).

### C) Efectos canónicos de la disolución

El principal es la ruptura del vínculo, con efectos *ex nunc*, es decir, desde el instante en que se decreta por el Romano Pontífice la disolución o la dispensa (Regla 103) o tiene lugar la celebración del segundo matrimonio (can. 1.126) o desde la profesión solemne (can. 1.119) (112).

(110) Según BRINE, «Le pouvoir...», cit., pág. 100, ha de intervenir el Defensor del Vínculo.

(111) *Supra*, B), b), d').

(112) Véase en las páginas anteriores el derecho vigente para cada supuesto.



La disolución priva al matrimonio de los efectos que, respecto de los cónyuges, señalan los cánones 1.110 a 1.112 y las relaciones paterno-filiales habrán de sujetarse al estatuto que determina el can. 1.132 para la separación de cuerpos, aplicado por analogía, es decir, que los hijos deben educarse al lado del cónyuge católico, a no ser que el Ordinario decreta otra cosa atendiendo al bien de los mismos hijos y dejando siempre a salvo su educación católica.

Disuelto el matrimonio es válido el celebrado posteriormente por cualquiera de los cónyuges; mas, como dispone el can. 1.069, «no por eso es lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o la disolución del primero». La prueba ordinaria será la documental, bien el testimonio del rescripto pontificio, ya la certificación canónica correspondiente.

Para la dispensa *super rato* establece el can. 1.053 que lleva siempre implícita, en cuanto sea necesaria, la dispensa del impedimento que procede del adulterio con promesa o atentación de matrimonio, precepto que creemos de aplicación extensiva a la disolución Petrina.

Según CALAMARI, es práctica de la Santa Sede la legitimación por rescripto de los hijos nacidos de uno de los cónyuges vinculado por matrimonio disuelto después por la *dispensatio super rato et non consummato*, hijos que, de otro modo, no podrían legitimarse (113).

Por último, ha de hacerse notar también que después de la disolución subsiste el impedimento de afinidad (114).

---

(113) CALAMARI, «Gli effetti civili della dispensa del matrimonio rato e non consummato», Rivista di Diritto Privato, 1935, II, pág. 210-211.

(114) KNECHT, ob. cit., págs. 389-390.

## IV.

LA RECEPCION EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA  
DISOLUCION CANONICA DEL MATRIMONIO

## A) La recepción o reenvío en general

Corresponde a SANTI ROMANO el mérito de haber propuesto una explicación jurídica para fundamentar la eficacia del Derecho de la Iglesia en el Ordenamiento estatal, explicación que tiene sus raíces en la doctrina de los internacionalistas propugnadores, como medio de solucionar los conflictos de leyes, de la teoría que justifica que un Estado acepte la aplicación de normas jurídicas de otro (115).

Partiendo de la distinción y autonomía de los Ordenamientos de la Iglesia y del Estado, sostiene dicho autor que la soberanía jurídica de uno sobre el otro vendrá atribuída por el Ordenamiento que se somete (116), distinguiendo en otra obra (117) el *reenvío* (material y formal) del *presupuesto*: «Cuando las leyes del Estado —dice— se remiten a una norma de un Ordenamiento diverso con intención de hacerla propia, de modo que ella venga a ser parte integrante del mismo Ordenamiento estatal, es decir, se transforme en norma de este último, se dice que hay un re-

(115) Los internacionalistas aludidos por SANTI ROMANO, son: TRIEPEL, ANZILOTTI, MARINONI, DONATI, GHIRARDINI y ZITELMANN.

(116) SANTI ROMANO, «L'Ordinamento giuridico», 2.<sup>a</sup> edición, Firenze, 1951 págs. 115 y sgts. En la 1.<sup>a</sup> ed., Pisa, 1918, págs. 108 y sgts.

(117) SANTI ROMANO, «Diritto Costituzionale», Padova, 1940, págs. 323-324. Puede verse también de este mismo autor el «Corso di Diritto Ecclesiastico», años 1921-22, apuntes por JAGER y CAPIZZI, pág. 145.

envío recepticio o material... Se tiene, por el contrario, un reenvío no recepticio o sea formal cuando el Estado, aún tratándose de una materia que él podría regular, quiere limitar la propia competencia legislativa, excluyendo la materia misma de la serie de las que constituyen el objeto de la propia competencia y viceversa, reconociendo tal competencia a otra entidad originaria de modo que las normas de esta última vengán a adquirir alguna eficacia para el propio Estado, no como normas propias, sino como leyes extrañas a él. Tal especie de reenvío implica que el Estado se desinteresa de cómo una materia es regulada, pero, al mismo tiempo, atribuye valor a la regulación que hace otra entidad... En fin, cuando se tiene una materia que en sí y por sí es del todo extraña al Estado... pero cuya materia se relaciona con otras que, viceversa, el Estado regula, entonces no se puede hablar ya de reenvío, ni material ni formal, sino que más exactamente se dice que las normas que otras entidades emanan originariamente son un presupuesto de las normas que el Estado produce después».

La orientación marcada por ROMANO fue desarrollada ampliamente produciéndose alrededor del tema uno de esos núdulos de literatura jurídica tan frecuentes en la doctrina italiana y que se ha polarizado en estas cuatro direcciones fundamentales (118):

1.<sup>a</sup> La del reenvío material o recepticio, en el sentido de aceptación por el Estado de la norma canónica para insertarla en su Ordenamiento como propia. Ha sido la doctrina tradicional de los internacionalistas y de otros autores dedicados a distintas ramas jurídicas (ANZILOTTI, CARNELUTTI, PACCHIONI, CHIOVENDA). Aceptada oficiosamente por el Gobierno italiano a raíz de los Pactos de Letrán (119), fue seguida en principio por la doctrina de dicho país formada en torno al Concordato (D'AMELIO, ROCCO, SCADUTO, GRISOSTOMO-MARINI, BENASSAI, BOSCO, FOLIE, JACUZIO).

2.<sup>a</sup> La del reenvío formal o no recepticio, ya en sentido tradicional expuesto por SANTI ROMANO y que siguen DEL GIUDICE, GANGI, DEgni.

(118) Pueden verse resumidamente en GONÇALVES DE PROENÇA, «Relevância do Direito Matrimonial Canónico no Ordenamento estatal», Coimbra, 1955, pág. 225 y sgts.; DE LUCA, «Rilivenza dell'Ordinamento canonico nel Diritto italiano», Padova, 1942, pág. 33 y sgts.; BORTOLUCCI, «La formazione degli effetti civili del matrimonio nel regime concordatario italiano», Roma, 1956, pág. 125 y sgts.; SANCHO REBULLADA, «Las formalidades civiles del matrimonio canónico», Madrid, 1955, pág. 68 y sigts.

(119) En el discurso del Ministro Guardasellos a la Cámara de Diputados en la sesión de 14 de mayo de 1929 se decía en relación con el Concordato: «En virtud del art. 34, el Derecho canónico en materia matrimonial, adquiriendo eficacia de ley civil, viene a formar parte del Ordenamiento jurídico del Estado y debe encuadrarse en el sistema de éste». (JACUZIO, «La nuova legislazione ecclesiastica», Torino, 1932, pág. 568).

MAGNI, RAVA, ZANOBINI), bien con arreglo a la construcción moderna que concibe las normas que remiten a un Derecho extraño como normas de producción jurídica (BALLADORE PALLIERI, CHECCHINI, SPERDUTI, LUCA).

3.ª La de la recepción individual como recepción, no de la norma jurídica, sino de relaciones jurídicas e instituciones ya constituidas bajo el Ordenamiento anónico (D'AVACK, ANGELO VINCENTI).

4.ª La que parte del presupuesto del reconocimiento del valor potencial universal del Ordenamiento canónico y la recepción no haría otra cosa que eliminar la *compresión* a que estaba sometido aquel Ordenamiento por el Derecho estatal contrario (CARUSI).

No es ocasión de profundizar ahora en el examen de cada una de estas orientaciones sobre reenvío; pero, bastan las indicaciones acabadas de exponer para darse cuenta de que no es posible inclinarse radicalmente por uno u otro criterio y que es a la vista de cada precepto estatal cuando habrá de concretarse si opera el reenvío formal, una recepción individual o un simple presupuesto, pues no es uniforme la remisión de la norma a otro Ordenamiento extraño. Queda descartada la opinión de CARUSI, no técnica, sino apriorística y metafórica, y rechazamos también la posibilidad del reenvío material en cuanto que este tipo de reenvío constituiría más bien un modo de legislar mediante aceptación, como propia, de la norma ajena, insertándola estáticamente en el Ordenamiento reenviante, pero careciendo de la nota esencial del reenvío: el dinamismo, que acepta la producción jurídica del Ordenamiento extraño y las modificaciones que el mismo vaya introduciendo sucesivamente.

## B) La recepción del matrimonio canónico en el Derecho español

### a) La legislación

Nada se estipuló en el Concordato de 1851 sobre la eficacia civil del matrimonio canónico. Pero la ley de Bases del Código civil dispuso que «el matrimonio produciría todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebrara en conformidad con las disposiciones de la Iglesia Católica admitidas en el Reino por la Ley 13, Tít. I, Lib. I de la Novísima Recopilación» (Base 3.ª, párrafo 2.º).

En consonancia con esta Base estableció el art. 75 del Código civil que los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se regirían por las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como Ley del Reino y el art. 76

precisó que el matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes.

El Concordato de 27 de agosto de 1953 convino en su art. XXIII el reconocimiento por el Estado español de plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico, cláusula que, unida a otras innovaciones en materia matrimonial, obligó al legislador español a reformar el Código civil para, aparte de otras importantes y varias modificaciones, adaptarlo al Concordato. En este sentido, la ley de 24 de abril de 1958 dio al art. 75 la siguiente redacción: «El matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación, se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica» y el art. 76, transcripción de los correspondientes preceptos concordatarios, quedó redactado así: «El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles. Para que éstos sean reconocidos bastará con la inscripción del matrimonio correspondiente en el Registro civil. Cuando la inscripción se solicite una vez transcurridos cinco días desde su celebración, no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas (120).

#### b) *La doctrina*

La doctrina española no se ha ocupado de la cuestión del reenvío en Derecho matrimonial, salvo contados autores. MANRESA ya apuntó, en relación con el art. 75, que era como si a este lugar del Código se hubiesen trasladado las disposiciones del Santo Concilio y de la Iglesia Católica (121). BONET RAMÓN atribuye al art. 75 el reconocimiento de la competencia legislativa de la Iglesia, tanto del Derecho canónico actualmente en vigor, como del que pueda dictarse en el futuro, acogiendo, por lo tanto, el reenvío formal en cuanto a las normas de producción jurídica (122). Por último, SANCHO REBULLIDA niega que el art. XXIII del Concordato y el 75 del Código civil sean *norma en blanco* que hagan estatales las que son canónicas, pues entonces aplicaría el Estado tal Derecho canónico contra lo dispuesto por los arts. 80 del Código y XXIV del Concordato, añadiendo que cuando la ley civil dice que el matrimonio de los católicos se rige por la legislación canónica no hace sino reconocer que se trata de un Sacramento, por ser este concepto superior e inseparable del contrato; lejos de representar un caso de reenvío o de expansión

(120) La ley del Registro civil de 8 de junio de 1957 ya había recogido estas modificaciones concordatarias en los arts. 70 y sgts.

(121) MANRESA, «Comentarios», I, 6.ª ed., pág. 446.

(122) BONET RAMÓN, «Compendio de Derecho civil», IV, Madrid, 1960, pág. 83.

significa, sencillamente, el reconocimiento de la sacramentalidad del matrimonio entre bautizados por parte del Estado (123).

De ésta y de otras consideraciones que el autor sigue exponiendo se infiere su criterio favorable a entender que, mejor que de recepción, debe de hablarse de presupuesto sacramental, que es lo que sucede con el ejemplo analógico que maneja del Sacramento del Orden y porque se trata de materia que el Ordenamiento civil no puede regular dada la naturaleza sacramental (124). Hay que reconocer la originalidad de esta postura; pero no ha de perderse de vista que el matrimonio es un contrato a la vez que Sacramento y que, por ello, tiene una base jurídico-positiva a la que, congruentemente, se dirige el acto jurídico del reenvío. Sin duda, tendrá también el significado de reconocimiento implícito de la sacramentalidad del matrimonio, mas ello será por virtud de la concepción canónica del matrimonio contrato-Sacramento, no por directa recepción del Sacramento. Por otra parte, estando sujeto a evolución y cambios el derecho positivo regulador del matrimonio canónico, no está de más que dicho Ordenamiento sea reenviado por la ley española con carácter formal para atribuir al Derecho matrimonial de la Iglesia la consideración de norma jurídica relevante o, al menos, no indiferente, dando fijeza y seguridad a las relaciones entre ambos Ordenamientos en esta materia y aceptación por el Estado de las modificaciones jurídicas que la Iglesia introduzca en la regulación del matrimonio. También puede favorecer a la Iglesia católica que la consideración puramente jurídica de los dos términos del reenvío —la norma estatal y la canónica— sirva para facilitar la vigencia del matrimonio canónico en el país que hubiera adoptado sistemas hostiles o indiferentes de relación con la Santa Sede, pues a través de la mera recepción de la norma matrimonial canónica se recibiría el Sacramento, indisolublemente unido al contrato.

La conclusión a que puede llegarse después de la precedente exposición es que el Derecho español ofrece, *en abstracto*, un claro supuesto de reenvío formal que, respetando la independencia de las fuentes del Derecho matrimonial canónico y la naturaleza de sus instituciones, acepta sus efectos en el Ordenamiento español a través de la norma de reenvío, que obra como norma de producción de esos efectos. *En concreto*, la recepción tiene por objeto los matrimonios canónicos, uno por uno, como hecho jurídico, si consideramos que los funcionarios registrales del esta-

(123) SANCRO REBULLINA, *ob. cit.*, pág. 77 y sgts.

(124) Esta consideración fue, precisamente, motivo de la aguda crítica de RUSSO-KRAUS con tra el reenvío material, porque su aceptación conduciría a la absurda conclusión de que las leyes civiles regularían el Sacramento del matrimonio. («Punti controversi del nuovo diritto matrimoniale in Italia», Napoli, 1931, pág. 51 y sgts.).

do civil no pueden calificar las referidas normas canónicas, sino aceptar cada matrimonio en su configuración eclesiástica como acto inscribible y productor de efectos civiles una vez practicado el asiento correspondiente.

c) *Efectos civiles del matrimonio canónico recibido*

La recepción del matrimonio canónico lleva consigo la atribución al mismo de «plenos efectos civiles» (art. XXIII del Concordato y art. 76 del Código civil), es decir, que no pueden ser inferiores los efectos civiles del matrimonio canónico que los atribuidos al matrimonio civil por el Derecho español y podrán ser superiores a los meramente civiles o separables que el can. 1.016, en relación con los cans. 1.110 y sgts., reserva a la regulación del Estado. Esta plenitud de eficacia civil habrá que configurarla según las leyes civiles, pues son efectos de esta naturaleza, aunque coincidan con efectos que el Codex Iuris Canonici regula como inseparables del matrimonio, pero que, en el Derecho concordado español son atraídos por la legislación civil; así sucede con los derechos y obligación de los cónyuges y con la filiación, que el Codex regula como efectos inseparables bajo los cánones 1.110 a 1.117. El Padre BORTOLOTTI, S. J., fundamenta esta extensión de los efectos civiles en que la Iglesia ha modificado efectiva y objetivamente la fisonomía de los efectos inseparables para aquellos matrimonios que obtendrán de hecho eficacia civil por fuerza del Concordato italiano y ésto limitadamente a la colisión de dichos efectos civiles con otras relaciones reguladas por la ley civil italiana y, recientemente, ha tenido ocasión FUENMAYOR de exponer en su Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación que con la fórmula concordatoria española («plenos efectos civiles») el Estado no privará al matrimonio canónico de ninguno de los efectos que otorgase en su legislación al matrimonio, porque a la Iglesia no le importa en absoluto que el Estado dicte también normas acerca de los efectos inseparables del matrimonio, siempre que estas normas: a) no lesionen la competencia de la Iglesia; b) sirvan para sancionar con eficacia civil las normas canónicas relativas a los efectos inseparables, o para completarlas en la esfera civil (125). Podemos afirmar con DEL GIUDICE, que «las relaciones que con el matrimonio vienen a establecerse entre los cónyuges, los deberes y derechos recíprocos y hacia los hijos, como las responsabilidades por inobservancia de las obligaciones establecidas; las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y las correspondientes con-

(125) BORTOLOTTI, ob. cit., pág. 182; FUENMAYOR, «El matrimonio y el Concordato español», Madrid, 1963, págs. 92 y 114.

venciones matrimoniales, no menos que cuanto se refiere a la filiación, las consecuencias de la legitimación de los hijos naturales, la patria potestad y su ejercicio, la obligación alimenticia, y así sucesivamente, son reguladas exclusivamente por la ley civil» (126).

Hay, pues, una separación bien definida entre la constitución del matrimonio, así como su validez y reglamentación, de competencia exclusiva de la Iglesia (art. 75 del código civil), y los efectos jurídico-civiles del mismo, cuya regulación se atribuye plenamente al Estado (art. XXIII del Concordato y art. 76 del Código). Aparece así la figura del matrimonio concordatario que en España no puede tener otra significación que la de matrimonio genuinamente canónico con aposición de efectos civiles plenos una vez inscritos en el Registro civil, concepción muy distante del matrimonio concordatorio construido por algunos autores como un tercer tipo de matrimonio, intermedio entre el canónico y el civil, compuesto por elementos intercurrentes de uno y otro, construcción que no ha llegado a consolidarse en la doctrina porque, como dicen sus contradictores, la Santa Sede jamás pudo haber pensado en erigir por vía concordataria un matrimonio que no fuera el canónico (127).

Queda por consignar que la única condición exigida por el Concordato para que el matrimonio canónico produzca efectos civiles es su transcripción en el Registro civil correspondiente, bien en la forma ordinaria, es decir, con asistencia a la celebración del Encargado del Registro o de su Delegado, ya en forma extraordinaria mediante transcripción de la partida eclesiástica presentada a este efecto en el Registro civil. Los efectos civiles del matrimonio debidamente transcrito regirán a partir de la fecha de su celebración y, por lo tanto, el matrimonio no transcrito solamente producirá los correspondientes efectos canónicos, es decir, los inseparables regulados por el Codex Iuris Canonici (128). Una vez realizada la transcripción el matrimonio produce todos los efectos civiles desde su celebración; pero si aquella se solicitó una vez transcurridos cinco días desde ésta, dicha inscripción no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por terceras personas (Concordato, Protocolo fi-

(126) DEL GIUDICE, «Manuale di Diritto Ecclesiastico», Milano, 1959, págs. 441-442.

(127) Entre los más notables defensores del matrimonio concordatario como *tertium genus* destacan FALCO, RAVA y NAPPI. Pero tuvieron enfrente al grueso de la doctrina italiana, contraria a este híbrido instituto, hoy condenado al fracaso. Pueden consultarse las obras de SCHIAPPOLI, VASSALI, GANGI, RUBINACCI, BADI, PIZZORNO, SAVIANO, BACCARI, SPINELLI, PETRONCELLI, JEMOLO, D'AVACK, MAGNI, BORTOLOTTI, o el resumen que facilita PASQUALE BOVA en su libro «Matrimonio concordatario e sue controversie», Milano, 1943, pág. 12 y sgts.

(128) SANCHEO REBULLIDA opina de otro modo, pues entiende que el matrimonio no transcrito produce los efectos civiles separables entre partes y no los producirá en perjuicio de tercero (ob. cit., pág. 246).

nal al art. XXIII, A), 4; Código civil, art. 76; Ley del Registro civil, arts. 70 y 71) (129).

De todos modos, los efectos civiles no pueden suspenderse una vez inscrito el matrimonio canónico, aunque se acuse la nulidad de dicho matrimonio o se impugne la inscripción. Lo único que podrá hacerse es anotar al margen de aquella el procedimiento judicial o gubernativo entablado a dicho efecto, a petición del Ministerio fiscal o de cualquier interesado, pero con valor simplemente informativo (art. 38 de la Ley del Registro civil), siendo título para practicarla el mandamiento judicial, librado de oficio o a instancia de parte, en virtud de un principio de prueba bastante, por el Tribunal o Juzgado competente para adoptar las medidas civiles derivadas de la interposición de la demanda (art. 150 del Reglamento) (130).

(129) En el Derecho preconcordatario se producía una contradicción entre los artículos 76 y 77 del Código civil; el primero que, sin distinción alguna, atribuía efectos civiles al matrimonio canónico respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, y el último párrafo del art. 77 que no atribuía efectos al matrimonio sino desde la fecha de la inscripción cuando aquél se hubiera celebrado sin la asistencia del Juez Municipal por no haberse dado el aviso correspondiente.

La antinomia fue resuelta por la jurisprudencia separando los efectos civiles respecto de los cónyuges, que se producirían desde la fecha de la inscripción, y los efectos civiles perjudiciales para terceros interesados, que solamente se producirían desde la fecha de la inscripción (Sentencias de 16 de febrero de 1892, 21 noviembre 1916, 21 noviembre 1918 y 15 febrero 1928). También la Dirección General de los Registros resolvió en 1 de julio de 1926 que «procede inscribir como hijos legítimos los habidos de matrimonio canónico no inscrito en el Registro civil a su debido tiempo, pues de existir contradicción entre los arts. 76 y 77, por ser el último excepción rigurosísima del primero habrá de ser interpretado en el sentido de la mayor benignidad».

Puede verse sobre este punto a REGATILLO, «El matrimonio canónico en el Registro del Estado», *Ecclesia*, núm. 642, pág. 37; ELOY MONTERO, «El nuevo concordato español», Madrid, 1954, págs. 134 y sgts.; SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 228 y sgts.

(130) Bajo la anterior legalidad, la Dirección General de los Registros ordenó en resolución de 29 de enero de 1895 que quedaran en suspenso los efectos civiles de la transcripción de un matrimonio hasta que recayera sentencia ejecutoria acerca de la validez del referido matrimonio, basándose en el erróneo argumento de que, mientras el Tribunal no decidiera sobre la validez o nulidad del matrimonio, los efectos civiles de éste tenían que quedar en suspenso y asimismo los de la transcripción, hasta que se decidiera de un modo definitivo el acto de que ella había sido objeto. Una Orden ministerial posterior, de 24 de octubre de 1905, resolviendo apelación formulada contra resolución dictada por la Dirección General citada, mantuvo opuesto criterio fundándose en que ningún precepto del Código, ni de la ley del Registro civil autorizaba la gravísima y trascendental resolución de suspender los efectos de un matrimonio por la simple presentación de una demanda de nulidad; pero la resolución de 6 de septiembre de 1930 volvió a la tesis de 1895, aceptando íntegramente las razones de aquella resolución.

Una disposición administrativa de mayor rango que las relacionadas, el Decreto de 19 de marzo de 1906, autorizó el empleo de expediente para corregir los errores o irregularidades

Por último, huelga plantear en nuestro Derecho el problema acerca de la posibilidad de que las partes puedan convenir la exclusión de los efectos civiles mediante acuerdo de no inscribir el matrimonio canónico, porque, como escribe FUENMAYOR, la transcripción puede hacerse a requerimiento de *cualquiera* de las partes, sin poner limitación alguna, lo que equivale a decir que no se requiere el consentimiento de ambas para la registración civil e, igualmente, tampoco se requerirá para el asiento de disolución (131).

### C) La recepción de las situaciones finales normadas por el Derecho canónico

Además de la recepción del matrimonio canónico en general, suelen contener los Concordatos normas específicas, sustantivas y procesales, sobre nulidad, disolución y separación. Tampoco faltan en nuestro Código civil preceptos de esta naturaleza, a los que la reforma de 1958 ha dado una mayor extensión en franca congruencia con el Concordato de 1953.

#### a) Derecho preconcordatario

La recepción se limitó en este período a la atribución de efectos civiles a las sentencias canónicas de nulidad y divorcio, respetando la competencia de los Tribunales eclesiásticos para el conocimiento de dichas causas (arts. 80 a 82 del Código, en su primitiva redacción). También se pronunciaba en esta línea restrictiva la legislación del Registro civil, refiriéndose el Reglamento de 1870 (arts. 73 y 74) y el art. 18 de la Orden de 26 de abril de 1889 solamente a la inscripción y anotación, en su caso, de las ejecutorias en que se decretara el divorcio o se declarara nulo un matrimonio.

---

cometidos en las inscripciones, aunque la Ley del Registro exigiera para ello sentencia firme, autorizando también que las inscripciones practicadas a raíz del expediente, aunque tuvieran carácter provisional, produjeran los mismos efectos que las definitivas mientras no fueran impugnadas judicialmente por los perjudicados. De este modo, por la vía de lo administrativo y de lo provisional, se sustituían los trámites judiciales lográndose, prácticamente, los mismos efectos. Incluso algún autor, como SANCHEZ REBULLIDA, entendió que tales inscripciones provisionales podían dar lugar a la suspensión de los efectos civiles del matrimonio canónico (Cfr. ob. cit., págs. 241-242), opinión que tiene en su contra la consideración de que la corrección de una irregularidad o de un error de la inscripción no habría podido dar lugar a los efectos propugnados por dicho autor.

(131) FUENMAYOR, «La inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil», Anuario de Derecho civil, 1954, pág. 103.

La doctrina mostró, con alguna excepción (132), una señalada tendencia a ampliar los términos de la recepción. Así, ORÚE REMENTERÍA, a quien sigue FUENMAYOR (133), entendió que la recepción abarcaba también las formas de disolución del matrimonio canónico por profesión religiosa solemne, dispensa *super rato* y privilegio Paulino, acogiéndose para justificarlo a la amplitud de términos con que estaba redactado el art. 75 del Código civil y sin que, a su juicio, constituyeran obstáculo los arts. 51 y 52 del mismo Código, éste porque no excluye forzosamente otros modos de extinción del vínculo conyugal que no sea la muerte de uno de los cónyuges (134) y el 51 porque la ruptura del vínculo matrimonial existente entre aquellas personas hace desaparecer el obstáculo para contraer nuevas nupcias.

El punto más debatido antes de la vigencia del Concordato fue el relativo a la recepción del privilegio Paulino. SANCHO REBULLIDA y LAMAS LOURIDO se inclinaron a dar prevalencia a los arts. 75, 76 y 77 del Código civil sobre el 105 y el 51, admitiendo, por lo tanto, el reconocimiento del privilegio Paulino por nuestro Derecho, basándose en la confesionalidad católica del Estado español (135). La orientación que niega la recepción de dicho privilegio se inicia con BATLLE quien en un importante artículo publicado en la *Nueva Enciclopedia Jurídica* bajo la voz DIVORCIO se refirió a la doctrina que admite, por imperio del Derecho canónico, el divorcio vincular en dos casos: uno el llamado privilegio Paulino; otro, el del matrimonio rato, por solemne profesión de los cónyuges o con dispensa concedida con justa causa por la Santa Sede, apreciando que, si era claro el caso del matrimonio rato, no lo era tanto el del privilegio Paulino, pues, como algún sector de la doctrina italiana y canonista señala, son muy dudosos los efectos de la disolución pauliana, porque la disolu-

(132) COVIAN, en la Enciclopedia Jurídica Española (voz MATRIMONIO CIVIL), afirma que «es máxima fundamental de nuestro Derecho que únicamente la muerte de uno de los cónyuges, última fase de las cosas humanas, rompa el nudo que sujeta a los esposos: de modo que queda excluido en absoluto todo otro medio, incluso aquellos que admite la Iglesia fundándose en motivos puramente religiosos».

(133) ORÚE REMENTERÍA, loc. cit., pág. 379; FUENMAYOR, «El derecho sucesorio del cónyuge putativo», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 170 (1941), pág. 764.

(134) SÁNCHEZ ROMÁN había visto, sin embargo, cierta antinomia entre el art. 52 y los artículos 42, 75 y 76, en cuanto éstos —escribe— atribuyen plena eficacia al matrimonio canónico y lo someten a las disposiciones de la Iglesia católica; si se admite que las leyes canónicas aceptan como causa de disolución del matrimonio rato el ingreso en religión aprobada de uno de los cónyuges, puede resultar aquí alicionada la doctrina de disolución del matrimonio canónico que el Código funda tan sólo en la muerte de uno de los cónyuges, según el art. 52. (Estudios de Derecho civil, V, 1.º, Madrid, 1912, pág. 898).

(135) SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 278; LAMAS, «Notas» a la traducción española del «Derecho Canónico» de CAVIGLIOLI, II, pág. 356.

ción del matrimonio anterior tiene lugar en el momento preciso en que la parte bautizada celebra válidamente nuevo matrimonio (art. 1.126 del Codex) lo que, según el Código civil, no es posible por el art. 51 y porque el matrimonio disuelto canónicamente estaba regulado por la ley civil sobre el estado de hecho y de derecho existente al tiempo de su celebración. Siguiéron la opinión de BATLLE, haciendo prevalecer el art. 51 del Código sobre el 75 y el 76, GARCÍA CANTERO y CONDE-PUMPIDO (136); este último precisó aún más la exclusión negando validez, no solamente a la aplicación del privilegio Paulino, sino también a la disolución del matrimonio civil por directo uso de la Autoridad pontificia, lo que quiere decir tanto como rechazar la aplicación del privilegio Petriño.

En la jurisprudencia de aquella época contamos con dos resoluciones de la Dirección General de los Registros, ambas sobre dispensa de rato. La de 29 de junio de 1932, después de advertir que no correspondía a dicho Centro resolver sobre la cuestión de fondo de los efectos civiles del rescripto de dispensa, limitó la cuestión al aspecto registral y resolvió que, conforme a los arts. 80 y 82 del Código civil y el núm. 8.º del artículo 3.º y arts. 60, 73 y 74 de la Ley del Registro civil, calificando el documento eclesiástico como ejecutoria dictada por Tribunal competente con todos los requisitos de autenticidad, procedía practicar en el Registro una inscripción principal y no meramente una nota al margen de la inscripción de matrimonio. Esta doctrina fue reiterada por la resolución de 18 de octubre del mismo año que, además, reconoció ya expresamente la producción de efectos civiles del rescripto pontificio de dispensa.

No ha tenido ocasión de pronunciarse la Dirección General sobre la recepción del privilegio Paulino v, por otro lado, la disposición transitoria 5.ª de la ley de 23 de septiembre de 1939, derogatoria de la de divorcio, solamente reconoció plena eficacia civil a las sentencias firmes de los Tribunales eclesiásticos competentes que habían declarado la nulidad de un matrimonio y a los rescriptos pontificios de disolución de matrimonio rato y no consumado, dictadas y otorgados, respectivamente, durante la vigencia de la ley de divorcio o con posterioridad a aquella; pero guardando silencio sobre la eficacia civil de la aplicación del privilegio Paulino, lo que venía a constituir argumento muy importante favorable a la no recepción de dicho privilegio.

(136) GARCÍA CANTERO, «El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español», Roma-Madrid, 1959, pág. 304; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «El Privilegio Paulino: posibilidades de su aplicación en el régimen matrimonial español», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 208 (1960), págs. 67-69.

b) *Derecho concordatario*

El Concordato de 1953 ha introducido en nuestro Derecho con carácter general y expreso la disolución canónica por dispensa de matrimonio rato y no consumado y la del matrimonio legítimo por el privilegio Paulino, atribuyéndose a los Tribunales y Dicasterios de la Iglesia la competencia exclusiva para conocer de los procedimientos respectivos, correspondiendo ejecutar las sentencias y resoluciones, cuando sean firmes y ejecutivas, al Tribunal civil competente (art. XXIV).

Los arts. 80 y 82 del Código civil, en su nueva redacción, desarrollan esta norma concordataria, insisten en dicha competencia eclesiástica y reservan a la jurisdicción civil facultades para promover la inscripción y la ejecución de todo lo demás relativo a efectos civiles de las resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica sobre dispensa de matrimonio rato y no consumado o aplicación del privilegio Paulino (137).

Por estos preceptos se recibe expresamente la disolución por dispensa de rato y por aplicación del privilegio Paulino; pero, en vista del silencio de los textos referidos, cabe preguntarse si también podrá atribuirse efectos civiles a la disolución por profesión religiosa y por aplicación del privilegio Petrino.

Sobre la primera ofrece soluciones contradictorias la doctrina italiana ante igual silencio del Concordato de 1929 y de la ley matrimonial del mismo año. GANGI y DEL GIUDICE (138) se inclinan por la afirmativa basándose en que el art. 34 del Concordato y el art. 17 de la expresada ley hablan de «providimento» relativo a la dispensa de matrimonio rato y no consumado y bajo tal expresión se comprenden también las declaraciones de la disolución efectuada, sin decir que a tales declaraciones pueda dárseles también la forma de dispensa pontificia *super rato* (139). En cambio, son opuestos a admitir la recepción JEMOLO y MAGNI, el prime-

(137) La Ley del Registro civil de 1957 omitió, inexplicablemente, toda referencia a la disolución del matrimonio según el Derecho canónico.

(138) GANGI, «Derecho matrimonial», traducción española, Madrid, 1960, pág. 196; DEL GIUDICE, «Il matrimonio nel Diritto canonico e nel Diritto concordatario italiano». Milano, 1946, página 171.

(139) Es muy importante la Instrucción de la S. C. de Sacramentos de 1 de julio de 1929 acerca de la ejecución del art. 34 del Concordato italiano que, junto a las dispensas de matrimonio rato y no consumado, coloca las declaraciones acerca de la disolución de dicho matrimonio rato y no consumado por fuerza de la profesión religiosa, como documentos que han de ser trasladados de oficio a los Organismos competentes para que, seguidos los trámites oportunos, produzca la disolución efectos civiles. (Véase el texto de esta Instrucción en BERTOLA y JEMOLO, «Códice...», cit., pág. 670).

ro utilizando el argumento del silencio de aquellos textos que lo interpreta en el sentido de que no ha sido acogida por el Derecho italiano la disolución por profesión religiosa y aduciendo MAGNI que la eficacia civil no se puede producir en este supuesto porque no se trata de dispensa, sino de disolución *ipso iure*, y porque en esta materia tan excepcional se legitima toda interpretación restrictiva (140), argumentos ambos, los de uno y otro autor, no muy convincentes, porque el silencio de la ley no siempre equivale a ausencia de norma jurídica que regule el supuesto silenciado, ni tampoco puede afirmarse que en esta materia haya de dominar la interpretación restrictiva siendo así que, según vimos anteriormente con relación a nuestro Ordenamiento civil, la amplia recepción del Derecho matrimonial canónico debe conducir a una interpretación sin restricciones de los diversos aspectos del vínculo matrimonial; además, tanto la disolución *ipso iure* que tiene lugar con la profesión religiosa solemne como la producida por acto de la Autoridad pontificia tienen por origen la dispensa establecida por el Romano Pontífice, la primera de carácter general y permanente que actuará *ope legis* siempre que concurra la profesión religiosa y la segunda que necesitará del acto específico del Papa; esta identidad sustancial del acto disolutorio en uno y otro caso requiere, por lo tanto, un mismo tratamiento jurídico. Es verdad que nuestro Concordato y el Código civil se refieren a ejecución, a efectos civiles, de *resoluciones* firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica, término que si lo empleamos en su estricto sentido excluiría por sí la disolución por profesión religiosa porque no se declara por resolución concreta; pero no ha de seguirse, a nuestro juicio, esta interpretación literal que está desmentida por el propio texto concordatario cuando emplea la palabra resolución con referencia a la disolución paulina, que también se produce por ministerio de la ley y tiene lugar en cuanto se celebra el segundo matrimonio. De todos modos, la resolución correspondiente no faltará tampoco en la disolución por profesión religiosa, aunque sea meramente declarativa, y que habrá de dictarse por la Suprema Congregación competente en los términos establecidos por la Instrucción de 1.º de julio de 1929, citada en la nota 139. Por todas estas razones no es de extrañar que los autores que se han referido a esta cuestión en nuestra Patria hayan coincidido en la atribución de efectos civiles por el Derecho español a la disolución por profesión religiosa (141).

(140) JEMOLO, «El matrimonio». Torino, 1952, pág. 309; MAGNI, «Gli effetti civili del matrimonio canonico», Padova, 1957, pág. 178.

(141) SANCHEZ REBULLEDA, «El sistema matrimonial en la reforma del Código civil», Temis, 1 (1958), pág. 215; PERE RALUY, «Derecho del Registro civil», II, 1962, pág. 755; FUENMAYOR, ob. cit., págs. 140-141.

Por lo que respecta a la atribución de tales efectos a las resoluciones de disolución por aplicación del privilegio Petrino, la doctrina española adopta una postura restrictiva. CONDE PUMPIDO afirma que falta en nuestro ordenamiento jurídico un reconocimiento expreso de la facultad pontificia de disolver por sí los matrimonios civiles de acatólicos, reconocimiento necesario para derogar en este punto concreto los arts. 51 y 52 del Código civil, los cuales seguirán rigiendo, así como el art. 471 del Código penal. BONET RAMÓN enuncia como únicos casos de divorcio vincular, recibidos del Ordenamiento canónico, los supuestos de dispensa de matrimonio rato y no consumado y de aplicación del privilegio Paulino. Por último, GARCÍA CANTERO cree que no tienen cabida en nuestro Ordenamiento civil las disoluciones de matrimonios civiles contenidas en las Constituciones *Altitudo*, *Romani Pontifici* y *Populis*, en virtud del silencio del Concordato y de las normas civiles y porque no son propiamente verdaderos casos de aplicación del privilegio Paulino (142).

No resulta fácil sentar un criterio definitivo sobre la producción de efectos civiles de la disolución Petrina en esta etapa inicial de elaboración jurisprudencial y doctrinal del privilegio. Pero, en el momento de sentar conclusiones en materias concordadas no hay que perder de vista el sentido comúnmente atribuido a las instituciones en el momento de la convención intersoberana y que se apoya más en la sólida doctrina tradicionalmente sostenida por los autores de nota que en las titubeantes elaboraciones de novedades doctrinales aún sin firme y definitivo asiento. Y en la cuestión que venimos examinando ha sido común hasta ahora —y lo sigue siendo para algún importante sector— la doctrina que ha venido considerando como expresión de una aplicación extensiva del privilegio Paulino a través del privilegio de la fe, no solamente los supuestos contemplados por las tres Constituciones citadas, sino también otros casos que ahora se tiende a subsumir en el privilegio Petrino. Por lo tanto, si aceptamos esta interpretación extensiva del privilegio Paulino —y no hay razón para pensar que fuera otra la mente de los concordadores— la recepción de dicho privilegio del Apóstol habría abarcado también, en buena parte, el privilegio Petrino.

A la misma conclusión llegamos si nos atenemos a las últimas orientaciones sobre la disolución Petrina concebida como supuesto independiente del privilegio Paulino y que, por esta razón, no recibiría su eficacia civil a través de la interpretación extensiva de éste y por la vía del art. XXIV, ap. 3.º del Concordato. Es entonces cuando operaría el ap. 4.º

(142) CONDE-PUMPIDO, *loc. cit.*, pág. 72; BONET RAMÓN, *ob. cit.*, pág. 432; GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, págs. 307-308. Recientemente PÉREZ BALUY (*ob. cit.*, pág. 757) escribe que «no resulta seguro que se admita la posibilidad de inscripción de tales actos de disolución».

del mismo artículo concordatorio, con arreglo al cual todas las decisiones en vía administrativa emanadas de las Autoridades eclesiásticas en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia tendrán también efecto en el orden civil cuando hubieren sido comunicadas a las competentes Autoridades del Estado. Por lo tanto, siendo cierta la competencia de la Iglesia para conocer de la disolución petrina cuando una parte está bautizada, la eficacia civil consiguiente tiene que admitirse sin lugar a dudas; en cambio, no es seguro que pueda extenderse esta afirmación a los matrimonios civiles contraídos por dos infieles y disueltos por el Papa en uso de la *potestas clavium*, pues en este caso se plantea de lleno la colisión entre el poder del Estado para regular estos matrimonios con carácter de exclusividad, incluso la eficacia civil de la disolución de los mismos, y el poder de la Iglesia para decretar esta disolución. La conclusión correcta en nuestro régimen concordado no puede ser otra que la de aceptar esta potestad vicaria del Romano Pontífice sobre el vínculo de infieles, que le autoriza a disolverlos, pues así viene establecido por la misma *praxis* de la Santa Sede; pero la claudicación del Estado absteniéndose de regular los matrimonios civiles de infieles en este aspecto extintivo y reconociendo efectos civiles a las correspondientes decisiones pontificias, solamente puede admitirse si expresamente lo dispone así la legislación concordada o, interna, ya que se trata de una resignación parcial de su jurisdicción sobre el matrimonio civil, y nada se ha concordado a este respecto. Además, dándose la circunstancia de que la disolución Petrina no viene establecida por la ley canónica, sino por la práctica pontificia, se justifica la resistencia a aceptar la recepción de tal privilegio en el matrimonio de infieles, pues la ley que reenvía al Ordenamiento extraño no debe remitir a prácticas jurisprudenciales, sino a otras normas jurídicas de dicho Ordenamiento.

Llegamos, pues, a la conclusión de que el privilegio Petrino opera libremente en su eficacia civil cuando alguno de los contrayentes del matrimonio que se disuelve está bautizado; pero si eran infieles los que celebraron el matrimonio, la disolución de éste por aplicación del citado privilegio no lleva consigo necesariamente la producción de efectos civiles, pues no hay términos legales hábiles para admitir la recepción de la disolución Petrina en este caso.

## V

## LOS EFECTOS CIVILES DE LA DISOLUCION

La recepción de la disolución según el Derecho canónico ha de aceptarse con la extensión y consecuencias que anotábamos antes, es decir, que los efectos civiles que produce la disolución son los establecidos por las leyes españolas, como si de un matrimonio civil se tratara. El grave inconveniente con que tropezamos es el desconocimiento por nuestro Derecho civil de la disolución vincular del matrimonio, pues solamente se ha previsto la nulidad y la separación o divorcio no vincular (arts. 67 a 74 y 101 a 107), con la consiguiente laguna normativa de los efectos civiles de la disolución del matrimonio eclesiástico, que da lugar a serios problemas de integración.

**A) ¿Efectos *ex tunc* o *ex nunc*?**

Se apuntan soluciones contradictorias en esta importante cuestión de si los efectos de la disolución se producen *ex tunc*, es decir, desde la celebración del matrimonio, por analogía con las declaraciones de nulidad, o se producen *ex nunc*, o sea, desde que tiene lugar la disolución, bien por analogía con el supuesto de muerte de uno de los cónyuges, bien de conformidad con la legislación canónica recibida, no faltando quienes optan por una solución ecléctica que atribuya efectos de una u otra clase según convenga a la naturaleza y circunstancias del efecto en concreto considerado.

**a) La jurisprudencia y la doctrina italianas**

En la jurisprudencia italiana, que se enfrentó con el problema después de la publicación del Concordato de 1929, puede apreciarse esta disparidad de criterios. Durante muchos años asimiló los efectos de la diso-

lución por dispensa de matrimonio rato y no consumado a los efectos de una sentencia declarativa de nulidad, basándose en que, no regulando la ley civil el divorcio vincular, era necesario referirse al instituto más próximo, que no era la disolución por muerte, sino la declaración de nulidad (Sentencias de apelación: Nápoles, 1.º abril 1932; Roma, 12 diciembre 1932; San Remo, 27 octubre 1934; Casación, Sec. 1.ª, 15 enero 1937 y 14 julio 1938) (143).

La *Rivista di Diritto Ecclesiastico* (año 1932, pág. 394) se adhirió a esta orientación jurisprudencial aduciendo que no podía producir otros efectos la disolución *super rato* que los de la anulación del matrimonio, porque el Ordenamiento jurídico italiano no preveía y no consentía otro modo de disolución del vínculo; pero, en general, la doctrina italiana se orientó abiertamente hacia la atribución de eficacia *ex nunc*, combatiendo insistentemente esta jurisprudencia, como JEMOLO que la calificó de errónea por apoyar los efectos civiles de la disolución en normas extracánónicas aplicándose con evidente incongruencia preceptos reguladores del matrimonio civil, concretamente los relativos a la nulidad (144) y con diversas razones se sitúan en la misma línea SCHIAPPOLI, CAPALTI, CALAMARI, GANGI, BERTOLA, PETRONCELLI, FEDELE, MONTEL, NAPPI y otros, quienes demuestran que ningún argumento firme se ha esgrimido por la jurisprudencia para defender la asimilación propugnada, pues no conven-

(143) El Tribunal de San Remo empleaba estos argumentos: «Ya que nuestro Ordenamiento no prevé para los ciudadanos italianos y en el territorio italiano otra forma de disolución del matrimonio, fuera del caso de muerte de uno de los cónyuges, de donde resultaría absurdo e imposible hablar de disolución matrimonial mientras que los cónyuges estén ambos con vida, y ya que de otro lado considera la impotencia de uno de ellos como causa de nulidad del matrimonio mismo y porque la dispensa pontificia tiene por presupuesto fundamental la inconsumación y es pronunciada a continuación del procedimiento de la Sagrada Congregación de Sacramentos, en el cual se debate precisamente y se indaga sobre si el «*actus coniugalis*» se ha realizado, la aproximación más lógica y natural que puede establecerse a fin de la determinación concreta de los efectos que han de atribuirse a la dispensa, es entre ésta y la nulidad. Tanto más cuanto que, como exactamente se ha observado en una nota crítica puesta a una sentencia recientemente del Tribunal de Apelación de Nápoles, en un supuesto semejante aunque no idéntico al presente, en la terminología civilista relativa a las nulidades matrimoniales, así como no debe tenerse presente ni el instituto de la dispensa, ni el del divorcio, no fue observado demasiado rigor y con las locuciones promiscua e indiferentemente usadas «impugnación acción, declaración de nulidad, anulación» se hace referencia tanto a los matrimonios nulos como a los anulables y a los inexistentes judicialmente. De esto se sigue que a la dicción «matrimonio anulado» adoptada por el art. 1068 del Código civil va atribuido un significado genérico que, ciertamente, comprende también el matrimonio en que ha intervenido dispensa pontificia». Otros argumentos, como los de analogía, invocación del art. 148 del Código civil y el recurso a los principios generales de Derecho, emplea esta sentencia, que puede verse en la *Rivista di Diritto Privato*, 1935, II, pág. 219 y sgts.

(144) JEMOLO, «Il matrimonio», cit., pág. 441.

cen las razones alegadas de que la impotencia sea la causa frecuente de la inconsumación, ya que no se tiene en cuenta el impedimento para conceder la dispensa sino solamente el hecho de la inconsumación; ni que en la expresión matrimonio nulo vaya incluido el concepto de matrimonio disuelto, pues ello no es cierto entre institutos perfectamente diferenciados e incompatibles y en cuanto la disolución presupone la validez del matrimonio; ni los argumentos de analogía, porque son institutos de naturaleza diferente; ni la alusión a los principios generales del Derecho, porque éstos favorecen la eficacia *ex nunc* de la disolución en vista de que el Derecho civil respeta la validez de los actos anteriores a la resolución de los negocios jurídicos; ni que el matrimonio rato y no consumado no tiene naturaleza de matrimonio, aseveración falsa en cuanto es norma de Derecho natural y positivo que el matrimonio se perfecciona por el mero consentimiento (145).

Reconocemos que en favor de la eficacia *ex tunc* pesan motivos prácticos y humanos de cierta importancia, pues atribuir a la disolución los efectos civiles desde el momento en que ésta se produce, lleva, entre otras, a consecuencias como éstas: que se tengan por adulterinos los hijos *extra thorum*, tipificación del delito de bigamia si uno de los cónyuges hubiera contraído otro matrimonio antes de la disolución del primero, subsistencia del parentesco de afinidad, etc. Pero, no obstante ello, la lógica jurídica acabó imponiéndose en los Tribunales italianos y después de haberse pronunciado algunas sentencias de apelación manteniendo doctrina contraria a la sostenida anteriormente, como las de Bolonia (23 noviembre 1939), Torino (22 octubre 1945), Locri (20 marzo 1946) y Cataranzo (24 enero 1948), la Casación decidió en pleno de secciones que la dispensa equivale a disolución y no a nulidad y que, respecto de los matrimonios post-concordatarios, produce todos los efectos *ex nunc*, es decir, desde la fecha del rescripto pontificio que la concede (13 abril 1949).

La doctrina, reafirmada por este nuevo sesgo de la jurisprudencia, aportó renovados argumentos para sostener su postura: uno, que el ma-

(145) SCHIAPPOLI, «Gli effetti civili della dispensa pontificia del matrimonio rato e non consumato», «Foro Italiano», 1930, I, pág. 493. CAPALTI, «Il matrimonio rato e non consumato e la restituzione della tasa del registro», «Foro Italiano», 1933, I, pág. 325; CALAMARI, loc. cit., pág. 206 y sgts.; GANCI, ob. cit., págs. 225-226; BERTOLA, «Effetti civili della dispensa «super rato» e responsabilità per culpa contrattuale», «Foro Italiano», 1944-46, I, pág. 873 y sgts.; FEDELE, «Sulla pretesa analogia, agli effetti meramente civili, tra dispensa del matrimonio rato e non consumato e dichiarazione di nullità del matrimonio. Archivio di Diritto Ecclesiastico», 1938, págs. 246 y sgts.; MONTEL, «Decorrenza degli effetti civili della dispensa «super rato et non consumato» ed interesse ad agire», «Giustizia civile», 1954, pág. 2.006; NAPPI, «Trattato di Diritto matrimoniale concordatario e civile», I, Milano, 1940, pág. 423; PETRONCELLI, «Manuale di Diritto Ecclesiastico», Napoli, 1961, pág. 641.

rimonio disuelto ha sido válido, ha producido todos sus efectos civiles y éstos no son revocados por la disolución, sino que ésta obra eliminando la causa de producción de ulteriores efectos, pero quedando firmes los ya producidos, otro, que, ampliándose la recepción del Ordenamiento matrimonial de la Iglesia a los efectos canónicos de la disolución, son éstos los que también operarán en el Derecho civil (146).

No tuvo éxito una efímera postura doctrinal, propuesta por JEMOLO en la primera edición de su Tratado y no seguida en las posteriores (147) el cual, partiendo de la base de que a la legislación del Estado corresponde regular, como efectos civiles del matrimonio, las consecuencias de la disolución, pues el imperio de la ley eclesiástica se agota desde que por ella se extingue el vínculo, negó que pudiera establecerse actualmente una equiparación plena de la dispensa *super rato* a la muerte de uno de los cónyuges o a la nulidad del matrimonio, aunque estimaba que era necesario indagar la *ratio legis* de las disposiciones en particular para darse cuenta de si la intención del legislador se realizaría o no, aplicando en el caso de dispensa las disposiciones dictadas para el caso de muerte, pareciéndole al autor que no siempre serán aplicables dichas disposiciones y concluyendo con la aceptación de las mismas respecto de la dote, de las donaciones entre esposos y de algunos efectos penales, como el adulterio, mientras que en relación con la prole habida fuera del matrimonio se atiende a que la dispensa debe asimilarse a la nulidad.

#### b) *Derecho español*

La situación que presenta el Derecho español en este punto una vez publicado el Concordato de 1953 es la misma que ofrecía el italiano en el año 1929 y por ello nos hemos detenido en la exposición del desenvolvimiento de la cuestión en aquel país.

Ya en el año 1924 se refería ORÚE a la inexistencia o deficiencia de disposiciones legales adecuadas a los efectos jurídicos originables entre las personas y bienes de los cónyuges desligados completa y perpetuamente del vínculo matrimonial precedente y señalaba la conveniencia de que, a la manera que estaban determinados los efectos de la nulidad del matrimonio y los del divorcio (arts. 67-74), así convenía lo estuvieran los de cesación y disolución de determinados matrimonios por profesión religiosa solemne, dispensa pontificia y privilegio Paulino, porque —añadía—

(146) Cfr. V. ADAMI, «La dispensa *super rato* ed il riconoscimento della prole adulterina», *Rivista Diritto Matrimoniale*, 1959, pág. 163; GANGI, ob. cit., pág. 196; JEMOLO, «Il matrimonio», cit., pág. 441; CALAMARI, loc. cit., pág. 219.

(147) JEMOLO, «Il matrimonio», 1.ª ed., Torino, 1937, págs. 316 y sgts.

las disposiciones del Código civil sobre los efectos de la nulidad y del divorcio no son de aplicación tan oportuna en los casos de disolución del matrimonio, porque la figura jurídica de la disolución es muy diversa de las de nulidad y divorcio matrimoniales (148).

El P. ORÚE no propuso ninguna solución al problema que tan lúcida-mente había advertido; pero poco tiempo después la Dirección General de los Registros, que hubo de enfrentarse con este caso, aunque no entró en el fondo del asunto en su resolución de 29 de junio de 1932, unos meses más tarde, en la de 18 de octubre del mismo año, dispuso que, a efectos registrales, la dispensa de rato debía de asimilarse a sentencia de nulidad (149). El limitado alcance, puramente registral, de esta resolución no permite generalizar a modo de principio que el Centro directivo hubiera iniciado una orientación favorable a la eficacia *ex tunc* de la disolución, lo que, por otra parte, vendría contradicho por la transitoria 5.ª de la ley de 23 de septiembre de 1939, derogatoria de la ley de divorcio de 8 de marzo de 1932, que reconoció plena eficacia *desde el momento de su firmeza y validez canónica* a los rescriptos pontificios de disolución de matrimonio rato y no consumado, dictadas y otorgadas, respectivamente, durante la vigencia de la llamada ley de separación y de divorcio o con posterioridad a aquella (150).

(148) ORÚE REMENTERÍA, loc. cit., pág. 379.

(149) He aquí el texto de los dos primeros Considerandos de la resolución de 29 de junio de 1932: 1.º Que no compete a este Centro resolver sobre la cuestión de fondo de los efectos civiles en general del rescripto de la Sagrada Congregación de Sacramentos, dispensando, conforme al canon 1.119, como matrimonio rato no consumado, el contraído en 15 de octubre de 1924 por D..... 2.º Que, limitada la cuestión a su aspecto registral, es evidente que, por una parte, conforme a los citados artículos del Código civil y ley del Registro (se refiere a los arts. 80 y 82 del Código y 8, 60, 63 y 74 de la ley) calificado el documento eclesiástico como ejecutoria dictada por Tribunal competente, con todos los requisitos de autenticidad, procedía practicar en el Registro una inscripción principal y no meramente una nota al margen de la inscripción de matrimonio, y que, por otra parte, y en primer término, dicha inscripción debió ser solicitada con arreglo al también citado artículo 18 de la Real Orden e Instrucción de 26 de abril de 1889, precisamente por parte legítima, y no consta que D..... ostentara representación formal de la mujer, ni menos del marido, hoy recurrente.

En la resolución de 18 de octubre se razonaba así: «...y siendo así que la dispensa, concedida por la Sede Apostólica con justa causa y con arreglo a los cánones 1.119 y 1.962 del Codex Iuris Canonici, atenta a no haberse llegado a la consumación, y por ello mismo sin pasar a decidir sobre una posible nulidad, *disuelve el vínculo* y faculta a los esposos para contraer nuevas nupcias, es manifiesto que, antes que arrimarse al divorcio que establece la Iglesia, este caso pasa los límites de la nulidad y puede comprenderse en la categoría superior de inexistencia, pero desde luego, por la necesaria adaptación aludida, debe dicha dispensa contarse como sentencia de nulidad a los efectos cuestionados de la inscripción en el Registro civil».

(150) La equivocación de esta transitoria estuvo en equiparar los efectos de las sentencias de nulidad a las de divorcio, atribuyendo a aquellas efectos *ex tunc* por asimilación a las segundas.

Significó un gran avance en la regulación de los efectos civiles de la disolución canónica del matrimonio el párrafo 3.º del art. XXIV del Concordato de 1953 al estipular que «las sentencias y resoluciones de que se trate (se refiere a las de nulidad, separación, dispensa de matrimonio rato y no consumado, privilegio Paulino), cuando sean firmes y ejecutivas, serán comunicadas al Tribunal civil competente, el cual decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará —cuando se trate de nulidad, de dispensa «super rato» o aplicación del privilegio Paulino— que sean anotadas en el Registro del Estado civil al margen del acta de matrimonio». En nuestro Derecho interno este precepto concordatario dio lugar a que, por la ley de reforma de 24 de abril de 1958, el art. 82 del Código civil quedara redactado en estos términos: «La jurisdicción civil promoverá la inscripción y ejecutará en todo lo demás relativo a efectos civiles las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica sobre nulidad o separación de matrimonio canónico y sobre dispensa de matrimonio rato no consumado o aplicación del privilegio Paulino...» y un año antes la Ley del Registro civil había dispuesto que «las sentencias y resoluciones sobre validez, nulidad o separación del matrimonio y cuantos actos pongan término a ésta se inscribirán al margen de la inscripción de matrimonio».

En ninguno de estos preceptos se particularizó sobre aspectos concretos de la eficacia civil de la disolución matrimonial; de ahí que acabara por plantearse el mismo problema que en el Derecho italiano y resuelto también por nuestra doctrina con criterios dispares, pues, mientras MIGUÉLEZ entiende que los mismos efectos de la sentencia declaratoria de la nulidad del matrimonio han de aplicarse a la dispensa del matrimonio rato y no consumado y a la disolución del matrimonio en virtud del privilegio Paulino una vez que la resolución gubernativa sea comunicada al Juez civil (151), CONDE-PUMPIDO estima, por el contrario, que se ha ampliado el art. 52 del Código civil por la recepción del privilegio Paulino, lo que equivale a afirmar que la disolución del matrimonio legítimo se asimila a la disolución por muerte (152) y en los mismos términos se pronuncia LALAGUNA (153).

La cuestión ha sido abordada recientemente por la Dirección General de los Registros en su importante Resolución de 28 de noviembre de 1961, que desecha la orientación seguida últimamente por la jurisprudencia italiana y se decide por la atribución de eficacia *ex tunc* a la diso-

(151) MIGUÉLEZ, «El Concordato entre la Santa Sede y el Estado español», Revista de Derecho Notarial, II (1954), núm. 3, pág. 39.

(152) CONDE-PUMPIDO, loc. cit., pág. 70.

(153) LALAGUNA, «El art. 52...», cit., pág. 78.

lución por dispensa pontificia del matrimonio rato y no consumado, por considerar que «la naturaleza de la institución aparece como muy afín a la nulidad *ex tunc*, y así, causas que en un matrimonio consumado jugarían difícilmente o habrían de ser examinadas con más rigor, aquí pueden ser valoradas con amplitud; que por ello existe menos analogía entre sus causas y los motivos que en otros Ordenamientos producen divorcio —y que en Derecho Canónico dan lugar más bien a la separación, pues la indisolubilidad del matrimonio es regla firmísima en el mismo— que con las de nulidad» (154).

No hemos de insistir en defensa de la solución a que se llegó en Italia como término de un interesante proceso de elaboración jurisprudencial y doctrinal que constituye una experiencia muy provechosa para el Derecho español, que no debió despreciarse. Porque, si bien es cierto que nuestro Código civil solamente ha regulado los efectos de la nulidad y de la separación sin que, ni aún después de la recepción concordataria, se haya preocupado de los efectos de la disolución, ello no autoriza a equipararlos a ninguna de aquellas, pues son instituciones sustancialmente distintas cuyas consecuencias están sujetas a la misma diferenciación. Además, ha de ponerse especial cuidado al calificar las instituciones canónicas, que exigen el respeto a su propio sentido y espíritu evitando emplear en la interpretación criterios extraños a dicho Ordenamiento y que podrían llevar a conclusiones erróneas. Así, ningún canonista confirmaría algunas de las declaraciones que se hacen en la citada resolución, tales como afirmarse que la naturaleza de la disolución tiene mucha afinidad con la nulidad, y que las causas han de ser valoradas con más rigor en el matrimonio consumado que en el rato y no consumado (155), lo primero porque nulidad y disolución son dos figuras perfectamente deslindadas en la legislación canónica (compárense los cánones 1.118 y sucesivos con 1.133 y siguientes), y lo segundo porque no hay diferencias sustanciales entre una y otra especie de matrimonio, ya que ambas se fundan en el consentimiento válidamente prestado por los contrayentes que hace, además, por prescripción divina, que el matrimonio entre bautizados sea Sacramento (can. 1.012). Ni aun tratando de encontrar una simi-

(154) Esta resolución ha sido minuciosamente comentada por MAURANDI ABADÍA, «Algunas cuestiones sobre la filiación y el Registro civil», Apostillas a una Resolución de la Dirección General de los Registros; PRERON, 1962, pág. 581 y sgts.

(155) El párrafo que se comenta de la resolución citada dice textualmente: «Causas que en un matrimonio consumado jugarían difícilmente o habrían de ser examinadas con más rigor, aquí suelen ser valoradas con amplitud».

¿A qué causas se hace referencia? El matrimonio rato y consumado solamente puede extinguirse por concurrir alguna causa de nulidad, que ningún texto jurídico eclesialístico manda

litud entre causas de nulidad y de disolución, que no existe (156), podría modificarse la naturaleza de dos instituciones tan diferentes, y, por otro lado, la comparación entre la disolución canónica y el divorcio civil vincular lleva a conclusión contraria a la sostenida en la indicada resolución, porque su naturaleza es la misma, en distinto orden jurídico, lo que abona la afirmación de que es mayor la aproximación entre aquellas que entre la disolución canónica y la nulidad civil (157); también la coincidencia de causas de disolución con otras de separación justifica el argumento favorable a la eficacia *ex nunc* de aquella, pues de este modo opera tanto el divorcio perfecto como el imperfecto.

Entonces, ¿si no puede equipararse la disolución a la nulidad, qué efectos civiles atribuiremos a la primera? Rechazamos que tales efectos hayan de identificarse con los canónicos, en primer lugar porque son fragmentarios y no abarcan todos los efectos civiles que puede producir el acto disolutorio ya que están excluidos expresamente los separables, y también porque, como dijimos anteriormente, el Derecho concordado español otorga al matrimonio canónico los especiales efectos establecidos por las leyes civiles y no los propios del Ordenamiento canónico. Tampoco pueden asimilarse dichos efectos a los que produce la disolución por muerte que, más bien que disolver el matrimonio, destruye el presupuesto personal del mismo, según veremos, y que lleva consigo efectos muy peculiares (158), muchos de los cuales no se avienen con la disolución del matrimonio canónico propiamente dicho. No hemos de olvidar la natu-

---

que sean apreciadas por los Tribunales de la Iglesia *difícilmente o con más rigor*, como entiendo la resolución. Y como las causas de nulidad no coinciden con las justas causas para conceder la dispensa *super rato* y hasta cumplen una diversa función, tampoco puede afirmarse que aquellas mismas causas *suelen ser valoradas aquí con ampli. ud.* De todos modos, siempre serán las Autoridades y los Tribunales eclesiásticos los únicos competentes para interpretar las normas sobre nulidad y disolución de matrimonios sujetos a la competencia de la Iglesia.

(156) En efecto, la nulidad puede declararse por concurrir algún impedimento dirimente, defecto de consentimiento o falta de forma, causas que en su mayoría difieren radicalmente de las de disolución que fueron enumeradas (III, A, b, b', c'') y cumplen función distinta.

(157) Causas de divorcio en el Derecho francés son, ad. ex.: el adulterio; condena a una pena aflictiva e infamante; excesos, sevicias o injurias de un esposo al otro cuando estos hechos constituyen una violación grave o reiterada de los derechos y obligaciones que resultan del matrimonio y hacen intolerable el mantenimiento del vínculo conyugal (arts. 229 a 232 del Código civil). En el Derecho alemán: adulterio, perturbación grave de los deberes matrimoniales, conducta deshonorosa o inmoral, enfermedad mental, conducta derivada de trastorno mental, enfermedad contagiosa o repulsiva, perturbación objetiva del matrimonio puesta de manifiesto por la supresión ininterrumpida durante tres años como mínimo de la comunidad doméstica. (Ley de matrimonio de 20 de febrero de 1946 y ley de 11 de agosto de 1961).

(158) *Infra* V, D.

raleza contractual del matrimonio (159) y que su disolución es un aspecto de la disolución del negocio jurídico. Si el contrato es de tracto sucesivo —escribe PINO RUIZ— hay una resolución parcial que se proyectará en la realidad como una resolución interretroactiva, según viene sosteniendo nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 10 de marzo y 1 de mayo de 1950, en las que se insiste que quedan intactos los efectos del contrato relativos a la resolución (160). Haciendo aplicación de esta doctrina al tracto matrimonial continuado se aboca en la irretroactividad de los efectos de la disolución, única postura congruente con la naturaleza de la disolución, que mira hacia el futuro con respeto de los efectos ya producidos hasta el momento de la ruptura del vínculo.

### B) Momento en que la disolución comienza a producir efectos civiles

Sentado que la disolución canónica del matrimonio tiene lugar desde que la acuerda el rescripto pontificio o se lleva a efecto el acto jurídico que la origina, corresponde ahora precisar cuál es el momento en que comienzan a producirse los efectos civiles, pues el procedimiento establecido para que nazcan y se ejecuten dichas consecuencias consta de varios y diversos actos fundamentales, unos canónicos y otros civiles, con entidad bastante cualquiera de ellos para jalonar el comienzo de aquellos. Entre los actos civiles figuran el asiento registral y el proveído del Juez civil de ejecución; entre los canónicos, la resolución disolutoria y la orden de ejecución cuando se actúa por dispensa de rato o por privilegio Petrino, y en los supuestos de profesión religiosa y privilegio Paulino el acto que produce *ipso iure* la disolución.

Está claro que el acuerdo del Juez civil ordenando la ejecución no señala el momento en que comienza la producción de efectos civiles, pues el art. XXIV, apartado 3.º del Concordato solamente atribuye a dicha autoridad facultades meramente ejecutivas o de auxilio judicial, como las denomina GUASP (161).

Tal vez pudiera pensarse que nos encontramos ante un caso análogo al de ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, con

(159) La teoría del matrimonio-institución es incompatible con la naturaleza del matrimonio *in fieri*, cuya esencia contractual no puede ni aun ponerse en duda. Cfr. últimamente D'AVACK, ob. cit., pág. 54.

(160) PINO RUIZ, «La condición resolutoria tácita» (art. 1.124 del Código civil). Apéndice al libro de Mosco, «La resolución de los contratos por incumplimiento», trad. esp., Barcelona, s. a., pág. 399.

(161) GUASP, «El Concordato y el Derecho Procesal del Estado», en el volumen «El Concordato de 1953», Madrid, 1956, pág. 248.

atribución de naturaleza declarativa o constitutiva a la decisión que otorga el «exequatur», y así se defiende por algún autor como RENZO POGGI, que no excluye la competencia del Juez civil para indagar si la resolución eclesiástica no es contraria a otra sentencia de una autoridad judicial italiana y si no se encuentra pendiente ante los Jueces del Estado una causa sobre el mismo objeto y entre las mismas partes al tiempo en que la resolución es comunicada para la ejecución (162); esta opinión es defendible en Derecho español como se demuestra por los argumentos que exponemos más adelante (163). Tampoco es el asiento registral correspondiente el que señala el momento de producción de efectos civiles, pues nuestro Ordenamiento constituye la inscripción de matrimonio como un medio de prueba privilegiado y como una *conditio iuris* necesaria para que se reconozcan por el Estado los efectos civiles, que se retrotraen al momento de la celebración de aquél (art. XXIII del Concordato y Protocolo final correspondiente a dicho artículo, apartado A); art. 82 del Código civil y art. 70 de la Ley del Registro civil) (164).

Descartados, pues, estos actos de naturaleza civil, hemos de acudir a los canónicos para determinar el momento *a quo* de la eficacia civil. No lo determinará, cuando se trate de ejecución de sentencias canónicas, el decreto ejecutorio exigido forzosamente por el can. 1.918 que tiene alcance meramente procesal, limitado a abrir la fase ejecutiva del proceso y constatar la firmeza de la resolución (165); ni tampoco señalará dicho momento la comunicación eclesiástica de ejecución dirigida al Juez civil, conforme al art. XXIV del Concordato, que es acto de petición de auxilio. Si la resolución es un rescripto disolutorio intervendrá la misma razón para no atribuir tal momento *a quo* a la comunicación al Ordinario o a la parte interesada para que se ejecute.

A través de este proceso de exclusión llegamos a la consecuencia de que la producción de efectos civiles tiene lugar desde la fecha de las resoluciones pontificias o de los actos jurídicos que dan origen a la disolución del matrimonio. En la dispensa *super rato* y en la aplicación del privilegio Petrino tales efectos se actuarán desde que sean firmes las correspondientes resoluciones, según expresión del art. 82 del Código civil, o sea, desde la misma fecha del rescripto por razón de la naturaleza gra-

(162). RENZO POGGI, «L'esecutorietà delle pronuncie ecclesiastiche in materia matrimoniale», Padova, 1937, pág. 40.

(163). *Infra* V, E, b, a<sup>o</sup>.

(164). Cfr. FUENMAYOR, «La inscripción...», cit., pág. 93, y *sgts.*

(165). Este decreto se limita a mandar que se ponga en práctica la sentencia ya dada, pero sin recurrir todavía a la coacción física o penal. (CABREROS, «La acción ejecutiva en el proceso canónico», en Estudios Canónicos, Madrid, 1956, pág. 643.

ciosa del mismo (166). Si la disolución tiene lugar por profesión religiosa, demostrada la inconsumación y la profesión solemne válida, es a partir de la fecha de ésta cuando se producirán los efectos civiles (167). Y en caso de disolución por privilegio Paulino el momento habrá que referirlo a la celebración del segundo matrimonio (168).

### C) La inscripción de la disolución del matrimonio como presupuesto de su eficacia civil

Según el texto concordatario el reconocimiento por el Estado de efectos civiles al matrimonio canónico solamente está condicionado a la inscripción del mismo en el Registro civil; por lo tanto, el matrimonio no inscrito es irrelevante desde el punto de vista civil, aun en sus aspectos extintivos, por lo que el Juez no podrá adoptar acuerdo alguno sobre eficacia civil de la disolución de matrimonio canónico no inscrito. En este supuesto lo que habrá de procurarse es la concordancia entre realidad y Registro, según dispone el art. 25 de la Ley del Registro civil, mandando en primer término que se practique la inscripción tardía del matrimonio, instruyendo y excitando a los interesados para que tenga lugar la registración y poniendo, en su caso, la situación registral en conocimiento del Ministerio Fiscal (arts. 92 y sgts. del Reglamento del Registro civil); una vez practicada la inscripción podrá disponer el Juez que se ejecute la resolución que lo disuelve teniendo en cuenta que cuando la transcripción de las nupcias sea solicitada una vez transcurridos cinco días desde su celebración no perjudicará los derechos adquiridos legítimamente por tercera persona (art. XXIII del Concordato, Protocolo final y preceptos concordantes del Código civil y de la Ley del Registro) (169).

### D) Los efectos civiles en particular.

Una vez admitido que se producen *ex nunc* queda allanado el camino para enumerar las consecuencias de la disolución.

Hay que anticipar que no pueden equipararse los efectos de la disolución a la que tiene lugar por muerte de alguno de los cónyuges, no solamente por la naturaleza de una y otra, sino también por la especialidad de varios de los efectos que lleva consigo la disolución por muerte, como

(166) Supra B, a, e'; A, b, D', e'. Cf. también BOGGIANO PICO, «El matrimonio nel Diritto canónico», Torino, 1936, pág. 536.

(167) Véase la nota 139.

(168) Este dato aparecerá del Registro civil, pues en el asiento de disolución ha de hacerse referencia al nuevo matrimonio (art. 262 del Reglamento del Registro).

(169) Sobre interesados protegidos y noción de tercero (cf. PERE RALUY, ob. cit., II, pág. 681.

en materia de patria potestad, alimentos, sucesión. Con mayor razón aún no podrá equipararse a la situación que sigue a la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, que no produce la disolución del matrimonio (170), aunque haya una «*permissio transitus ad alias nuptias*» que puede llevar erróneamente a creer en el estado de disolución (171).

a) *Efectos de Derecho civil.*

Hemos de separar los efectos personales de los patrimoniales:

a') *Efectos personales.*—1.º Una vez disuelto el matrimonio los cónyuges podrán contraer nuevo matrimonio con tercera persona, pues ha desaparecido el vínculo matrimonial que obstaba la celebración de otro matrimonio en los términos prohibitivos establecidos por el art. 51 del Código civil (172); pero la mujer vendrá obligada, excepto en el caso de dispensa *super rato*, a observar la prohibición que establece el núm. 2.º del art. 45 del Código y, por lo tanto, no podrá contraer matrimonio hasta transcurridos trescientos días desde su separación legal (173).

2.º Hay adulterio si uno de los cónyuges del matrimonio disoluble,

(170) ESPÍN, «Manual de Derecho civil español», II ed., I, Madrid, 1959, pág. 257; SERRANO, «La ausencia en el Derecho español», Madrid, 1943, pág. 404; el mismo, «Las declaraciones de ausencia y de fallecimiento», *Revista de Derecho Privado*, 1951, pág. 296.

(171) La ley de Ausencia de 8 de septiembre de 1939 dio nueva redacción al art. 195 del Código civil, cuyo párrafo tercero dispone ahora que «la declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio» y este precepto ha sido interpretado, en relación con el matrimonio canónico, en el sentido de que el cumplimiento de la declaración de muerte será el que resulte de la propia investigación canónica que ha de instruirse para permitir el tránsito a nuevas nupcias. (ESPÍN, *ob. cit.*, pág. 255; CASTRO, «Derecho Civil de España», II, Madrid, 1952, págs. 551-552; BONET, en los Comentarios de MANRESA, II, 6.ª ed., págs. 233-235; ORTEGA LORCA, en los Comentarios de SCAEVOLA, III, 5.ª ed., pág. 876).

LALAGUNA extiende el «*transitus ad alias nuptias*» al cónyuge presente de matrimonio civil de naturaleza canónica y aun de matrimonio meramente civil, con un plausible deseo en este último supuesto de facilitar las nupcias canónicas y los efectos civiles del matrimonio canónico celebrado por el cónyuge presente cuando civilmente fue declarado el fallecimiento del ausente. (El art. 52..., *cit.*, pág. 123 y sigs.).

(172) Cuando el matrimonio primeramente celebrado es civil, mientras no se disuelva o se anule no será válido el segundo matrimonio, a no ser que éste sea canónico, en el que el matrimonio será válido, si bien sus efectos civiles quedarán en suspenso por la concurrencia de los efectos civiles preferentes del matrimonio civil. (LALAGUNA, «El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pág. 442 y sigs.).

(173) En contra GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 307), que antepone el argumento de interpretación restrictiva de las leyes prohibitivas al de salvaguarda del orden público, pese a la relevancia de éste —añadimos nosotros— en el Derecho matrimonial y concretamente en esta materia directamente relacionada con la identificación de la prole.

pero no disuelto, aunque esté en trámite el oportuno proceso, mantiene relaciones carnales *extra thorum*.

3.º El cónyuge menor de edad conservará después de disuelto el matrimonio la emancipación conseguida mediante el mismo (art. 319 del Código civil).

4.º La mujer española que hubiere perdido su nacionalidad por razón de matrimonio podrá recuperarla, una vez disuelto, cumpliendo los requisitos expresados en el art. 24 del Código civil (art. 25 de este Código).

5.º El impedimento de afinidad subsiste después de disuelto el matrimonio, pues es de naturaleza perpetua, según el Derecho canónico y esta misma consideración tiene en Derecho civil (174).

6.º Los hijos habidos durante el matrimonio que se disuelve conservarán la misma condición legal que tenían antes de la disolución, especialmente los derechos correspondientes a su filiación (reclamación de estado, patria potestad, alimentos, derechos sucesorios, etc.). Sobre el cuidado de los hijos habrá que estar a los acuerdos del Tribunal eclesiástico o del Juez civil de ejecución y, en su defecto, a lo que proveyeren los padres de común acuerdo, pudiendo aplicarse como criterios orientadores los establecidos por los arts. 70 a 73 del Código civil, pero teniendo en cuenta que, como dice MIGUÉLEZ, no se ha de apreciar mala fe en ninguno de los cónyuges (175).

7.º Los hijos procreados fuera del matrimonio y antes de la disolución tendrán la condición legal de adulterinos, pues después de disuelto el matrimonio se respetan los efectos ya producidos. Esta conclusión se ha estimado demasiado dura en casos de dispensa *super rato* por «motivos humanos y de equidad» (Tribunal de Roma, 19 mayo 1950) y se ha pretendido desvirtuarla argumentando que en esta hipótesis se atenúan las razones que han inducido al legislador a prohibir el reconocimiento de los hijos adulterinos (176) y que debe favorecerse el matrimonio fecundo frente al infecundo (177).

(174) KNEBET, ob. cit., págs. 389-390; GARCÍA CANTERO, ob. cit., pág. 148.

(175) MIGUÉLEZ, «El Concordato...», cit., pág. 39.

(176) GAUDENZI, «Contributo alla disciplina civile de la dispensa de matrimonio rato e non consumato in relazione alla nuova legge 27 maggio 1929 n. 847 per l'applicazione del Concordato 11 febbraio 1929 fra la S. Sede e l'Italia», Il Diritto Ecclesiastico, 1930, págs. 317-318.

(177) JEMOLO, «Trattato», 1.ª ed., cit., págs. 317-318, que ha rectificado en la 2.ª ed., pág. 311.

Ni esta opinión de JEMOLO ni la anterior de GAUDENZI han tenido seguidores en la doctrina italiana, la cual sostiene reiteradamente que los hijos concebidos constante matrimonio válido con persona distinta del otro cónyuge son, por definición, adulterinos y que, si desde un punto de vista práctico ningún obstáculo debería impedir el reconocimiento del hijo adulterino en el caso de dispensa —tanto más que faltando el concurso de hijos legítimos, nacidos de matrimonio disuelto, ningún peligro correría el instituto de la familia legítima— a ello se ope-

En nuestra Patria, la resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de Noviembre de 1961, ya citada, en un caso de legitimación por subsiguiente matrimonio de hijo habido fuera de matrimonio, luego disuelto por su condición de rato y no consumado, estimó que procedía la inscripción de legitimación razonando, con carácter general, que la disolución produce efectos *ex tunc*, que no habría obstáculo a la legitimación en Derecho canónico según resulta de los cans. 1.116, 1.051, 1.053 y concordantes, y que, «aparte de otros efectos del ligamen, para la ley civil —art. 119 del Código— el alcance de la llamada dispensa de matrimonio rato y no consumado ha de ser entendido en sentido favorable a permitir la legitimación de la prole habida fuera de él, ya que el espíritu del Código en esta materia, como revela el art. 138 al concretar la acción de impugnación a los particulares perjudicados, parece poco favorable a una actuación oficiosa en perjuicio de los hijos» (Considerando 3.º de la resolución).

Esta motivación es tan errónea como forzada y se halla en contradicción con la legalidad constituida sobre la materia, si bien esté inspirada en un criterio doctrinal progresivo que, reconocemos, es hora ya de que se adopte por nuestros órganos legislativos acabando con el arcaico sistema de filiación ilegítima estructurado por el Código civil (178). El Cen-

---

ne, sin embargo, la ley, que habría debido establecer expresamente una ulterior excepción a la regla dictada. (Cfr. ADAMI, loc. cit., págs. 167-168; BOGGIANO PICO, ob. cit., pág. 540. FIEBEL, «Figlio extra forum e dispensa de matrimonio rato e non consumato», *Il Diritto Ecclesiastico*, 1935, pág. 88 y sgts.

En los mismos términos se pronuncia la doctrina española, que ha tenido ocasión de manifestarse al comentar la resolución de 28 de noviembre de 1961. (Cfr. SANCHEZ REBULLIDA, «Legitimación por subsiguiente matrimonio de hijos habidos durante ligamen —disuelto, después, «super rato»— del padre con tercera persona», *Ius Canonicum*, II-1.º (1962), pág. 362 y sgts.; PORTERO SÁNCHEZ, «¿Pueden legitimarse los hijos adulterinos?», *Revista Española de Derecho Canónico*, 1962, pág. 490; PÉREZ RALUY, «Panorama de primer término de vigencia de la nueva ordenación del Registro civil», *Pretor*, 1962, págs. 236-237; MAURANDI ABAÑIA, loc. cit., página 151 y siguientes.

(178) La corriente general en la legislación comparada tiende poderosamente a un mayor favorecimiento de la prole ilegítima, como puede verse en algunas legislaciones:

**BELGICA.** El reconocimiento y la legitimación no pueden obtenerse respecto de los hijos incestuosos; respecto de los adulterinos solamente pueden obtenerla con autorización del Juez y ello cuando el matrimonio anterior fuera objeto de un proceso de divorcio o de separación y el hijo hubiera nacido 300 días después del escrito a que se refiere el art. 239 ó de la declaración del art. 281 (art. 331 del Código civil y Ley de 10 de febrero de 1958).

**FRANCIA.** La ley de 25 de abril de 1924, restablecida por la Ordenanza de 3 de mayo de 1945, admitió la legitimación por su siguiente matrimonio de los padres, cuando éstos reconocen en el momento de su celebración, incluso de los hijos adulterinos de la madre cuando fuesen desconocidos por el marido o sus herederos y, conforme a la ley de 5 de julio de 1956,

cuando se reputan concebidos en una época en que la madre tenía domicilio legal distinto, pudiendo ser anulada si el hijo tuviese posesión de estado de hijo legítimo.

**ITALIA.** Los hijos incestuosos no pueden ser reconocidos, salvo que los padres ignoraran al tiempo de la concepción el vínculo existente entre ellos (art. 251). Los hijos adulteinos sólo pueden ser reconocidos por el progenitor que al tiempo de la concepción no estuviese unido en matrimonio o, si lo estaba, cuando se disuelve este matrimonio por la muerte del otro cónyuge (art. 252).

El Proyecto de Ley núm. 1.752/S, presentado en la Presidencia el 10 de noviembre de 1961, propone la sustitución del párrafo 2.º del art. 252 del Código civil por el siguiente: «Pueden ser reconocidos por el padre que al tiempo de la concepción estaba unido en matrimonio, cuando el matrimonio se disuelva por efecto de la muerte del otro cónyuge o por sentencia que haya pasado a cosa juzgada. Pueden ser reconocidos cuando al reconocimiento se conceda el asentimiento por el otro cónyuge. (Recogido por LUIGI FRUETI, «Osservazioni a un disegno di legge sul riconoscimento di figli adulteini e sull'adozione», Rivista di Diritto Civile, 1963, página 230).

**PORTUGAL.** Todos los hijos ilegítimos, excepto los incestuosos, pueden ser reconocidos (art. 22 de la Ley de 25 de diciembre de 1910).

**ALEMANIA.** Un hijo ilegítimo deviene legítimo cuando se casa el padre con la madre; esto vale también cuando el matrimonio es declarado nulo (pfo. 1.719 BGB y Ley de 11 de agosto de 1961).

**DINAMARCA.** Los hijos ilegítimos tienen respecto de los padres la misma situación que los hijos legítimos, siempre que la ley no disponga expresamente otra cosa. La legitimación por subsiguiente matrimonio es admitida cuando el marido ha reconocido al hijo en forma expresa como suyo sin contradicción de la madre. (Ley sobre hijos ilegítimos de 7 de mayo de 1937).

**SUECIA.** La filiación materna es establecida después del alumbramiento y la inscripción de nacimiento constituye la prueba material. No hay, por lo tanto, necesidad de recurrir al reconocimiento por la madre de su hijo, legítimo o natural. La paternidad de un hijo nacido fuera de matrimonio puede ser establecida por reconocimiento del padre natural o en un proceso. (Código de la filiación de 10 de junio de 1949, modificado por ley de 12 de diciembre de 1958).

**NORUEGA.** Los hijos ilegítimos se igualan en principio a los hijos legítimos, si la ley no dispone otra cosa. El reconocimiento de paternidad de un hijo natural puede resultar, ya de un acto escrito y libremente consentido por el padre designado por la madre, ya de un proceso. Es posible la legitimación por subsiguiente matrimonio. (Ley sobre hijos ilegítimos de 21 de diciembre de 1956).

**FINLANDIA.** Un hijo ilegítimo tiene, a no ser que la ley disponga otra cosa, en relación con su madre y con los parientes de ésta la misma situación jurídica que un hijo legítimo. En relación al padre y a los parientes paternos es necesario el reconocimiento. Un hijo extramatrimonial obtiene la situación de un hijo legítimo cuando los padres contraen matrimonio (leyes de 27 de julio de 1922, 9 de diciembre de 1927, 13 de junio de 1929 y 20 de agosto de 1948).

**HUNGRÍA.** Están equiparados los hijos ilegítimos a los legítimos. Como padre de un hijo se tiene a la persona que estaba casada con la madre durante todo o parte del tiempo transcurrido desde la concepción hasta el nacimiento; la nulidad del matrimonio no tiene ninguna influencia sobre la presunción de paternidad. El término presunto de la concepción corre desde los 300 a los 182 días, inclusive, antes del nacimiento del hijo. Pero en interés del hijo puede probarse que fue concebido antes o después del plazo presunto de concepción. La legitimación comprende los hijos habidos antes del matrimonio cuando la madre celebra matrimo-

tro directivo ha querido abrir el camino en este sentido y, anticipándose al legislador, violenta los preceptos que cita y llega a conclusiones que pugnan con nuestro Ordenamiento particular. Porque no es posible superar el hecho cierto de que la dispensa *super rato* no puede retrotraer sus efectos más allá del momento de la disolución. Tampoco puede argumentarse con posibilidades de éxito a base de fundamentos jurídico-canónicos, pues, en primer lugar, el Derecho canónico no admite la legitimación de la prole adulterina por el subsiguiente matrimonio de los padres, como se deduce del can. 1.116 (179); lo que ocurre es que no coinciden en Derecho canónico y en el civil sus respectivas nociones de la filiación natural (180) y ello podría haber inducido a confusión al redactarse el Considerando segundo, *in fine*, de la resolución comentada, porque puede suceder que un hijo concebido en circunstancias de inhabilidad de los padres para contraer matrimonio y que sería ilegítimo no natural conforme a la legislación civil, puede ser natural en Derecho canónico si nace en tiempo en que los padres podían casarse, aunque no hubieran podido hacerlo en la época de la concepción, y tal hijo podría ser legitimado canónicamente por el subsiguiente matrimonio, es decir, que cabe la posibilidad de que sea legitimada canónicamente prole adulterina por el Derecho civil, pero natural desde el punto de vista del Derecho de la Iglesia. Pasando a otro de los argumentos empleados por la resolución comentada, se

---

nio después del nacimiento del hijo, aunque no sea con el padre de éste. En tal caso se tiene al marido como padre del hijo cuando: a) No se declara judicialmente otra paternidad; b) El marido es, por lo menos, dieciséis años mayor que el hijo; c) El marido, al tiempo de la celebración del matrimonio tiene conocimiento del hijo y no declara antes de celebrarlo ante el empleado del Registro civil que el hijo no es suyo. (Ley de 6 de junio de 1952).

BRASIL. Disuelta la sociedad conyugal será permitido a cualquiera de los cónyuges el reconocimiento del hijo habido fuera del matrimonio y al hijo acción para que se declare su filiación. (Ley de 21 de octubre de 1949).

Para el Derecho europeo pueden ampliarse estos datos en BOSCHER, «Europäisches Familienrecht», Berlín-Frankfurt, 1963. Para el Derecho europeo y americano, el *Juris-Classeur de Droit Comparé*.

(179) PORTERO SÁNCHEZ, loc. cit., pág. 490.

(180) Véase, comparativamente la redacción del can. 1.116 y del art. 119 del Código civil:

«Por el subsiguiente matrimonio de los padres, sea verdadero o putativo, tanto si se contrae entonces como si se convalida, aunque no llegue a consumarse, se legitima la prole, con tal que los padres hayan sido hábiles para contraer matrimonio entre sí en el tiempo en que aquella fue concebida, o durante su gestación, o cuando nació» (can. 1.116).

«Sólo podrán ser legitimados los hijos naturales. Son hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella» (art. 119).

Cfr. HERRÁNZ, «La filiación en Derecho canónico», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 7 (1960), pág. 46 y sgts.

pude apreciar claramente que el can. 1.051, sobre legitimación de la prole por dispensa, no da pie para sostener que el Codex es favorable a la legitimación de los hijos adulterinos, porque lo que hace es excluirlos (181), y es que este precepto no se refiere a dispensa de matrimonio rato como impedimento susceptible de dispensa, sino que, como ya vimos, no hay tal dispensa, sino disolución del matrimonio, ni mucho menos puede pensarse que haga referencia a la dispensa de vínculo concurrente, porque el impedimento de ligamen no es dispensable aunque sea rato uno de los matrimonios en colisión; el canon citado contempla solamente la dispensa de impedimentos obstaculizadores de un matrimonio celebradero o ya celebrado, en cuanto son dispensables y comprendidos dentro de los tipos estrictamente regulados por el Código de Derecho Canónico. Por último, el can. 1.053, que establece la dispensa implícita del impedimento de adulterio simple cuando la Santa Sede concede la dispensa *super rato*, no puede interpretarse en sentido favorable a la retroactividad de la dispensa del impedimento porque —como dice SANCHO REBULLIDA— cuando el matrimonio rato y no consumado se disuelve no desaparece el adulterio, sino que este adulterio, subsistente hasta entonces, queda dispensado en cuanto impedimento en el caso núm. 1.º del can. 1.075 y la eficacia de la dispensa del impedimento es *ex nunc*, sólo desde entonces se dispensa el impedimento nacido de hechos pretéritos, es decir, que lo pretérito es el hecho, no la dispensa (182); el can. 1.053 no tendría necesidad de referirse a la dispensa del impedimento de adulterio, que no habría existido, si la eficacia de la disolución fuere *ex tunc*, y no se comprendería la práctica de la Santa Sede que concede la legitimación por rescripto de los hijos nacidos de uno de los cónyuges ligados por matrimonio disuelto sucesivamente por la dispensa de rato sino fuere porque la disolución opera *ex nunc*, ya que si fuera *ex tunc* procedería la legitimación por subsiguiente matrimonio (183).

Desde otro punto de vista, asegurar que el espíritu del Código civil en esta materia se inspira en el *favor legitimationis* de la prole ilegítima no natural, es cuestión aún no decidida por nuestra doctrina, aunque de las abundantes críticas dedicadas al Código en cuestiones de filiación, concebidas no pocas veces en términos de extrema dureza, se deduce el

(181) «Por el mismo hecho de concederse una dispensa de impedimento dirimente en virtud de potestad ordinaria o en virtud de potestad delegada por indulto general, y no por rescripto para casos particulares, queda también por el mismo hecho concedida la legitimación de la prole que no sea adulterina o sacrílega, si es que aquellos a quienes se concede la dispensa tienen hijos ya nacidos o en estado de gestación» (can. 1.051).

(182) SANCHO REBULLIDA, «Legitimación...», cit., pág. 359.

(183) Cfr. CALAMARI, loc. cit., págs. 210-211.

reconocimiento doctrinal de que perduran los principios del Código napoleónico (184). Sin embargo, se perfila como cierta la opinión favorable a permitir el reconocimiento del hijo ilegítimo por el progenitor en quien no concurren la causa calificadora (impedimento) de su legitimidad, reconocimiento que será impugnabile conforme dispone el art. 138 del Código civil y también se propugna la posibilidad del reconocimiento de los hijos adulterinos como tales hijos ilegítimos (no como naturales) por el padre (185). De todos modos, como el art. 119 sienta el principio de que solamente pueden ser legitimados los hijos naturales, aún aceptando esta última especie de reconocimiento no podría completarse con la legitimación por el subsiguiente matrimonio.

Muy recientemente ha apuntado SANCHEZ REBULLIDA en su citado trabajo (186) que, a base de lo dispuesto en el art. 128 del Código civil, los hijos ilegítimos no naturales podrían ser legitimados por subsiguiente matrimonio, si bien tal legitimación sería claudicante, sometida a la impugnación de aquellos a quienes perjudique en sus derechos, y concluye afirmando que este fundamento jurídico podría justificar la legitimación por subsiguiente matrimonio de los hijos concebidos fuera del matrimonio rato y no consumado. Salta a la vista que esta interpretación choca con el sistema del Código sobre filiación; más lógica es la de BLAS PIÑAR al calificar de nulidad absoluta la legitimación sujeta a impugnación, aunque la misma no pueda ser alegada por cualquiera ni invocada de oficio (187) y confirma este criterio el art. 190 del Reglamento del Registro civil que sólo permite que consten en la inscripción de nacimiento las menciones de que se infiera el carácter ilegítimo no natural de una filiación cuando ésta se declare por sentencia en proceso civil (188).

(184) Cfr. BATLLE, «La filiación ilegítima», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1959, pág. 723; PERE RALUY, «La filiación y el Registro civil», *Anuario de Derecho civil*, 1956, págs. 862-863; GONZÁLEZ PÉREZ, «La inscripción en el Registro civil de los llamados hijos ilegítimos no naturales», Madrid, 1954, págs. 3-4; PORTERO SÁNCHEZ, *loc. cit.*, págs. 493-494.

(185) SANCHEZ REBULLIDA, «Legitimación...», *cit.*, pág. 363 y sgts.; el mismo, «Ambito y duración de la acción nacida del art. 138 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1960, pág. 186 y sgts.; Díez PASTOR, «La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio según la Constitución», *Revista de Derecho Privado*, 1933, pág. 201 y sgts.; GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 12 y sgts.; MARTÍNEZ RADIO, «Notas acerca de la filiación ilegítima no natural», *Revista de Derecho Privado*, 1957, pág. 363 y sgts.

(186) SANCHEZ REBULLIDA, «Legitimación...», *cit.*, págs. 367-369.

(187) BLAS PIÑAR, «Legitimación...», *cit.*, págs. 367-369.

(188) En el comentario al art. 190 del Reglamento del Registro civil, la Redacción de la Revista «Prestor» escribe: «Ello no obsta a que *de lege ferenda* sea recusable la diferencia de trato aplicada a las diversas clases de hijos ilegítimos, aunque hay que reconocer que en este aspecto el Reglamento se ha visto sometido al pie forzado que supone nuestro anacrónico Código civil». (Legislación del Registro civil, Madrid, 1959).

Tal vez el juego de la buena fe de los progenitores es la única vía que pueda seguirse con criterio más seguro para atribuir la condición de naturales a los hijos adulterinos y en este sentido hay que referirse a la aportación del Profesor BATLLE como la más destacada en orden a dulcificar la situación jurídica de los hijos ilegítimos. En el trabajo que antes hemos citado (189) se pregunta, con la doctrina tradicional, si la ignorancia concurrente en ambos padres, o en uno solo, del impedimento no dispensable que mediaba para el matrimonio en la época de la concepción, o sea la buena fe de los padres, hace natural al hijo; y después de examinar opiniones contrapuestas de POTHIER, el Abad PANORMITANO, JUAN ANDRÉS, ANTONIO BUTRICARIO, AVENDAÑO, JUAN GUTIÉRREZ, BASILIO PONCE, GREGORIO LÓPEZ y de los comentaristas del Código civil se muestra favorable a la solución propuesta por MANRESA para el Derecho vigente, que atribuye en este caso al hijo la condición de natural, aunque BATLLE la estima insuficiente porque sólo operará en el caso de buena fe de los dos padres o del único conocido sobre quien basar la condición de natural del hijo por el precepto del art. 130 del Código civil, pero no en los otros casos de violación o engaño doloso, cuando junto al progenitor no malicioso surja el forzador, el seductor adúltero o el incestuoso.

También considera PORTERO SÁNCHEZ que la razón de más peso aducida por el recurrente en el expediente que motivó la resolución de 28 de noviembre de 1961 es la buena fe proveniente de creer el interesado que tenía plena validez la Sentencia de la Audiencia de Oviedo de divorcio vincular dictada en 19 de abril de 1937 que causó el correspondiente asiento en el Registro civil (190). La Dirección General de los Registros no aludió a este interesante aspecto de la cuestión, que pudo ser el fundamento de la solución de equidad adoptada.

b') *Efectos patrimoniales*.—Se sujetan al principio de la eficacia *ex tunc* y ésto aun cuando los actos que los producen se hubieran celebrado bajo la condición, aunque sólo hubiere sido tácita, de que continuara el matrimonio, que no cesase. Admitir la eficacia *ex tunc* de la dote o de las donaciones, por ejemplo, o condicionar su validez a la continuidad del matrimonio, sería ir en contra del principio de inmutabilidad de los negocios patrimoniales del Derecho de familia, que sólo pueden alterarse con criterio restrictivo en los casos que autorizan las leyes. Relacionamos seguidamente estos efectos patrimoniales:

1.º La sociedad de gananciales —dice el art. 1.417 del Código civil— concluye al disolverse el matrimonio, es decir, tanto por la muerte de alguno de los cónyuges como por la disolución canónica del matrimonio.

(189) BATLLE. «La filiación...», cit., pág. 733 y sgts.

(190) PORTERO SÁNCHEZ, loc. cit., págs. 495-496.

2.º La suerte de las donaciones por razón de matrimonio a causa de la disolución llevaron al ánimo de JEMOLO cierta perplejidad (191). Podía sostenerse, según él, que se tiene una relación de índole eminentemente económica, sin que la ley haga referencia alguna a la duración del vínculo ni a su fecundidad; por lo tanto, quien da en consideración a un futuro matrimonio sabe que sus previsiones podrían no verificarse, sin que ello tenga ninguna consecuencia legal, es decir, que no será posible aplicar a la disolución el régimen de la nulidad. Mas, por otro lado, se siente —dice el mismo autor— la natural repugnancia a pensar que la esposa, que ya no es tal después de la disolución y que pasa a nuevas nupcias, pueda conservar los bienes dados a ella por el marido o por los padres de él y disfrutarlos con el nuevo cónyuge.

No se decidió JEMOLO por una u otra solución y eso que bajo el régimen del Código de 1865, vigente cuando publicó la 1.ª edición de su Tratado, dominaba la tendencia favorable a la nulidad de las donaciones *propter nuptias* por causa de disolución del matrimonio (192). Es después de la vigencia del Código de 1942 cuando no se mantiene duda en la doctrina italiana acerca de la subsistencia de las donaciones una vez disuelto el matrimonio (193).

En Derecho español hay que seguir esta misma orientación, ya que entre las taxativas causas de revocación que enumera el art. 1.333 del Código no se comprende la disolución del matrimonio y ésta no puede identificarse con la anulación, recogida por el núm. 3.º de dicho artículo como causa de revocación.

3.º Las donaciones entre cónyuges, por el contrario, hechas durante el matrimonio no se eximen de la sanción de nulidad que establece el art. 1.334 con carácter general, con la excepción que recoge el mismo precepto. Pero tendrán validez las donaciones hechas en capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de los bienes presentes, mientras que respecto de los futuros, sólo para el caso de muerte, habrá que estar a lo que dispone el Código para la sucesión testada (art. 1.331).

4.º Habrá de restituirse la dote a la mujer o a sus herederos, como prevé el art. 1.365-1.º del Código civil para el supuesto concreto de disolución del matrimonio.

5.º La ruptura del vínculo conyugal no hace nacer obligación alimenticia entre los cónyuges, sin perjuicio de los derechos de los otros beneficiarios.

(191) JEMOLO, «Tratado», 1.ª ed., cit., pág. 319.

(192) NAPPI, ob. cit., pág. 424.

(193) MACCHI, op. cit., pág. 182; BRONDI, «Donazione», en el *Novissimo Digesto Italiano*, VI, página 252.

6.º Una vez disuelto el matrimonio, el cónyuge superviviente no tendrá derecho a la sucesión legítima del premuerto, porque si el art. 834 priva de esta sucesión al cónyuge separado, con mayor razón habrá de apartarse de la sucesión al cónyuge vincularmente divorciado. Igualmente, el art. 952 excluye de la sucesión abintestato al sobreviviente que estuviese separado por sentencia firme de divorcio.

7.º Si alguno de los cónyuges resulta perjudicado por la disolución, tendrá derecho a la correspondiente indemnización, si intervino culpa, conforme a las leyes civiles, de parte del otro cónyuge; pero, siendo esta indemnización consecuencia de la disolución, se fundará en la culpa extra-contractual que pudiera apreciarse por los Tribunales (194).

2.º Comete el delito de bigamia (art. 471 del Código penal) el que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior. El término *disuelto* hay que interpretarlo aquí en sentido amplio, comprendiendo en él la declaración de nulidad, la muerte, la declaración de fallecimiento y la disolución propiamente dicha en los diversos supuestos aceptados por el Derecho canónico o por las legislaciones civiles que admiten el divorcio vincular (195).

Como decíamos en relación con el adulterio, no será necesario que el matrimonio produzca efectos civiles mediante la inscripción y, en este sentido, ha declarado el Tribunal Supremo que, si bien es requisito indispensable para el ejercicio de los derechos civiles la inscripción en el Registro civil del matrimonio canónico, la falta de esta condición no excluye que esté comprendido en el art. 486 (hoy 471) que prevé el delito de matrimonio ilegal, pues aquel defecto subsanable no afecta a la integridad y virtualidad del vínculo (Sentencia de 27 de octubre de 1890) ya que el matrimonio canónico es válido y eficaz en derecho aunque no se inscriba en el Registro civil, supuesto que la omisión de ese requisito no afecta a su esencia, sino que es subsanable (Sentencia de 14 de enero de 1905). La posterior disolución del vínculo no producirá la extinción del delito (art. 449 del Código penal).

3.º Mientras no se disuelva el matrimonio, aunque sea disoluble, habrá lugar a la tipificación del delito de abandono de familia (art. 487 del Código penal); pero disuelto un matrimonio por los Tribunales de Iglesia, cesa ya el presupuesto básico de subsistencia del vínculo conyugal que se requiere para el abandono.

(194) Cfr. sentencia de apelación de Torino, 22 de octubre de 1944, comentada por DE LUCA en «Il Diritto Ecclesiastico», 1946, pág. 47 y sgts.

(195) Cfr. QUINTANO RIPOLES, «Bigamia», Nueva Enciclopedia Jurídica Española.

c) *Otros efectos accesorios*

La ejecución civil tiene en cuenta exclusivamente la declaración de disolución pronunciada o certificada por la Jurisdicción eclesiástica y no está vinculado el Juez civil por otros pronunciamientos accesorios que, sobre efectos civiles, contuviera el título eclesiástico que se ejecuta. Así se deduce del art. XXIV del Concordato, que solamente acepta la eficacia civil de las resoluciones canónicas que se hubieran dictado «dentro del ámbito de su competencia», y en cuestiones matrimoniales la competencia para regular los efectos civiles viene atribuida plenamente por el Concordato a la jurisdicción civil, con modificación en este punto de lo que dispone el can. 1.961 sobre competencia de los Tribunales eclesiásticos para conocer por vía accesoria de asuntos concernientes a efectos civiles.

De modo que si la resolución eclesiástica contuviera, v. gr., pronunciamiento sobre resarcimiento de daños por parte de uno de los cónyuges al otro, el Juez civil no viene obligado a ejecutar este acuerdo, porque excede de los límites competenciales reservados al Poder eclesiástico por el art. XXIV del Concordato y 80 del Código civil, sin desconocer la naturaleza prejudicial del rescripto de disolución respecto de los procesos civiles derivados de ésta (196).

De la misma manera, tampoco vendrá el Juez civil obligado a pasar por una declaración sobre comisión de delito civil formulada por Autoridad eclesiástica, pues la calificación y, en general, el enjuiciamiento de aquél corresponde exclusivamente a la jurisdicción del Estado (art. XVI del Concordato).

Sin embargo, habrían de admitirse a ejecución civil acuerdos secundarios del fallo eclesiástico que sean de naturaleza canónica, accesorios del pronunciamiento de disolución y de competencia de la Autoridad eclesiástica, tales como la declaración de putatividad de un matrimonio, en caso de nulidad, la calificación de delito canónico o la decisión sobre pago de costas.

---

(196) Cf.: GIACCHI, «La giurisdizione ecclesiastica nel Diritto italiano», Milano, 1937, pág. 193 y sgts.; MAZZAGANE, «La concessione di cause nei rapporti tra giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e giurisdizione civile», Napoli, 1959, pág. 115 y sgts.; CALAMARI, «Efficacia civile della pronuncie accessorie delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale», Rivista di Diritto Processuale civile, 1933, I, pág. 303 y sgts. También los Tratados de PETRONCELLI, JEMOLO, FALCO y DEL GIUDICE.

### E) Aspectos procesales de la ejecución de los efectos civiles

Hemos de examinar en primer lugar el procedimiento canónico, para seguir luego con las particularidades del proceso civil.

#### a) En el proceso canónico

Las resoluciones que decretan la disolución del matrimonio serán ejecutadas a efectos civiles una vez que sean firmes (art. 82 del Código civil) o firmes y ejecutivas (art. XXIV del Concordato). Las sentencias canónicas se denominan firmes o ejecutorias cuando han adquirido fuerza de cosa juzgada, o sea, cuando no se puede apelar de ellas (197); pero nunca pasan a cosa juzgada las causas sobre el estado de las personas (can. 1.903) y, concretamente, las sentencias dictadas en causas matrimoniales (can. 1.989), aunque, como se deduce del can. 1.987, después de dos sentencias conformes puede llevarse a efecto la ejecución. En cambio, se acomoda a la naturaleza graciosa del rescripto de disolución su carácter de firmeza (198).

Otro requisito exigido, tanto por el Concordato como por el Código civil, es que la resolución sea comunicada por el Tribunal canónico al Juez civil para su ejecución, siendo antecedente de esta comunicación que se haya expedido decreto ejecutorio de las sentencias, conforme al can. 1.918 o que conste la ejecutoriedad del rescripto pontificio de diso-

(197) Cfr. CABREROS, «Notas» al «Código de Derecho Canónico», págs. 698-711.

(198) Por esta razón, el calificativo apropiado, referido tanto a las sentencias como a las resoluciones, es el de ejecutivo. El Concordato italiano emplea la expresión *sentencia definitiva*, no en el sentido del can. 1.868 que la opone a interlocutoria, sino —como dice MAZZACANE— en el sentido de excluir que la primera sentencia declarativa pueda ser presentada a ejecución tratándose de un procedimiento no definitivo con arreglo a las normas del Código de Derecho Canónico (ob. cit., pág. 74, nota 6), pues se precisa de otra sentencia conforme para que sea definitiva (ens. 1.986 y 1.987), mientras que la eficacia ejecutiva en el orden civil la declara el Tribunal de Apelación (art. 34 del Concordato y 17 de la Ley matrimonial). Mas, como el Concordato español no ha introducido trámite análogo ante las Audiencias, el título ejecutivo a efectos civiles ha de venir ya conformado por la jurisdicción eclesíástica de ahí otra razón para que, en nuestro Ordenamiento, deba hablarse de «sentencias ejecutivas», carácter que les habrá sido conferido por el decreto ejecutivo a que se refiere el can. 1.918. Igualmente, como los rescriptos de disolución son firmes por naturaleza, solamente habrá de predicarse de ellos su carácter ejecutivo para expresar que el título tiene fuerza para actuar los efectos civiles.

lución o de la certificación canónica correspondiente (art. 83 del Reglamento del Registro civil) (199).

Estos son, pues, los tres requisitos que, sucesivamente, integran la fase canónica de ejecución: 1) Resolución ejecutiva; 2) Orden de ejecución; 3) Comunicación al Juez civil.

En relación con el primero de dichos requisitos hemos de hacer constar que el rescripto puede ser revocado conforme al can. 60 ó invalidado por concurrir en el mismo algún vicio de nulidad (cans. 41 y concordantes). La revocación repercutirá en el ámbito civil recobrando el matrimonio sus plenos efectos civiles retroactivamente, con el respeto debido, naturalmente, a terceros de buena fe (200).

La orden de ejecución del rescripto emana de la Santa Sede, que la comunicará al Ordinario competente o a la parte y, en este caso, habrá de presentarlo al Ordinario tan pronto lo reciba (can. 51 y Régla 101 de las de 7 de mayo de 1923), el cual hará la oportuna comprobación, a tenor de lo mandado por el can. 53, estampando su visado como prueba de la comprobación (201).

Por último, la comunicación canónica al Juez civil habrá de expedirse por el mismo Ordinario, de oficio o a instancia de parte, como dispone el art. 82 del Código civil, que amplía en este particular el contenido del art. XXIV del Concordato que solamente prevé la comunicación de oficio.

Toda esta actividad procesal canónica es de naturaleza jurisdiccional propia, como expresamente reconoce el art. 80 del Código civil al remitir a la competencia de la *«jurisdicción eclesiástica conforme al procedi-*

(199) Este artículo del Reglamento se interpreta en el sentido de que es el Juez o Tribunal civil el que ha de decretar la ejecución a efectos civiles. (PERE RALUY, ob. cit., I, pág. 274), interpretación que contradice lo dispuesto por el art. 82 del Código civil, redactado por ley de 24 de abril de 1958, que encarga a la jurisdicción civil de la promoción de la inscripción y de la ejecución de todo lo demás relativo a efectos civiles y también dispone que la ejecución se llevará a cabo *en virtud de comunicación canónica* o a instancia de interesado. Por lo tanto, el Juez civil, que ha de sujetarse preferentemente a la Ley, no tiene más remedio que proceder a la ejecución tan pronto reciba la comunicación eclesiástica, sin interponer entre ésta y su actividad de ejecución ningún pronunciamiento principal que decrete la ejecución, sino limitarse a guardar y cumplir lo dispuesto por el Tribunal eclesiástico y la orden de ejecución emanada de la autoridad canónica competente.

(200) En nuestro Derecho no cabe duda sobre la influencia de la revocación canónica en los efectos civiles, dada la función subordinada que ejerce el Juez del Estado; pero en el Derecho italiano, el obligado trámite, previo a la ejecución civil, ante el Tribunal de Apelación, ha dividido a los autores sobre este particular por entender algunos que el acuerdo ejecutivo del Tribunal civil tiene carácter constitutivo y por ello se desconecta totalmente la ejecución a efectos civiles de las vicisitudes que puedan acaecer a las sentencias o resoluciones canónicas. Cfr. BOGGIANO PICO, ob. cit. pág. 681 y sgts.

(201) Cfr. NAZ, «Rescripto», en el Dictionnaire de Droit Canonique, VII, col. 629.

miento canónico». Parece como si el legislador español hubiera tenido especial interés en destacar un absoluto respeto a la competencia y al procedimiento canónicos, tal como se actúa en los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos, sin alteración alguna de su esencia ni de sus formalidades, con el fin de evitar las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales aún hoy vivas en la nación italiana y que han dado lugar a encontrados criterios al enjuiciar los problemas derivados de las relaciones entre la jurisdicción eclesiástica y la jurisdicción civil (202).

b) *En el proceso civil*

a) *Naturaleza jurídica.*—No es fácil encajarlo en un tipo predeterminado por causa de su complejidad. GUASP lo denomina de auxilio judicial y así lo es, en efecto, en cuanto a los actos procesales encaminados a realizar los efectos canónicos de la disolución y que pudieran ser exigidos por la jurisdicción eclesiástica al amparo del Protocolo final, art. II, del Concordato de 1953, que deja vigente el art. 3.º del Concordato de 1851 («Su Majestad y su real Gobierno dispensarán, asimismo, su poderoso patrocinio y apoyo a los Obispos en los casos que le pidan...»). Pero la ejecución de los efectos civiles no es solamente ejecución del acuerdo canónico que, por su naturaleza constitutiva, se limita a innovar, disolviéndolo, el estado matrimonial canónico, y esta innovación constitutiva es la que acepta el Estado español por vía concordataria para que se operen las particulares consecuencias que las leyes civiles establecen para la nueva situación creada por la disolución. De ahí que la ejecución a efectos civiles tiene que sujetarse, no a reglas canónicas, sino civiles, siendo el rescripto pontificio presupuesto obligado para la aplicación de estas normas civiles. Sin embargo, y por causa del amplio reenvío al Derecho matrimonial de la Iglesia, hay que entender que en el rescripto de disolución va implícita, como resolución en blanco, la norma estatal reguladora de los correspondientes efectos civiles y por esto puede afirmarse que, en cierto modo, la aplicación de dichas normas equivale a ejecución de la decisión canónica. En este aspecto nos hallamos ante un proceso ejecutivo ordinario de amplio contenido (203) cuyo título es producido por la jurisdicción eclesiástica y el cual es necesario para que los efectos civiles puedan actuarse, unos por impulso oficial del Juez, como la inscripción de la diso-

(202) Cfr. PETRONCELLI, «Manuale...», cit., pág. 632 y sgts.; MAZZACANE, ob. cit., pág. 28 y siguientes.

(203) El art. 82 del Código civil comienza en estos términos: «La jurisdicción civil promoverá la inscripción y ejecutará en todo lo demás relativo a efectos civiles...».

lución en el Registro y otros que necesitarán la instancia de parte o del Ministerio Fiscal, como la promoción de los efectos civiles y penales.

La tramitación se regirá en primer lugar por los arts. XXIV del Concordato y 82 del Código; subsidiariamente por los arts. 919 y sgts. de la Ley de Enjuiciamiento civil. Durante la ejecución pueden plantearse situaciones contenciosas de tipo civil las cuales darán lugar a incidentes que necesariamente versarán sobre cuestiones no controvertidas en el procedimiento canónico, dada la naturaleza y restringido ámbito de éste. Tales incidentes, a los que se hace referencia en el párrafo 2.º del art. 949 de la Ley Procesal, se tramitarán por el cauce propio que señalan los arts. 741 y sgts. de dicho texto legal. Como no hubo partes en el procedimiento canónico éstas se configurarán en el incidente atendiendo a intereses contrapuestos de los cónyuges entre sí, con los hijos o con parientes o con terceros, directamente afectados por la disolución. En otro caso habrá de seguirse juicio declarativo separado ante el Juez y por la cuantía que corresponda y aún las cuestiones incidentales pueden ventilarse en el declarativo correspondiente si se proponen en esta vía amplia por preferirse al incidente de ejecución, dada la amplitud de trámites y garantías del juicio ordinario, así como por la débil vinculación que hay entre el rescripto —presupuesto de estado— y el contenido de su ejecución.

Por lo que respecta a las costas del incidente de ejecución no podrá seguirse el principio del vencimiento que determina el art. 950 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues no están de antemano configuradas las partes en el procedimiento canónico; entre ellas la vencida y obligada a soportar las costas de la ejecución; habrá de seguirse, por lo tanto, el criterio común de la temeridad y mala fe para imponerlas.

No puede aceptarse que nos encontremos ante un caso análogo al de ejecución de sentencias dictadas por Tribunal extranjero, porque en el Derecho español no hay precepto concordatario ni ley interna que remita al juicio de *exequatur* para que las resoluciones de los Tribunales y Dicasterios canónicos sean ejecutorias en la nación. Ya el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 27 de noviembre de 1942 (204) declaró que no procedía que se proveyera sobre el escrito de petición de *exequatur* en atención a que los arts. 951 a 958 de la Ley Procesal, que tratan de las sentencias dictadas en países o por Tribunales extranjeros, se refieren a procesos de carácter laico y no a los canónico-matrimoniales; y porque la jurisprudencia de dicha Sala en sus sentencias de 28 de

(204) Citado por ARAGONESSES, «Procedimiento para el *exequatur* de las sentencias civiles extranjeras en España», *Revista de Derecho Procesal*, 1952, pág. 561.

septiembre de 1912 y 7 de noviembre de 1921 ha manifestado que en casos como el presente no se puede entrár a calificar los fundamentos de la resolución eclesiástica, ni siquiera sus formalidades externas, que es precisamente lo que constituye materia del juicio de *exequatur*. Esta doctrina jurisprudencial ha sido recogida por el art. 83 del vigente Reglamento del Registro civil que dispone, como excepción al trámite de *exequatur*, que las sentencias y resoluciones canónicas solamente requieren para ser inscritas que su ejecución en cuanto a efectos civiles haya sido decretada por el Juez o Tribunal competente.

b') *El título ejecutivo*.—Un título se dice que es ejecutivo cuando es apto para que se satisfaga directa y coactivamente el derecho documentado en el mismo.

Las sentencias canónicas necesitan del decreto ejecutorio para que puedan ejecutarse (can. 1.918). Los rescriptos pontificios de disolución precisarán, por lo menos, de la correspondiente orden de ejecución transmitida al Ordinario o a la parte legitimada, y el rescripto original o testimoniado no podrá ser sustituido como título ejecutivo por la certificación constitutiva, sino la certificación canónica acreditativa de la disolución canónica (Resolución de la Dirección General de los Registros de 10 de octubre de 1932). En los casos de disolución por profesión religiosa y por aplicación del privilegio Paulino el título ejecutivo no es una resolución constitutiva, sino la certificación canónica acreditativa de la concurrencia de los presupuestos de la disolución *ipso iure* del matrimonio. El poder de certificar que tiene la Iglesia y su eficacia probatoria a efectos civiles es reconocida por las leyes españolas en preceptos aislados y a este poder hay que atribuirle también plena relevancia a efectos ejecutivos en estos dos supuestos de disolución canónica para hacer posible la eficacia civil de la disolución por privilegio Paulino y por profesión religiosa (205).

Es evidente el carácter ejecutivo de los expresados títulos aunque se refieran a disolución de matrimonios canónicos en el extranjero, conforme a las leyes de la Iglesia, pues la nota de unidad de la Iglesia católica y su universalidad elimina todo nacionalismo respecto de sus súbditos; todo bautizado queda sujeto a la jurisdicción de la Iglesia donde quiera que se encuentre en los términos que preceptúa el can. 13 y con independencia del territorio en que more.

Por el contrario, no puede aceptarse que produzcan efectos civiles en España las sentencias de divorcio vincular dictadas por jueces extranjeros, pues ello estaría en pugna con los principios del orden público español, con mayor razón si es canónico el vínculo que se pretende disol-

(205) Cfr. Consoli, «L'attività amministrativa della Chiesa nel Diritto italiano», Milano, 1961, pág. 197 y sgts.

ver (206), sin perjuicio de admitir que produzca los efectos secundarios (nacionalidad, régimen de bienes, etc.) (207).

c) *Juez competente.*—El Código civil no precisa el Órgano jurisdiccional civil a quien encomienda la ejecución a efectos civiles de las resoluciones de disolución, pues se limita a hacer una mención genérica de la jurisdicción civil en los arts. 81 y 82, lo que contrasta con el empleo reiterado de la palabra Juez (que lo será el de 1.ª Instancia, como se deduce del art. 273 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) en la Sección 5.ª del Título IV del Libro I, sobre los efectos de la nulidad y de la separación. Tampoco concreta el Concordato este aspecto orgánico con atribuir la función ejecutiva al «Tribunal civil competente» (art. XXIV, ap. 4.ª) y que ha de interpretarse, no en el sentido de Organismo colegiado, sino en el más vulgar comprensivo tanto de los colegiados como de los unipersonales. En cambio, el art. 25 de la Ley del Registro se refiere al Juez competente para la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes, civiles o canónicas (208), que lo será el de 1.ª Instancia.

Por razón del territorio será competente el Juez con sede en el territorio jurisdiccional del Ordinario al que se somete la ejecución del rescripto y que se designe por éste atendiendo al lugar de celebración del matrimonio o al domicilio o cuasi-domicilio del orador; o si la parte que pide está ilegítimamente separada del otro cónyuge, en donde la parte demandada, con tal que sea católica, tiene domicilio o cuasi-domicilio; y hasta puede ser lícitamente competente el Ordinario de la residencia del Orador (art. 8.º de las Reglas de 1923 (209)).

Si el Ordinario se dirigiera a Juez incompetente éste deberá hacérselo saber y si aquél insistiera deberá ponerlo en conocimiento del Presidente

(206) Cfr. GARCÍA BARRIUSO, «Matrimonio civil de españoles dentro y fuera de España», *Tánger*, 1958, pág. 121.

(207) Cfr. PERE RALUY, «Derecho de nacionalidad», Barcelona, 1955, pág. 208, y LALAGUNA, «El art. 52...», cit., pág. 137.

(208) En el comentario a este artículo que hace la Redacción de «PRETOR» se apunta que, reglamentariamente, habrían de concretarse algunos extremos en cuanto a la determinación de la competencia para la ejecución de ciertas resoluciones eclesíásticas, particularmente las emanadas de la Sede Apostólica. No obstante, esta previsora indicación nada dispuso el Reglamento sobre ello.

(209) PERE RALUY sigue este orden: Juez competente por conexión, el de Primera Instancia que haya conocido de las incidencias previas civiles; en su defecto y tratándose de proceso canónico incoado ante el Tribunal diocesano, el de Primera Instancia correspondiente a dicha Diócesis, y habiendo varios, el correspondiente al domicilio de la persona que hubiera determinado la competencia territorial del Tribunal eclesíástico; análogo criterio, referido al órgano diocesano a quien hubiera correspondido la función de instructor o de enlace entre los interesados y los órganos eclesíásticos superiores que hubieren dictado la resolución, se seguirá en los restantes supuestos. (Ob. cit., I, pág. 275).

de la Audiencia Territorial (analogía art. 96 del Reglamento del Registro civil). También podrá plantearse cuestión de competencia por inhibitoria o declinatoria cuando dos Jueces se consideren competentes para conocer de la ejecución; el incidente se ventilará por los cauces de los arts. 72 y sgts. de la Ley Procesal civil.

d) *Comunicación canónica.*—El art. 82 del Código civil dispone que la ejecución se llevará a efecto de oficio, en virtud de la comunicación canónica recibida directamente por el Juez civil, o a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio, que comprenderá la resolución y constancia de su carácter ejecutivo, o la certificación relativa a los actos disolutorios (210). Quiénes tienen interés legítimo no lo determina el Código; pero puede servir de orientación el art. 346 del Reglamento del Registro civil que legitima a efectos registrales a los que pueden resultar afectados directamente en su estado, bienes o derechos o sus herederos.

Es obligación del Ordinario comunicar la resolución que ha de ser ejecutada, porque el art. XXIV, apartado 3.º del Concordato está redactado en términos imperativos («Las sentencias y resoluciones de que se trate, cuando sean firmes y ejecutivas, serán comunicadas por el Tribunal eclesiástico al Tribunal civil competente...»), en contraste con los términos facultativos que emplea el apartado 4.º del mismo artículo («En general, todas las sentencias, decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las Autoridades eclesiásticas... tendrán también efecto en el orden civil cuando hubieren sido comunicados a las competentes Autoridades del Estado...»). Y es que no se aviene con los principios concordatarios en esta materia que haya discordancia entre la situación matrimonial canónica y la civil, que es reflejo de aquella, sino una completa armonía, como demanda la plena recepción del Ordenamiento matrimonial canónico tan interesado como el estatal en complementar con los efectos civiles la disolución del matrimonio y, en general, su constitución y vicisitudes.

Ante cualquier omisión o descuido de la jurisdicción eclesiástica en la transmisión del documento relativo a la disolución, cualquier interesado puede promover la eficacia civil del mismo presentando, con el oportuno escrito, el testimonio de aquél en el juzgado de Primera Instancia competente (art. 82 del Código civil) y también el Ministerio Fiscal viene obligado a promover la actuación de dichos efectos en los términos

---

(210) El Concordato solamente menciona la ejecución de oficio. El Código civil añade la instancia privada, siguiendo anterior jurisprudencia. (Sentencias de 21 de noviembre de 1916 y 7 de noviembre de 1921).

que veremos en el apartado siguiente. Por lo expuesto, no será válido el acuerdo de los interesados para que no se ejecute civilmente la resolución disolutiva canónica ni, por lo tanto, podrá vincular dicho acuerdo a la Autoridad eclesiástica ni a la civil.

e) *Intervención del Ministerio Público.*—La ejecución a efectos civiles de la disolución canónica es asunto que afecta al estado civil de las personas, por lo que debe intervenir en ella el Ministerio Fiscal ejercitando las acciones y formulando las intancias procedentes (art. 2.º, número 4.º, del Estatuto de dicho Ministerio). Y no pueden las partes renunciar a esta intervención, como tuvo ocasión de declarar la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1926 en relación con los juicios de nulidad y divorcio, que quedarían viciados de nulidad si se omitiera dicha intervención.

f) *Inscripción en el Registro civil.*—Es principio básico de nuestro Derecho concordatario que el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico deriva de su inscripción en el Registro civil. Consecuentemente no producirá tales efectos la disolución canónica hasta tanto no figure inscrita en el Registro y de ahí que la primera medida que tiene que adoptar el Juez es promover dicha inscripción para luego acordar la ejecución de los demás efectos (211). Nos parece que esto viene a decir el art. 82 del Código civil cuando dispone, por este orden, que «la jurisdicción civil promoverá la inscripción y ejecutará en todo lo demás relativo a efectos civiles las sentencias y resoluciones...», erigiendo la inscripción en presupuesto de la ejecución y obligando al Juez a procurar que se practique aquella. Podrá efectuarse esta inscripción a petición de parte o del Ministerio Público directamente formulada ante el Registrador una vez que haya sido decretada su ejecución por el Tribunal o Autoridad canónica competente; pero no antes, en que solamente podrán solicitar una anotación de valor meramente informativo (art. 38, núm. 5.º de la Ley del Registro civil).

La inscripción habrá de practicarse de oficio o en virtud del testimonio bastante que el Juez remitirá al Encargado del Registro (art. 25 de la Ley del Registro), que será el título registrable y que comprenderá en relación la resolución o certificación canónica y su carácter ejecutivo.

Es competente el Encargado del Registro en el que figura inscrito el matrimonio (art. 76 de la Ley), que limitará su calificación a la competencia y clase de procedimiento seguido por el Juez de Primera Instancia, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos

(211) También en el Derecho italiano la sentencia o resolución no consigue efectos civiles hasta que la anotación se haya practicado. Cfr. JEMOLO, ob. cit., pág. 304.

del propio Registro (art. 27); pero no tendrá facultades para calificar el proceso canónico.

Una vez en poder del Registrador el documento-título extenderá el asiento correspondiente que será el de inscripción marginal a la de matrimonio (art. 76 de la Ley y 130 del Reglamento) o dictará resolución razonada denegándola, recurrible en plazo de treinta días en vía gubernativa (arts. 28 y 29 de la Ley y 24 y sgts. del Reglamento). También se pondrá nota de la disolución al margen de la inscripción de nacimiento (art. 39 de la Ley).

La inscripción se extenderá haciendo constar la disolución del matrimonio, alcance y causa de la misma, documento en virtud del cual se practica, fecha del mismo y nombres de los autores, así como las declaraciones en orden a los hijos con las circunstancias relativas a la patria potestad (arts. 35 de la Ley y 260 del Reglamento). También se hará constar la cancelación de la inscripción del matrimonio, que será cruzada con tinta de distinto color (arts. 146 y 260 del Reglamento).

En particular, el título ha de contener las circunstancias relativas a cada forma de disolución. En la dispensa *super rato* constará la condición de rato y no consumado; en la disolución por profesión religiosa, la incosumación y la válida profesión religiosa solemne; en el privilegio Paulino será necesario, especialmente, conforme al art. 262 del Reglamento del Registro, certificación de la inscripción del nuevo matrimonio, si no consta en el mismo Registro, y se hará referencia a este asiento en el de disolución. Para evitar el obstáculo que a la nueva inscripción de matrimonio supone la inscripción del que se disuelve, deberá constar en la certificación canónica del nuevo matrimonio que éste tiene lugar por disolución paulina del anterior, sin que en este supuesto proceda avisar al Encargado del Registro de la celebración del matrimonio para su asistencia al mismo, pues dicho funcionario se vería en la necesidad de aplicar el art. 238 del Reglamento del Registro civil, denegar la expedición del recibo de aviso y no asistir a la celebración del matrimonio canónico por no constar la libertad matrimonial de uno de los cónyuges. Por eso el nuevo matrimonio tendrá acceso al Registro civil mediante transcripción de la partida canónica en la que se hará constar la aplicación del privilegio Paulino (212). En la disolución Petrina también deberá practicarse la inscripción correspondiente aplicando por analogía el art. 262 del Reglamento citado, cuando corresponda.

(212) GARCÍA CANTERO opina que el Encargado debe asistir al matrimonio y que para evitar su negativa se le comunicará una resolución canónica conteniendo la *personissio transitus ad alias nuptias cum parte fideli*. Por el sistema de transcripción que apuntamos en el texto se evita dicha resolución y su comunicación al Encargado del Registro, que —como dice FUEN-

g) *Resolución ejecutiva*.—El Juez de Primera Instancia habrá de acordar en primer lugar que se lleve a efecto la ejecución de la resolución, o certificación canónica sobre la disolución, dictando el correspondiente proveído, que adoptará la forma de auto, y que tendrá que acomodarse a lo decretado por la Autoridad eclesiástica. Esto no significa que el Juez de Primera Instancia tenga vedadas unas facultades mínimas de calificación, aunque solamente podrán recaer sobre materia regulada por la legislación concordada o civil, nunca por la canónica. Así, deberá examinar su propia competencia, si el matrimonio disuelto producía efectos civiles y si consta la ejecutoriedad de la resolución canónica; pero no podrá examinar la competencia de los Dicasterios eclesiásticos, ni el proceso seguido por ellos, ni las razones en que se funda la resolución eclesiástica; a lo sumo, en caso de una ilícita arrogación de atribuciones por la Autoridad eclesiástica; lo que será improbable, puede el Juez civil poner esta circunstancia en conocimiento del Presidente de la Audiencia Territorial (213).

Un amplio control de la jurisdicción eclesiástica se ha pretendido introducir por algunos autores italianos justificándolo en la defensa del orden público del Estado, entendiéndose por FALCO que son normas de esta clase aquellas que «por sus fines morales y sociales, según la valoración soberana del Estado, considera éste que no puede sufrir derogación, ni aún en el caso de que sea reconocida la aplicabilidad de las leyes canónicas por los que se han sujetado a ellas» (214). Pero en el Derecho español no contamos con ningún argumento que permita apoyar este control, porque la amplia recepción substantiva, orgánica y procesal del Derecho matrimonial canónico a lo que conduce es a afirmar que, en esta materia, los principios de orden público del Estado se identifican con los del Ordenamiento eclesiástico. Incluso en la doctrina italiana son mayoría los autores contrarios a dicho control estatal, que se declara in-

---

mayor— no cuenta con fundamento legal; este reputado autor se inclina por la asistencia del Encargado a la celebración del matrimonio, bastando para remover el obstáculo de la falta de libertad matrimonial que haga constar el cónyuge en el aviso que usa del privilegio Paulino. Véase GARCÍA CANTERO, op. cit., pág. 306; FUERNMAYOR, op. cit., págs. 143-145.

(213) De este modo podrá solucionarse la discordia sin necesidad de acudir al tan des- acreditado y vejatorio recurso de fuerza en conocer.

(214) FALCO, «Corso di Diritto Ecclesiastico», Padova, 1931, pág. 414. Véase también: el mismo, «Diritto matrimoniale e principi di ordine pubblico», Rv. Diritto Privato, 1931, II, pág. 245 y sgts.; RAVA, «Il matrimonio secondo el nuovo Ordinamento italiano», Padova, 1929, página, 90. BOSCO, «Le nuove leggi e la loro influenza nel Diritto internazionale privato», Riv. Diritto Internazionale, 1930, págs. 492 y sgts.; MAGNI «Gli effetti civili del matrimonio canonico», Padova, 1957, págs. 131 y 176.



admisible «no sólo por motivos de orden general, no sólo porque aparece categóricamente excluido de la letra de la ley, sino también porque su eventual admisión llevaría a un completo derrumbamiento de los principios del nuevo sistema matrimonial» (215).

Por último, ha de tenerse en cuenta que el auto mandando ejecutar los acuerdos canónicos, así como las resoluciones incidentales que recaigan en la ejecución, son apelables en un solo efecto, excepto cuando se refieran a materias no controvertidas ni resueltas en el acuerdo canónico (art. 949 de la Ley Procesal), que, como vimos, constituirán casi siempre el objeto de los incidentes que puedan suscitarse en la ejecución.

---

(215) POGGI ob. cit. págs. 50-51. En el mismo sentido D'AVACK «Sulla mancanza di *res iudicata* nelle sentenze ecclesiastiche matrimoniali rese esecutive agli effetti civili», Roma, 1932, pág. 30 y sgts.; VINCENTI, «La giurisdizione ecclesiastica e laica in materia matrimoniale», Firenze, 1951, págs. 125-126; DEL GIUDICE, «Corso...», cit., págs. 532-533; SCHIAPPOLI, «Il matrimonio», Napoli, 1932, pág. 294.