

El artículo 52 del Código civil después de la ley de 24 de abril de 1958

ENRIQUE LALAGUNA

SUMARIO: I. Introducción.—II. Reconocimiento a efectos civiles del régimen canónico de disolución. A) Ambito del reconocimiento. B) Privilegio paulino, C) Dispensa de matrimonio rato y no consumado.—III. Régimen español de disolución de los matrimonios canónicos en forma civil: A) La orientación formalista del Derecho secular. B) Las soluciones de la jurisprudencia española. C) La actitud de la doctrina científica ante la ley de 24 de abril de 1958. D) Determinación del régimen vigente de disolución.—IV. Declaración de fallecimiento y disolución presunta del matrimonio civil: A) El planteamiento crítico de la doctrina española. B) Disolución presunta de matrimonios canónicos en forma civil. C) Disolución presunta de matrimonio meramente civil. D) Declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges de un matrimonio civil canónicamente inexistente. Régimen civil de matrimonio canónico ulterior.—V. Relatividad del principio de irrelevancia del divorcio vincular por contradicción al orden público español.—VI. Eficacia refleja en el orden jurídico español de las sentencias extranjeras de divorcio vincular.

I. INTRODUCCION

§ 1. La reforma llevada a cabo en nuestro Código civil por Ley de 24 de abril de 1958 es no sólo, como se reconoce, “la más amplia y de mayor envergadura” (1), sino también, según pienso, la más coherente y sistemática (2), consideración que aleja del propósito de este estudio toda crítica adversa a la actitud de nuestro

(1) DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Apéndice al Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1958, pág. 13.

(2) En la parte en que sistemáticamente viene encuadrado el estudio del artículo 52, la reforma ha merecido en general un juicio favorable a la doctrina, apreciándose por lo demás en aspectos de poca monta algunas modificaciones no bien conciliadas con la unidad del sistema o técnicamente defectuosas. Sobre la reforma en conjunto cfr. las consideraciones de DE CASTRO, loc. cit., págs. 13 ss., y BATLLE VÁZQUEZ, M., *Observaciones sobre la reforma del Código civil*, “Anales de la Universidad de Murcia”, Derecho, XVI, Curso 1957-58, págs. 185-211. La materia matrimonial, gracias a la dilación del plazo convenido para la adaptación de nuestro Derecho interno al Concordato, fue amplia y profundamente debatida en la doctrina desde 1953 a 1958. Y, quizás por ello, la más precisamente regulada.

legislador, quien, sin duda por inadvertencia (3), ha dejado intacto el artículo 52. No obstante, el significado y ámbito de aplicación de este precepto han sufrido modificaciones sustanciales por efecto reflejo de la reforma operada en normas concordantes. Se cumple aquí a la letra la observación de FERRINI de que al variarse determinadas partes de un sistema jurídico se producen de rechazo cambios inevitables en el contenido de otras normas e instituciones que no han sido directamente objeto de modificación (4). Ninguna norma tiene una existencia aislada. Por el contrario, toda norma aparece y se mantiene engranada en un contexto sistemático, por lo que es natural que quien dicta las normas no tenga conciencia plena de su futuro alcance (5). El objeto de este estudio es precisar el conjunto de modificaciones “virtuales” que se han operado en el artículo 52 del C. c. con la reforma posconcordataria.

Según el artículo 52 “el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”. La norma, por su enclave dentro del capítulo de “Disposiciones generales” —Capítulo I, Título IV, Libro I del Código civil— resulta aplicable tanto al matrimonio civil como al canónico. Por lo que a éste se refiere, es evidente que, no sólo en el ámbito del ordenamiento canónico, sino también —a efectos civiles— en el ámbito del ordenamiento español, la disolución no se produce únicamente por la muerte. Y por lo que respecta al matrimonio civil, es claro también, que además de la muerte, determina su disolución el nuevo matrimonio canónico contraído por uno de los cónyuges dentro de los presupuestos y límites de aplicación del régimen del privilegio paulino. Ciertamente estas variaciones al texto del artículo 52, introducidas por la nueva redacción de otros preceptos del Código (arts. 80 y 82), no significan a mi entender más novedad que la de eliminar, por expresa y terminante dicción de la Ley, el riesgo de interpretaciones equívocas. De hecho podían éstas prosperar antes de la reforma por una vía exegética literal del artículo 52. Pero una exégesis logicosistemática, más exigente que la puramente gramatical, no hubiera tolerado la significación estricta que resulta de la letra del precepto.

Las modificaciones sustanciales en el artículo 52 se producen, más allá de las conclusiones que se podían inferir de la regulación del Código antes de su reforma, en una doble vertiente.

En el orden normativo:

a) Se reduce a priori considerablemente el ámbito de aplicación del principio de indisolubilidad proclamado en el artículo 52, por la posible relevancia en el orden jurídico español —que la reforma en parte virtualmente permite, y en parte explícitamente consiente—

(3) Muy disculpable si se tiene en cuenta la amplitud de la revisión realizada, a la que generalmente no han escapado pequeñas correcciones de estilo en preceptos conexos con los de nueva redacción.

(4) FERRINI, C.: *Manuale di Pandette*, 4.^a ed., Milano, 1953, pág. 34.

(5) Cfr. FERRINI, op cit., pág. 33.

de la naturaleza canónica de algunos matrimonios civiles, limitándose la aplicación del precepto comentado a matrimonios de carácter puramente civil.

b) Se atenúa en su alcance y efectos la formulación literal del artículo 52 en su conexión sistemática con el 51 —según la genuina significación que a este precepto le ha devuelto la reforma de 1958— para los casos de matrimonio canónico contraído por la persona casada civilmente, cuando la celebración de este segundo enlace viene precedida por la declaración de fallecimiento del otro cónyuge.

En el orden de la aplicación:

a) Se templá el rigor que preside la redacción del precepto, abriéndose la posibilidad de que con referencia a matrimonios de naturaleza civil se aprecie en ciertos casos una disolución presunta.

b) Se ofrecen bases firmes para orientar la futura interpretación en materia de disolución de matrimonio meramente civil por una vía más realista y flexible. En este sentido, se advierte a la luz de la reforma de 1958 cómo el principio de irrelevancia del divorcio vincular (contrario al orden público español) no tiene la aplicación incondicionada que generalmente se supone, y como, por otra parte, puede recibir en sus necesarias aplicaciones un trato más ajustado al característico humanismo de nuestro Derecho.

Estas innovaciones, cuyo preciso alcance se irá fijando a lo largo de estas páginas, en modo alguno significan alejamiento o desviación del principio de indisolubilidad del vínculo. Para desvanecer cualquier duda que pudieran suscitar las anteriores consideraciones, basta con decir que no se pierden de vista en este estudio las más rigurosas exigencias de la doctrina tradicional en la legislación española (6).

En lo que sigue, para no restar unidad a la exposición, muy necesaria en esta materia, plagada de implicaciones entre el orden canónico y el civil, se tratará el tema de la disolución en el marco sistemático de la reforma, aun cuando no todo en ella, como se ha advertido,

(6) Sobre el fundamento y alcance del principio en Derecho canónico, cfr. DEL AMO, L., *La defensa del vínculo*, Madrid, 1954; GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., *La institución matrimonial*, Madrid, 1943, págs. 266 ss.; GARCÍA CASTRO, M., *Disolución del vínculo matrimonial canónico*, "Nueva enciclopedia jurídica", VII, Barcelona, 1955, págs. 537-578, y la bibliografía allí citada. Sobre la evolución del Derecho español en la materia, ofrece una visión de conjunto muy objetiva BAILLE VÁZQUEZ, M., *Divorcio*, "Nueva enciclopedia jurídica", VII, Barcelona, 1955, págs. 658, 665-669. Además: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 8.ª ed. revisada y ampliada con el concurso de CALVILLO Y MARTÍNEZ DE ARENAZA, J., Madrid, 1961, págs. 671-673. BRUNELLI, G.: *Divorzio e nullità di matrimonio negli Stati d'Europa*, Milano 1958, págs. 399 ss., dedica al derogado régimen español sobre divorcio vincular una extensión objetivamente desproporcionada, dada la corta vigencia de la legislación republicana en la perspectiva histórica de nuestro Derecho matrimonial. Contrasta notablemente esta exposición con la parca atención dedicada a los problemas del Derecho vigente, estudiados sobre la base de una bibliografía muy incompleta e inactual.

signifique verdadera novedad (7). En esta perspectiva parece oportuno dedicar más atención a los problemas más espinosos, que en este tema son a la vez los de mayor interés práctico.

II. RECONOCIMIENTO A EFECTOS CIVILES DEL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN.

A) *Ambito del reconocimiento*

§ 2. El artículo 80 del C. c. reconoce, en fiel correspondencia con el artículo XXIV del Concordato, la competencia exclusiva de la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, en materia de dispensa de matrimonio rato y no consumado, y sobre uso y aplicación del privilegio paulino. En su último inciso dispone que “sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil a tenor del artículo 82” —también reformado—. Estos dos artículos han esido objeto de un certero desarrollo normativo.

Alcanzan así eficacia en el orden civil español las tres causas canónicas de disolución del matrimonio (8). Hace notar CASTÁN que no se hace expresa referencia a la disolución por solemne profesión religiosa (9), pero esta causa —evidentemente— se halla comprendida en la fórmula “dispensa de matrimonio rato y no consumado” (10).

B) *El privilegio paulino*

§ 3. Para la doctrina, poca novedad entraña el reconocimiento a efectos civiles del privilegio paulino. Antes de la reforma de 1958 se defendió por vía de interpretación sistemática que el matrimonio por el que se operaba, una vez concedido el privilegio, la disolución del matrimonio civil anterior, era inscribible y eficaz civilmente. En este sentido entendía SANCHO REBULLIDA que, sobre lo dispuesto en los ar-

(7) Los problemas de Derecho transitorio que en materia de divorcio plantean al Nuevo Estado las situaciones creadas al amparo de la legalidad republicana no se abordan en este estudio, aunque en ocasiones será oportuna una referencia a las situaciones o juicios que, al menos tangencialmente, guarden conexión con nuestro tema.

(8) Sobre el tema, en el aspecto registral: SANCHO REBULLIDA, F. de A., *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*, Publicaciones del Seminario de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1958, núms. 11 y 13, págs. 29-30 y 31; notas (de PERÉ RALUY) a los artículos 262 y 263 del R. R. C., *Reglamento del Registro civil y disposiciones complementarias. Anotado y concordado con la ley de 8 de junio de 1957 y disposiciones complementarias*, Madrid, 1959.

(9) CASTÁN, *Derecho civil español*, 8.^a ed., cit., pág. 663. CONDE-PUMPIDO-FERREIRO, C., *El privilegio paulino: posibilidades de su aplicación en el régimen matrimonial español*, “Revista general de Legislación y Jurisprudencia”, CCVIII (1960-I), págs. 71-72, lamenta que “no se incluyera en el artículo XXIV [del Concordato] ni en el Código civil, el reconocimiento a efectos civiles de la facultad pontificia para disolver directamente el matrimonio legítimo”, entendiéndose que tal reconocimiento expreso era necesario para derogar en este punto los artículos 51 y 52 del C. c.

(10) SANCHO REBULLIDA, *El sistema matrimonial en la reforma*, cit., pág. 31.

títulos 51 y 104, había de prevalecer el régimen de los artículos 75 y 76 (11).

Con un criterio amplio se mantuvo en sustancia idéntica opinión por la generalidad de los autores que se ocuparon del tema (12). BATLLE, en un estudio redactado después del Concordato, pero anterior a la Ley de 1958, consideraba esta tesis correcta en principio y acorde con los artículos 75 y 80 del Código civil, pero manifestaba ciertas reservas: "si era claro el caso de matrimonio *rato*, no lo era tanto el del privilegio paulino... La dificultad radicaba en el supuesto base del privilegio, porque la disolución del matrimonio anterior tiene lugar en el momento preciso en que la parte bautizada celebra *válidamente* nuevo matrimonio (canon 1.126 del Codex), lo que, según el Código civil, no es posible por el artículo 51", y "porque el matrimonio disuelto canónicamente estaba regulado exclusivamente por la ley civil sobre el estado de hecho y de Derecho existente al tiempo de su celebración" (13).

A mi modo de ver, la falta de disposición expresa en el régimen preconcordatario, hacía en principio problemático el reconocimiento del privilegio. No hubo ocasión para que entrara en juego este reconocimiento, pero en cualquier caso es de suponer que hubiera tenido algún valor la opinión generalizada en la doctrina. Por otra parte, si la antinomia entre los artículos 51, de un lado, y 75 y 76, de otro, planteaba en la legalidad anterior a la Orden de 10 de marzo de 1941 dos posibles soluciones —en pro o en contra del reconocimiento—, a partir de esta disposición ministerial no sé hubiera podido mantener en buena hermenéutica otra solución que la propuesta por SANCHEO REBULLIDA —precisamente bajo la vigencia de la citada Orden—.

En el régimen actual, con el reconocimiento expreso del privilegio, no se plantea ninguna cuestión de importancia (14). La doctrina más

(11) SANCHEO REBULLIDA, F. de A., *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid, 1955, pág. 278; *El sistema matrimonial en la reforma*, cit., pág. 29.

(12) ORÚE-REMENTERÍA, F., *Disolución del vínculo conyugal en derecho canónico por modos especiales que no constituyen el caso de muerte de los cónyuges, en relación con el Código civil*, "Revista de Derecho privado", XI (1924), pág. 379; MEDINA, L., MARAÑÓN, M., *Leyes civiles de España*, Madrid, 1911, págs. 37-38 nota al artículo 51 del Código civil; URTEAGA LOIDI, J., *El privilegio paulino en el Derecho canónico y en el Derecho civil español*, Tesis doctoral (inérita), Madrid, s. a., págs. 380-386. En cambio, parece dudar de su reconocimiento ESFÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, IV, Madrid, 1956, pág. 89.

(13) BATLLE, *Divorcio*, cit., pág. 665.

(14) GARCÍA CANTERO, G., *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, págs. 307-308, plantea el caso de que siendo "la mujer la que contrae nuevo matrimonio canónico, por aplicación del Privilegio paulino, no le afecta el plazo de espera del número segundo del artículo 45 C. c. pues allí se habla de 'viuda' y de 'mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo', en ninguno de cuyos supuestos encaja este caso; además, aunque concurre aquí idéntica *ratio* que en las hipótesis que prevé la norma, sin embargo, las normas prohibitivas deben interpretarse restrictivamente". Disiento de esta opinión. Se habla de "viuda" en el artículo 45, por la misma razón que se

reciente conviene en afirmar que por dicho reconocimiento se recorta el ámbito de aplicación del artículo 51 (15).

C) *Dispensa de matrimonio rato y no consumado*

§ 4. Respecto a la dispensa *super rato*, su eficacia civil estaba ya reconocida en el Derecho anterior por la disposición transitoria 5.^a de la Ley de 23 de septiembre de 1939 (16). Aunque pudiera suscitar algún reparo el carácter transitorio de la norma en que se hace el reconocimiento, el espíritu que informa esta disposición permite, con una interpretación progresiva, admitirlo con carácter general. Se citó anteriormente la opinión de BATLLE, para quien esta solución no ofrece duda.

La Ley de 1958, con la misma fórmula amplia del artículo XXIV del Concordato, reconoce los dos modos específicos de disolución del matrimonio canónico: rescripto-pontificio y solemne profesión religiosa. Una y otra forma de disolución tiene de común su naturaleza de "dispensa": la disolución procede de una concesión graciosa de la potestad vicaria del Romano Pontífice, potestad que por definición supone una subordinación al Derecho divino, de donde se deduce una consecuencia importante que se deberá tener en cuenta para los problemas que la disolución origine en el orden civil: la dispensa ha de respetar necesariamente las consecuencias derivadas del vínculo disuelto. La dispensa opera "ex nunc", desde el momento de la concesión (17). Se comprende así que sea nulo el ulte-

habla de "muerte", como única causa de disolución, en el artículo 52. Y existiendo "idéntica" *ratio* existirá idéntica prohibición. Las normas prohibitivas se interpretan restrictivamente cuando no hay perjuicio para tercero (arg. a contrario art. 4, párr. 2). Y en este caso lo hay. De que se observe o no la prohibición depende un posible conflicto de presunciones de paternidad.

(15) Díez GÓMEZ, A., *La Ley de Reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis*, "Revista de Derecho notarial", XXI-XXII, 1958, pág. 349; GARCÍA CANTERO, op. cit., pág. 307; WEYERS, H. L., *Die Eheschliessung nach spanischem Recht*, Karlsruhe, 1960, pág. 103, nota 16. CONDE-PUERTO ha dedicado un estudio monográfico (ya citado) a las cuestiones civiles que plantea el reconocimiento civil del privilegio paulino. La idea que preside este estudio es inexacta ("en el sistema matrimonial vigente la forma civil del matrimonio queda reservada para los acatólicos y el Privilegio paulino se otorga precisamente para la disolución del matrimonio legítimo, válidamente celebrado entre no bautizados, con lo que todos los matrimonios civiles podrán ser disueltos por aquel Privilegio").

(16) Establece esta disposición: "Se reconoce plena eficacia jurídica en el fuero civil, desde el momento de su firmeza y validez canónica, a las sentencias firmes de los Tribunales eclesiásticos competentes, declarando la nulidad de un matrimonio, y 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 aquélla. Los interesados quedan obligados a inscribir dichas sentencias y Rescriptos en el Registro civil correspondiente en el plazo de seis meses, que comenzará a contarse desde la fecha de promulgación de esta ley".

(17) Opinión común. CIR., por ejemplo, CASORIA, J., *De matrimonio rato et non consummato*, Roma, 1959, pág. 78.

rior matrimonio contraído por uno de los cónyuges con posterioridad a la celebración y antes de la disolución del rato y no consumado. Durante este período, subsistirá el impedimento dirimente nacido de la unión adulterina. La dispensa del impedimento, que se produce de pleno derecho con la concesión de la dispensa *super rato*, opera en el futuro, no para el pasado, ya que esto implicaría lógicamente no la disolución del vínculo *rato* sino su nulidad.

Las causas de disolución por rescripto pontificio no están determinadas por la ley. Se consideran "justas causas" de dispensa en la jurisprudencia canónica la celebración ulterior de un matrimonio civil canónicamente inexistente, de cuya situación no pueda de otro modo liberarse el cónyuge bigamo, y el divorcio civil aunque no vaya seguido de matrimonio ulterior (18). Parece que la primera hipótesis sólo podrá servir de "justa causa" cuando el vínculo se halle sometido a un régimen de matrimonio civil obligatorio donde no se reconozca el matrimonio canónico como fuente del impedimento de ligamen (19). La situación de que se trata no llegará a plantearse en el ámbito del Derecho español: el matrimonio civil ulterior será nulo (20).

La hipótesis de divorcio vincular, en cambio, puede hoy plantear algún problema en nuestro Derecho vigente en relación con las situaciones creadas por la ley republicana de 2 de marzo de 1932 (21). Al parecer, la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 9 de abril de 1937, por la que se acuerda el divorcio vincular de un matrimonio canónico —rato y no consumado— contraído en 18 de enero de 1930, ha servido de "justa causa" a la dispensa *super rato* concedida en 6 de junio de 1958. Decretado el divorcio, tuvo el marido dos hijos

(18) Cfr. ANNA RAVA, *Cinquanta anni di giurisprudenza rotale in tema di dispensatio super matrimonio rato et non consummato*, "Il diritto ecclesiastico", LXVIII (1957), Parte II, págs. 146 y ss.

(19) El Decreto de 20 de junio de 1874, interpretando el artículo 5, núm. 2.º, de la ley de matrimonio civil de 1870, de acuerdo con el sentir de la doctrina, reconoció el matrimonio canónico como impedimento de vínculo a efectos de celebración del matrimonio civil.

(20) Tal es la solución últimamente mantenida para este supuesto —primer matrimonio canónico y segundo civil—, al que podrá aplicarse el régimen del matrimonio putativo (art. 69 C. c.). Cfr. JORDANO BARRA, J., *El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial*, "Anuario de Derecho civil", XIV (1961), págs. 349-350; y mi estudio *El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio*, en el mismo tomo y número del Anuario, págs. 405-409, y en *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1962, págs. 15-93.

(21) También, en relación con el divorcio obtenido ante el Tribunal extranjero. Véase, por ejemplo, el supuesto de la sentencia del T. S. de 29 de mayo de 1962. Fuera de este supuesto, posible como resultado de la doble celebración del matrimonio (en forma canónica y en forma civil), la hipótesis queda en gran medida neutralizada con la tendencia favorable a la aplicación de legislaciones extranjeras de inspiración confesional en el área de los sistemas de Derecho internacional privado de carácter no confesional. Cfr. LEBEBOURS-PIGEONNIERE, P., *Droit international privé*, 7.ª ed. a cargo de Y. LOUSSOUARN, París, 1959, págs. 544-545; BENJAMIN, P., *Le divorce, la séparation de corps et leurs effets en droit international privé français et anglais*, París, 1955, págs. 95-96.

fuera de matrimonio, y concedida la dispensa *super rato* contrajo matrimonio canónico con su cómplice en el adulterio. La Resolución de la Dirección de los Registros de 28 de noviembre de 1961, por efecto de esta segunda unión canónica, autoriza la inscripción de la legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio, solución mal avenida con la naturaleza de la dispensa y no bien justificada en la motivación del fallo (22).

III. REGIMEN ESPAÑOL DE DISOLUCION DE MATRIMONIOS CANONICOS EN FORMA CIVIL

A) *La orientación formalista del Derecho secular.*

§ 5. La actitud formalista del Derecho secular en la regulación del matrimonio civil, dominante en la casi totalidad de las legislaciones, postula la necesaria observancia de una forma de valor constitutivo en la celebración del matrimonio. En otro lugar he descrito y analizado esta tendencia. El Derecho civil configura la forma de celebración del matrimonio como rígida objetivación del consentimiento. El principio determinante de esta sentencia se puede formular así: no existe jurídicamente más consentimiento que el manifestado en la forma legalmente prescrita. A partir de aquí y a despecho de la realidad, se afirmará que todo matrimonio celebrado formalmente postula la existencia jurídica del consentimiento (no siempre necesariamente su validez), y que todo consentimiento formalmente deficiente (otra cosa ocurre cuando existe una forma jurídica defectuosa) es inexistente desde el punto de vista jurídico (23). La forma, además de esta específica función constitutiva, tiene un valor general sistemático en las legislaciones seculares de inspiración confesional en cuanto su observancia —civil o canónica— sirve de punto de conexión del matrimonio a la jurisdicción respectiva —secular o eclesiástica.

Las cosas se ven de otro modo desde la perspectiva del Derecho de la Iglesia. Aquí es cierto que el matrimonio contraído en forma canónica es siempre canónico, y que desde tal punto de vista el Derecho de la Iglesia postula la competencia exclusiva de la jurisdicción eclesiástica en materia de nulidad, disolución y separación. Sin embargo, media una diferencia importante entre la actitud de uno y otro ordenamiento. El Derecho canónico no atribuye a la forma ese rígido carácter que ostenta en las legislaciones seculares. La regulación canónica de la forma de celebración está presidida por un criterio de flexibilidad, del que son consecuencias: 1) la exención de forma para

(22) La resolución ha sido comentada por SANCHEZ REBULLIDA, F. de A., *Legitimación por subsiguiente matrimonio de hijos habidos durante ligamen —disuelto después, "super rato"— del padre con tercera persona, "Ius Canonikum"*, II (1962), págs. 349-369.

(23) Cfr. *El matrimonio como acto jurídico formal*, en *Estudios*, cit., págs. 231-254.

determinados súbditos (c. 1.099, § 2); la simplificación o reducción de exigencias de la forma ordinaria en determinadas circunstancias (c. 1.098); 3) la dispensa de forma —ordinaria y extraordinaria—; 4) la *sanatio in radice* en supuestos de inobservancia total o parcial de los requisitos de forma (c. 1.136).

De este modo se comprende la posibilidad de que algunos matrimonios celebrados en forma civil posean naturaleza canónica.

Esta posibilidad toma carta de naturaleza en nuestro Derecho con la ley de 24 de abril de 1958. La figura de los “matrimonios canónicos en forma civil” (24), se da desde la aparición histórica del matrimonio civil como fenómeno de hecho cuya significación en el orden jurídico reviste por lo general caracteres negativos. Pero como figura dotada de un específico régimen jurídico no existe fuera del ámbito de nuestro ordenamiento positivo, y en éste aparece como la innovación más profunda —no digo la más importante— de la reciente reforma del Código civil.

B) *Las soluciones de la jurisprudencia española*

§ 6. En la jurisprudencia española se han enjuiciado algunas de estas situaciones, dándoles en general un tratamiento correcto desde el punto de vista civil.

Antes de la reforma se reconoció en nuestra jurisprudencia la relevancia de la posible naturaleza canónica de un matrimonio —en base al c. 1.098 del C. i. c.— celebrado civilmente (25), unas veces descartando, después de planteada, la procedencia de la calificación, como ocurre en la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 13 de febrero de 1957 (26), y otras, apuntando su eventual virtualidad, ante la imposibilidad de determinar la efectiva existencia de matrimonio canónico en las *species facti* contemplada, como sucede en la resolución de la Dirección de los Registros de 14 de marzo de 1951 (27).

(24) La denominación la utiliza FUENMAYOR, al parecer por vez primera, dentro de un ciclo de lecciones públicas sobre matrimonio civil en el Estudio General de Navarra (Lección V, 13-XI-1958). Cfr. *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1959, págs. 96 y ss.

(25) Con referencia a los matrimonios civiles celebrados por los católicos durante la guerra española y en zona roja, el Rescripto del Santo Oficio de 17 de junio de 1943 estableció una presunción *iuris tantum* de validez en base al c. 1098.

(26) Tratábase de una unión contraída ante el Alcalde Presidente de la Villa de B. —zona marxista— y dos testigos, vecinos de la misma, el 15 de mayo de 1937. Ver penúltimo Considerando. La sentencia se recoge en “Revista General de Derecho”, XIII (1957), págs. 337-341.

(27) Se consulta sobre la posibilidad de contraer nuevo matrimonio una mujer española casada en Málaga en 3 de enero de 1937 ante un Oficial del Ejército rojo. En el segundo considerando se afirma que “si existió un supuesto acto matrimonial que haya dado lugar al correspondiente asiento en el Registro Civil o bien pudiera ser considerado con arreglo al Derecho canónico como matrimonio ante testigos, es indudable que el impedimento de vínculo impide pasar a nuevo matrimonio con otra persona a cualquiera de los contrayentes en tanto los Tribunales no declaren nulo el supuesto matrimonio”.

También nuestro primer órgano jurisdiccional ha debido afrontar en varias ocasiones el problema.

La sentencia de 9 de febrero de 1954, entiende que no es posible admitir que declarado nulo el matrimonio canónico celebrado por los litigantes subsista entre éstos el vínculo civil, productor de efectos de esta clase, por la sola razón de haberse contraído en tiempos de vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932.

En sentencia de 22 de marzo de 1956, relativa a un juicio de reclamación de alimentos provisionales, se ocupa el Tribunal Supremo de un supuesto de doble matrimonio, el primero contraído canónicamente —por la actora y recurrente con el demandado, en Madrid el 12 de noviembre de 1934—, y el segundo celebrado civilmente —por el demandado con tercera persona, en Madrid, el 26 de enero de 1938— y luego “convalidado” (sic) ante la autoridad eclesiástica (en base a que en el momento de la celebración se daban las circunstancias del canon 1.098 del C. i. c.). La doctrina del Tribunal Supremo, en principio correcta al apreciar la naturaleza canónica del segundo matrimonio, no parece aceptable en la solución que da al caso enjuiciado (28).

En la sentencia más reciente de 3 de mayo de 1958, ante un caso de doble celebración, el Tribunal Supremo parece inspirarse en un criterio de prevalencia de la jurisdicción estatal sobre la eclesiástica, al afirmar que no pierde de la recurrente la legitimación activa para continuar el recurso de casación (dirigido a obtener la declaración de prodigalidad del marido) “por el hecho de haberse decretado por los Tribunales eclesiásticos la separación perpetua a instancia de su esposo..., pues que aún existe el matrimonio civil contraído entre ambos en Francia en 3 de diciembre de 1932, cuya invalidez no consta en el actual momento procesal”.

Con posterioridad a la reforma del sistema codificado, a la luz de la Ley de 24 de abril de 1958, la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 4 de mayo de 1960, referente a un caso de doble celebración en “Zona roja” —en forma canónica y en forma civil, el 7 de junio de 1937— desestima la pretensión de nulidad del matrimonio, considerando que la irregularidad alegada por el demandante no lleva aparejada tal sanción y que en el caso de autos aparece demostrado que “en la misma fecha se celebró también matrimonio canónico, cuyos efectos civiles, desde entonces, bastarían para negar toda posible viabilidad a la nulidad pretendida” (29).

La sentencia de 29 de mayo de 1962, con referencia a un caso de doble matrimonio de un súbdito español, mantiene la prevalencia de la calificación canónica al considerar subsistente el primer matrimonio (ce-

(28) En este sentido, GARCÍA CANTERO, “Anuario de Derecho civil”, IX (1956), pág. 1055. Más acertada, ante el problema de las causas sobre efectos meramente civiles del matrimonio canónico —conforme al canon 1.971 del C. i. c.— es la posición mantenida en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 25 de enero de 1957, inserta en “Revista general de Derecho”, XIII (1957), págs. 233-234.

(29) Se recoge en “Revista general de Derecho”, XVII (1961), págs. 85-86.

lebrado en Argelia en forma canónica y en forma civil, y luego disuelto por sentencia extranjera de divorcio vincular), y nulo el contraído ulteriormente en España con española en forma canónica.

En este panorama de nuestra jurisprudencia llama la atención la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1961, que declara la nulidad de un matrimonio celebrado bajo la dominación roja después de la derogación de la Ley republicana de 28 de junio de 1932 por la Ley del Gobierno nacional de 12 de marzo de 1938. PERÉ RALUY califica la doctrina de esta sentencia de "absolutamente inadmisibile ya que tales enlaces eran válidos, como verdaderos *matrimonios contraídos ante testigos, si los contrayentes eran católicos* (dadas las circunstancias de excepción imperantes en Zona Roja en la que se daba la hipótesis prevista en el canon 1.098), y de no ser católicos los contrayentes, los enlaces eran válidos, ya que no es la declaración de acatolicidad, sino la propia acatolicidad, lo que se requiere para la validez del matrimonio civil" (30).

C) *La actitud de la doctrina científica ante la ley de 24 de abril de 1958*

§ 7. En nuestro Derecho positivo se plantea hoy el problema de los "matrimonios canónicos en forma civil" en términos distintos de los que postulaba el régimen preconcordatario.

Los matrimonios canónicos en forma civil se hallan sometidos en principio a una dualidad de régimen —canónico o civil— y también, paralelamente, a una dualidad de jurisdicciones —eclesiástica o secular—. En las causas de nulidad, disolución y separación de esos matrimonios, ¿qué régimen se deberá seguir? Supuesto que se aplique el régimen canónico, ¿qué jurisdicción será competente? No interesa analizar aquí tales cuestiones desde la perspectiva del Derecho internacional público y Concordatario español —aunque sus principios se deberán tener en cuenta—, sino sólo desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, dentro del marco de una exégesis rigurosa de los preceptos del Código.

Desde este ángulo visual advierte FUENMAYOR (31) que el matrimonio celebrado en forma civil puede ser canónico inicial o sucesivamente. La doble naturaleza se da inicialmente, es decir, desde el momento de la celebración, en los casos de matrimonio contraído en forma civil por súbditos de la Iglesia exentos de la observancia de la forma canónica, y también cuando, tratándose de súbditos obligados, se den las cir-

(30) PERÉ RALUY, J., *Panorama del primer trienio de vigencia de la nueva ordenación del Registro civil*, "Pretor", XI (1962), pág. 265, nota 68. Subrayado por mí. Además, téngase en cuenta que la argumentación en que se apoya —tomada a la letra de la doctrina iniciada por la sentencia de 21-X-1959, confirmada por la de 12-XI-1959— no es aplicable al supuesto contemplado, ya que no hay en tal caso infracción del artículo 42 del C. c. Parece obvio que la derogación de la Ley de 28 de junio de 1932 no puede afectar, en las circunstancias de nuestra Guerra, a la llamada zona roja.

(31) FUENMAYOR, A., *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1959, pág. 96.

cunstances del canon 1.098. En los demás casos la doble naturaleza del matrimonio es sucesiva. Cabe entonces que la naturaleza civil del vínculo precede en el tiempo al momento de adquirir su naturaleza canónica, o, a la inversa, que ésta sea anterior a aquélla. En la primera hipótesis habla FUENMAYOR de una “conversión” del matrimonio civil en canónico (32). Esta conversión se produce en el caso de matrimonio civil entre infieles cuando al menos uno de los cónyuges reciba el bautismo, y en el de matrimonio civil contraído por súbditos de la Iglesia obligados a la observancia de la forma canónica (33) cuando tenga lugar (si procede) la *sanatio in radice* o cuando formalicen canónicamente su unión (34).

Si en verdad nuestro ordenamiento ofrece hoy un régimen específico para tales situaciones, esto significa que, en principio, se reconoce la aplicación del régimen canónico —salvo, en ciertos casos, el régimen de forma, que será el propio de la legislación secular— y la competencia de la jurisdicción eclesiástica, con la consiguiente ejecución de sus resoluciones en el orden civil.

Antes de la reforma de 1958 era posible en ciertos casos —como se ha podido ver en algunas de las manifestaciones jurisprudenciales expuestas— el reconocimiento en el orden civil del régimen y jurisdicción de la Iglesia en esos matrimonios de naturaleza mixta. Con todo, se trata de aplicaciones aisladas, que superan un planteamiento difícil, con solución no exenta de reparos, y para casos determinados —supuestos de doble celebración y de celebración en las circunstancias del c. 1.098—. De aquí que, como tesis general, pueda afirmarse que en nuestra legislación preconcordatoria no cabe —sino con carácter eventual, y con las limitaciones indicadas— la relevancia civil de las normas y decisiones canónicas sobre la materia. La causa de esta solución negativa se halla

(32) Según FUENMAYOR, no cabe hablar de “conversión” del matrimonio canónico en civil (op. loc. cit. últimamente). Tampoco, según creo, se da en rigor una conversión (plena) en las hipótesis a que FUENMAYOR se refiere. Salvo el caso últimamente citado —de doble celebración—, se deberá respetar el régimen civil de forma por la jurisdicción eclesiástica en cuanto no se oponga al principio canónico de prevalencia del consentimiento real sobre el consentimiento formal (aparente).

(33) Tal matrimonio es canónicamente inexistente. Cómo se pueda conciliar esta calificación con la posibilidad de la *sanatio in radice*, se comprende si se tiene en cuenta que el término “inexistencia” no se emplea aquí en un sentido estructural o entitativo, sino en sentido funcional, relativo al grado de *ineficacia* del matrimonio nulo. He tratado de precisar esta calificación en unas notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1959 (*Nulidad de matrimonio civil por confesión católica de uno de los contrayentes*), en *Estudios*, págs. 201-230; y en “*Ivs Canonicvm*”, I (1961), págs. 271-289.

(34) La *sanatio* opera retroactivamente, lo que no quiere decir que se suponga por *fictio* la existencia de un vínculo que no existe, sino que los efectos, en principio negados por carencia de forma, se reconocen luego, por virtud de la *sanatio*, desde el momento en que se produjo el intercambio del consentimiento —causativo de la existencia canónica del matrimonio—. En el caso de ulterior formalización canónica del matrimonio civil, el vínculo —y consiguientemente su eficacia canónica— existe jurídicamente sólo desde el momento de la celebración.

en el planteamiento formalista del viejo sistema, que sólo reconoce como matrimonio canónico al que lo es en sentido formal, es decir, al celebrado *in facie Ecclesiae* (35). La posición de PEÑA (36), único autor que con rigor y amplitud se plantea la cuestión antes de la reforma de 1958, me parece en principio —con algunas reservas— bien fundada.

En la doctrina más reciente se ha tratado del tema, aunque con parquedad y no siempre con una visión clara. Parece que la exposición de FUENMAYOR, citada con frecuencia y a veces transcrita extensamente, no ha sido bien entendida.

CASTÁN, en la octava edición de su obra, ha recogido, sin adoptar opinión personal, la interpretación de FUENMAYOR, enfrentándola con la de PEÑA (37). A mi modo de ver, las posiciones de PEÑA y FUENMAYOR no son contrapuestas, sino distintas, justificándose una y otra, con razones convincentes, dentro de la perspectiva legal que condiciona su respectivo planteamiento. La posición negativa de PEÑA se ajusta a los principios del régimen preconcordatorio (38). La de FUENMAYOR se pliega a los principios y normas de la Ley de 24 de abril de 1958. No se comprenden, en cambio, después de la reforma, las opiniones proclives a la tesis de PEÑA (39).

Salvo un reducido grupo de autores (40), el cambio de planteamiento que sufre el sistema matrimonial español por virtud de la Ley de 1958 ha pasado inadvertido a la doctrina. Los argumentos que se citan en la línea de un planteamiento formalista del sistema (respuesta de la Fiscalía del Tribunal Supremo, recogida en la Memoria de 1955, y Resolución de la Dirección de los Registros de 8 de agosto de 1955) podrían ser hoy invocados en favor de la tesis mantenida por FUENMAYOR, ya que se habla de la competencia de los Tribunales sobre el matrimonio

(35) RIGAUX, F., en una nota a la sentencia de la *Cour d'Appel de Bruxelles* (3^o Ch.) de 14 de diciembre de 1955 ("Revue critique du droit international privé", 1957-XLVI, pág. 74), advertía, demostrando una clara comprensión del sistema derogado: "*Ce n'est que par la forme de célébration, rituelle pour les catholiques civile pour les autres, que le législateur espagnol a entendu distinguer le mariage civil du mariage canonique*". Subrayado por mí.

(36) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932* (Notas a la sentencia del T. S. de 25 de enero de 1956), ANUARIO DE DERECHO CIVIL, X (1957), págs. 254-255.

(37) CASTÁN, *Derecho civil español...*, 8.^a ed., cit., págs. 690-691.

(38) Expone PEÑA su opinión después del Concordato —e incluso cita en apoyo de su tesis el artículo XXIV, entendiendo que al referirse al matrimonio canónico, excluye implícitamente de su esfera a los matrimonios civiles (loc. cit., pág. 225)—. Pero téngase en cuenta el radical cambio de planteamiento que introduce la ley de 24 de abril de 1958, posterior a la publicación de su trabajo.

(39) En esta línea de pensamiento: CONDE-PUERTO, *El privilegio paulino*, cit., págs. 60-61, nota 45.

(40) Además de FUENMAYOR: SANCHEO REBULLIDA, *El sistema matrimonial en la reforma*, loc. cit., PERE RALUY, J., en nota al artículo 263 del R. R. c., edición citada de "Pretor"; LALAGUNA, E., *El artículo 51*, cit., pág. 400, nota 37. Con alcance limitado, DIEZ GÓMEZ, A., *La Ley de Reforma del Código civil de 24 de abril de 1958*, cit., págs. 344-345.

canónico o civil, sin matizar el alcance de una y otra calificación. El valor de cualquier opinión en este punto está mediatizado por la significación del sistema. Así, no parece dudoso que, después de la reforma, la doctrina de la sentencia de 17 de noviembre de 1961 (41) se haya de interpretar en un sentido acorde con la legalidad vigente.

La ley de 24 de abril de 1958 parece marcar el tránsito de ese enfoque formalista a otro que puede denominarse institucional. FUENMAYOR ha destacado los preceptos de nueva redacción del C. c. que, a su juicio, permitirán en el futuro reconocer con amplitud el matrimonio canónico, teniendo en cuenta no sólo su carácter formal, sino también su naturaleza sacramental e incluso la simple condición de bautizado de alguno de los contrayentes. Afirma el ilustre civilista que "el Código separa como *instituciones diferentes* (salvo la coincidencia en cuanto a los efectos civiles), el matrimonio canónico y el matrimonio civil, y esta separación se manifiesta tanto en el orden del régimen aplicable como en el orden de la jurisdicción. En cuanto al Derecho aplicable, pone de relieve la diferencia entre el texto vigente y el texto derogado del artículo 75. El viejo texto reconocía la competencia del Derecho de la Iglesia en orden a *los requisitos, forma y solemnidades para la celebración*, en tanto que la fórmula actual la extienden a *cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general a su reglamentación jurídica*. Por lo que atañe a la jurisdicción, entiende que es no menos patente la diferencia entre el texto derogado y el vigente del artículo 80. El primero disponía que el conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los *matrimonios canónicos* corresponde a los Tribunales eclesiásticos, mientras que el actual viene a decir que el conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los *matrimonios canónicos*, corresponde *exclusivamente* a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y *sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil*, a tenor del artículo 82. Por otra parte, las artículos 103 y 107, en su redacción actual, establecen la competencia de los Tribunales civiles para conocer los pleitos de nulidad y separación de los matrimonios *celebrados* con arreglo a las disposiciones del Capítulo III, Título IV, Libro I del Código. Como se ve, mientras se alude a la *forma de celebración* para establecer la competencia de la jurisdicción secular, se refiere directamente la competencia de la jurisdicción eclesiástica a la naturaleza canónica del matrimonio. Aquí se comprueba la trascendencia que tiene hablar de clases de matrimonio (art. 42 del C. c.), y no simplemente de formas de celebración (como hacía el art. 42 derogado).

(41) Mantiene esta sentencia la doctrina de que "en nuestro Derecho positivo las declaraciones sobre existencia, validez o nulidad de los matrimonios canónicos sólo pueden impetrarse ante los Tribunales eclesiásticos, únicos con jurisdicción para valorar los problemas controvertidos sobre el vínculo, por la específica materia a dilucidar y que, si ante los de orden estatal se invocan tales peticiones, con el fin de servir de base para hacer otras, propias de estos últimos, las primeras ostentan el carácter de prejudiciales de las últimas con la indeclinable consecuencia de ser sometidas, previamente, en función jurisdiccional, a la sede que su intrínseca naturaleza exige".

Siempre que un matrimonio merezca —según las normas del Derecho de la Iglesia— la calificación de canónico queda sometido al enjuiciamiento de la jurisdicción eclesiástica” (42).

La interpretación de FUENMAYOR, aunque elaborada antes de la publicación del nuevo Reglamento del Registro civil, tuvo probablemente en cuenta —puesto que el autor participó oficial y activamente en la reforma— el artículo 382 del Anteproyecto de R. R. c., luego vertido literalmente en el 263 del R. R. c. vigente. Conforme a este precepto: “La resolución canónica de que un matrimonio inscrito como civil fue desde el principio [doble calificación originaria] o ha pasado a ser [doble calificación sucesiva] válido matrimonio canónico, y la celebración del último entre los mismos cónyuges, se inscribirá al margen en virtud de certificación eclesiástica. Inscrita la ulterior celebración, no se podrá inscribir sentencia civil sobre validez, nulidad o separación mientras no se inscriba la declaración canónica de nulidad del segundo enlace”.

La orientación que apunta FUENMAYOR me parece certera. Nada más claro para asentar la convicción de la exclusiva competencia de la Iglesia en los matrimonios canónicos contraídos civilmente que el designio del propio legislador, expresado en la Exposición de Motivos de la ley de 1958, al explicar el cambio terminológico operado en el artículo 42: “se sustituye la expresión ‘formas de matrimonio’ por la que se juzga más técnica de ‘clases de matrimonio’. Así se evita el riesgo que aquella terminología pudiera ofrecer: la equiparación del matrimonio civil con el canónico, que, por la naturaleza sacramental de éste, sería inexacta”. Hay, es claro, un propósito de reconocer el matrimonio canónico no meramente en sus manifestaciones formales, sino en su aspecto sacramental. Ciertamente que la nota de sacramentalidad no es correlativa a la noción de matrimonio canónico, sino sólo al matrimonio canónico válido contraído entre bautizados (43), y cierto también que

(42) FUENMAYOR, op. cit., pág. 95. Más adelante, se plantea FUENMAYOR la antinomia entre las normas civiles que señalan la competencia judicial de la Iglesia y del Estado en el matrimonio canónico contraído civilmente. “Por haberse celebrado con arreglo a las disposiciones que rigen el matrimonio civil, son competentes los Tribunales civiles (artículos 103 y 107); por la naturaleza canónica del matrimonio, es competente la jurisdicción eclesiástica (art. 80)”. Pero “la antinomia es más aparente que real, dado que el artículo 80, al reconocer y atribuir competencia a la jurisdicción eclesiástica para el conocimiento de las causas relativas a ‘los matrimonios canónicos’, lo hace con exclusividad (‘corresponde *exclusivamente* —dice el nuevo texto de dicho artículo— a la jurisdicción eclesiástica’) lo cual exige que la norma de los artículos 103 y 107 deba ceder en estos casos —siempre excepcionales— a la del artículo 80. Lo pide así también todo el sistema basado en la confesionalidad del Estado y en el carácter supletorio del matrimonio civil, que tiene, respecto del canónico, condición subordinada” (op. cit., pág. 97).

(43) La nota de sacramentalidad no se da —según una opinión canónica tradicional, hoy convertida en doctrina común— en los matrimonios contraídos por un súbdito de la Iglesia (bautizado) con un no súbdito (infiel). Por otra parte, según el canon 1.099, § 2, una clase de súbditos —acatólicos bautizados, en el sentido y ámbito que precisa esta norma— están exentos de la observan-

ese propósito de la Exposición de Motivos no ha alcanzado el debido desarrollo técnico en el articulado del Código. Con todo, entiendo que esa declaración, si no es ociosa, servirá de principio orientador (con el de confesionalidad del Estado y el de subsidiaridad del matrimonio civil) para ir más allá del punto en que se detuvo la previsión del legislador. En cuanto al procedimiento técnico para garantizar la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas, prevista en el art. XXI, § 4.º, del Concordato, ofrece un cauce seguro la fórmula amplia, ya citada, del artículo 263 del nuevo Reglamento del Registro civil.

D) *Determinación del régimen vigente de disolución*

§ 8. Y vengamos ya a la determinación de los matrimonios canónicos en forma civil en que es posible aplicar —con efectos civiles— el régimen eclesiástico de disolución.

La naturaleza del supuesto excluye la aplicación a esta clase de matrimonios del *privilegio paulino*, reservada al “matrimonio legítimo no canónico” (44).

En cuanto a la disolución canónica del matrimonio por *dispensa* “*super rato*”, es obvio que no procederá: a) cuando el matrimonio no sea canónico; b) cuando siendo canónico no tenga condición de *rato* (45).

cia de la forma canónica de celebración. De este modo, se comprende la existencia de *matrimonios formalmente canónicos que carecen de naturaleza sacramental* —matrimonio mixto, contraído en forma canónica entre un súbdito católico y un infiel—, y de *matrimonios civiles* (canónicos no por su forma, sino por la condición de bautizado de los contrayentes) de *naturaleza sacramental* —así, el contraído en forma civil entre dos súbditos acatólicos bautizados (si su bautizo goza de validez reconocida) exentos de la observancia de la forma canónica. En el comentario a la Sentencia del T. S., de 21 de octubre de 1959 (citado), he procurado aclarar esta terminología en el marco del Derecho canónico, cotejándola luego, y señalando sus correspondencias y discrepancias conceptuales, con la utilizada por la ciencia jurídica secular, especialmente con las significaciones —erradas o correctas— que se han dado a los mismos términos en nuestra jurisprudencia civil.

(44) Es necesaria esta precisión porque el término *legítimo* no ofrece en el C. i. c. significado unívoco. El matrimonio legítimo se define en el canon 1015, § 3, como “matrimonio válido entre no bautizados”. Pero en otros lugares la palabra *legítimo* se emplea para designar el mismo matrimonio de los bautizados —cc. 232 § 1; 231, § 2— o para significar genéricamente la cualidad de validez según el Derecho natural —c. 1.075—. Téngase en cuenta el diverso sentido de la expresión “casado *legítimamente*” del artículo 51 del C. c., que en ocasiones se ha tratado de equiparar —a efectos civiles— con el concepto expuesto del canon 1.015, § 3.

(45) El matrimonio *rato* se define en el canon 1.015, § 1, por una doble nota, positiva —“matrimonio válido de los cristianos”— y negativa —“si todavía no ha sido consumado”—. A veces la doctrina canónica utiliza el término, en un sentido más específico, para designar el matrimonio *sacramental*, noción que implica por una parte la validez del matrimonio (canon 1.012, § 2) —bajo cuyo aspecto no se distingue del concepto de matrimonio *rato* del c. 1.015, § 1—, y por otra la condición de bautizado en ambos contrayentes (canon 1.012, § 1). Esta sinonimia que, como es forzoso reconocer, no guarda plena correspondencia con la versión literal del Codex, se defiende en un plano

Por otra parte, téngase en cuenta que ahora no tratamos de determinar la eficacia civil de la disolución "super rato", reconocida sin reservas en nuestro Derecho —como quedó expuesto (*supra*, § 4)—, sino más precisamente de situar esa doctrina en el marco del artículo 52 C. c., para delimitar el ámbito de aplicabilidad del régimen *puramente civil* de disolución. Así, combinando las exigencias específicas de la doctrina "super rato", en su concreta aplicabilidad a los matrimonios canónicos contraídos en forma civil, con las exigencias propias de nuestro sistema matrimonial, la posibilidad de disolución canónica "super rato" queda de iure o de facto excluida:

1) en el matrimonio civil no canónico, aunque sea *legítimo* en la acepción del canon 1.015, § 3;

2) en el matrimonio civil, que aunque canónico por su forma o por la condición de bautizado de uno de los contrayentes, no sea sacramental (46);

3) en el matrimonio civil—canónico por su forma o simplemente por la condición de bautizado de alguno de los cónyuges— *inválido* para la legislación eclesiástica (47).

Por el contrario, resulta factible en nuestro Derecho vigente la disolución canónica, con efectos civiles, en las siguientes casos:

dogmático por algunos autores. Así JEMOLO, A. C., *Il matrimonio*, 3.^a ed., Torino, 1957, pág. 501, trata del matrimonio rato en el sentido de matrimonio "contraído entre cristianos, y nacido, por tanto, como sacramento". Cuando se enfoca con esta visión el estudio de la dispensa *super rato*, se llega lógicamente a la conclusión de que la sacramentalidad es presupuesto necesario de la disolución. Sin embargo, en la doctrina canónica se define el ámbito de la potestad pontificia de dispensa "super rato" dentro de límites bastante más amplios, aunque en la práctica es poco frecuente que la disolución trascienda del ámbito del matrimonio sacramental. En el sentido de considerar que la dispensa *super rato* alcanza a matrimonios no sacramentales, véase CASORIA, J., *De matrimonio rato et non consumato*, Romae, 1958, págs. 82 ss., donde se cita el parecer concorde de GASPARRI, CAPELLO, VERMERSCH-CREUSEN y DE SMET. Sobre las aplicaciones de la dispensa "super rato" puede verse la magnífica reseña de ANNA RAVÁ, *Cinquanta anni di giurisprudenza rotale*, loc. cit., págs. 130-158.

(46) Lo que se dice (*sub* 2) se propone *por vía de principio* y con el propósito limitado de definir el ámbito de aplicabilidad del artículo 52 de nuestro C. c. en su dicción literal. No significa, por tanto, aceptar la posición dogmática —no fundada— de JEMOLO (cfr. nota 45). Puesto que en la práctica son raros los casos de disolución de matrimonio no sacramental, parece lógico configurar el ámbito de la dispensa, en el sentido expuesto, como regla general, siempre desde el punto de vista del régimen español de disolución. Además téngase en cuenta lo que se dice *infra* nota 49.

(47) Supuesto distinto del anterior Téngase en cuenta que, aun teniendo carácter canónico el matrimonio, y siendo ambos cónyuges súbditos de la Iglesia, la nota de sacramentalidad está radical e indisolublemente unida a la validez del matrimonio. Hay matrimonios canónicos válidos que carecen de naturaleza sacramental, pero no existen matrimonios sacramentales nulos (compárese canon 1.015, § 1, y canon 1.012, § 2). La relevancia práctica del supuesto *sub* 3 se halla en que la calificación del "matrimonio canónico nulo" permite la aplicación del régimen del matrimonio putativo, que se excluye, en cambio, cuando el matrimonio es canónicamente inexistente. Más ampliamente, *El matrimonio civil ante el Derecho Canónico*, en *Estudios*, cit., págs. 255-280.

a) Coexistiendo la forma civil con una forma canónica ordinaria —doble celebración inicial o sucesiva (48).

b) Existiendo únicamente la forma civil, cuando el matrimonio posea naturaleza canónica inicialmente —supuesto del c. 1.098—, o por “conversión” —matrimonio legítimo (c. 1.015, § 3).

Cubiertas las exigencias propias de la dispensa “super rato”, será posible en todos estos casos la disolución canónica del matrimonio civil.

Queda así considerablemente reducido el campo de aplicación del artículo 52 del C. c. en su versión literal. El artículo 52, a la letra, sólo es aplicable en principio:

- 1) al matrimonio civil canónicamente inexistente;
- 2) al matrimonio civil de naturaleza canónica válido ante el Derecho canónico (49);
- 3) al matrimonio civil “legítimo” (c. 1.015, § 3) en tanto no se produzca su “conversión” en canónico.

Reducido a estos límites, el ámbito de aplicabilidad del artículo 52 se propone, con referencia específica al matrimonio civil, por vía de principio. Se ha de analizar todavía si estos límites son inalterables o si, por el contrario, cabe una ulterior reducción del campo de aplicabilidad del artículo 52 por causa de disolución presunta y de sentencia civil de divorcio vincular.

(48) Es corriente referir a la forma canónica ordinaria el término “celebración”, aunque en un sentido amplio también hay celebración *canónica* en el matrimonio “*coram solis testibus*” (c. 1.098). El caso de *doble celebración* supondrá generalmente una celebración civil ante funcionario extranjero.

(49) Cabe *de iure*, como se vio (*supra*, nota 45) la dispensa “super rato” del matrimonio canónico no sacramental. Pero considerada esta posibilidad desde el ángulo visual del art. 52 C. c., se reduce a supuestos que *de facto* quedarán sometidos con toda probabilidad al régimen civil de disolución. En efecto, es de hecho muy poco probable que el matrimonio canónico, válido, no sacramental y contraído en forma civil sea objeto de disolución *canónica* “super rato”. En cuanto no sacramental, deberá ser contraído por un súbdito de la Iglesia con un infiel. Y así tenemos: A) si el súbdito es católico, el matrimonio se celebrará normalmente (c. 1.099, § 1, 2.º) en forma canónica ordinaria. La realidad social y política española y la naturaleza de nuestro sistema matrimonial vigente alejan la posibilidad de una celebración en forma civil que permitiera la presencia implícita de la forma canónica extraordinaria (c. 1.098). Por otra parte, una celebración meramente civil excluye la posibilidad de dispensa “super rato”, ya que canónicamente “no hay” en tal caso matrimonio; B) si el súbdito de la Iglesia es acatólico (en el sentido del c. 1.099), el matrimonio civil contraído con el no súbdito tendrá ciertamente naturaleza canónica y podrá ser canónicamente válido, pero es precisamente la posición de ambos contrayentes, alejada de la jurisdicción eclesiástica, lo que lleva a pensar en la improbabilidad fáctica de una dispensa “super rato” que desplace el supuesto descrito del ámbito del artículo 52. Aun admitida tal posibilidad, hay que considerar estadísticamente incluida la hipótesis en el régimen civil de disolución.

IV. DECLARACION DE FALLECIMIENTO Y DISOLUCION PRESUNTA DEL MATRIMONIO CIVIL.

A) *El planteamiento crítico de la doctrina española.*

§ 9. A raíz de la promulgación de la ley modificativa del régimen de ausencia, se inició en la doctrina una interpretación del nuevo artículo 195, párrafo 3.º, C. c., favorable a la autorización del paso a nuevas nupcias del cónyuge presente, una vez firme la declaración del fallecimiento del ausente. Esta interpretación, acorde con la tendencia moderna consagrada en algunas legislaciones y con la doctrina tradicional del Derecho canónico, se abrió paso a fuerza de agotar hasta límites extremos las posibilidades de la significación gramatical del texto interpretado.

El artículo 195, párrafo 3.º, del C. c. —según la redacción de la Ley de 8 de septiembre de 1939— establece que “la declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio”. Dentro del cauce de la exégesis literal en que se desenvuelve la indicada corriente de opinión, era a mi modo de ver solución más coherente, aunque menos progresiva, la impuesta por el criterio estricto —prohibitivo— que preside la ley de Bases de 11 de mayo de 1888 y —de acuerdo con la Base 6.ª de esta ley— el régimen del Código en la versión por entonces derogada (50).

Por virtud de la apuntada interpretación amplia se entendió que el nuevo artículo 195, párrafo 3.º, introducía una atenuación del principio tan escuetamente formulado en el artículo 52 del C. c. Si la declaración de fallecimiento “no basta por sí sola” para contraer ulterior matrimonio —se venía a decir— será necesario para que éste se pueda autorizar “algún complemento especial”.

CASTÁN, entre los primeros autores que se ocupan del tema, consideraba que “con este precepto se da un paso hacia el reconocimiento de la ausencia como un estado civil que afecta no sólo a los derechos de carácter patrimonial, sino también, según la concepción germánica, a los de naturaleza personal al adoptar la fórmula del artículo 195, párrafo 3.º, que recoge la doctrina de la Iglesia y se aparta del radicalismo del Código italiano” (51).

(50) La ley de bases de 11 de mayo de 1888 al exponer los principios de la ausencia decía que habría de regularse “sin que la presunción de muerte llegue en ningún caso a autorizar al cónyuge presente para pasar a segundas nupcias” (base 6.ª). Y anteriormente la ley de matrimonio civil de 17 de junio de 1870 establecía que “la ausencia prolongada de uno de ellos (de uno de los cónyuges), con ignorancia de su paradero, no será causa de presunción de muerte, a no ser que durase hasta que tuviese cien años el ausente, en cuyo caso se dará por fallecido” (art. 90, pár. 2.º), lo que justificaba la Exposición de Motivos de la ley diciendo: “solamente así podrá evitarse el riesgo de la celebración del segundo matrimonio, estando aún subsistente el primero”. Cfr. DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, II-I, Madrid, 1952, pág. 551.

(51) CASTÁN, *Notarías*, I, pág. 171; cita de SERRANO, I, *Los efectos de la declaración de fallecimiento*, “Revista de Derecho privado”, XXVII (1943), pág. 791.

ROBLES FONSECA cifra la aproximación del nuevo régimen de ausencia a la doctrina canónica en la expresión "por sí sola", subrayándola al transcribir el precepto comentado (52). Al parecer, es este autor quien inicia la interpretación luego desarrollada por ROMERO VIEITEZ (52) y SERRANO Y SERRANO (54) con la que concuerda en sus aspectos fundamentales un amplio sector de la doctrina (55).

Entre los primeros comentaristas del nuevo artículo 195, párrafo 3.º, no faltan autores que consideran subsistente —e incluso reafirmado por este precepto— el criterio de la Ley de Bases (56).

En esta línea de pensamiento, explica DE CASTRO el significado de la expresión que sirve de punto de partida a la tendencia exegética antes expuesta. Para DE CASTRO, no alterada en este punto la Ley de Bases (57), la novedad del artículo 195, párrafo 3.º, es externa,

(52) ROBLES FONSECA, J., *La ausencia en el nuevo Derecho*, "Revista crítica de Derecho inmobiliario", XVI (1940), págs. 305-308. Sin más argumentos legales afirma el autor en una conclusión no ajustada a las premisas de que parte: "El origen de este precepto y su doctrina, tomada del Derecho canónico, lo verá el lector en la última parte de este trabajo. [V. Doctrina de la Iglesia]... para que le sirva, al mismo tiempo que de enseñanza, de experiencia en el orden interpretativo y práctico aplicable ya hoy a nuestro Derecho, de forma que se sobreentiende el hecho de que queda abierto al camino a una justificación de la muerte del ausente para estos solos efectos, apreciada prudencialmente por los Tribunales. Y dicho esto, a la Jurisprudencia toca desbrozarlos y marcar su situación y linderos".

(53) ROMERO VIEITEZ, M. A., *Las normas del Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, "Revista de Derecho privado", XXV (1941), págs. 189-201. La posición de este autor es más prudente de lo que puede parecer a la vista de algunas referencias a este pasaje de su estudio. Advierte ROMERO que "el precepto del párrafo final del nuevo artículo 195, vigente el artículo 52 del Código civil, puede ser entendido en dos sentidos diferentes: 1.º, en el de que sólo la muerte disuelve el matrimonio, y, para ello, la declaración de fallecimiento *por sí sola* no basta a disolverlo; 2.º, en el de requerir 'la declaración de fallecimiento' sólo algún complemento especial para tener como disuelto el vínculo de matrimonio, distinto al establecimiento de la muerte por sentencia firme en juicio declarativo" (pág. 200). En apoyo en esta segunda interpretación señala la tendencia favorable del Derecho moderno y la posición del Derecho de la Iglesia "con la conveniencia consiguiente de evitar contradicciones entre el matrimonio canónico válido y el matrimonio canónico eficaz civilmente" (págs. 200-201).

(54) SERRANO Y SERRANO, I., *Los efectos de la declaración de fallecimiento*, cit., págs. 791-798; *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, 1943, págs. 392-406; *Las declaraciones de ausencia y de fallecimiento*, "Revista de Derecho privado", XXXV (1951), págs. 294-295.

(55) OGAYAR Y AYLLÓN, T., *La novísima legislación sobre ausencia*, "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", LXXXVI (1941-II), pág. 106; ESPÍN CÁNOVAS, D., *La presunción de paternidad y la ausencia declarada del marido*, "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", XC (1945-II), pág. 34; *Manual de Derecho civil español*, I, 2.ª ed., Madrid, 1959, págs. 256-257.

(56) TORRES SANTOS, J., *La ausencia en la nueva legislación* "Revista de Derecho privado", XXIV (1940), págs. 47-48; DE COSSIO, A., *Teoría general de la ausencia*, "Revista de Derecho Privado", XXVI (1942), pág. 105; BONET RAMÓN, F., en la revisión a MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, II, 6.ª ed., Madrid, 1945, pág. 235.

(57) Sobre el valor jurídico interpretativo de la ley de Bases —donde "se contiene *in nuce* el espíritu que informa el articulado del Código"— cfr. DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, I, Valladolid, 1943, pág. 162.

no de fondo. No se modifica la situación legal. El valor de la nueva disposición está en aclarar que las normas civiles —aunque no facultan al cónyuge del declarado fallecido para contraer nuevas nupcias— “no son obstáculo para la aplicación de las disposiciones de Derecho canónico, cuando en determinadas circunstancias permiten el matrimonio del cónyuge del presunto fallecido. Respecto al matrimonio civil, ahora, como antes, hay que atenerse al mandato general, que sin permitir excepción dice: ‘no pueden contraer matrimonio civil los que se hallen ligados con vínculo matrimonial’ (art. 83, 4.º, C. c.); precepto no modificado y cuya vigencia ha quedado intacta, pues ninguna regla civil presta a la declaración de fallecimiento la condición de permiso para el ulterior matrimonio civil del cónyuge presente” (58).

Con esta explicación —quizá debido a su coherencia— ha prevalecido, hasta convertirse en opinión común, la tesis contraria a la *permissio transitus ad alias nuptias* en el ámbito del matrimonio civil (59).

La explicación de DE CASTRO tiene, a mi juicio, un valor exegético al provocar —por su claridad— un giro de la interpretación dominante en la doctrina. Sin embargo, si bien se mira, esa finalidad aclaratoria a que se supone enderezada la tan debatida expresión parece superflua e inoportuna. Superflua porque, reconocido en el derogado artículo 75 del C. c. que los requisitos para la celebración del matrimonio canónico —lo que vale también si de autorizar un ulterior matrimonio se trata— se rigen por las disposiciones de la Iglesia Católica holgaba la advertencia para un supuesto de celebración específico ya comprendido en un precepto de alcance general. Inoportuna porque la autorización de un nuevo matrimonio canónico no está mediatizada ni prejuzgada por la declaración (civil) de fallecimiento. El transcurso de los plazos que en los supuestos respectivos requiere nuestra ley civil como exigencia previa para la declaración del fallecimiento puede constituir, sin duda, un dato crítico de interés a tener en cuenta, entre otros, por la autoridad eclesiástica, pero en modo alguno puede servir de criterio decisivo, ya que como es sabido el *transitus ad alias nuptias* se decide en la esfera canónica por un juicio de certeza moral. Cabe así la autorización de un nuevo matrimonio canónico antes del transcurso del tiempo fijado por nuestro Código para la declaración de fallecimiento, y cabe también una decisión denegatoria no obstante haberse superado aquel plazo legal (60).

(58) DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, II-1, Madrid, 1952, pág. 551.

(59) Antes de la reforma de 1958: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, I, II, 9.ª ed., Madrid, 1955, pág. 291; PUIG PEÑA, F., *Ausencia*, “Nueva enciclopedia jurídica”, III, Barcelona, 1951, pág. 122; etc. Después de la reforma: AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho civil internacional*, Madrid, 1960, pág. 120; BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho civil*, I, Madrid, 1959, pág. 411; GARCÍA CANTERO, *El vínculo...*, cit., pág. 309; etc. Cfr. además la sentencia del T. S. de 5 de marzo de 1957.

(60) Al menos que, erradamente, se creyera necesaria una cierta intervención de la jurisdicción secular en el supuesto del tránsito a nuevo matrimonio canó-

Es a veces difícil conocer la significación real de una expresión normativa. En ocasiones pasa inadvertida al intérprete una palabra o expresión en la que se ha vertido con intención definida una significación precisa, de valor decisivo para la exacta interpretación de la norma, y acaso clave de todo un sistema de concordancias. Y otras veces ocurre lo contrario. El intérprete, orientado por exigencias racionales, indaga ocultas significaciones donde el legislador ha puesto —sin propósito alguno— sólo una dicción defectuosa. Creo que este es el caso del artículo 195, párrafo 3.º, en su nueva redacción. El texto de la ley de ausencia de 1939 se resiente de falta de precisión y de rigor. La doctrina ha puesto de relieve algunas de sus antinomias más llamativas. Con estas cualidades, no parece muy lógico el afán de extraer consecuencias del sentido de la ley por vía de una interpretación gramatical.

Por esto, estimo que la expresión “por sí sola” del texto comentado es acrítica. Para el resto del párrafo controvertido, puede aceptarse la explicación que en un comentario de primera hora —en 1940—, antes de que tomara cuerpo la interpretación progresiva, sugiere TORRES SANTOS. Considera este autor “muy acertado” el último párrafo del artículo 195 “que expresamente prohíbe las nuevas nupcias del cónyuge presente, porque claramente se ve que este precepto es lo que pudiéramos llamar contraposición a las posibilidades que otorgan los artículos anteriores” (61).

En suma, pienso que la ley de 1939 no introduce innovación en el problema del *transitus ad alias nuptias*.

No se abordó en la perspectiva doctrinal expuesta el problema del tránsito a nuevo matrimonio canónico del cónyuge presente unido en matrimonio civil. Únicamente SERRANO tuvo en cuenta el problema ponderando la mayor gravedad que revestiría si esta situación se planteara (62).

Con posterioridad a la reforma de 1958, se ha hecho eco de nuevo la doctrina de aquella observación de SERRANO sobre la complejidad y gravedad de la cuestión (63).

Entiendo, sin ánimo polémico, que la cuestión, como se verá enseñada, no sólo ha perdido su “tradicional” gravedad sino que se ha

nico de la persona casada civilmente. Como se verá más adelante, en este supuesto no existe “problema de autorización”.

(61) TORRES SANTOS, *La ausencia...*, cit., págs. 49-50. En la línea de esta interpretación, *infra* § 12.

(62) SERRANO, *Los efectos de la declaración*, cit., pág. 798: “El supuesto se complica si el matrimonio con el ausente fue civil y el contraído por el cónyuge presente fuera canónico. Si apareciera el cónyuge, por un lado habría que mantener la vigencia del anterior matrimonio, en virtud de los artículos 51 y 83, número 5.º; pero por otro lado, esto choca con el foro eclesiástico, que no conoce más matrimonio que el canónico, y no podía estar porque se destinaría un matrimonio canónico para restaurar lo que para él es un concubinato”. Cfr. también pág. 797, nota 32.

(63) CASTÁN, *Derecho civil español*, 8.ª ed., cit., pág. 665, nota 2; GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, cit., pág. 312, nota 36.

simplificado notablemente, viniendo en tal caso la declaración de fallecimiento a allanar el camino de la eficacia civil del matrimonio canónico contraído por el cónyuge presente, especialmente en el caso contemplado por el artículo 51 del C. c. según la significación genuina que recobra esta norma dentro del contexto sistemático de la ley de 24 de abril de 1958.

Con la reforma del Código, la declaración de fallecimiento adquiere una nueva significación en el problema de la autorización de nuevo matrimonio al cónyuge presente. En este punto de la exposición ya se habrá advertido que al hacerse posible la *disolución real* del matrimonio civil de naturaleza canónica por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges, cabe también la *disolución presunta* no sólo de los matrimonios civiles de naturaleza canónica, sino también, con bastante probabilidad —probabilidad *de iure*—, de matrimonios meramente civiles.

B) *Disolución presunta de matrimonios canónicos en forma civil*

§ 10. Ninguna duda existe sobre la posibilidad admitida y regulada en el Derecho de la Iglesia de autorizar el tránsito del cónyuge presente a nueva unión cuando conforme a la Instrucción de la Sagrada Congregación del Santo Oficio de 13 de mayo de 1868 y a través del expediente de Información instruido por el Ordinario, se adquiere la certeza moral de la muerte del cónyuge ausente. Es este un punto de sobra conocido por nuestra doctrina, y no requiere por ello especial aclaración (64).

Lo que podría suscitar algunas dudas es la actitud que cabe esperar en nuestro Derecho civil ante el supuesto de la autorización eclesiástica de un nuevo matrimonio canónico al cónyuge presente ligado por un vínculo civil.

No cabe adoptar aquí una solución general para todos los supuestos posibles. Conviene distinguir las dos hipótesis principales que se pueden presentar: a) vínculo civil de naturaleza canónica; b) vínculo exclusivamente civil.

En la primera hipótesis, si se tiene en cuenta la innovación que introduce la ley de 24 de abril de 1958, suficientemente tratada (supra, §§ 6-7), se convendrá sin grave reparo en que, afirmada la naturaleza canónica de la unión formalizada civilmente, la situación se deberá reconducir a la perspectiva del ordenamiento canónico puesto que uno y otro matrimonio son canónicos, con ulterior eficacia civil en el orden jurídico español.

(64) Es también conocida la solución del Derecho canónico en caso de reaparición del ausente. El segundo matrimonio será nulo por impedimento del vínculo, salvo la aplicación del régimen canónico del matrimonio putativo. Me creo excusado de extenderme en la exposición de esta doctrina, recogida con suficiente detalle en nuestros tratados y manuales y en los trabajos monográficos citados en este estudio. Una indicación de las principales soluciones que ofrece el Derecho comparado en Espín, *Manual*, I, 2.^a ed., cit., pág. 257.

La segunda hipótesis plantea más dificultades, y aquí hay que distinguir de nuevo dos posibles supuestos: el vínculo civil *válido* en principio para el Derecho canónico (matrimonio “legítimo” —canon 1.115, § 3), y el vínculo civil *inexistente* para el Derecho canónico.

C) *Disolución presunta de matrimonio meramente civil*

§ 11. Cabe que la Iglesia autorice una nueva unión —canónica— del cónyuge presente ligado por un vínculo exclusivamente civil. El supuesto está precisamente definido con el título de este epígrafe.

Se trata de un supuesto de *disolución* (presunta) como consecuencia de una autorización eclesíastica. Puesto que la disolución implica la validez del matrimonio disuelto, es claro que queda fuera de la hipótesis el matrimonio civil canónicamente inexistente (contraído por un súbdito de la Iglesia obligado a la observancia de la forma canónica). En este caso no se requiere para contraer nuevo matrimonio previa declaración de nulidad y, como es obvio, huelga el expediente informativo necesario para el “transitus ad alias nuptias”. Por otra parte, se trata de un matrimonio *puramente civil*, lo que implica que ninguno de los cónyuges es súbdito de la Iglesia. El matrimonio civil que ahora consideramos —disuelto con carácter presuntivo por el “transitus ad alias nuptias”— es un matrimonio “legítimo” (c. 1.115, § 3).

Ante todo, adviértase que la disolución *real* del matrimonio de dos infieles está fuera del ámbito de la potestad vicaria de disolución. El matrimonio sólo se puede disolver “in favorem fidei” conforme a los presupuestos y exigencias del régimen del privilegio paulino.

No cabe, por tanto, trabar una relación analógica entre la disolución *presunta* del matrimonio “legítimo” por el tránsito “ad alias nuptias” y la disolución *real* operada por el privilegio paulino. El fundamento de la disolución presunta de matrimonio “legítimo” se halla, como si tratara de un matrimonio canónico (con independencia de la sacramentalidad y de la consumación, que tan decisiva función limitativa juegan respecto a la disolución realmente cierta que opera la dispensa “super rato”) en la fuerza expansiva del principio de “favor matrimonii”, proyectado al ámbito del “ius connubii” (cfr. canon 1.035).

En este punto se hace necesaria una breve digresión.

Me parece claro que la doctrina canónica del “transitus” se mantiene dentro de los límites rigurosos del principio de indisolubilidad, que precisamente en el matrimonio cristiano —al que dicha doctrina alcanza— reviste “peculiar firmeza por razón del sacramento” (canon 1.013). Por otra parte, esa doctrina no altera en lo más mínimo el régimen del impedimento de ligamen, sino que, por el contrario, se ajusta íntimamente a sus exigencias.

Todo posible contraste de esta doctrina, imitada por varias legislaciones seculares, con nuestro Derecho civil, se explica por una diferencia más profunda: la que existe entre el principio de flexibilidad del ordenamiento canónico y la concepción formalista del Derecho secular, de la que es todavía vestigio en nuestro ordenamiento la base

6.ª de la ley de 1888. La posición realista del ordenamiento canónico lleva a forjar una solución adecuada para las situaciones de apariencia jurídica (65) ajustándose a las exigencias de principio impuestas en el orden normativo. Se entiende desde tal posición que el Derecho es “un orden de apariencias”, y en este orden se ha de operar necesariamente con criterios de certeza.

Cuando nuestro Derecho civil renuncia a la doctrina del “transitus ad alias nuptias” en aras del impedimento de ligamen, está obedeciendo en realidad a una actitud de envaramiento formalista, cediendo a su propia limitación crítica más que tendiendo a reforzar el vínculo matrimonial. Con todo, dentro de esta actitud caben posiciones más extremas, como las de aquellas legislaciones que eliminan el problema de certeza implícito en la doctrina del “transitus” al autorizar el divorcio vincular en un plano jurídico de seguridad (66).

En tanto la doctrina del “transitus” se desenvuelve dentro de los límites de la *apariciencia jurídica*, el respeto a la subsistencia del vínculo se concilia con las exigencias del “*ius conubii*”. La doctrina del “transitus” no implica desviación ni atenuación del impedimento de ligamen, sino, por el contrario, proyección de sus exigencias al orden de la apariencia jurídica, donde, por virtud de una valoración propia y natural de este orden, se revela moralmente cierta la insubsistencia del vínculo. En todo caso, se mantiene la separación debida entre la situación jurídica aparential y la existencia jurídica real del vínculo que es objeto de disolución presunta. Esto es claro si se tiene en cuenta que la doctrina del “transitus” se somete en su aplicación a las más rigurosas exigencias de un juicio de certeza moral en todo momento subordinado a la posible restauración de la situación jurídica creada por el primer vínculo, con la nulidad consiguiente del segundo matrimonio si el presunto muerto aparece. Como dice SPINELLI, “ni la sentencia judicial ni la auténtica declaración de muerte pueden oponerse a la verdad objetiva” (67).

Otra cosa es convertir la disolución presunta en disolución real, en un nivel de confusión donde se pierde de vista la diferencia nociónal entre la apariencia jurídica de un vínculo inexistente y la realidad jurídica del vínculo verdadero (68). Tal es la perspectiva en que se desenvuelven el Derecho alemán e italiano, aunque con ciertas diferen-

(65) Piénsese, por ejemplo, en la doctrina del matrimonio putativo, o en el principio de relevancia de la simulación del consentimiento matrimonial en varias ocasiones aplicado por la jurisprudencia italiana y francesa de estos últimos años. A las referencias que sobre el tema he hecho en nota crítica de *Estudios*, cit., págs. 252-254, añádase la sentencia de la Cour d'appel de Bruxelles (1.ª ch.) de 25 de noviembre de 1959, en “Revue critique de droit international privé”, 1962, págs. 76-81.

(66) Cfr. SERRANO, *Las declaraciones de ausencia*, cit., págs. 295-296.

(67) SPINELLI, L., *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma, 1943, pág. 103.

(68) Recientemente JORDANO, *El matrimonio putativo*, cit., págs. 375 ss. ha hecho una crítica afilada y enérgica de la teoría del matrimonio putativo como matrimonio “válido ad tempus”.

cias de planteamiento y alcance. En el régimen alemán se hace posible la “conversión” del matrimonio nulo —objetivamente considerado— en matrimonio válido, y la disolución “ope legis” de un primer vínculo subsistente por la celebración del nuevo matrimonio (69). En el Derecho italiano se admite la primera posibilidad con un carácter excepcional y limitado al establecerse en principio la nulidad del segundo matrimonio celebrado por el cónyuge del ausente si éste retorna o se comprueba su existencia, consagrándose, por el contrario, la apariencia jurídica del segundo matrimonio (contraído con buena fe) cuando el fallecimiento del ausente, ocurrido en fecha posterior a la celebración del nuevo matrimonio, se comprueba después de celebrado, lo que lleva a JEMOLO a considerar con razón que esta “conversión” implica una bigamia legalmente consentida (70).

Se confunde en uno y otro régimen el plano de la apariencia y el de la realidad. En la medida en que se pierde de vista esta distinción pierde su fuerza justificativa la teoría de protección de la apariencia. En efecto, la prevalencia de la situación jurídica aparente frente a la situación jurídica real está justificada en tanto se mantiene trabada la homologación crítica de ambas situaciones sobre el plano de la certeza jurídica. Cuando se desvanece esta coincidencia crítica y la apariencia se revela objetivamente en pugna con la realidad, la prevalencia de la situación jurídica aparente —amparada por el “ius conubii” en el plano de la certeza jurídica— pierde su justificación inicial. Si, en esta situación, la pura apariencia jurídica se formaliza legalmente como definitiva frente a la situación jurídica real, el acto legal de protección deja de responder a un criterio de verdad. En este sentido, las dos actitudes legislativas a que me referí anteriormente contribuyen a minar el fundamento de protección de la apariencia al dar entrada franca en el orden deontológico a la “mentira jurídica” (71).

Queda así suficientemente destacada, en contraste con tan desconcertante actitud legislativa, la distinción canónica entre la disolución real que se opera por el mecanismo del privilegio paulino —coetánea a la celebración del nuevo matrimonio— y la disolución presunta del matrimonio civil válido canónicamente —“legítimo” (canon

(69) Cfr. § 1.348 BGB. Hay una discrepancia entre la traducción de ROMERO VILETIZ (loc. cit., pág. 200) y la de SERRANO (*La ausencia*, cit., pág. 399). En sentido coincidente con el primero, la traducción de MELÓN INFANTE, C., *Código civil alemán*, Barcelona, 1955. Sobre la diferencia entre el sistema de la ley de 6 de julio de 1938 y la ley núm. 16 del Consejo de Control, de 20 de febrero de 146, cfr. SERRANO, *Las declaraciones*, cit., págs. 295-296.

(70) JEMOLO, A. C., *El matrimonio*, 3.ª ed., Torino, 1957, pág. 500.

(71) La tendencia, iniciada en el ámbito de los problemas de la ausencia, cobra fuerza expansiva, alcanzando al impedimento de vínculo, en la más reciente jurisprudencia alemana, glosada con elogio por BOUENNER, G., *Rechtsmisbräuchliche Erhebung der Nichtigkeitklage bei Doppelhe*, “Neue Juristische Wochenschrift, XII (1959), págs. 2.185-2.189. Afirmandose en principio la procedencia de la acción de nulidad del matrimonio por vínculo precedente, se rechaza por ejercicio abusivo, cuando al interponerla se había disuelto el primer matrimonio.

1.015, § 3) —. El reconocimiento en el orden civil de esta disolución canónica presunta no plantea problemas de monta a nuestro Derecho. El supuesto queda fuera del régimen del artículo 195, párrafo 3.º, del C. c., puesto que este precepto se refiere —con criterio prohibitivo— a una hipótesis de autorización, y de lo que se trata ahora es del régimen civil de un matrimonio celebrado.

Si desde el punto de vista del Derecho canónico el fundamento de la disolución real por privilegio es distinto, como se indicó, del que permite la disolución presunta, desde el punto de vista Derecho español cabe trazar, en orden al reconocimiento de efectos civiles, una razón de analogía entre los dos supuestos —en ambos se trata de un matrimonio “legítimo”— que permite el juego del argumento *a maiore ad minus*: Si se reconoce civilmente la disolución *real*, parece obligado reconocer, con referencia a idéntico supuesto —desde el punto de vista civil— la disolución *presunta* (72). El régimen canónico de disolución presunta no está refido con el régimen civil, puesto que en caso de subsistencia del primer vínculo, el Derecho canónico convendría con nuestro Derecho en considerar nulo el segundo matrimonio.

Por otra parte es muy dudoso que el supuesto estudiado quede dentro del radio de acción del artículo 51, según la significación que reviste este precepto dentro del nuevo sistema matrimonial (73).

D) *Declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges de un matrimonio civil canónicamente inexistente. Régimen civil del matrimonio canónico ulterior*

§ 12. El supuesto se diferencia claramente del anterior. En este entra en juego, en el campo canónico, la doctrina del “transitus ad alias nuptias”. En el supuesto que ahora se examina huelga la aplicación de esa doctrina. Sin necesidad de expediente canónico informativo, se autoriza el nuevo matrimonio por considerarse el primero canónicamente inexistente. Se trata de ponderar la posible alteración que en el régimen jurídico civil del segundo matrimonio —canónico— determina la declaración de fallecimiento del cónyuge civil no bñnubo. Aquí no se plantea un problema de reconocimiento por la ley española del régimen canónico de *disolución* puesto que el nuevo matrimonio se autoriza sin consideración del civil preexistente (carente de existencia canónica). Y puesto que no hay, ni en el orden civil ni en el canónico, problema de *autorización de un matrimonio proyectado*, sino únicamente problema de deter-

(72) Cabría todavía recurrir al valor interpretativo en el orden civil de algunas declaraciones concordatarias y al espíritu de armonía entre las dos supremas potestades que ha presidido su elaboración y desarrollo. Tratándose de un matrimonio “legítimo”, una exégesis progresiva podría ampararse en el compromiso del Estado español a abstenerse, en el matrimonio de los no bautizados, de establecer impedimentos opuestos a la ley natural (artículo XXIII), teniendo en cuenta que precisamente en el campo del Derecho natural, surge, como manifestación del “*ius connubii*”, la doctrina del *transitus*.

(73) Sobre el ámbito de aplicación del artículo 51, seguidamente.

minación del ámbito de *eficacia civil de un matrimonio ya celebrado*, el supuesto se desplaza desde el ámbito de aplicación del artículo 195, párrafo 3.º —donde lo situaba nuestra doctrina antes de la reforma—, al ámbito de aplicación del 51.

Cuando nuestra doctrina se impuso la tarea de delimitar el alcance del artículo 195, párrafo 3.º, se advirtió la gravedad especial de esta situación (*supra*, § 9 *in fine*).

En el derogado sistema matrimonial interpretado por Orden de 10 de marzo de 1941 dio FUENMAYOR un giro a la interpretación del artículo 51, que salvando la conocida antinomia —hoy ya superada— con el artículo 69, satisfacía con holgura las exigencias lógicas del sistema. Pero ese giro estuvo forzado por el nuevo alcance que la citada Orden ministerial dio al régimen codificado (74).

La doctrina aborda el estudio del artículo 195, párrafo 3.º, en el mismo año en que aparece el trabajo de FUENMAYOR (75), y así se comprende que por lo general pasara inadvertido durante algún tiempo el verdadero alcance del artículo 51. Se invoca éste frecuentemente por la corriente doctrinal que inicia la interpretación del nuevo artículo 195, párrafo 3.º, en un sentido acorde con el artículo 83, 5.º, en relación con 101, 1.º, relativos al *impedimento de vínculo*. Así entendido, resultaba lógica la cita del artículo 51 en un problema de *autorización* de nuevo matrimonio en el que se cifraba —según la propia doctrina— la finalidad innovadora del artículo (195, párrafo 3.º) (76).

Hoy, a la luz de la reforma de 1958, y desde el punto de partida en que nos sitúa el trabajo citado de FUENMAYOR, se ha podido delimitar el diverso ámbito de aplicación de los artículos 51 y 69. Este se refiere a supuestos de doble matrimonio en que media *impedimento de vínculo*; aquél se refiere a un *supuesto de doble matrimonio en que el impedimento de vínculo no existe*: matrimonio canónico contraído por la persona ligada sólo civilmente (77). El artículo 51 se refiere, por tanto —sin que esto altere su naturaleza prohibitiva—, a un matrimonio celebrado, no a un matrimonio proyectado.

En cuanto al contenido de la sanción del precepto no repetiré lo expuesto en otro lugar, pero es obligado resumir aquí —para fijar el régimen del supuesto en examen— la conclusión a que conduce por todos

(74) Sirve de contexto al planteamiento y solución del problema abordado en este epígrafe el estudio que he dedicado al artículo 51: *El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio*, "Anuario de Derecho civil", XIV (1961), págs. 383-428; y en *Estudios*, cit., págs. 15-93.

(75) FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*, "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", CLXX (1941-II), esp. páginas 458-469.

(76) Cfr. ROMERO VIETEZ, loc. cit., pág. 201; SERRANO, *La ausencia*, cit., pág. 404; etc.

(77) Ampliamente en *El artículo 51*, cit., págs. 505-509; JORDANO, *El matrimonio putativo*, cit., págs. 349-350. Téngase en cuenta la coincidencia en este punto entre ambos trabajos, aparecidos en el mismo fascículo del "Anuario de Derecho civil".

los medios de interpretación a nuestro alcance (gramaticales, históricos, lógicos, sistemáticos) el sistema vigente.

Con fidelidad a los datos normativos del supuesto, quedan descartadas en el sistema vigente las dos opiniones contrapuestas que hasta fecha reciente se defendieron en la doctrina sin lograr superar las antinomias (aparentes) de los preceptos aplicables (nulidad e inexistencia del matrimonio canónico ulterior) (78).

La aplicación coordinada de los artículos 51, 75 y 76 del C. c. impone al matrimonio canónico contraído con subsistencia del vínculo civil previo una sanción de *ineficacia relativa*.

El matrimonio canónico es válido civilmente (art. 75) y goza —por virtud de su validez— de *eficacia actual típica* en el orden civil (art. 76), *limitada temporalmente* —en tanto subsista el vínculo civil previo— y *relativamente* —en cuanto no se oponga a la plena eficacia del matrimonio civil anterior— (art. 51).

En esta situación, la declaración de fallecimiento del cónyuge civil no bínubo, viene a ampliar el campo de eficacia civil típica del matrimonio canónico, al determinar la reducción de los efectos del vínculo civil en un sentido no idéntico, pero sí muy aproximado —prácticamente casi semejante si no existen hijos del primer matrimonio—, a la disolución real, aunque sin la firmeza característica de ésta.

La declaración de fallecimiento, lejos de complicar, simplifica el régimen jurídico español del matrimonio canónico contraído por la persona ligada en matrimonio civil.

Con el régimen vigente se abre para la situación estudiada el horizonte de *su* eficacia civil. Y no sólo esto. También las posibilidades de ejercicio de los derechos, el reconocimiento de los efectos civiles, que sin declaración de fallecimiento habrían de obtenerse normalmente por una vía procesal —vedada al nuevo matrimonio la inscripción en el Registro (art. 252 R. R. c.)—, parecen encontrar en la presunción *de iure* que origina la declaración de fallecimiento un cauce normal y sencillo para hacerse valer.

Entiende muy certeramente COSSIO que el artículo 195, 2.º, establece “claramente una presunción de muerte”, presunción de derecho no de hecho —aclara el mismo autor—, y si se tiene en cuenta que “no se presume simplemente que ha muerto una persona, sino que ha muerto en un momento determinado, va ya en ésto la expresión de que no se trata de la muerte misma, sino de la *suma de todos los efectos jurídicos que en el momento de la muerte acostumbra a producirse*” (79). Y en el párrafo primero del mismo artículo se establece que “mientras dicha declaración no se produzca se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido” (80).

(78) En el estudio citado (págs. 427-428), se cotejan las dos opiniones tradicionales con la que, en conclusión, propongo en el ámbito del Derecho vigente con sujeción estricta a las exigencias normativas de los preceptos en juego.

(79) Cfr. DE COSSIO, A., *Teoría general de la ausencia*, loc. cit., pág. 105.

(80) Recientemente se replantea la cuestión de la antinomia entre los artículos 195 y 190, que parecía ya zanjada por DE CASTRO, F., *Derecho civil*

El alcance jurídico de la presunción aquí establecida invierte por principio los términos de la situación de doble matrimonio. Es muy distinto el problema de *autorización* de un nuevo matrimonio, al que sale al paso con designio claramente prohibitivo el párrafo 3.º del artículo 195, y el de la *subsistencia* del vínculo anterior, que lógicamente habrá que negar en principio por la presunción jurídica de muerte del cónyuge de-

de España, II-1, págs. 534-536. Según DE COSSIO Y CORRAL, A., y GULLÓN BALLESTEROS, A., en sus notas a DE DIEGO, F. C., *Instituciones de Derecho civil español*, I, Madrid, 1959, la presunción de muerte del art. 195 queda neutralizada por la exigencia impuesta en el art. 190 de que para reclamar derechos en nombre de la persona constituida en ausencia hay que probar que la persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo; y si a la presunción del art. 195 se trata de enlazar el derecho de los herederos para "exigir la entrega de los frutos producidos a partir de la indicada fecha" (del día en que, según la declaración del fallecimiento, se suponga sucedida la muerte), a ello se oponen los artículos 187 y 188, que atribuyen tales frutos al representante legítimo del ausente, "de donde se sigue que tal presunción carece prácticamente de toda consecuencia, e incluso que se encuentra en contradicción terminante con los expresados preceptos" (op. cit., págs. 231). Por otra parte, al tratar de la declaración de ausencia, entienden que "el Código civil presume más bien durante este período la muerte que la vida del ausente" (op. cit., pág. 229). Para ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual*, I, 2.ª ed., cit., pág. 248, "la contradicción entre los artículos 190 y 195 resulta evidente". Entiendo con DE CASTRO que la antinomia es aparente. El enfrentamiento de los dos preceptos es fruto de un equívoco de J. GONZÁLEZ en un comentario aparecido a raíz de la promulgación de la ley de 1939 (cfr. DE CASTRO, op. cit., pág. 534). El art. 190 se refiere a la fase de ausencia legal, mientras que el 195 se refiere a la declaración de fallecimiento, como resulta del respectivo encuadramiento sistemático. Separada de su contexto, la expresión del art. 195 "se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que debe reputarse fallecido" pierde su precisa significación y entra en liza con el art. 190. En cambio, dentro del art. 195 tiene el sentido específico de explicar la mecánica de la declaración de fallecimiento de acuerdo con el sistema de la "successio ex nunc" (cfr. DE CASTRO, op. cit., pág. 536). Sería aventurado suponer que una cuestión tan fundamental y decisiva para el régimen de la declaración de ausencia como la presunción de vida (en sentido riguroso) se desplace del capítulo dedicado a este período (Capítulo II, Título VIII, Libro I) para ser solucionada en el capítulo siguiente, dedicado a la declaración de fallecimiento. No parece que durante la fase de ausencia declarada se presuma más la muerte que la vida, como tampoco lo contrario. Esta fase parece más bien caracterizada por una constitutiva incertidumbre, que obliga a tener en cuenta ambas posibilidades, con los que, en efecto cuenta el Código. Respecto a las disposiciones que atienden a la posibilidad de vida, cfr. las indicaciones de DE COSSIO CORRAL, A., *El patrimonio del ausente*. "Revista de Derecho privado", 1942, págs. 383-384. En cuanto a las disposiciones que cuentan, como es lógico, con la posibilidad de que el ausente haya muerto, cfr. arts. 190 y 191. No hay contradicción entre los arts. 187-188 y 195. El problema de atribución de frutos se plantea como consecuencia de la separación entre titularidad y posesión, característica del período de ausencia declarada. En conclusión, de acuerdo con DE CASTRO, entiendo que la declaración de fallecimiento funda para el futuro —sin operar hacia atrás— la presunción *de iure* de muerte del ausente. La presunción de muerte para el futuro no implica presunción de vida para el pasado. Al cortar la declaración de fallecimiento en un plano de certeza la *posibilidad* de vida implícita en la incertidumbre característica del período anterior, era obligado precisar —como hace el artículo 195 con expresión poco afortunada— si tal posibilidad de vida se cierra sólo para el futuro o se niega también para el pasado (neutralizando los efectos jurídicos enlazados a ella).

clarado fallecido. Precisamente por este lado se viene a justificar, como ya sugería ROMER FONSECA a raíz de la promulgación de la ley, el tan controvertido párrafo 3.º. Frente al intento de un nuevo matrimonio, que en el ámbito de la apariencia jurídica estaría fundado por la presunción jurídica de muerte del cónyuge ausente, el párrafo 3.º corta tan lógica consecuencia confirmando el criterio de la base 6.ª de 1888.

Ante una situación jurídica en cierto modo provocada por la naturaleza del sistema matrimonial, el juego coordinado y espontáneo de los preceptos aplicables conduce hoy inevitablemente a otro resultado. La virtual eficacia relativa del matrimonio canónico —válido civilmente (art. 75 C. c.)— se despliega libremente sobre el campo antes dominado por la eficacia del matrimonio civil. Así, no parece dudoso que la atribución de la paternidad legítima de los hijos hubidos en el segundo matrimonio al primer marido de la mujer bñuba, cede en la situación contemplada por virtud de la presunción de muerte (81).

Si se proyecta la presunción jurídica de muerte del ausente al orden registral, parece que se habrá de admitir una excepción al artículo 252 del R. R. c. Comparto en este punto la opinión de PERÉ RALUY, para quien la denegación del Encargado del Registro a inscribir el nuevo matrimonio ha de fundarse en medios auténticos, y éstos no los proporciona únicamente la inscripción del anterior matrimonio. La inscripción, dice PERÉ, dará fe de la celebración de dicho enlace “*pero no de su subsistencia*”, y el art. 252 exige “*prueba auténtica del obstáculo registral a la inscripción (obstáculo que no se halla constituido por el anterior matrimonio, sino por la subsistencia del mismo)*” (82). En nuestro caso, la duda sobre la subsistencia está resuelta en el plano de la presunción jurídica en sentido negativo.

(81) Para el período de ausencia declarada, proponía ESPÍN en 1945, a partir de un planteamiento más realista que el adoptado en general por la doctrina francesa e italiana, considerar suspendida la presunción de concepción dentro de matrimonio por analogía con lo que ocurre en el caso de separación legal de los cónyuges (subsistencia del vínculo y del deber de fidelidad). De tal suerte, quedaría invertida la carga de la prueba de “imposibilidad de acceso” del artículo 108, pár. 2.º (*La presunción de paternidad y la ausencia declarada del marido*, cit.). Con la declaración del fallecimiento viene a simplificarse la cuestión. Aquí parece ociosa la relación de analogía (cfr., no obstante, ESPÍN, *Manual*, I, 2.ª ed., cit., pág. 257) por la presunción de muerte que *de iure* comporta la declaración de fallecimiento. Con la presunción de muerte pierde base no ya sólo la presunción de concepción dentro de matrimonio, sino la misma presunción de paternidad. Depende ésta de la posibilidad moral y física de convivencia conyugal. La separación legal de los cónyuges elimina la posibilidad moral, no la posibilidad de hecho, pudiendo por ello deducirse de la convivencia ulterior de los cónyuges separados un principio de tácita reconciliación. Con la presunción de muerte, en cambio, queda eliminada *de iure* —por tanto, a efectos de prueba— no sólo la posibilidad moral, sino también la posibilidad física de convivencia. Así, con la declaración de fallecimiento cede la presunción de paternidad de manera más radical y directa que con la separación legal de los cónyuges.

(82) PERÉ RALUY, *Panorama del primer trienio*, cit., pág. 269.

VI. RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE IRRELEVANCIA DEL DIVORCIO VINCULAR POR CONTRADICCIÓN AL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL.

§ 13. Decía ROMERO VIDEITEZ a raíz de la derogación de la legislación republicana de divorcio: "El precepto del artículo 52 del Código civil vuelve a tener la plenitud de su alcance primitivo tras la supresión del divorcio vincular" (83). Hoy, después de la reforma de 1958, se puede decir que tan terminante formulación ha perdido en buena parte de su vigor, afirmación que alcanza también a supuestos de divorcio vincular, no precisamente por fuerza de exigencias extrínsecas a nuestro Derecho, sino por la presión de principios internos del sistema.

Según la jurisprudencia y la opinión casi unánime de los autores, el principio de indisolubilidad del matrimonio, por ser en el Derecho español materia de orden público, determina la ineficacia radical y absoluta del matrimonio —canónico o civil— contraído con persona divorciada. Se entiende que para nuestro Derecho subsiste el vínculo declarado disuelto por sentencia de divorcio. Tan absoluto es el alcance atribuido a este principio, que se mantendrá también en el supuesto de que los cónyuges sean extranjeros y el divorcio se haya operado con arreglo a su ley nacional.

En la doctrina española se formula esta opinión unas veces en términos generales, y otras con referencia a aplicaciones concretas.

De modo general considera LASALA LLANAS que los extranjeros divorciados no podrán contraer matrimonio en España con español o española, pues siguen legítimamente casados (84). En parecidos términos se manifiesta PORTERO SÁNCHEZ después de la reforma de 1958 (85).

Para GOLDSCHMIDT "según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (S. 12-V-1944) se considera como impedimento relativamente bilateral el del vínculo: el español soltero no podrá casarse con una francesa divorciada vincularmente por los tribunales franceses de su matrimonio católico, por ser incapaz el soltero español de casarse con tal mujer que según su propia ley nacional era perfectamente capaz de casarse" (86).

GARCÍA BARRIUSO ha dedicado más atención al tema. Afirma que "el matrimonio declarado disuelto por una sentencia extranjera de divorcio, sigue siendo para la *ley española* (cuando ésta es aplicable por la nacionalidad española de alguno de los contrayentes de un ulterior matrimonio) la unión legítima de que hablan los artículos 51 y 52 del Código civil, o el "vínculo anterior" de que habla el artículo 83 (87). Más ade-

(83) ROMERO VIDEITEZ, loc. cit., pág. 199.

(84) LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e inter-regional*, Madrid, 1933, págs. 124 y 126.

(85) PORTERO SÁNCHEZ, L., *Matrimonio de españoles en el extranjero y de extranjeros en España*, "Anuario de Derecho civil", XIII (1960), págs. 517-518.

(86) GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, II, Buenos Aires, 1954, pág. 284.

(87) GARCÍA BARRIUSO, *Matrimonio civil de españoles dentro y fuera de España*, Tánger, 1958, pág. 121.

lante precisa que tal doctrina es aplicable no sólo cuando el vínculo declarado disuelto por divorcio es canónico, sino también cuando es simplemente civil (88).

En la doctrina francesa LEREBOURS-PIGEONNIÉRE estima que “el orden público español se opone al reconocimiento de la disolución del matrimonio obtenido por divorcio en el extranjero, como contraría a la indisolubilidad establecida en el artículo 52 del Código civil español”. Y en igual sentido se manifiestan BATIFFOL y, más recientemente, RIGAUX (89).

En este panorama doctrinal llama la atención la opinión de LLUIS Y NAVAS BRUSI para quien “la excepción de orden público a una solicitud de divorcio sólo debería caber en la medida en que se trate de un matrimonio válido a los ojos de la Iglesia Católica”, entre otras razones porque “una demanda de divorcio de católicos extranjeros que celebraron en el extranjero un matrimonio civil, en vez de ir en contra va a favor del orden público español” (90).

En la jurisprudencia también se ha mantenido con rigor el principio de irrelevancia del divorcio. El tribunal Supremo en la sentencia de 12 de marzo de 1942 declara nulo el matrimonio contraído en el extranjero por un español ligado en matrimonio *canónico* disuelto por sentencia francesa de divorcio y en la de 12 de mayo de 1944 anula el matrimonio celebrado por un español con francesa divorciada de un vínculo *canónico* anterior por sentencia de Tribunal francés. En esta última sentencia declara nuestro Tribunal Supremo que el divorcio obtenido por la actora en su país no afecta al vínculo que originó la unión canónica “por ser inconciliable la disolución del vínculo matrimonial con los principios religiosos, morales y jurídicos que informan el orden público del Estado español” (Considerando cuarto), fundamentando esta doctrina en los artículos 51 y 52 del C. c. y en el canon 1.036 del C. i. c. (considerando tercero).

Coincide en lo fundamental con esta jurisprudencia la orientación seguida por la Dirección General de los Registros en las resoluciones de 26 de marzo de 1951 —referente a un caso de matrimonio *canónico* de española con alemán, disuelto por sentencia de divorcio de la Audiencia alemana de Siegen (91), 10 de enero de 1949 y 3 de octubre de

(88) GARCÍA BARRIUSO, op. cit., pág. 122.

(89) LEREBOURS-PIGEONNIÉRE, *Precis de droit international privé*, 6.^a ed., 1954, pág. 419; BATIFFOL, H., *Traité élémentaire de droit international privé*, 2.^a edición, París, 1955, pág. 427. Citas de RIGAUX, Comentario a la sentencia de la *Cour d'appel de Bruxelles* (3.^a ch.) de 14 de diciembre de 1955, en “Revue de droit international privé”, XLVI, 1957, pág. 75. Más ampliamente BATIFFOL, H., *La contribution des relations franco-espagnoles a la construction du droit international privé en France*, Valladolid, 1950, págs. 79 y ss.

(90) LLUIS Y NAVAS BRUSI, J., *Las nuevas nupcias de extranjeros divorciados y su validez ante nuestro Derecho*, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, CCIII (1955-I), págs. 143-144. Vid. también págs. 156-157.

(91) Se afirma en esta resolución que “si bien es cierto que la disolución del vínculo matrimonial es rechazada por nuestro Derecho, en el cual se considera justamente como de orden público su inadmisión, tal norma de indisolubilidad del

1952 (92), ambas referentes a un supuesto de matrimonio *civil* contraído por española con extranjero y luego disuelto por sentencia extranjera de divorcio.

Ninguno de los supuestos contemplado por las sentencias y resoluciones citadas se refiere al supuesto de divorcio vincular de un matrimonio civil canónicamente inexistente. ¿Deberá mantenerse también para esta situación, cualesquiera que sean las circunstancias que la acompañen, la irrelevancia del divorcio del vínculo previo?

Este problema no se ha planteado en la doctrina ni se ha abordado por la jurisprudencia. Contamos sólo con algunas indicaciones aproximativas de la Dirección de los Registros, que estima irrelevante la sentencia de divorcio no sólo cuando afecta a la unión canónica, sino también cuando se refiere a la unión civil (Resoluciones de 10 de enero de 1949 y de 3 de octubre de 1952), y de GARCÍA BARRIUSO al comentar la sentencia de 12 de mayo de 1944: "aunque el primer matrimonio de la divorciada no hubiese sido también canónico, sino simplemente civil, válido según su ley a la que se renite la española, constituiría un impedimento relativamente bilateral para el segundo, contraído con un español" (93).

Se plantea entonces la cuestión de si esta solución vale también cuando el matrimonio del súbdito español con la persona divorciada es canónico.

matrimonio centra su fuerza en lo establecido en el art. 51 del Código civil, o sea, en la imposibilidad de contraer nuevas nupcias". Inserta en el "Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado" de 1951, págs. 339-340.

(92) "Considerando que de los datos suministrados al formular la consulta resulta que la que ahora pretende contraer matrimonio, doña H. D., lo había ya contraído en nuestra patria, y en forma civil, con el señor M. C., tal matrimonio ha de considerarse subsistente, ya que nuestra legislación no puede conceder validez al divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras, por rozar ello con el principio de la indisolubilidad del matrimonio, que ha de considerarse como de orden público dentro de nuestro ordenamiento jurídico" (Considerando primero). Inserta en el *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado* de 1952, págs. 423-424. No he consultado la resolución de 10 de enero de 1949, sirviéndome para su cita de la referencia que a la misma hace la de 26 de marzo de 1951.

(93) GARCÍA BARRIUSO, *op. cit.*, pág. 122. La razón en que se funda este autor para mantener tal opinión es que la invocación del c. 1.036 del C. i. c., contenida en la sentencia citada, se yuxtapone a la referencia de los artículos 51 y 52 de nuestro Código ("y el Código Canónico, vigente en España, consigna también"...), reforzándola, pero no sustituyéndola, de suerte que la doctrina del Código civil hubiera bastado para fundamentar el fallo (*op. cit.*, pág. 123). Así es ciertamente, pero este no es argumento para extender el alcance del principio de indisolubilidad del artículo 52 a un matrimonio cuya regulación se halla por completo fuera del ámbito de nuestro sistema matrimonial, ni siquiera cuando, como en el caso de la sentencia ocurre, el cónyuge divorciado ha contraído el nuevo matrimonio con persona de nacionalidad española. La invocación del artículo 52 sería oportuna y suficiente en caso de afectar el divorcio a una de las especies matrimoniales admitidas por el Derecho español. Pero, a mi modo de ver, el precepto carece de virtualidad cuando el matrimonio que por divorcio se disuelve --contraído en el extranjero por extranjeros-- es meramente civil y, por otra parte, bajo ningún aspecto canónico o legítimo.

A juzgar por los términos absolutos en que se enuncia el principio de indisolubilidad o, correlativamente, el de irrelevancia del divorcio, habría que responder afirmativamente.

Parece claro, a primera vista, que el principio de indisolubilidad no puede operar con independencia de otros principios del sistema. Una aplicación rígida y acrítica del principio de indisolubilidad, según la formulación apriorística de la doctrina actual, conduciría en ocasiones a una solución no tolerada por el ordenamiento. Así ocurre concretamente en el caso de matrimonio civil entre súbditos extranjeros católicos disuelto por divorcio cuando uno de los cónyuges contrae ulteriormente matrimonio canónico con súbdito español. Si en esta situación se pone en juego el principio de irrelevancia del divorcio, tendremos como resultado: 1) ineficacia civil del matrimonio canónico (en el sentido precisado); 2) eficacia en el orden jurídico español de un vínculo inexistente ante el Derecho de la Iglesia y disuelto conforme a la ley personal de los contrayentes.

Este resultado chocante pone de relieve una vez más la interior unidad del sistema, la relatividad de sus principios en sus ocultas conexiones, y la oportunidad de reducir en su versión literal el alcance del artículo 52, con lo que no se introduce, como es obvio, ninguna limitación al principio de indisolubilidad. Al contrario, logrará éste una precisión ajustada a los límites de la relación sistemática del precepto con sus normas concordantes. También esta modificación virtual del texto comentado es efecto de la reforma de 1958, que introduce por razones de tolerancia conocidas la posibilidad de matrimonios civiles canónicamente inexistentes.

Por lo demás, en el supuesto descrito es claro que la relatividad del principio de irrelevancia del divorcio no implica abandono del criterio tradicional. Son exigencias internas del propio sistema matrimonial español las que determinan el cambio de significación. El efecto se opera sin necesidad de reconocimiento de la sentencia extranjera de divorcio.

VI. EFICACIA REFLEJA EN EL ORDEN JURIDICO ESPAÑOL DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS DE DIVORCIO VINCULAR.

§ 14. En el marco en que se desenvuelve este estudio parece obligado, para terminar, la referencia al tema de la eficacia refleja en el orden jurídico español de las sentencias extranjeras de divorcio vincular (94).

(94) Como regla general se puede convenir con *PIÉRE RALTY*, en que la eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio será mínima. El mismo autor entiende, sin embargo, que es más discutible "la cuestión relativa a la posibilidad de conceder determinados efectos en España a las sentencias extranjeras de divorcio en materias respecto a las cuales el principio de orden público no entra en juego, o lo haga de modo secundario; por ejemplo, cabe discutir si la mujer divorciada vincularmente por una sentencia extranjera sigue sometida a la incapacidad procesal y negocial relativa que impone el Derecho civil español

El problema se ha planteado en la jurisprudencia ya citada de la Dirección de los Registros en torno principalmente a la cuestión de la recuperación de la nacionalidad española por la mujer casada con extranjero y luego divorciada.

La resolución de 26 de marzo de 1951 admite que la mujer española casada con un súbdito alemán canónicamente, vínculo por el que adquirió la nacionalidad del marido, pueda recuperar la nacionalidad española después del divorcio vincular decretado por sentencia de la Audiencia alemana de Siegeen, basándose en que "supuesto que el divorcio se ha dictado por Tribunales competentes según la ley extranjera y a súbditos extranjeros resulta evidente que el efecto al fin secundario de habilitar para recobrar la nacionalidad española en nada roza con dicha norma de orden público" —irrelevancia del divorcio como causa de disolución del vínculo— (Considerando segundo), añadiendo a estas razones exigencias de equidad (Considerando tercero), "sin perjuicio de la calificación que a otros efectos pueda merecer la sentencia de disolución dictada por los Tribunales alemanes".

En un comentario a esta resolución decía ARAGONESSES que si bien la Dirección de los Registros no se ha planteado en este caso el problema del *exequatur*, "no hay duda que la recuperación de la nacionalidad implica lógicamente el reconocimiento de la sentencia de divorcio extranjera" (95).

Con actitud más ponderada entiende PERÉ RALUY que la acción del principio de orden público se limita al aspecto básico de las consecuencias del acto ineficaz por el juego de ese principio. Conforme a este criterio "el divorcio vincular decretado contra los principios de orden público imperante en un país, no debe ser reconocido por éste en cuanto afecte a la subsistencia del vínculo, posibilidad de que los divorciados pasen a segundas nupcias, etc., pero, en cambio, los efectos secundarios del divorcio deben ser mantenidos, por ejemplo, los referentes a nacionalidad, a ciertas consecuencias relativas al régimen de bienes, etc." (96).

a la mujer casada. Aun admitiendo que el reconocimiento de las sentencias extranjeras a estos efectos no se halla condicionado a la obtención del *exequatur*, es evidente que el órgano jurisdiccional o administrativo, ante el que se plantee el problema del reconocimiento de efectos de la sentencia extranjera, podrá y deberá —como en todo supuesto de mero reconocimiento de una ejecutoria extranjera— calificar la misma en razón de su acomodación o no a las normas de orden público español, y tal calificación conducirá, en el supuesto examinado, a negar eficacia a la resolución extranjera en cuestión" (*Efectos de las sentencias extranjeras de divorcio*, "Revista del Instituto de Derecho comparado", núm. 10, enero-junio 1958, págs. 148-149).

(95) ARAGONESSES, P., *Recuperación de la nacionalidad española de una mujer divorciada*, "Revista de Derecho procesal", VIII (1951), pág. 522. En realidad la Resolución se limita a aceptar como *hecho jurídico* la separación, al parecer definitiva, sin enjuiciar el valor de la sentencia. En base a este supuesto admite la posibilidad de recuperar la nacionalidad teniendo en cuenta la finalidad a que se responde el artículo 22 del C. c. (Cfr. Considerando III).

(96) PERÉ RALUY, J., *Derecho de nacionalidad*, Barcelona, 1955, pág. 208.

En esta línea se sitúa la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona, de 21 de julio de 1956 (97), referente a un matrimonio civil contraído en Francia en 1911 entre súbdito austríaco y súbdita francesa divorciada civilmente de vínculo canónico. Los cónyuges se establecieron en España en 1914. Promovida por la mujer demandada de separación ante el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, se dictó sentencia accediendo a su pretensión con fecha 13 de febrero de 1953. Interpuesto recurso de apelación y admitido éste en ambos efectos, contrajo el recurrente matrimonio canónico con súbdito española. La sentencia aprecia la existencia de una "comunidad de bienes derivada de la situación de convivencia de hecho" originada por el matrimonio civil contraído entre los litigantes en Francia en 1911, mantenida en España desde 1914 hasta la fecha de la demanda de separación, y referida a un "patrimonio en que los litigantes reconocieron documentalmenete ser copartícipes por mitades e iguales partes", por lo que "se comprenderá que el Juez, sin violencia alguna, haya llegado en su sentencia a que la referida comunidad de bienes se liquide equiparándola a la sociedad legal de gananciales". Tal solución se ha hecho posible al enjuiciar la Sala la situación jurídica creada por el matrimonio civil—inexistente ante el Derecho español— como mera "cuestión de hecho" y sin mengua del principio de irrelevancia del divorcio, que la sentencia expresamente reconoce (98).

Tal es, a mi parecer, la orientación más realista y la más coherente con el orden jurídico español.

La idea de conversión de la situación de divorcio vincular en separación definitiva, alguna vez sugerida en la doctrina para nuestro Derecho, parece inviable y un tanto artificiosa (99). Y en cuanto al procedimiento del *exequatur*, parece contrario a nuestro Derecho en cuanto envuelve un reconocimiento de carácter general.

(97) Firme por auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1957 (inédita).

(98) Se afirma en la sentencia que "aunque la legislación de los litigantes tuviera reconocido el efecto de la disolución plena del vínculo, la sentencia apelada, no sólo prescinde de tal legislación, sino que subraya que esa consecuencia es inadmisibile en la Ley española, cuyo derecho positivo tan sólo permite acordar la separación que insta la demanda y el Juez acoge, no en razón a la validez de un vínculo rechazable por la comunidad jurídica española, pero sí surgida de la apariencia legal de una situación que, traducida en menosprecio de la mujer que la soporta, perturba la moralidad y buenas costumbres de la ciudad en que aquella apariencia legal se desenvuelve; deduciendo los efectos civiles que corresponden a tal separación, y en cuanto deben surtir sus indeclinables consecuencias en España, donde los cónyuges residen, han constituido una familia y tienen establecidos sus negocios industriales y mercantiles. Así se explica que esta Sala, continuando la función de Juzgado, no pueda abstenerse de conocer de la pretensión deducida, ya que sería dejar en el abandono más completo a extranjeros que desenvuelven su vida afectiva y económica dentro de nuestro territorio".

(99) Cfr. PERÉ RALUY, *Efectos de las sentencias*, cit., pág. 148.

