

cho Canónico sea salvado por el islámico. Y es que, a pesar de todo, me parece que en Europa *todavía* es mayor el número de personajes que se consideran miembros de la Iglesia católica, que los que pertenecen al Islam, si es que hay que buscar justificación «democrática» para un estudio científico.

No se vea en mis últimas palabras una crítica de esta obra. Obra que yo me sentiría incapaz de escribir. Su utilidad es evidente para intuir cuál es la base de unos problemas reales. Pero nadie gobierna mis añoranzas, ni yo mismo.

IVÁN C. IBÁN

PELLEGRINO, Piero, *La riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici. Prima e dopo l'entrata in vigore della legge 31 maggio 1995, N. 218*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, VI + 108 pp.

El autor defiende que en el ordenamiento jurídico italiano existe una reserva natural de jurisdicción eclesiástica para la declaración de nulidad de los matrimonios canónicos. Es decir, sólo los tribunales eclesiásticos pueden conocer de la nulidad de los matrimonios contraídos con forma canónica.

El tema ha tenido en Italia una relevancia más académica que social. La gran mayoría de los ciudadanos no tienen pretensión alguna de recurrir a los tribunales civiles para que conozcan de la nulidad de un matrimonio canónico. En la ruptura matrimonial recurren al divorcio. Si no lo hacen suele ser por motivos religiosos, y en consecuencia no buscan la jurisdicción estatal, sino la canónica.

Existen casos que se saltan esta lógica. La nulidad puede ser solicitada con otros fines que la mera declaración de inexistencia del vínculo matrimonial. Por ejemplo para que la parte que denuncia la nulidad obtenga ventajas económicas que tal vez no obtendría con el divorcio. Pero este problema no parece haber interpelado especialmente a la literatura jurídica italiana. Por otra parte, esos casos no parecen razón suficiente como para justificar lo efusivo y prolongado de la polémica.

Sin embargo, aunque el tema no sea acuciante desde el punto de vista social, es emblemático en la doctrina. Hay una buena parte de los autores, y también de los jueces, que ven el asunto como una cuestión de principios. Como si, con la aceptación de la reserva, el Estado cediese un poco de su soberanía y el ordenamiento jurídico comprometiese su plenitud.

El autor presenta en esta monografía todas las vicisitudes (legislativas, jurisprudenciales y doctrinales) por las que pasa el régimen de reserva. Desde los inicios de la discusión del concordato italiano, en los primeros años setenta, hasta la ley de 31 de mayo de 1995.

Después de un largo proceso de proyectos y polémicas parlamentarias, los pactos lateranenses fueron sustancialmente abrogados con el acuerdo de Villa Madama, firmado el 18 de febrero de 1984 y convertido en ley del Estado el 25 de marzo de 1985.

El concordato lateranense establecía, en el artículo 34.4.º, que «las causas concernientes a la nulidad del matrimonio y a la dispensa del matrimonio rato y no consumado quedan reservadas a la competencia de los tribunales y de los dicasterios eclesiásticos». El nuevo acuerdo, sin embargo, no decía nada acerca de la reserva. Desde entonces se ha llevado a cabo una «exégesis del silencio» (Botta). Para algunos el silencio era abrogativo, para otros era una señal de la sobrevivencia de la reserva.

Gismondi, que formó parte de la delegación italiana para la negociación del acuerdo, entendía que el silencio había sido un modo de dejar el asunto en manos de la doctrina. Pero, en general, la doctrina no acogió bien la laguna legal. Los autores consideraron como una cierta falta de responsabilidad pacticia no haber dilucidado el asunto, es decir, no haber elegido entre el régimen de reserva o el de libre concurrencia.

Desde luego, lo que no consiguió el silencio fue unificar los criterios doctrinales. Más bien dividió en dos la literatura jurídica. Los más favorables al jurisdiccionalismo y al laicismo no reconocían ninguna reserva (Cardia, Cipriani, Vitale, Finocchiaro, Margiotta Broglio, Lariccia, Folliero, Casuscelli). Los que mantenían muy vivas las raíces canónicas afirmaban con vigor la reserva (Gherro, Catalano, Dalla Torre, Baccari, De Luca, Mantuano, Tedeschi, Coppola, Fumagalli Carulli, Lo Castro, Lillo, y por supuesto el propio autor).

Estos últimos alegan que la reserva de jurisdicción es una cuestión que se impone de un modo natural, porque los efectos del matrimonio canónico sólo pueden ser canónicos. De modo que un cambio de redacción del acuerdo, o un silencio en el pacto, no puede modificar la realidad de la reserva. Mantener la continuidad de los efectos canónicos para el matrimonio canónico no vulnera en absoluto la unidad de la jurisdicción estatal. Es más, puede inducirse con comodidad de la propia ley del Estado. La norma constitucional sanciona la separación de la Iglesia y del Estado, y la mutua soberanía que cada uno goza en su orden. El protocolo adicional del Acuerdo (que forma parte integrante de él) advierte además que la Corte de apelación no entrará a reexaminar el mérito de las sentencias canónicas. Y, a efectos de la recepción de las sentencias extranjeras, el mismo protocolo hace una consideración expresa sobre «la especificidad del ordenamiento canónico». Una sentencia extranjera no tiene una recepción automática en el ordenamiento italiano, pero el protocolo entiende que el ordenamiento canónico no es un ordenamiento estatal. De tal modo que los jueces italianos, en virtud de esa especificidad, no son competentes para entrar a la sustancia de lo decidido por el tribunal eclesiástico. Es un dato de gran trascendencia para la interpretación de la reserva. Es verdad que la indicación del protocolo

adicional no prohíbe directamente que los tribunales italianos actúen en concurrencia alternativa con los tribunales eclesiásticos a efectos de conocer *por primera vez* de la nulidad. Pero una especificidad tan marcada entre ambos ordenamientos conduce de la mano a la reserva.

Los partidarios de la jurisdicción estatal ven en la doble jurisdicción una posición honorable y elegante del Estado, que cede a los tribunales eclesiásticos la posibilidad de la concurrencia de jurisdicción, pero en modo alguno admiten la reserva. Así como el ordenamiento jurídico prevé una concurrencia jurisdiccional en el momento genético del matrimonio, prevé también una concurrencia para el momento extintivo o declarativo de nulidad. Esto estaría por lo demás apoyado en motivaciones de conciencia, porque quien contrae según la jurisdicción canónica puede cambiar más tarde de orientación religiosa y desear recurrir a la jurisdicción civil para el momento extintivo. El silencio del acuerdo no puede interpretarse más que como la desaparición de toda reserva. Sólo vincula al Estado lo que el Estado mismo acepta de modo explícito en el pacto. Se podría decir que la ilimitada potestad de jurisdicción que corresponde a todo ordenamiento estatal soberano colma cualquier laguna a su favor.

La jurisprudencia de los tribunales estatales aceptó, en general, el mantenimiento de la reserva. Pero lo cierto es que la división manifestada en la literatura jurídica ha tenido también un episodio de corte muy similar en el ámbito jurisprudencial. El Tribunal de Casación (*a Sezione Unite*, por lo tanto contemplando una cuestión formal, un *dubium iuris* del reglamento de jurisdicción), con sentencia de 13 de febrero de 1993, respondió que había desaparecido toda reserva y que tenía vigencia la concurrencia de jurisdicción según el sistema de prevención: la primera potestad concurrente debía hacer suya la causa. Pocos meses más tarde, el Tribunal Constitucional, con sentencia de 1 de diciembre de 1993 (acogiendo doctrina sentada el 22 de enero de 1982 por el mismo tribunal), respondió que el régimen procesal al que quedan adscritos los matrimonios canónicos es un «lógico corolario» del régimen sustancial por el que están regulados, o sea el canónico.

La sentencia del Tribunal de Casación *a Sezione Unite* aceptaba que la reserva era susceptible de estimarse como un corolario lógico y coherente, pero en cualquier caso no era ése, a juicio del Tribunal, el único corolario lógico que podía derivarse. Otros matrimonios confesionales no católicos, que también producen efectos civiles, no llevaban consigo reserva de jurisdicción. Y además, empleando otros parámetros de coherencia de los que usaba el Tribunal Constitucional, al Tribunal de Casación le parecía coherente que el ordenamiento italiano pudiera intervenir en la disolución de un vínculo que no se había generado de acuerdo con la ley del Estado, porque en cualquier caso la soberanía del Estado, que había concedido aquel régimen especial, nunca cesa ni se pierde. Continúa siempre viva para intervenir en momentos sucesivos, incluso en el supuesto de que el juez italiano deba aplicar el Derecho canónico para anular un matrimonio,

como sucede en las relaciones jurídicas convencionales de derecho internacional privado, en las que el juez del país aplica legislación extranjera.

La sentencia del Tribunal Constitucional no constituyó formalmente, claro está, una réplica a la sentencia del Tribunal de Casación (aunque en sustancia tal vez sí lo fue), sino una respuesta al tribunal de apelación de Turín, que había remitido al Tribunal Constitucional, con ordenanza de 13 de marzo de 1992, una duda sobre la legitimidad constitucional de la reserva de jurisdicción.

La consulta de los jueces de Turín («sutilísimos», según Cipriani) era un modelo de abierta segunda intención. Con aparente ingenuidad, pretendían dejar en evidencia lo ridículo y extemporáneo de la reserva. No encontraban ningún fundamento textual para la reserva de jurisdicción en los nuevos acuerdos. Por lo tanto se veían *obligados* a preguntar acerca de la constitucionalidad del concordato lateranense, que sí la aceptaba.

Es comprensible que la respuesta del Tribunal Constitucional, ya mencionada, no convenciese a los jurisdiccionalistas. Tanto la doctrina como determinados tribunales territoriales continuaron poniendo objeciones a la reserva de jurisdicción, y ahora con más vigor que nunca. Entendían que los considerandos de la sentencia no eran vinculantes. Y que la resolución se oponía de lleno a la lógica jurídica. El tribunal de Padua, por ejemplo, consideraba que la ausencia de reserva se impone con «la evidencia inmediata del silogismo», y que el silencio de los acuerdos no es en absoluto neutral ni equívoco, sino signo manifiesto de la jurisdicción del Estado sobre el matrimonio canónico constituido. El tribunal de Torre Anunciata estimaba incluso que la sentencia del Tribunal Constitucional podría ser vinculante sólo y en último caso para el tribunal de apelación de Turín, que la suscitó.

Los dos argumentos sobre los que se apoya la crítica a la sentencia constitucional, tanto en la literatura como en la jurisprudencia, son la plena soberanía del Estado y el anclaje en el positivismo textual. Lariccia, gran detractor de la reserva, ha llegado a decir que «a ningún intérprete, ni siquiera a los jueces del Tribunal Constitucional, les está permitido afirmar principios que no estén anclados en referentes textuales».

Evidentemente, los partidarios de la reserva de jurisdicción piensan de modo muy distinto. La sentencia del Tribunal Constitucional se considera la única solución razonable. El matrimonio canónico es un puro presupuesto de hecho para la jurisdicción italiana, con efectos exclusivamente registrales o de transcripción. No parecería lógico que el juez civil interviniera en algo que en realidad le resulta «impenetrable» (Lillo). Así pues la transcripción y la reserva resultan, por pura congruencia recíproca, las «columnas» del matrimonio concordatario (Gherro).

Estos autores, y otros, exponen además algunos problemas prácticos no pequeños para el hipotético supuesto de la concurrencia de jurisdicción. No parece que pueda equipararse al caso del matrimonio la sentencia del Tribunal de Casación (*a Sezione Unite*) de 28 de agosto de 1990, que establecía concurrencia

de jurisdicción para las controversias sobre sustentación del clero. Ese caso guarda similitud, pero no es en absoluto simétrico con el del matrimonio. La sentencia, canónica o civil, sobre sustentación del clero podría tener efectos en ambos ordenamientos. Pero no así en el caso del matrimonio canónico, que no surtiría efecto ninguno en el ámbito canónico si es resuelto por un juez civil.

Otro problema, más agudo aún, sería la aceptación sin restricciones del llamado *ius poenitendi*, es decir, del derecho de una de las partes a cambiar de credo religioso y consiguientemente de sistema matrimonial. O lo que sería mucho más exacto, el derecho de arrepentirse de haber contraído matrimonio canónico. Aunque parece difícil de creer, este argumento ha sido empleado con alguna frecuencia para justificar la jurisdicción civil sobre el matrimonio canónico. Pero el supuesto *ius poenitendi* tropieza como es obvio con la libertad del otro cónyuge (también con su libertad religiosa), que es un límite insalvable para cambiar la naturaleza pacticia de la relación matrimonial, siempre cosa de dos. Sin contar con que el acceso a los tribunales civiles por el sistema de la prevención inhibiría o vaciaría el ejercicio de la libertad religiosa de la parte no recurrente.

Más problemas. ¿Qué derecho debería aplicar el juez civil para declarar la nulidad de un matrimonio canónico? Es razonable pensar, contando con el origen del pacto y desde la perspectiva del derecho internacional privado, que el derecho aplicable sea el derecho canónico. Pero el derecho canónico, además de las dificultades objetivas de conocimiento y prueba que reportaría al juez civil, no se puede considerar un ordenamiento más. Los ordenamientos estatales son en cierta manera homogéneos (seculares o, si se quiere, laicos). El ordenamiento canónico es el ordenamiento de una organización confesional. Y no parece coherente que un juez italiano pueda aplicar el ordenamiento de una confesión religiosa. Más bien parecería anticonstitucional, porque el artículo 7 de la Constitución italiana sanciona expresamente la separación entre orden estatal y orden religioso.

La ley de 31 de mayo de 1995 ha modificado el régimen italiano de derecho internacional privado. Por una parte ha hecho más expeditivo el reconocimiento de las sentencias de tribunales extranjeros, y por otra ha establecido la jurisdicción del juez italiano sobre la nulidad del matrimonio cuando uno de los cónyuges es italiano, o el matrimonio se ha celebrado en Italia. Pero la propia ley establece, en su artículo 2, que sus disposiciones no prejuzgan la aplicación de los tratados internacionales que estén vigentes en Italia. El contenido de esta ley, que toca indudablemente algunos extremos del problema, no ha modificado las bases de la discusión ni las opiniones de los autores. Por una parte hace caer en cierta medida «el mito de la ilimitación del poder del Estado» (Folliero); por otra, parece otorgar mayor eficacia a la jurisdicción civil sobre la validez del matrimonio; finalmente, parece excusar ese jurisdiccionalismo con una remisión a la prevalencia de los acuerdos internacionales.

El autor termina dando su opinión conclusiva sobre el problema. No está de más que lo haga, si se tiene presente que el modo como trata a la doctrina es exquisitamente objetivo, citando en cadena todos los testimonios doctrinales y jurisprudenciales, con el propósito de presentar un *status quaesitionis* muy neutral. «Si el matrimonio canónico surge y se constituye en el ordenamiento de la Iglesia, no puede concebirse en manera alguna que las causas que afectan a su nulidad sean reclamadas a los tribunales estatales, que nada tienen que ver con los de la Iglesia y sobre todo con la sustancia de la institución matrimonial fundada en una concepción, la sacramental, que escapa por completo al sistema y a la lógica de un ordenamiento estatal, que en ningún modo puede comprender, ni recibir, las múltiples peculiaridades del ordenamiento canónico; peculiaridades que vibran en un ordenamiento jurídico que es tal, pero que simultáneamente es derecho en sentido análogo a los otros ordenamientos» (p. 105).

Queda claro que suscribo la posición de Pellegrino en su sustancia. Me parece que la reserva de jurisdicción para la fase extintiva del matrimonio es la única solución coherente para un sistema concordatario que acepta sin reservas una fase canónica constitutiva. Pero me gustaría hacer algún retoque a su argumentación (tal como se lee en la última cita).

No sólo Pellegrino, sino casi toda la doctrina eclesiasticista italiana, se refiere al matrimonio canónico como matrimonio-sacramento. Es bien sabido que el matrimonio canónico no es siempre sacramento (por ejemplo, en el caso de que uno de los dos cónyuges no haya recibido el bautismo). Pero sobre todo no es la dimensión sacramental la que interesa al derecho eclesiástico del Estado (ni siquiera, si esto se entiende bien, al derecho canónico). La sacramentalidad del matrimonio no deriva del ritual de su celebración, de sus propiedades esenciales, de su forma, de las condiciones que se establecen para valorar la capacidad o la habilidad de los contrayentes. Deriva de la gracia bautismal, que hace que los fieles, cuando contraen, contraigan en Cristo. No se trata de un añadido canónico, sino de un efecto concomitante a su ser cristiano.

Por eso no me parece conveniente designar el matrimonio canónico como matrimonio-sacramento. Comprendo que el sistema matrimonial canónico puede ser mirado como algo específico o distinto del matrimonio que concibe un ordenamiento civil. Pero no por razón de la sacramentalidad del vínculo. El matrimonio cristiano es el matrimonio «del principio», porque la Iglesia no conoce otro. Juan Pablo II ha hablado del matrimonio como un sacramento de la creación. Por lo tanto, todas las diferencias hay que buscarlas en un ámbito que no sea el de la sacramentalidad cristiana específica. Las piezas del sistema matrimonial canónico tienen la fuerza que les otorga el matrimonio como realidad natural, universalmente reconocible.

La reserva de jurisdicción no debería venir exigida por razones de heterogeneidad, o sea como si existiese un desnivel esencial insalvable entre el matrimonio laico y el matrimonio religioso. Viene exigida más bien por razones de congruencia jurisdiccional o por congruencia de ordenamiento.

El matrimonio canónico ha reivindicado siempre no ser un intruso en el régimen matrimonial del Estado, precisamente porque siente sobre sí el peso del matrimonio más universal y más susceptible de recepción. Que con el tiempo las propiedades de ese matrimonio se desconozcan o no se acepten es una cuestión distinta. Lo que no se debería permitir es que esas propiedades se estimaran como convicciones de fe.

Por lo demás la posición de Pellegrino, y la de otros canonistas y eclesiasticistas italianos de posición afín, resulta alentadora en un clima jurídico de positivismo duro, donde no existe más derecho que el escrito, siempre que el que lo escriba sea el Estado.

JAVIER OTADUY

PINORI, Alessandra y TRAVERSO, Maria C., *Finisce l'amore, si va dal giudice. La tutela del convivente more uxorio dopo la fine della relazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, XII + 146 pp.

En la mayoría de los casos, lo que hace que el alumno pierda la concentración en la clase es la monotonía de la misma, la exposición sistemática de una serie de ideas que no se pueden conectar con la realidad práctica. Pues bien, en esta monografía se puede observar el gran esfuerzo realizado para atraer la atención del discente a través de un experimento de dialéctica jurídica. Tal y como afirma Maurizio Lupoi en la presentación de este libro: «... grande fatica che sia Alessandra Pinori sia Maria Clementina Traverso hanno affrontato...». Sin embargo, no sólo se consigue atención sino también esfuerzo y trabajo de futuros abogados que no olvidarán ni el caso que en este experimento defienden, ni la aplicación práctica del mismo.

La presente obra se inserta dentro de la «Collana per la didattica», que magistralmente dirige Giovanna Visintini, destinada a la especialización de profesionales legales.

En la Escuela Forense «Mauro d'Andrè» es el tercer año que se realiza esta simulación, pasando del *trust* a la *responsabilità della banca per affidamento*, para finalmente llegar al caso cuya defensa jurídica queda recogida en este libro: *La tutela del convivente more uxorio dopo la fine della relazione*.

El iter argumental gira en torno a una joven pareja, Fatina y Cupido. Él, empresario que comercia con la exportación de productos. Ella, abogada que no llega a ejercer pues se dedica tanto al mantenimiento de la casa rústica, perteneciente a la familia de Cupido, en la que ambos conviven, cuanto a ayudar a su pareja en el negocio; Fatina habla tres idiomas y es la que mantiene las relaciones comerciales con los clientes extranjeros. La pareja, después de varios años de