

el trastorno padecido. El capítulo que cierra la obra y que se titula: «El artículo 82,4 del Código civil: un elenco de causas de separación por culpa», señala que, frente a la consideración que puede hacerse de las causas de separación establecidas en este precepto entendiéndolas como causas «culpables» de separación, un sector de la doctrina española y ella misma –consecuente con este trabajo que presenta– se sitúan en la línea de entender que en este caso nos encontramos con unas causas de separación inculpatorias y han de interpretarse como tal.

AURORA M.<sup>a</sup> LÓPEZ MEDINA

SANCIÑENA ASURMENDI, CAMINO: *El reconocimiento civil de las resoluciones matrimoniales extranjeras y canónicas*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona, 1999, 206 pp.

Tras un capítulo I, dedicado al *Planteamiento de la cuestión*, el II tiene por objeto *El reconocimiento de las resoluciones extranjeras matrimoniales: el artículo 107.2 del Código civil*, conforme a su redacción proveniente de la Ley 30/1981, de 7 de julio y sin otra pretensión que la de estudiar el Derecho actualmente vigente. El título desorienta mucho, porque ese artículo 107 no trata de todas las resoluciones extranjeras matrimoniales, sino sólo de las sentencias extranjeras de separación y divorcio. Quedan fuera las de nulidad y de disolución no debidas a divorcio como la disolución por muerte y por dispensa *super rato*.

En este capítulo II trata (A) de la problemática derivada de los diversos tratados existentes sobre el particular, prestando particular atención al Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1998, que es multilateral –y trata de separación, divorcio y nulidad– y aún no está vigente y al bilateral de España con Alemania de 14 de noviembre de 1983, sobre cuestiones relativas al matrimonio. No queda claro –se refiere a muchos tratados– si esos tratados versan sólo sobre separación o divorcio y en qué medida quedan fuera las de nulidad y de disolución no debidas a divorcio. A continuación (B) se ocupa del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de aplicación subsidiaria, para el supuesto de que no haya convenio o tratado internacional acerca de sentencias extranjeras. Se interesa particularmente por los requisitos del artículo 954: acción personal; rebeldía; licitud de la obligación y orden público; autenticidad y otros requisitos formales. Finalmente trata de la engorrosa problemática de si se debe aplicar la ley personal de las partes, la local o la del foro, centrándola en algunos casos concretos.

Llama la atención en la estructura de este capítulo que no comienza por el reconocimiento de sentencias extranjeras en general –incluyen nulidad, separación y divorcio–, para pasar a continuación a tratar de ese reconocimiento en tra-

tados multilaterales y bilaterales que tratan sólo de las de divorcio y separación. Va de lo particular a lo general. El artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 107 del Código civil y esos tratados internacionales –eso parece, no lo aclara– se ocupan sólo de sentencias. Del reconocimiento de resoluciones que no sean sentencias sólo se ocupa el artículo 80 del Código civil, concretamente de la dispensa *super rato*, que no es sentencia.

El capítulo III se interesa por el *Reconocimiento de las resoluciones canónicas: el artículo 80 del Código civil*. Tal epígrafe da lugar a estudiar las siguientes cuestiones. A) Estudio del artículo VI.2 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979 y del artículo 80 del Código civil. El primero no menciona el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento civil; el segundo considera de aplicabilidad del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tanto a las sentencias como a las dispensas *super rato*, en materia de eficacia civil.

A continuación se ocupa de la relación entre la norma concordataria portuguesa –Protocolo de 4 de abril de 1975 en relación con el concordato de 1940– y el citado Convenio de Bruselas, que contempla expresamente esa norma concordataria. Seguidamente se ocupa de la relación existente entre la Constitución española de 1979 y el citado Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede, prestando particular atención al tema de la unidad jurisdiccional y los tribunales eclesiásticos y a la competencia de los tribunales eclesiásticos sobre el matrimonio canónico y algunas otras cuestiones, como ciertos problemas de Derecho transitorio.

El apartado B) estudia las decisiones canónicas sobre nulidad matrimonial y dispensa *super rato*. El C) estudia el *ajuste al Derecho del Estado* de que trata el artículo 80 del Código civil. Se inclina porque «la declaración de ajuste al Derecho viene a significar su sometimiento al orden público». Corroboración esta interpretación con sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. El D) vuelve de nuevo sobre el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resaltando su inadecuación para resolver el reconocimiento de la dispensa *super rato*, pues la dispensa no siempre se otorga tras examinar un determinado proceso judicial, sino que en ocasiones se otorga tras el examen de una petición por vía administrativa.

No estoy de acuerdo con esta valoración. Cuando en diciembre de 1979 el parlamento español aprobó el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos quedó meridianamente claro –pues en el acuerdo es mencionada expresamente la dispensa *super rato*– que se reconocen las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. No se establece en ese Acuerdo que se reconocen sólo las dispensas *super rato* tramitadas por proceso judicial, sino que también se reconocen las tramitadas por vía administrativa. En el primer caso es de aplicación el artículo 954. No presenta problemas de orden público en cuanto al capítulo de di-

solución, pues se reconoce expresamente en el artículo VI.2 del Acuerdo que el Romano Pontífice puede disolver el vínculo de matrimonio no consumado con eficacia civil. Problema distinto es el de la rebeldía y el del ejercicio de acción personal. Evidentemente, si la tramitación de la dispensa sigue la vía administrativa, no ha lugar a plantearse si tal vía da lugar a rebeldía o al ejercicio de una acción personal. La eficacia civil de una disolución por muerte tampoco deriva de una sentencia, sino de un acto administrativo.

El capítulo IV trata de las decisiones de los tribunales extranjeros, principalmente de Francia y de Alemania. Llama la atención a ese respecto sobre algo muy interesante: el reconocimiento registral es automático. Posteriormente, en el capítulo VI resultará más claro en qué consiste ese automatismo. El V trata del reconocimiento de las resoluciones canónicas, centrándose en el procedimiento establecido por la adicional quinta de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

En el VI se considera conveniente que el reconocimiento de las decisiones matrimoniales tanto extranjeras como eclesásticas sea automático. Ello no resulta nada innovador, en la medida en que como aclara en la página 20 no libera de considerar cuestiones de fondo. «El reconocimiento automático —escribe— no implica la automaticidad en el reconocimiento. Así se puede denegar el reconocimiento de una resolución cuando atente manifiestamente al orden público del Estado requerido». También señala como motivo de denegación la rebeldía y que la resolución sea inconciliable con otra dictada en el Estado requerido.

En suma, los criterios del reconocimiento automático no difieren sustancialmente de los sentados por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Ese reconocimiento automático resultará muy innovador, en cambio, en la medida en que separa dos problemas. Superar el test de orden público, rebeldía, etc., da lugar a la inscripción registral; pero de esa inscripción no se sigue que la sentencia o decisión haya de ser ejecutada necesariamente por lo que se refiere a los llamados efectos meramente civiles: hijos, régimen económico, vivienda, ajuar, etc. Una cosa es reconocer que entre dos partes definitivamente se ha extinguido el vínculo o nunca lo ha habido y cosa distinta es que con motivo de tal disolución o declaración de nulidad definitivamente se hayan establecido unos efectos *mere* civiles: un régimen económico, otro relativo a los hijos, vivienda, etc., que no pueda ser revisado por la jurisdicción española.

El capítulo VII trata de la eficacia de ese reconocimiento y en la página 160 escribe: «en el reconocimiento automático de las resoluciones matrimoniales, el reconocimiento y la inscripción coinciden, por lo que la inscripción en el Registro Civil produce los efectos en el orden civil de la nulidad o disolución del matrimonio, dando lugar al efecto desvinculatorio, a la disolución *ipso iure* del régimen económico matrimonial, a un nuevo estado civil...». Tal afirmación es aceptable, a mi entender, con la salvedad antedicha. El efecto desvinculatorio o de declaración de nulidad no es revisable; pero sí los efectos meramente civiles. En

muchos casos, más que propiamente revisados esos efectos meramente civiles habrán de ser complementados o actualizados.

Sigue a estos siete capítulos una bibliografía, un índice de sentencias y resoluciones y por último un índice de libro.

La autora no toma en consideración el instituto de la disolución de que trata expresamente el artículo 32 de la Constitución española. Estudia expresamente el artículo 32, pero no tiene en cuenta que, además de otras cosas, trata de la disolución. El instituto de la disolución, a mi modo de ver, es necesario para enfocar los asuntos de que la autora de este libro se ocupa. Hay que distinguir entre separación, disolución y nulidad, teniendo en cuenta que el divorcio es una clase de disolución, pero no única. También hay otras como la dispensa *super rato* y la muerte, por sólo mencionar los institutos de disolución que nos resultan más relevantes en este contexto.

Dice el artículo 32 de la Constitución española que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Esa igualdad no se predica de los españoles sino del hombre y de la mujer. Esa igualdad alcanza, como consecuencia, a que pueda no hacerse uso de la forma estatal española de celebración de matrimonio, a que ciertos impedimentos —como el de edad— puedan computarse de acuerdo con la ley personal de los contrayentes. Y plantea finalmente el tema del fuero competente para entender de las causas matrimoniales.

A los bautizados españoles, a tenor del artículo 80 del Código civil, se les reconoce al derecho de acudir al Romano Pontífice para que disuelva su matrimonio por inconsumación conforme al procedimiento canónico correspondiente. Los españoles no bautizados carecen de tal posibilidad. Para evitar esa situación de desigualdad entre nacionales por motivos de bautismo, el ordenamiento estatal italiano aparejó un procedimiento similar al canónico de disolución por inconsumación. Falta en el caso de España. Falta igualmente en el caso de elección de forma de matrimonio. Los españoles no bautizados no pueden celebrar matrimonio canónico; los españoles bautizados pueden usar facultativamente de una u otra forma de celebración. Lo propio sucede con otros institutos, como la primera comunión y en general los institutos religiosos. Los españoles no bautizados no pueden ser ni obispos, ni sacerdotes católicos, ni jesuitas. También está vedada a las españolas no bautizadas la posibilidad de ser monjas clarisas. El problema que se plantea es el de la imposibilidad del Estado español, dada su constitución —que excluye la posibilidad de establecer Iglesias de Estado—, de satisfacer las necesidades religiosas de sus ciudadanos. Sólo puede permitir que las confesiones religiosas satisfagan ese tipo de necesidades.

Los servicios matrimoniales del Estado español excluyen la posibilidad de que el matrimonio civil se celebre en lugar sagrado y con ceremonias sacras. Tales servicios son posibles en países protestantes. En España para celebrar nup-

cias en lugar sagrado y con ceremonias sacras católicas hay que acudir a los servicios de la Iglesia católica. Estas posibilidades se han ampliado a evangélicos, islámicos y musulmanes desde el 11 de noviembre de 1992. El Estado español proporciona servicios de separación matrimonial en exclusiva respecto a tribunales religiosos, muy apreciados servicios de disolución por divorcio –salvo el del divorcio por inconsumación– y no demasiados apreciados servicios de declaración de nulidad.

El 27 de diciembre de 1979 entró en vigor el artículo 32 de la Constitución española que, entre otras cosas, estableció que se volviesen a regular por ley las causas de separación. Así lo hizo el Real Decreto ley –prisa había– de 29 de diciembre de 1979, pocos días después de que hubiese entrado en vigor en España –el 15 de diciembre– el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español. Determina este Real Decreto-ley que, a raíz del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español, no resulta posible acudir, con eficacia civil, a los tribunales eclesiásticos en demanda de separación. Hay que acudir a los jueces de Primera Instancia –sea cual fuere la forma de celebración, canónica o civil– con arreglo a las normas para los incidentes previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Ley 30/1981, de 7 de julio, no modifica este criterio. España era el único país en que tales causas se ventilaban ante los tribunales eclesiásticos, con muy escaso fundamento en las exigencias del concordato de 1953. La Santa Sede tenía mínimo interés en continuar avocando a sus tribunales tales causas. Las sentencias y resoluciones eclesiásticas sobre separación no están reconocidas por el Derecho español ni son inscribibles.

Esas sentencias y resoluciones, sin embargo, tienen efectos meramente civiles en la medida en que constituyen prueba de interrupción de la convivencia. Son tenidas en cuenta sobre todo por la Seguridad Social, pues en ellas puede fundamentarse la denegación de ciertas prestaciones derivadas de la convivencia conyugal. También, en sentencias de divorcio como modo de acreditar la ruptura matrimonial y la falta de convivencia; y, en otros campos, como en los contratos de arrendamiento. Pero en modo alguno tales sentencias y resoluciones están reconocidas civilmente. En suma, esas sentencias y resoluciones carecen de reconocimiento y por tanto no producen *efectos civiles*, aunque puedan producir y producen efectos *mere* civiles.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, es, en cambio, muy innovadora en materia de disolución. Desaparecen de ella las disoluciones por privilegio paulino y petriño, también en ejecución del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español, que suprime ese reconocimiento, presente en el concordato de 1953. En realidad, el petriño nunca había sido contemplado por el concordato de 1953, sino que su reconocimiento derivaba de una interpretación extensiva del privilegio paulino. En suma, desaparecen las disoluciones del matrimonio *in favorem fidei*, como consecuencia de la ausencia de confesionalidad tanto

de la Constitución, como del posterior –desde el punto de vista de la fecha de la firma– o quizá simultáneo, pero en cualquier caso congruente, Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español.

Otra innovación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, hace referencia a la disolución por muerte. Hasta entonces sólo se admitía este capítulo de disolución, siendo considerada la declaración de fallecimiento sólo una presunción *iuris tantum* de fallecimiento. Tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, suele entenderse que esas declaraciones no admiten demasiadas pruebas en contrario, ni aún en el caso de que el supuestamente fallecido aparezca vivo y coleando. Ello plantea un tema de los llamados de *ley aplicable*; a saber, si ha de ser ejecutada una sentencia eclesiástica de declaración de nulidad por impedimento de ligamen, cuando el vínculo permanece a tenor de la ley canónica, pero no permanecería, a tenor de una rigurosa interpretación de la ley civil. La autora no se plantea esta cuestión. Parece que ha de recibirse la ley canónica, pues no es cuestión que afecte al orden público, sino más bien a una configuración de la disolución por muerte técnico-casuística.

La Ley de 30/1981, de 7 de julio, no es innovadora en relación con la disolución de matrimonio por dispensa *super rato*. Sigue reconociendo expresamente ese capítulo de disolución, a tenor del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español, dando lugar a la actual redacción del artículo 80 del Código civil. El Real Decreto-ley de 27 de diciembre de 1979 declara la competencia eclesiástica para entender de este tipo de causas. Otorga eficacia civil a este tipo de dispensas. Lo propio hace el artículo 80 del Código civil y el artículo VI del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Santa Sede.

No se trata por tanto de un capítulo de disolución desconocido por el ordenamiento español. Sí es un capítulo desconocido por la generalidad de los civilistas. Y por ello conviene explicarlo.

El instituto de la dispensa *super rato* es un residuo del Derecho judío presente en la legislación canónica. Tanto en la legislación matrimonial judía, como en la islámica, como en la de otras muchas culturas cuya concepción del matrimonio no deriva, como la del mundo occidental, del Derecho canónico; en esas culturas el matrimonio no se considera perfecto y acabado hasta que no ha tenido lugar la cópula, que generalmente se presume como consecuencia de la *deductio in domum*. Hasta entonces –como sucede con el matrimonio presunto– se encuentra en la fase *in fieri*. Se trata de un matrimonio no rato; es decir, írrito. En la doctrina canónica triunfó la tesis consensualista sobre la de la cópula en el siglo XII, pero no plenamente, pues dejó abierto el portillo de la disolución por inconsumación. El Derecho canónico actual, sin embargo, no llega a dar cabida plena a los *desposorios* –*Auftrauung*, en alemán– instituto distinto de los sponsales y del matrimonio, de los que es típico, sin embargo, la disolución por inconsumación. El matrimonio, como contrato, está estructurado como un con-

trato concertado entre dos familias. El modo usual de ser invitado a una boda es serlo por los padres de los contrayentes, que anuncian el enlace de sus hijos. Son ellos los que designan las personas de los contrayentes. Puede haber incluso capitulaciones matrimoniales relativas al régimen económico entre los contrayentes. Tiene efectos económicos relativos a las herencias y a la relación económica conyugal. El Derecho canónico –el Derecho civil, tardó mucho en eliminar la necesidad de consentimiento paterno al matrimonio– introdujo entre el consentimiento de las familias y la cohabitación el consentimiento formal de los contrayentes realizado ante dos testigos y ante un testigo cualificado que garantice la libertad del consentimiento en cohabitar de los contrayentes. En el expediente previo al matrimonio se indaga acerca de la libertad de los contrayentes que ya consintieron en cohabitar y por ello manifiestan deseo de celebrar nupcias. Si no llega a haber cohabitación, el matrimonio puede deshacerse. Se consintió formalmente en cohabitar pero luego no se cohabitó, por la razón que sea. Tal acto es revisable. La disolución por inconsumación del matrimonio civil italiano no es instituto desconocido por el Derecho español.

Sea cual fuere la naturaleza jurídica de la dispensa *super rato* se trata sin duda de un instituto carente de connotaciones confesionales. No se trata de una disolución *in favorem fidei*. Ello explica su pervivencia en nuestro Derecho matrimonial, desde finales de 1978 aconfesional. Este tema hace referencia al reconocimiento registral del matrimonio disuelto por inconsumación, no sólo a tenor del Derecho canónico, sino también del Derecho italiano y de otros muchos regímenes matrimoniales basados en el instituto de los desposorios, que se disuelven por inconsumación prolongada o rechazada.

El artículo 32 de la Constitución habla de disolución en general y no sólo de disolución por divorcio. En este caso no cabe duda de que mediante otro acuerdo más con la Santa Sede reconoce la dispensa *super rato* como modalidad de disolución. La reconoce también el artículo 80 del Código civil, pero no desarrolla cuáles son las consecuencias de su reconocimiento. De ahí que, en relación con sus efectos civiles, la doctrina que se lo ha planteado entienda que a la disolución del vínculo por este capítulo se le han de otorgar analógicamente los efectos propios del divorcio –otra modalidad de disolución– y no los de la nulidad.

No parece ser contrario al orden público español el reconocimiento de este instituto –disolución por inconsumación–, cuando puede ser separado de algo que a veces le acompaña: el repudio unilateral. El repudio unilateral no está presente en el Derecho canónico, pero sí en otros matrimonios religiosos y no religiosos.

Donde realmente la Ley de 30/1981, de 7 de julio, resulta más innovadora y muy innovadora es en la introducción de la disolución del matrimonio por divorcio, que no admite el Derecho canónico en su legislación. Sólo le otorga al-

gunos efectos bastante limitados, cuando lo establece otro ordenamiento o tribunal. La introducción del divorcio vincular fue la gran innovación de esta ley.

La Ley de 30/1981, de 7 de julio, fue en cambio poco innovadora en materia de nulidad. El artículo 75 del Código civil, redactado conforme a esa ley, sigue tan anticuado como siempre. Y lo propio cabe decir de los relativos al del error, al miedo, a la convalidación, etc. En suma, se aparta muy poco de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870. Tanto esta ley, como la Instrucción Rauscher, de la que depende, dan amplia cabida al matrimonio presunto, lo cual hoy resulta muy anticuado. Ello origina incongruencias que se manifiestan en el momento registral. ¿Se inscriben los matrimonios que pueden ser convalidados, también llamados anulables, pues se encuentran *in fieri*? Es la situación inversa: el matrimonio fue celebrado, se cohabitó, pero no es rato hasta que se produzca la convalidación. En fin, el legislador se preocupó por introducir el divorcio y no le importó demasiado plantearse otras cuestiones relativas a la estructura del matrimonio.

El instituto matrimonial es uno de los más estudiados y universales. La regulación de la recepción de sentencias extranjeras presupone conocer bien este instituto. Y a ello no se accede conociendo el Código civil español vigente y la correspondiente jurisprudencia. En primer lugar porque la experiencia del matrimonio civil español es pobre. Comenzó a existir en 1870, pero apenas se usó. Pero sobre todo porque nace y continúa siendo un concepto negativo: el matrimonio civil es aquel que no es religioso. Tal planteamiento no es el propio de los países protestantes, como Inglaterra, Escocia, Estados Unidos, con sus diferentes legislaciones matrimoniales en cada Estado. Comenzaron a secularizar el instituto matrimonial en el siglo XVI; no en el XIX, pero nunca crearon un matrimonio cuyas señas de identidad consistan en que no sea religioso.

La historia del instituto matrimonial civil español es la historia de su más o menos acentuada no religiosidad. Los correspondientes vaivenes legislativos a ese respecto hacen que el instituto del matrimonial civil español haya de ser estudiado no en el Código actualmente vigente de 1981, sino en los Códigos civiles de otras épocas. Por ejemplo, en lo que podríamos llamar el Código civil de 1910, pues era el usado y conocido en aquella época, el artículo 47 dice así: «Los hijos mayores de edad están obligados a pedir consejo al padre y en su defecto a la madre. Si no lo obtuvieron o fuere desfavorable, no podrá celebrarse el matrimonio hasta tres meses después de hecha la petición». El Código civil de 1973 dice en su artículo 83: «No pueden contraer matrimonio los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos». El artículo 77 del Código actualmente vigente tiene como contenido unos puntos suspensivos. Eso no es un instituto jurídico.

El Código civil está bien como manual para preparar oposiciones de juez o de notario, que deben conocer el Derecho vigente en cada momento. Saberse el

civil no asegura suficientemente conocer bien las instituciones que el civil regula. Ello resulta muy acentuado en el caso del instituto matrimonial.

En tema de nulidades, la mayor innovación del Código civil en su redacción de 1981 es la supresión del impedimento de impotencia. El hecho de que haya mujeres que prefieran un marido potente a uno impotente no puede considerarse una opción confesional. No parece que haya de dejarse de ejecutar una sentencia de nulidad por impotencia proveniente de una jurisdicción eclesiástica o extranjera por razones de aconfesionalidad del Estado español. Otros regímenes matrimoniales no confesionales la consideran un impedimento dirimente e incluso en Francia, donde se suprimió como impedimento, fue reinventada por la jurisprudencia, como condición implícita del consentimiento matrimonial. Se produce así la paradoja de que las condiciones puestas se tienen por no puestas y las no puestas se tienen por puestas. Del mismo modo que en aplicación de los usos y costumbres mercantiles se consideran implícitamente incluidos en el objeto del contrato ciertas condiciones relativas al comercio, lo propio acontece en el comercio carnal. En forma de impedimento –impotencia– o en forma de consentimiento –condición implícita– la impotencia es causa de nulidad en la mayoría de los ordenamientos.

Por lo que se refiere al orden público como límite a la recepción de las sentencias de nulidad o disolución no españolas –del que habla el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los preceptos paralelos sobre reconocimientos automáticos en tratados internacionales–, pienso que debe estarse a la tradicional distinción entre capítulos de nulidad públicos y privados. Todas las nulidades derivadas de insuficiencia de consentimiento –error, dolo, miedo, etc.– son capítulos de nulidad privados. Sólo puede ejercitar la correspondiente acción de nulidad el contrayente afectado por la insuficiencia de consentimiento. No requieren, de suyo, la presencia de ministerio fiscal, sino sólo en razón de la posible minoría de edad de uno de los afectados. Las sentencias cuyo capítulo de nulidad es la insuficiencia de consentimiento merecen ser reconocidas sin mayores escrúpulos, a tenor del artículo 73.1.º del Código civil. Es conocido que los tribunales eclesiásticos residenciados en España –y en otros países– basan sus declaraciones de nulidad en un 80% de los casos en ese defecto de consentimiento –sí, de consentimiento; es una aplicación particular del aforismo *ad impossibilia nemo tenetur*– introducido por el canon 1095 del Código de Derecho Canónico de 1983, consistente en que se aprecia una *incapacidad de asumir las obligaciones conyugales*. El impedimento de impotencia y el de fuerza o raptó son también privados. Un fiscal tampoco está titulado de suyo para acusar de nulidad un matrimonio por tales capítulos.

Consideración distinta merecen los capítulos de nulidad considerados públicos; a saber, los impedimentos de parentesco y el de vínculo. En tales casos, el ministerio fiscal debe actuar de oficio y ello muestra que entra en juego en esos capítulos de nulidad la protección del orden público. No cabe reconocer una sen-

tencia extranjera basada en reconocer, como fundamento de su decisión, la bigamia, la poligamia o el matrimonio entre hermanos. El problema del ajuste al Derecho español por razón de orden público, a mi modo de ver, coincide con esta distinción entre capítulos de nulidad públicos y privados, en el bien entendido de que las declaraciones de nulidad por orden sagrado y por disparidad de culto, propias de la jurisdicción canónica, no deben ser reconocidas por el Derecho español, dado su fundamento confesional. Es hipótesis de gabinete. El ordenado *in sacris* que se quiere casar y se lo impide la ley canónica se casa civilmente y eso tiene efectos civiles. Raro es que se case canónicamente, si no puede hacerlo, y luego obtenga declaración canónica de nulidad.

En cuanto a la nulidad por defecto de forma, no cabe duda de que el matrimonio nulo por defecto de forma canónica debe ser reconocido sin mayores miramientos, pues el Derecho español le otorga expresamente eficacia civil, lo mismo que a otras formas civiles extranjeras, amén de los matrimonios celebrados ante ministros de culto no católico, a tenor de los Acuerdos con la Comisión y Federaciones confesionales no católicas de 10 de noviembre de 1992.

Cuestión distinta de la de si las sentencias de nulidad no españolas producen efectos civiles —es decir, si son o no rechazables por el ordenamiento español en razón de los capítulos de nulidad o disolución contrarios al orden público en que se basan— es la de si han de ser ejecutadas en cuanto establecen efectos meramente civiles: régimen económico de los cónyuges, custodia de los hijos, asignación de vivienda familiar y ajuar, etc. En relación con la adecuación al orden público español de los capítulos de nulidad y disolución, como ya hemos señalado, puede procederse abstractamente. Cabe decantarse de una vez para siempre acerca de cuáles son o no los capítulos de nulidad o disolución admisibles en Derecho español. Hay que excluir la nulidad por motivos confesionales —disparidad de cultos, orden sagrado—, el repudio unilateral, la bigamia, etc. En torno a los efectos *mere* civiles que se sigan de una sentencia o resolución no cabe proceder de la misma manera. Ese régimen se deduce principalmente de las circunstancias del caso, del historial de los contrayentes y de su vida conyugal y sólo secundariamente de que se trate de una sentencia o resolución de nulidad, separación, divorcio u otra clase de disolución.

En una sentencia civil de nulidad, separación o divorcio no sólo se declara nulo el matrimonio o disuelto el vínculo, sino que también hay un pronunciamiento en torno a los efectos *mere* civiles de la correspondiente sentencia de nulidad, separación o divorcio. Los más importantes entre esos efectos *mere* civiles, desde el punto de vista del régimen económico, son los que podríamos llamar *efectos civiles mensuales*. Es habitual que una de las partes divorciadas o separadas deba pasar una pensión mensual por desequilibrio económico a la otra, extinguiéndose la obligación por fallecimiento o nuevas nupcias del pensionado a título de divorciado o separado. Dios les libre de semejante veleidad o hecho bio-

lógico. En una sentencia canónica de nulidad o resolución de disolución *super rato* no hay pronunciamiento acerca de los *efectos civiles mensuales*.

En el caso de la nulidad, a tenor del artículo 98 del Código civil, el cónyuge de buena fe tiene derecho a una indemnización. Tal indemnización puede y suele consistir en un tanto alzado. Ese tanto alzado puede abonarse de una vez o durante un cierto período de tiempo, hasta el límite de la cantidad alzada. Pero ambos efectos civiles tienen distinta estructura. La primera modalidad de efectos civiles mensuales se parece más al contrato de arrendamiento con término incierto. La segunda modalidad se parece más al contrato de hipoteca, que una vez amortizada extingue los efectos económicos mensuales. No se extingue por nueva celebración matrimonial, pues tiene su causa en las primeras nupcias y no en el posterior divorcio. Un matrimonio declarado nulo por bigamia con mala fe produce distintos efectos *mere* civiles que el disuelto por divorcio.

Los artículos 90 y siguientes del Código civil tratan de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. Esos efectos quizá son comunes, pero no uniformes. En caso de nulidad se prevé una indemnización, si hay mala fe. El legislador español no ha logrado superar o eliminar ese concepto de origen romano —el de la buena o mala fe— que afecta a las futuras relaciones económicas entre los cónyuges y que introduce una importante diferencia entre el régimen económico resultante de una declaración de nulidad y el régimen económico resultante de una resolución o sentencia de separación o de divorcio. El legislador italiano se ha propuesto aún más explícita e intencionadamente que el español la equiparación de efectos de la nulidad y el divorcio y no lo ha logrado. Sólo en lo referente a los hijos, esa equiparación ha resultado posible tanto en el caso de Italia, como en el de España.

El tema de la buena o mala fe no puede resolverse abstractamente, como acontece con el de la valoración de un capítulo de nulidad o disolución en razón de su oposición o no al orden público español. La buena o mala fe ha de deducirse del estudio de cada concreto caso y se presta a complejas valoraciones derivadas no sólo de la mala fe inicial, sino también de la sobrevenida. El Código civil español también hace entrar el concepto de buena fe en relación con la nulidad, a tenor del artículo 78, cosa impensable para otros ordenamientos. Quien tenga que dictaminar si un matrimonio es nulo por defecto de forma, ha de entrar en valoraciones psicológicas muy sutiles. Ello no es frecuente en la generalidad de las legislaciones.

Las acciones de nulidad matrimonial de carácter civil son casi tan rígidas como las del Derecho romano. Ello está muy puesto en razón, cuando se trata de capítulos de nulidad públicos: bigamia o parentesco. Pero, cuando se trata de acciones relativas al consentimiento —miedo, fuerza, dolo, error, etc.— conducen a introducir el elemento buena o mala fe. Tales capítulos de nulidad por razón del consentimiento están basados en la apreciación de un causante del miedo, error,

fuerza, etc. Y ello se complica por la pervivencia en el Derecho español de matrimonios presuntos –cabe convalidar el matrimonio celebrado por miedo, por error, por fuerza, el del menor, etc.–, que el Derecho canónico ha eliminado radicalmente desde la promulgación del Código de 1917. Un elemento tan privado y de valoración tan casuística como es la buena o mala fe acaba incidiendo en los efectos económicos de la declaración de nulidad y diferenciándolos de los de la separación, divorcio y dispensa *super rato*.

La reforma del Código de Derecho canónico de 1983 ha eliminado esa rigidez en las acciones de nulidad por dos vías. De un lado, ha eliminado requisitos tales como que el miedo sea injusto, que sea directo, etc. De otro ha introducido como capítulo de nulidad por insuficiencia de consentimiento la *incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causa de naturaleza psíquica*. Tal capítulo de nulidad elimina todos los inconvenientes que presentan los vicios de consentimiento propios de la nulidad civil, basada en que si un matrimonio ha resultado nulo por vicio o falta de consentimiento, alguien es responsable de ello con buena o mala fe. En la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causa de naturaleza psíquica no cabe encontrar un responsable de la insuficiencia del consentimiento, al cual se pueda atribuir mala fe. Este capítulo de nulidad, como ya hemos señalado, da lugar al 80% de las nulidades canónicas; y suele ser preferido –por los jueces eclesiásticos y por las partes– al miedo, al dolo, etc., por evidentes que éstos sean y por desligados que se encuentren de la idea de culpabilidad civil.

El juez civil de quien se solicita otorgar efectos *mere* civiles a una sentencia de nulidad eclesiástica ha de entrar a valorar las buenas y malas fes, pues no ejecuta sentencia de divorcio, sino de nulidad. Si la sentencia canónica declara nulo el matrimonio por incapacidad de asumir las obligaciones matrimoniales queda eliminada la posibilidad de encontrar fe mala en la contratación. En tal sentido, el capítulo de nulidad canónico invocado en un 80% de los casos facilita a los jueces la equiparación, en tema de efectos meramente civiles, entre declaración de nulidad y divorcio.

A tenor de la adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, nunca queda claro si la parte que se opone a la ejecución de una sentencia de nulidad eclesiástica ejercita una acción pública –más bien propia del ministerio fiscal– en razón de que el capítulo de nulidad no supera el test del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o si por el contrario ejercita una acción privada, relativa a los efectos *mere* civiles que de la sentencia –por ser de nulidad– se pueden deducir.

No parece un criterio acertado dar a la parte que se opone a la ejecución de los efectos meramente civiles la posibilidad de lograrlo oponiéndose al reconocimiento de la sentencia o resolución en virtud del citado artículo 954. Nunca se logrará tampoco la ejecución adecuada de las sentencias y resoluciones extranjeras en materia matrimonial, si se ventilan simultáneamente ambas cuestiones.

La solución que la autora propone –y en eso consiste el gran mérito de su trabajo y una gran agudeza al enfocar estos problemas– proviene de esos tratados de reconocimiento automático; y consiste en separar la problemática propia del reconocimiento –orden público– y la de la ejecución relativa a los efectos *mere* civiles. El que una decisión de nulidad o disolución –eclesiástica o civil– quede registrada acarrea que esa persona queda liberada del vínculo conyugal y puede contraer nuevas nupcias. La inscripción significa que esa sentencia ha superado el test del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y paralelos. Tema distinto es el relativo al régimen económico, el referente a los hijos, la vivienda, etc.; es decir, el de los efectos meramente civiles. Esos efectos son variables a lo largo del tiempo. En el caso de sentencias extranjeras –una vez registradas– es de suponer que los efectos *mere* civiles hayan de ser revisados o complementados en muchos casos y según los cambios de circunstancias. En el caso de las decisiones canónicas, continuarían en vigor las medidas provisionales que en su momento estableció el juez civil, hasta tanto ese mismo juez provea a elevarlas a definitivas, como consecuencia de la sentencia o resolución firme eclesiástica o modifique esas medidas. En fase de ejecución firme –dado el sistema de nulidades canónico del que están ausentes los criterios de buena y mala fe–, pocas oportunidades se daría a las partes de invocarla, para con ello lograr un régimen económico distinto del usual en materia de divorcio.

La popularidad que ha adquirido el capítulo de nulidad *incapacidad de asumir las obligaciones matrimoniales esenciales*, y en consecuencia los tribunales eclesiásticos, a mi modo de ver, deriva en gran parte de que elimina ese elemento de culpabilidad presente en la idea de buena fe propio de la contratación en general y de las nulidades civiles. Aunque se ha instituido un divorcio sin culpa en la Ley 30/1981, de 7 de julio, y se ha intentado encauzar a los españoles hacia ese divorcio como modo de resolver sus desavenencias matrimoniales, al final cuenta en el ánimo de los jueces las pruebas que apuntan hacia la existencia de un fracaso matrimonial que justifica acceder a la demanda de divorcio y que cabe atribuir en mayor o menor medida a una parte que a otra. Para demostrar que hay causa de divorcio, hay que encontrar un causante de esa causa. El divorcio español es sin culpa, pero no sin causa. En la *incapacidad de asumir las obligaciones matrimoniales esenciales* esa sombra de culpabilidad –buena fe– queda eliminada. La sentencia no deriva del comportamiento y decurso de la vida conyugal, sino del momento inmediatamente anterior a contraer matrimonio. Ésa es la estructura de las declaraciones de nulidad a diferencia de lo que acontece con las de divorcio. Tras la lectura de una sentencia de nulidad matrimonial eclesiástica las partes nunca se consideran humilladas. No suelen percibir conexión alguna entre la posibilidad de volverse a casar, que de la sentencia se deriva, con conceptos tales como «simulación parcial», *bonum sacramenti*, *super rato*, etc.

El juez no se interesa por si a lo largo de su vida conyugal cabe detectar o no causa de divorcio, sino por cuestiones tales como si antes de casarse –porque luego no cuenta– excluyeron el derecho conyugal mismo o sólo su ejercicio o cosas igualmente abstrusas.

En suma, el juez civil quiso equiparar los efectos civiles de la nulidad y del divorcio en tema de *efectos civiles mensuales*. Pero esos efectos civiles mensuales –al ser económicos– no pueden prescindir de la buena o mala fe y del historial de la vida conyugal. Tiene que haber tres pronunciamientos que plantean problemas distintos. 1.º ¿Existe vínculo matrimonial entre A y B a efectos de volver a casarse? 2.º ¿Existe vínculo económico conyugal entre A y B estén casados o no A y B? 3.º ¿Existen causas de disolución o modificación del vínculo económico conyugal? La Ley 30/1981 introdujo el divorcio vincular por lo que se refiere al primer problema; pero tal divorcio no extingue una relación económica, sino que la modifica. Esa relación económica tiene a su vez causas de extinción y modificación.

Por lo que al artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere, entiendo con la autora que es más que suficiente para delimitar la recepción de las sentencias canónicas o no de nulidad en el registro así como la dispensa *super rato* tramitada por vía judicial.

Cabe esperar, con la autora de este libro, que la voluntad política de ejecutar adecuadamente las decisiones extranjeras en materia matrimonial acabe redundando en beneficio de una mejor ejecución de las sentencias y resoluciones canónicas. Conduce a un procedimiento de ejecución más puesto en razón que la de la adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ DEL VALLE

SARIEGO MORILLO, JOSÉ LUIS: *Guía de la separación matrimonial*, Colección Ventana Abierta, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, 153 pp.

Las estadísticas demuestran que las crisis matrimoniales han experimentado oficialmente un progresivo aumento desde que en el año 1981 se modificó la regulación del matrimonio en España. Según los datos que constan en la guía que ahora presento, son ya más de un millón los procesos seguidos –unos 600.000 de separación y el resto de divorcio– y, por tanto, unas dos millones de personas afectadas directamente a las que habría que sumar otros tres millones, si consideramos a los hijos de dichos matrimonios rotos. En suma, un grave problema social que ha modificado seriamente los patrones tradicionales de la familia en España, ya que la irrupción de las nuevas convivencias monoparentales, matrimoniales o de hecho en las que conviven hijos de cada uno de los cónyuges, obli-