



LA REGULACIÓN CANÓNICA DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO DE 1983

JUAN FORNÉS

SUMARIO

I • PRECISIONES METODOLÓGICAS. II • INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO. III • LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR MUERTE. IV • OTROS SUPUESTOS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.
1. • Ideas generales. 2. • Disolución del matrimonio no consumado. 3. • El privilegio paulino: a) Noción, requisitos y efectos. b) La interpelación. c) Especial referencia al supuesto del c. 1147. 4. • La disolución por uniones poligámicas. 5. • La disolución por imposibilidad de vida en común. V • EL PRIVILEGIO DE LA FE.

I. PRECISIONES METODOLÓGICAS

Este estudio —como su propio título indica— pretende exponer, de la manera más clara y lineal posible, la regulación que el Código de Derecho canónico de 1983 hace de una materia de por sí intrincada y difícil: la disolución del matrimonio.

Por ello, se tratará de obviar —aunque naturalmente se hará la oportuna referencia a ella— la problemática excesivamente pormenorizada o de detalle, porque el objetivo que persiguen estas líneas es, más bien, el de proporcionar, de modo sistemático, los datos suficientes y las piezas clave —doctrinales y legales— para tener una visión armónica y coherente del conjunto.

Toda síntesis lleva consigo el riesgo de presentar afirmaciones que, a primera vista, pueden parecer simplificadoras. Considero, sin embargo, que compensa afrontar ese riesgo —siempre que existan los adecuados fundamentos—, no por pretensiones de dogmatismo intelectual sino, más bien, en la búsqueda de la funcionalidad precisa del trabajo, ya descrita en estas breves precisiones metodológicas.

II. INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO

Como es bien sabido, una de las propiedades esenciales del matrimonio —de todo matrimonio (no sólo del matrimonio cristiano)— es la indisolubilidad (cc. 1056 y 1085). Lo que quiere decir que el vínculo matrimonial une a varón y mujer en toda su capacidad de unión conyugal y durante toda la vida de ambos cónyuges¹.

El estudio de distintos pasajes de la Sagrada Escritura y el examen de los testimonios de la tradición, en cuanto representada por los Padres de la Iglesia², muestran que la indisolubilidad del matrimonio es una característica del vínculo conyugal que, desde el comienzo, ha estado presente en la conciencia y en la vida cristianas. Son varios los pasajes evangélicos que la recogen y no es del caso traerlos todos a colación aquí. Bastará recordar el particularmente significativo de Mateo 19, 3-12, en el que, a propósito de la cuestión planteada sobre el repudio, Cristo, después de aludir al texto del Génesis 2, 24 («Por eso dejará el hombre al padre y a la madre y se unirá a la mujer, y serán los dos una sola carne»), concluye: «Por tanto, lo que Dios unió no lo separe el hombre».

La indisolubilidad hunde sus raíces más profundas en la propia esencia del matrimonio, porque si éste es una unidad en las naturalezas del varón y de la mujer en lo que tienen de complementario —virilidad y feminidad—, esto es, si el matrimonio es *una caro* (una sola carne)³, quiere decir que el divorcio o el repudio es algo que atenta directamente contra su propia esencia o naturaleza. Así se entiende bien que Cristo apoyara su argumentación, cabalmente,

1. Vid., entre otros, J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, III/1, *Derecho matrimonial*, Pamplona 1973, pp. 65-80 y 306-313; J. FORNÉS, *La indisolubilidad del matrimonio (Notas en torno a un volumen sobre el vínculo conyugal)*, en «Ius Canonicum», 35-36 (1978), pp. 430-470; ID., *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1990, pp. 34 ss. y 194 ss.

2. Vid., por ejemplo, E. SALDÓN, *La indisolubilidad del matrimonio en la Patrística*, en «Ius Canonicum», 21 (1971), pp. 113 ss.; ID., *El matrimonio, misterio y signo (desde el siglo I hasta San Agustín)*, Pamplona 1971; H. CROUZEL, *La indisolubilidad del matrimonio en los Padres de la Iglesia*, en AA. VV., *El vínculo matrimonial*, Madrid 1978, pp. 61-116.

3. Cfr. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios...*, cit., pp. 23-31; J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, cit., pp. 15-20; J. G. ARBOLEDA, *La «una caro» en la literatura cristiana hasta el siglo XII*, en «Excerpta e dissertationibus in Iure Canonico», IV (1986), Pamplona 1987, pp. 9-107.

sobre esta base: Si los dos serán «una sola carne», lo que Dios unió «no lo separe el hombre». Y así se entiende bien, en esta misma línea, que la tradición cristiana insistiera en que el divorcio es «contra la naturaleza, porque la una sola carne (*una caro*) se corta en dos (*dissecatur*)» (Juan Crisóstomo)⁴; o que supone «una escisión de la propia carne, una división del cuerpo» (*carnem suam scindit, dividit corpus*) (Ambrosio de Milán)⁵.

La indisolubilidad, por lo demás, pertenece a la doctrina de fe, como consta en los cc. 5 y 7 de la sesión 24 del Concilio de Trento⁶. Precisamente aludiendo al c. 7 de este Concilio, Pío XI, en la Enc. *Casti connubii*, subraya: «Luego si la Iglesia no erró ni yerra cuando enseñó y enseña estas cosas, evidentemente es cierto que no puede disolverse el vínculo ni aun en caso de adulterio, y cosa clara es que mucho menos valen y en absoluto se han de despreciar las otras tan fútiles razones que pueden y suelen alegarse como causa de los divorcios»⁷.

Aparte de los fundamentales textos de Trento, son múltiples las declaraciones magisteriales sobre esta propiedad esencial. No parece necesario hacer aquí un recuento de todas ellas. Bastará con señalar que el Vaticano II ha insistido en esta misma línea, poniendo de relieve, además, la íntima unión entre *unidad* e *indisolubilidad*: «del acto humano por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente, nace, aun ante la sociedad, una institución confirmada por la ley divina. Este vínculo sagrado, en atención al bien, tanto de los esposos y de la prole como de la sociedad, no depende de la decisión humana (...). Esta íntima unión, como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena fidelidad conyugal y urgen su indisoluble unidad»⁸.

Recuérdense, en fin, las numerosas intervenciones de Juan Pablo II en esta línea. «La comunión conyugal —subraya, por ejemplo,

4. SAN JUAN CRISÓSTOMO, *Homiliae in Mattheum*, homil. LXII, 2 (PG 58, 597).

5. SAN AMBROSIO, *Expositio Evangelii secundum Lucam*, I, 30 (ed. *Corpus Christianorum*, series latina XIV, Turnholti 1957, p. 21).

6. DS 1805 y 1807.

7. Cfr. Pío XI, Enc. *Casti connubii*, de 31 de diciembre de 1930 (AAS 22, 1930, p. 574).

8. GS 48.

en la Exhortac. Apost. *Familiaris consortio*— se caracteriza no sólo por su unidad, sino también por su indisolubilidad (...). Es deber fundamental de la Iglesia reafirmar con fuerza (...) la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio; a cuantos, en nuestros días, consideran difícil o incluso imposible vincularse a una persona por toda la vida y a cuantos son arrastrados por una cultura que rechaza la indisolubilidad matrimonial y que se mofa abiertamente del compromiso de los esposos a la fidelidad, es necesario repetir el buen anuncio de la perennidad del amor conyugal que tiene en Cristo su fundamento y su fuerza. Enraizada en la donación personal y total de los cónyuges y exigida por el bien de los hijos, la indisolubilidad del matrimonio halla su verdad última en el designio que Dios ha manifestado en su Revelación: Él quiere y da la indisolubilidad del matrimonio como fruto, signo y exigencia del amor absolutamente fiel que Dios tiene al hombre y que el Señor Jesús vive hacia su Iglesia»⁹.

Si la indisolubilidad es propiedad esencial de todo matrimonio por virtud del propio Derecho natural, alcanza especial refuerzo en el matrimonio cristiano, por la firmeza particular que surge de su carácter sacramental. De ahí que el c. 1056 diga que, en el matrimonio cristiano, «la unidad y la indisolubilidad (...) alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento». Y sobre esta base se asienta la taxativa declaración del c. 1141.

III. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR MUERTE

El matrimonio rato y consumado —señala, en efecto, el canon— «no puede ser disuelto» más que por la muerte.

Como es sabido, con el término *rato* se hace referencia al matrimonio sacramental; mientras que *rato* y *consumado* hace referencia al matrimonio sacramental, cuando los cónyuges han realizado el acto conyugal (cfr. c. 1061).

9. JUAN PABLO II, Exhortac. Apost. *Familiaris consortio*, de 22. XI. 1981, n. 20 (AAS, 1982, pp. 102 ss.). Vid. también *Catecismo de la Iglesia Católica*, Roma 1992, nn. 1610-1617; 1643-1651.

Pues bien, el matrimonio rato y consumado es absolutamente indisoluble. En cambio, si falta la sacramentalidad (no es matrimonio rato) o, si siendo rato no ha sido consumado, caben algunas excepciones al principio de la indisolubilidad, como es el supuesto del privilegio paulino y otros en los que actúa la *potestad vicaria* o *ministerial* del Romano Pontífice en materia de Derecho divino, a los que se hará referencia en los apartados siguientes. «Es superfluo —como subraya Pío XII en una ‘Alocución’ de 3 de octubre de 1941— (...) repetir que el matrimonio rato y consumado es indisoluble por Derecho divino y no puede ser disuelto por ninguna potestad humana; en cambio los otros matrimonios, aun siendo *intrínsecamente* indisolubles, no tienen sin embargo una indisolubilidad *extrínseca* absoluta, sino que, dados ciertos presupuestos, necesarios, pueden (se trata, como es sabido, de casos relativamente escasos) ser disueltos, no solamente en virtud del privilegio paulino, sino también por el Romano Pontífice en virtud de su *potestad ministerial*»¹⁰.

Como puede verse, es importante distinguir entre indisolubilidad intrínseca e indisolubilidad extrínseca. La primera hace referencia a que el vínculo no puede disolverse por voluntad de los cónyuges; y es absoluta. La segunda indica que no hay autoridad que pueda disolver el matrimonio: es absoluta en el caso del matrimonio rato y consumado; en los demás casos, caben algunas excepciones, como ya se ha apuntado y como estudiaremos en su momento.

Alguna línea doctrinal ha pretendido debilitar la cuestión de la absoluta indisolubilidad del matrimonio rato y consumado, bien replanteando la noción de «rato», es decir, la sacramentalidad, bien replanteando la noción de «consumación»¹¹. Se trata de propuestas que no han alcanzado ninguna aceptación¹², como tampoco la han

10. Alocución de Pío XII a la Rota Romana, de 3 de octubre de 1941 (AAS 33, 1941, pp. 424-425).

11. Por ejemplo, J. BERNHARD, *Reinterprétation (existentielle et dans la foi) de la législation canonique concernant l'indissolubilité du mariage chrétien*, en «Revue de Droit canonique», 21 (1971), pp. 243-277; J. T. FINNEGAN, *When is a marriage indissoluble?*, en «The Jurist», 28 (1968), pp. 309-320; P. HUIZING, *Indisolubilidad matrimonial y regulaciones de la Iglesia*, en «Concilium», 38, sept.-oct. 1968, pp. 202 ss.

12. Cfr. *Communicationes* 10 (1978), pp. 107 s.; U. NAVARRETE, *Indissolubilitas matrimonii rati et consummati: Opiniones recentiores et observationes*, en «Periodica», 1969, pp. 145 ss.; ID., *De notione et effectus consummationis matrimonii*, *ibid.*, 1970, pp. 650 ss.; A. BERNARDEZ,

alcanzado las sugerencias¹³ relativas a la ampliación del poder del Romano Pontífice respecto de la posible disolución del matrimonio rato y consumado¹⁴.

Afirmada así la indisolubilidad, el c. 1141 recoge el caso de la disolución normal del matrimonio, esto es, por muerte de uno de los cónyuges.

En realidad, estamos ante un caso de extinción del matrimonio más que ante una disolución propiamente dicha. Pero, en todo caso —y precisiones terminológicas aparte—, lo cierto es que esta causa de extinción no plantea mayores problemas, salvo el que surge cuando no existen pruebas fehacientes del fallecimiento, bien por las peculiares circunstancias en que haya sucedido éste, o bien porque, simplemente, lo único real es la desaparición de la persona en especiales circunstancias, de modo que se ignora su suerte (supuestos de guerra, naufragio, accidente, etc.).

Lo importante, en este punto, es tener en cuenta que en Derecho canónico no hay presunción legal de muerte por ausencia prolongada del cónyuge, ni declaración de fallecimiento realmente disolutoria, tal y como se conciben en los ordenamientos estatales¹⁵, sino que es necesario un procedimiento investigador, no judicial, sobre la muerte presunta del cónyuge, a través del cual el Obispo diocesano debe llegar a la «certeza moral» sobre la muerte del cónyuge y declarar que ésta ha sucedido. Este procedimiento está regulado en el c. 1707¹⁶.

El divorcio en el Concilio Vaticano II y en la doctrina actual. Tendencias divorcistas actuales: crítica, en AA. VV., *El vínculo matrimonial*, Madrid 1978, pp. 515-577.

13. Por ejemplo, A. BRIDE, *L'actuelle extension du privilège de la foi*, en «L'Année canonique» (1958-1959), pp. 53-81; ID., *Le pouvoir du Souverain Pontifice sur le mariage des infidèles*, en «Revue de Droit canonique», 10-11 (1960-1961); R. CHARLAND, *Le pouvoir de l'Église sur les liens de mariage*, en «Revue de Droit canonique», 16 (1966), pp. 44-57 y 17 (1967), pp. 31-46.

14. Vid. *Communicationes* 10 (1978), pp. 107 s.; A. BERNARDEZ, *El divorcio... cit.*, pp. 515 ss., especialmente pp. 554-557. Vid, en fin, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Roma 1992, n. 1640.

15. Vid., por ejemplo, a. 85 del Código civil español.

16. En la disciplina anterior, esta cuestión estaba regulada en la Instrucción *Matrimonii vinculo*, de 13 de mayo de 1868 (CIC, *Fontes*, IV, pp. 306-309). Vid. M. SAID, *De processu praesumptae mortis coniugis*, en AA. VV., «*Dilexit iustitiam*». *Studi in onore di A. Card. Sabatani*, a cura di Z. Grochowski e V. Carcel Orti, Lib. Ed. Vat. 1984; R. MELLI, *Il processo di morte presunta*, en AA. VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Lib. Ed. Vat., 1992, pp. 217 ss.

La declaración de muerte presunta permite al cónyuge contraer nuevo matrimonio. Pero es obvio que se trata de una presunción, pese a estar basada en la certeza moral obtenida; lo cual quiere decir que si el cónyuge desaparecido no hubiera fallecido realmente, el vínculo primero subsistiría y el segundo matrimonio sería nulo, aunque, al haber sido contraído de buena fe, produciría los efectos del matrimonio putativo (cfr. c. 1061 § 3).

IV. OTROS SUPUESTOS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

1. *Ideas generales*

El c. 1141 basa el carácter absoluto de la indisolubilidad del matrimonio en su sacramentalidad y en su consumación. Si no confluyen los dos elementos es posible la disolución, a través del ejercicio por el Romano Pontífice de su potestad vicaria en materia de Derecho divino: potestad propia sólo de Dios (que actúa como causa principal), y *vicaria* por parte del Romano Pontífice (que opera como causa instrumental).

Es de notar que la doctrina más reciente habla del ejercicio por parte del Romano Pontífice de la *potestas sacra* en general, es decir, no de una específica potestad vicaria distinta de la potestad sagrada que tiene el Romano Pontífice en virtud de su oficio¹⁷; pero, independientemente de matices y precisiones que puedan aportarse en esta línea, en el fondo lo que sucede es que, desde esta perspectiva, puede decirse que toda potestad poseída por el Romano Pontífice es vicaria: cabalmente, es el Vicario de Cristo en la tierra. En este sentido, algún sector doctrinal que ha prestado particular atención a estas cuestiones, tratando de sintonizar con la amplia visión de

17. Vid., por ejemplo, U. NAVARRETE, *Potestas vicaria Ecclesiae: Evolutio historica conceptus atque observationes attenta doctrina Concilii Vaticani II*, en «Periodica», 60 (1971), pp. 419 ss.; M. LÓPEZ ALARCÓN-R. NAVARRO VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 4ª ed., Madrid 1992, pp. 298 s.; R. BURKE, *Il processo di dispensa dal matrimonio rato e non consumato: la grazia pontificia e la sua natura*, en «I procedimenti speciali nel diritto canonico», Città del Vaticano 1992, pp. 135 ss., con las oportunas referencias bibliográficas.

los canonistas y teólogos del Medievo y del siglo XVI, habla también de «considerar al Papa como vicario de Dios Creador y de Cristo Redentor, el cual tiene una relación particular con todos los hombres, como criaturas de Dios y como redimidos por Cristo, y con el derecho natural, en cuanto es su custodio e intérprete, con facultad de poder dispensar de él en casos particulares, si así lo pide el bien de las almas»¹⁸.

No es de extrañar, en todo caso, que la doctrina teológica y jurídica no haya logrado ofrecer una explicación que alcance todos los puntos sometidos a interrogación en el concreto supuesto de disolución del matrimonio no consumado entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada (c. 1142), y en los restantes que veremos después. Y, por otra parte, tampoco parece fácil que lo haga, si es que se pretende tomar en consideración sólo los datos que se mueven en el plano que podríamos denominar científico-técnico, o en el plano histórico (se suelen citar, en este sentido, varias decretales de Alejandro III, por otra parte algunas de ellas sometidas a estudio y discusión por su dudosa interpretación)¹⁹. Se trata de un tema en el que entran en juego, de un modo particularmente intenso, datos propios de la fe, que se apoya en la segura guía del Magisterio y de la praxis de la Iglesia. De modo que, como se ha puesto de relieve por la doctrina en más de una ocasión, la verdadera razón de fondo que explica estos supuestos de disolución está en su práctica constante, a lo largo del tiempo, por parte del Romano Pontífice; todas las demás razones que se aportan son de pura congruencia²⁰.

Es interesante recordar aquí cómo, después de las polémicas sobre el poder disolutorio del Romano Pontífice sobre el matrimonio no consumado, Clemente VIII —ante un caso concreto presentado— nombró una comisión especial, integrada por los Cardenales Ascoli, Bianchetto, Mantica, Arrigone, Visconti, d'Ossat, Borghese y Belar-

18. U. NAVARRETE, *Privilegio de la fe: Constituciones pastorales del siglo XVI. Evolución posterior de la práctica de la Iglesia en la disolución del matrimonio de infieles*, en AA. VV., *El vínculo matrimonial. ¿Divorcio o indisolubilidad?*, Madrid 1978, p. 303.

19. Vid., por ejemplo, E. SAURWEIN, *Der Ursprung des Rechtsinstitutes der Päpstlichen Dispens von der nicht vollzogenen Ehe*, Roma 1980.

20. Cfr. L. MIGUÉLEZ, *Comentarios a los cc. 1118-1127*, en A. ALONSO-L. MIGUÉLEZ-S. ALONSO, *Comentarios al Código de Derecho canónico*, II, Madrid 1963, p. 690.

mino; por los auditores de la Rota Serafino, Pamphili, Pegna y Mellino; y por los jesuitas Giustiani y Costa. El dictamen presentado el 16 de julio de 1599 era una unánime declaración de que el Papa posee este poder²¹.

En suma, una síntesis de los puntos que deben tenerse en cuenta en esta materia concerniente al poder disolutorio del Romano Pontífice —de matrimonio no consumado y de otros matrimonios—, de las cuestiones que se ha planteado la doctrina²², y de sus posibles soluciones, sería la siguiente:

1º El Romano Pontífice puede disolver el matrimonio: a) de dos bautizados o de parte bautizada y parte no bautizada, siempre que no esté consumado (cfr. c. 1142); b) de dos no bautizados.

2º En cambio, un matrimonio sacramental y ya consumado es absolutamente indisoluble.

3º Al interrogante acerca de por qué es el Romano Pontífice la única autoridad que puede disolver un matrimonio, sea o no de bautizados, «la respuesta, siempre según la doctrina católica, es ésta: el Papa posee una doble autoridad, conferida por Cristo: por un lado, es cabeza de la Iglesia que Cristo fundó, y en virtud de ello gobierna a los miembros de tal Iglesia; por otro lado, es el Vicario de Dios en la tierra para ejercer en Su nombre la autoridad que Dios posee sobre todos los hombres, estén o no bautizados, crean o no en El. Es en virtud de este segundo poder como el Papa interpreta el Derecho natural, que es ley para toda la humanidad; y es en virtud de este segundo poder como disuelve el matrimonio de quienes no pertenecen a la Iglesia, en cuanto la ley de la indisolubilidad, con sus excepciones, no es una ley eclesiástica, sino natural»²³.

4º A la pregunta acerca del límite del poder papal para la disolución del matrimonio, hay que responder que tal límite se encuen-

21. Cfr. G. H. JOYCE, *Christian marriage: an historical and doctrinal study*, 2ª ed., London 1948, p. 449.

22. Cfr. el volumen de VV. AA., *El vínculo matrimonial. ¿Divorcio o indisolubilidad?*, Madrid 1978. Puede verse también el comentario de J. FORNÉS, *La indisolubilidad del matrimonio (Notas en torno a un volumen sobre el vínculo conyugal)*, en «Ius Canonicum», 35-36 (1978), pp. 443-470; ID., *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1990, pp. 194 ss.

23. A. DE LA HERA, *Indisolubilidad y consumación del matrimonio*, en «Revue de Droit canonique», t. XXVI, nn. 2-4 (1976), p. 362.

tra en el matrimonio sacramental consumado. Y ello sobre la base de dos datos importantes: a) la praxis del ejercicio del poder pontificio; b) y, sobre todo, las repetidas formulaciones doctrinales y magisteriales acerca de la indisolubilidad absoluta del matrimonio rato y consumado.

Como se ha subrayado con gráficas palabras, en relación con algunos planteamientos críticos a este respecto, «el hecho de que los Papas no hayan ejercitado un poder durante siglos no significa que no lo posean; pero sí que significará que no lo poseen el hecho de que hayan afirmado con continuidad y solemnidad suficientes que no les ha sido confiado por Cristo»²⁴; afirmación que se encuentra, además, en los Códigos de 1917 y 1983 para la Iglesia latina, y en el de 1990 para las Iglesias Orientales, cuando señalan que el matrimonio rato y consumado no se disuelve sino por la muerte (c. 1118 del CIC 17, c. 1141 del CIC 83 y c. 853 del CCEO), acogiendo en esta fórmula una tradición secular y constante en la enseñanza del magisterio. «Por tanto —subraya por su parte el Catecismo de la Iglesia Católica—, el vínculo matrimonial es establecido por Dios mismo de modo que el matrimonio celebrado y consumado entre bautizados no puede ser disuelto jamás. Este vínculo que resulta del acto humano libre de los esposos y de la consumación del matrimonio es una realidad ya irrevocable y da origen a una alianza garantizada por la fidelidad de Dios. La Iglesia no tiene poder para pronunciarse contra esta disposición de la sabiduría divina (cf. CIC c. 1141)» (n. 1640).

5º En cuanto a la *fundamentación* relativa a la absoluta indisolubilidad del matrimonio rato y consumado, y a la posibilidad de disolución de los demás matrimonios, se trata de un tema de difícil solución, al que los especialistas —como ya se ha apuntado antes— todavía no han dado una explicación del todo satisfactoria. Lo cual —ya se señaló también más arriba— es lógico, si se tiene en cuenta que —aparte de que los supuestos de disolución son excepciones a la norma general, por lo demás, muy escasas numéricamente— estamos ante un tema en el que entra en juego la naturaleza sacramen-

24. Ibid., p. 365. Vid. A. BERNARDEZ, *El divorcio...* cit., pp. 556 s.; J. FORNÉS, *La indisolubilidad...* cit., pp. 443 ss., especialmente pp. 465-470.

tal del matrimonio y en el que, por tanto, intervienen datos de fe que sobrepasan los límites puramente especulativos humanos. Estamos en el campo mismo del misterio, en el que, por consiguiente, resultan decisivas las enseñanzas magisteriales.

Con todo, y desde un punto de vista jurídico, quizá se puedan proporcionar algunas pistas de explicación por dos vías fundamentalmente:

a) La primera consiste en poner de relieve la importancia de la consumación, pero, en este ámbito, sólo en el matrimonio sacramental. Es decir, concibiendo la consumación como una categoría jurídica —«un *hecho jurídico*, que refuerza la indisolubilidad del vínculo»²⁵— que afecta al matrimonio sacramental, en tanto en cuanto contribuye a perfeccionar el signo sacramental: «No es una consumación *negocial*» —subraya Hervada, despejando así el equívoco que aquí subyace, cuando se habla de consumación sobre la base del contexto de la polémica medieval sobre si el matrimonio es negocio real o consensual—. «No es una consumación *negocial*, sino una consumación *sacramental*. La peculiar firmeza que, por la sacramentalidad, produce el primer acto conyugal no está en el orden de la consumación de los negocios jurídicos, sino en un orden singular de eficacia que no es reductible a las habituales categorías de los efectos de la consumación de los negocios jurídicos reales o consensuales»²⁶.

b) La segunda vía que se debe tener en cuenta para la fundamentación de esta temática estriba en la necesidad de tener presente el juego entre naturaleza y gracia en el matrimonio, que tiene también relevancia de cara a la configuración precisa de la ley de la indisolubilidad, que, en el fondo, radica en la consideración del matrimonio en su más íntimo ser —en su esencia— como *una caro*: «la significación del matrimonio consumado no radica en otra cosa que en el hecho mismo de haberse expresado ontológicamente los esposos como *una caro*, realidad semejante a la unión de Cristo con la

25. J. HERVADA, *El matrimonio canónico. Teoría general*, en AA. VV., *Derecho canónico*, Pamplona 1975, p. 394.

26. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios, III/1, Derecho matrimonial*, Pamplona 1973, p. 303,

Iglesia por la Encarnación»²⁷. Y en virtud de la real inseparabilidad entre matrimonio y sacramento, «la plenitud de la significación produce una corrección del valor jurídico del vínculo, atribuyéndole una firmeza que sólo por razón del pacto no tiene, dándole una indisolubilidad que lo hace semejante a la indestructible unión de Cristo con la Iglesia»²⁸.

2. *Disolución del matrimonio no consumado*

Teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto, parece oportuno señalar que, durante los trabajos preparatorios del Código, algunos pidieron que se atribuyese a los Obispos la facultad de dispensar en el supuesto de matrimonio rato y no consumado, o que al menos se dijera en el texto del proyectado c. 1142 «ab auctoritate ecclesiastica» en lugar de «a Romano Pontífice», de tal manera que las discusiones teológicas acerca de la potestad vicaria y de la posibilidad de su delegación permaneciesen abiertas. Pero lo cierto es que, aunque algunos consultores consideraron que esta potestad pertenece de por sí también a los Obispos, «todos, sin embargo, quieren que se mantenga la disciplina vigente, es decir que tal facultad se reserve al Romano Pontífice»²⁹. Por todo lo dicho antes, parece claro que esta potestad disolutoria sólo pertenece al Romano Pontífice, como Vicario de Cristo en la tierra con la plenitud propia y exclusiva de su oficio.

Por lo demás, en el supuesto contemplado en c. 1142, no estamos ante una dispensa propiamente dicha, en sentido técnico —es decir, ante una relajación de una ley meramente eclesiástica en un caso particular (c. 85)—, sino que, en la llamada dispensa *super rato*, estamos ante un acto del Romano Pontífice que, con su potestad vicaria, hace que desaparezca el vínculo conyugal. Y, por ello, desaparecido el mismo vínculo conyugal, no le es aplicable el principio de la indisolubilidad por falta de materia. Se trata, por consiguiente,

27. Ibid., p. 303.

28. Ibid., p. 304.

29. Cfr. *Communicationes*, 10 (1978), p. 108.

de una dispensa en sentido lato o amplio, no en sentido estricto o técnico-jurídico.

Los puntos fundamentales que se deben tener en cuenta en relación con este precepto legal (c. 1142) son los siguientes:

1º Debe tratarse de un matrimonio: a) entre bautizados; b) o entre parte bautizada y parte no bautizada.

2º Hace falta la «justa causa» para la validez del acto de disolución, puesto que el Romano Pontífice ejerce una potestad vicaria en materia de Derecho divino, que está sometida a esta exigencia o requisito por su propia naturaleza (pueden ser «justas causas», por ejemplo, la impotencia sobrevenida accidentalmente después de la celebración del matrimonio; grave aversión entre las partes, sin esperanza de reconciliación; matrimonio civil atentado por una de las partes con tercera persona; defecto, vicio de consentimiento, o impedimento no probados suficientemente para la declaración de nulidad; etc.)³⁰.

3º Es presupuesto necesario el hecho de la inconsumación, siendo la consumación —a tenor del c. 1061— la realización, de modo humano, del acto conyugal apto de por sí para engendrar prole, al que el matrimonio se ordena por su misma naturaleza y mediante el cual los cónyuges se hacen una sola carne.

4º Finalmente, el procedimiento para la dispensa del matrimonio no consumado viene regulado en los cc. 1697-1706. Es un proceso de naturaleza administrativa, no judicial. Deben tenerse en cuenta las Normas de la Congregación de Sacramentos contenidas en *Litterae circulares «De processu super matrimonio rato et non consummato»*, de 20 de diciembre de 1986³¹. Hay normas anteriores (por

30. Vid., entre otros, A. ABATE, *Lo scioglimento del vincolo coniugale*, Roma 1961; J. CASSORIA, *De matrimonio rato et non consummato*, Roma 1959; E. MAZZACANE, *La «justa causa dispensationis» nello scioglimento del matrimonio per inconsumazione*, Milano 1963; A. MOLINA MELIÁ, *La disolución del matrimonio inconsumado. Antecedentes históricos y Derecho vigente*, Salamanca 1987; C. SEDO, *El texto y el contexto del can. 1142 del nuevo CIC*, en «REDC», 40 (1984), pp. 25 ss.; J. L. SANTOS, *La potestad ministerial en el ordenamiento canónico*, en «Ius Canonicum», 5 (1965), pp. 63 ss.; G. ORLANDI, *I «casi difficili» nel processo super rato*, Padova 1984; R. BURKE, *Il processo di dispensa...* cit., pp. 135 ss.

31. Vid. en *Communicationes* 20 (1988), pp. 78-84. Cfr., entre otros, O. BUTTINELLI, *L'attuale procedura nelle cause di dispensa «super rato et non consummato»*, en «Il processo matrimoniale canonico», Città del Vaticano 1988, pp. 429 ss.; F. LOPEZ ZARZUELO, *La Carta*

ejemplo, y entre otras, la Instrucción *Dispensationis matrimonii*, de 7-III-1972)³² que pueden y deben integrar toda esta regulación, siempre que sean congruentes con el conjunto del régimen jurídico de esta materia.

3. El privilegio paulino

a) Noción, requisitos y efectos

En los cc. 1143-1147 se regula el privilegio paulino, que, como es bien sabido, recibe esta denominación porque su origen está en el conocido pasaje de la primera epístola de San Pablo a los Corintios en el que se señala lo siguiente: «A los demás digo yo, no el Señor, que si algún hermano tiene mujer infiel y ésta consiente en cohabitar con él, no la despida. Y si una mujer tiene marido infiel y éste consiente en cohabitar con ella, no lo abandone. Pues se santifica el marido infiel por la mujer y se santifica la mujer infiel por el hermano. De otro modo, vuestros hijos serían impuros y ahora son santos. Pero si la parte infiel se separa, que se separe. En tales casos no está esclavizado el hermano o la hermana, pues Dios nos ha llamado a la paz» (I Cor VII, 12-15).

Sobre esta base se ha ido elaborando —por la tradición, la práctica de la Iglesia y la doctrina teológica y canónica— la precisa configuración del privilegio paulino: posibilidad de disolución del matrimonio de dos no bautizados en favor de la fe del bautizado, disolución que se produce *ipso facto* cuando el que se bautiza contrae el nuevo matrimonio, cumplidos los demás requisitos que enseguida veremos³³.

circular «*De processu super matrimonio rato et non consummato*». Texto y comentario, en «REDC», 125 (1988), pp. 535 ss.; ID., *El proceso canónico de matrimonio rato y no consumado*, Valladolid 1991; G. ORLANDI, *Recenti innovazioni nella procedura «super matrimonio rato et non consummato»*, en «Il processo matrimoniale canonico», Città del Vaticano 1988, pp. 447 ss.; AA. VV., *Il procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano 1992, pp. 107-156.

32. AAS, 64 (1972), pp. 244-252.

33. Cfr., entre otros, M. LÓPEZ ALARCÓN-R. NAVARRO VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 4ª ed., Madrid 1992, pp. 303 ss., con las referencias bibliográficas indicadas; U. NAVARRETE, *Privilegio de la fe: Constituciones pastorales del siglo XVI*.

La doctrina ha puesto de relieve que la expresión de San Pablo («a los demás digo yo, no el Señor») no está haciendo referencia a una especie de excepción «propia» o «personal» al principio de la indisolubilidad, sino que manifiesta una promulgación de tal excepción del Derecho divino a través de la autoridad apostólica que posee; de tal manera que aplica la potestad recibida de Dios al caso particular del abandono injusto del bautizado por parte del no bautizado. Al mismo tiempo, también se ha subrayado con claridad que la expresión paulina acerca de la separación no se refiere simplemente al cese de la convivencia conyugal, sino a una verdadera disolución del vínculo cuando el bautizado contrae nuevo matrimonio³⁴.

Ya en las decretales *Quanto*³⁵ y *Gaudemus*³⁶ de Inocencio III se sintetizan los principios y las normas sobre la materia. «Si uno de los cónyuges infieles —dice la primera de ellas— se convierte a la fe católica y el otro no quiere de ningún modo cohabitar, o al menos no sin blasfemia del nombre divino, o para arrastrarle a pecado mortal, el que es abandonado puede pasar, si quiere, a segunda boda, y en este caso entendemos lo que dice el Apóstol: ‘Si el infiel se aparta, que se aparte: en estas cosas el hermano o la hermana no está sujeto a servidumbre’»³⁷.

La configuración o estructura del privilegio paulino puede concretarse en estos cinco puntos³⁸:

1º Debe tratarse de un matrimonio celebrado entre dos no bautizados.

Evolución posterior de la práctica de la Iglesia en la disolución del matrimonio de infieles, en AA. VV., *El vínculo matrimonial*, Madrid 1977, pp. 242 ss., que en p. 239 recoge una relación bibliográfica sobre el tema en su interpretación en la Edad Media; G. GIROTTI, *La procedura per lo scioglimento del matrimonio nella fattispecie del «privilegio paolino»*, en AA. VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Lib. Ed. Vat., 1992, pp. 157 ss., con la «Nota bibliográfica» de las pp. 175-177; A. SILVESTRELLI, *Scioglimento di matrimonio in favorem fidei*, *ibid.*, pp. 179 ss., especialmente pp. 180-181 y bibliografía en p. 216.

34. Cfr., entre otros, U. NAVARRETE, *Privilegio de la fe...*, cit., pp. 239 ss., con las referencias bibliográficas oportunas.

35. X, 4, 19, 7.

36. X, 4, 19, 8.

37. Cfr. X, 4, 19, 7.

38. Vid., por ejemplo, J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1990, pp. 199 s. y las «Indicaciones bibliográficas» contenidas en pp. 215-217.

2º Uno de ellos se bautiza válidamente, ya sea en la Iglesia católica, ya sea en una Iglesia o comunidad separada³⁹.

3º Separación (*discensus*) del que queda sin bautizar: separación que puede ser física (no quiere cohabitar) o moral (pese a querer cohabitar, lo hace de modo que implica algo contrario a la recta ordenación del matrimonio, es decir, no lo hace *sine contumelia Creatoris*)⁴⁰. Esta última puede consistir en atentación contra la libertad del bautizado para la práctica de la religión; inducción al pecado; vida conyugal deshonesta; oposición a la educación cristiana de los hijos; ataques a la fe del convertido; poligamia; maltratos; y otras conductas similares.

De acuerdo con lo señalado en el § 2 del c. 1143 se comprende que la iniciativa de la separación —no querer cohabitar; o querer cohabitar, pero no haciéndolo pacíficamente, sin ofensa del Creador— ha de proceder de la parte no bautizada e, incluso, la parte bautizada —después de recibir el bautismo— no ha de darle un motivo justo para separarse. De modo que tal iniciativa no ha de proceder de la parte bautizada.

4º Necesidad de las interpelaciones, tal y como vienen reguladas en los cc. 1144 y 1145, a las que nos referiremos enseguida.

5º Y, en cuanto a los efectos, el efecto inmediato del privilegio paulino es el derecho a contraer nuevo matrimonio del cónyuge bautizado con otra persona católica, tal y como previene el c. 1146⁴¹; y el efecto mediato es la disolución del primer matrimonio celebrado en la infidelidad, que tiene lugar en el mismo instante en que la parte bautizada celebra válidamente nuevo matrimonio. Como señala el c. 1143 § 1, el matrimonio se disuelve «por el mismo hecho (*ipso facto*) de que ésta (la parte bautizada) contraiga nuevo matrimonio...»⁴².

Por lo demás, el c. 1146 señala con claridad las condiciones necesarias para que surja el derecho de la parte bautizada a contraer nuevo matrimonio con otra persona católica —efecto inmediato—,

39. Cfr. *Communicationes*, 10 (1978), p. 109.

40. Cfr. *ibid.*, pp. 109 s.

41. Vid., en conexión con este punto, *infra* la especial referencia al supuesto del c. 1147.

42. Cfr. también *Communicationes* 10 (1978), p. 109.

contemplando las distintas posibilidades; a saber: a) respuesta negativa a la interpelación; b) su omisión legítima (dispensa) de acuerdo con lo dispuesto en el c. 1144; c) separación (*discessus*), sin justa causa, de la parte no bautizada realizada *a posteriori*, si bien en este supuesto han de observarse las prescripciones de los cc. 1144-1145 con objeto de conocer su actual voluntad y dejar constancia de ella⁴³.

Veamos, por ello, lo relativo a la interpelación.

b) *La interpelación*

Los cc. 1144-1145 se ocupan de la interpelación que debe realizarse al cónyuge no bautizado con objeto de probar la existencia de los presupuestos necesarios para que pueda operar el privilegio paulino.

En el texto del c. 1144 quedan claros tanto los dos puntos sobre los que debe realizarse la interpelación como el momento en que ha de hacerse⁴⁴. Subrayaremos aquí, por tanto, simplemente tres cuestiones que pueden perfilar mejor su naturaleza jurídica:

1^a La interpelación es un medio de prueba previsto por el legislador precisamente para que consten en el fuero externo las intenciones de la parte no bautizada. Se trata, por consiguiente, de un medio de Derecho positivo humano y, por ello, puede dispensarse, como prevé el § 2 del c. 1144. Es, en cambio, de Derecho divino —basta ver el texto de San Pablo antes citado— la necesidad de la separación de la parte no bautizada, en el sentido que ya conocemos, como lo es también la necesidad de existencia de certeza moral acerca de esta actitud.

2^a Conviene subrayar que, pese a ser un requisito establecido por el Derecho positivo humano, afecta a la validez del posible nuevo matrimonio, como se deduce con claridad del § 1 del c. 1144 y del c. 1146.

3^a Con todo —y como ya se ha apuntado—, puede dispensarse en el supuesto de imposibilidad o inutilidad de la interpelación

43. Cfr. *ibid.*, pp. 111-113.

44. Cfr. *Communicationes* 10 (1978), pp. 110 s. Vid., por ejemplo, G. GIROTTI, *La procedura per lo scioglimento del matrimonio nella fattispecie del «privilegio paulino»*, en AA. VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Lib. Ed. Vat., 1992, pp. 163-167.

que debe constar «al menos por un procedimiento sumario y extrajudicial» (c. 1144 § 2). No basta, por tanto, con que el Ordinario esté «personalmente» convencido de esta imposibilidad o inutilidad, sino que —como se subraya en un antiguo documento relativo a esta materia— la investigación debe ser realizada de tal manera que «para todo el tiempo futuro aparezca esta necesidad, o porque el interpelado no responde, o porque no se sabe dónde está, o porque ha dado prueba con los hechos de su abierta oposición»⁴⁵.

Por su parte, el c. 1145 se refiere a las formas o modalidades en que debe hacerse la interpelación.

Como puede apreciarse a través de su simple lectura, hay una forma principal o regular y otra supletoria. La primera es la realizada con la intervención de la autoridad eclesiástica y, en concreto, «por la autoridad del Ordinario del lugar» de la parte convertida: así se hará «normalmente». La segunda es la realizada de modo privado por la parte convertida: opera supletoriamente, es decir, cuando la anterior no puede observarse.

Es de advertir, en todo caso, que ambas modalidades son válidas, pero la utilización de la segunda sólo será lícita cuando exista imposibilidad de realizar la interpelación de modo regular, es decir, con la intervención del Ordinario.

En cuanto a la respuesta negativa del interpelado, puede producirse en el acto, o bien después de un plazo, si lo pide. A su vez, en este caso, la respuesta podrá ser expresa o tácita, puesto que el silencio —transcurrido el plazo— se entiende también como respuesta negativa.

Basta realizar la interpelación una sola vez, si bien puede hacerse varias veces «ex mera caritate»⁴⁶.

Para que conste legítimamente en el fuero externo la realización de la interpelación y su resultado pueden utilizarse los distintos medios de prueba, en especial la documental y, en su caso, la testifical.

45. S. C. S. Of., 11. junio. 1760, en «*Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide*», vol. I, Romae 1907, n. 430. Cfr. G. GIROTTI, *La procedura...* cit., donde se citan éste y otros documentos.

46. Cfr. S. C. S. Of., 12 de junio de 1850, en *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide*, Romae 1907, vol. I, n. 1044, ad 1. También en *Fontes*, IV, n. 910.

c) *Especial referencia al supuesto del c. 1147*

La novedad mayor de la regulación del privilegio paulino en el Código vigente respecto del CIC 17 y de su regulación anterior es precisamente el supuesto contemplado en el c. 1147, que se refiere a la posibilidad que tendría el bautizado de contraer un nuevo matrimonio con parte no católica, bautizada o no.

El precedente inmediato de este precepto legal es el n. 20 del M. P. *Pastorale munus*⁴⁷, del 30 de noviembre de 1963, de Pablo VI, a cuyo tenor el Obispo diocesano tiene la facultad «de dispensar, si urge una causa justa y grave, los impedimentos de mixta religión y de disparidad de cultos, aun en el caso de uso del 'privilegio paulino', quedando a salvo lo que se prescribe en los cánones 1061-1064 del Código de Derecho Canónico» (de 1917; se refieren al entonces impedimento impediendo de mixta religión).

Por de pronto, conviene subrayar que el c. 1147 habla de que el Ordinario del lugar «puede conceder» (*concedere potest*) que la parte bautizada contraiga nuevo matrimonio con parte no católica. Es decir, se contempla y se regula esta «posibilidad»⁴⁸, pero no como un derecho; cosa que —como hemos visto— sí sucede cuando se pretende contraer con parte católica, siendo éste precisamente el efecto inmediato del privilegio paulino: «La parte bautizada tiene derecho (*ius habet*) a contraer nuevo matrimonio con otra persona católica...», dice el c. 1146, en contraste con la expresión empleada en el c. 1147.

Hecha esta necesaria aclaración, veamos cuatro puntos que pueden ayudar a comprender mejor la configuración de este supuesto.

1º) En primer lugar —y como se acaba de apuntar—, es imprescindible la concesión del Ordinario del lugar. Desde esta perspectiva, podría pensarse que no estamos ante la hipótesis típica del privilegio paulino, pese a que el canon —como ya hacía el M. P. *Pastorale munus*— habla del uso de este privilegio (*utens privilegio paulino*) en este caso⁴⁹.

47. AAS 56 (1964), pp. 5-12.

48. Cfr. *Communicationes* 10 (1978), pp. 112 s.

49. Cfr. *ibid.*, pp. 112 s.

Sin embargo, es de observar que también en este supuesto se dan las tres condiciones previas esenciales para que pueda producirse la disolución del vínculo a través del privilegio paulino; a saber: a) matrimonio entre dos no bautizados; b) bautismo de uno de los dos cónyuges; c) la separación (*discessus*) física o moral, legítimamente comprobada, de la parte no bautizada⁵⁰.

Por tanto, la cuestión se centra en que la parte bautizada pretende contraer con «parte no católica, bautizada o no». Y, en este caso, el problema está, de una parte, en la necesidad de dispensa del impedimento de disparidad de cultos (c. 1086), o de la licencia de la autoridad competente (cc. 1124-1128), según pretenda contraer con parte no bautizada, o con parte bautizada no católica; y de otra, en la necesidad de garantizar la fe del bautizado, que es la razón subyacente en el privilegio paulino.

Veamos, por consiguiente, estos otros dos puntos.

2º) Como es sabido, el CIC 17 reservaba a la Santa Sede la dispensa del impedimento dirimente de disparidad de cultos (cc. 1070-1071 CIC 17 respecto del impedimento y c. 1040 CIC 17 respecto de las dispensas) y del impedimento impediendo de mixta religión (cc. 1060-1064 CIC 17 respecto del impedimento y c. 1040 CIC 17 respecto de las dispensas). En cambio, en la disciplina vigente, el impedimento de disparidad de cultos no está entre aquellos cuya dispensa se reserva a la Santa Sede en el c. 1078 y, por tanto, puede ser dispensado por el Ordinario del lugar; y la prohibición legal⁵¹ propia del matrimonio mixto puede ser también removida mediante licencia del Ordinario, a tenor del c. 1125.

Pues bien, si el Ordinario del lugar puede dispensar del impedimento de disparidad de cultos y puede conceder la licencia prescrita por el Derecho, también puede hacerlo cuando se trate de contraer matrimonio sobre la base de la utilización del privilegio paulino⁵²,

50. Cfr., por ejemplo, G. GIROTTI, *La procedura per lo scioglimento del matrimonio nella fattispecie del «privilegio paolino»*, en AA. VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano 1992, pp. 167 s.

51. Vid. J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1990, pp. 50 ss. y pp. 161-164, con las referencias bibliográficas y datos oportunos.

52. Cfr., entre otros, G. GIROTTI, *La procedura...* cit., p. 168.

siempre y cuando se garantice la fe del bautizado y exista —como precisa el c. 1147— una «causa grave».

3º) La fe del bautizado se garantiza cabalmente «observando también las prescripciones de los cánones sobre los matrimonios mixtos». Es importante, en efecto, fijar la atención en esta última cláusula, porque ella indica que se han de prestar las cauciones prescritas en los cc. 1125-1126; es decir, las relativas al cuidado de la propia fe; la garantía de educación católica de la prole; la información a la parte no católica sobre las promesas que hace la parte católica, de modo que conste que es verdaderamente consciente de tales promesas y de la obligación de la parte católica; la instrucción sobre los fines y propiedades esenciales del matrimonio. Y todo ello es garantía de la fe del bautizado que, como ya se ha apuntado antes, es la razón de fondo del privilegio paulino (*in favorem fidei*)⁵³.

4º) Por último, un cuarto punto que conviene subrayar —ya señalado más arriba— es el relativo a la necesidad de existencia de «causa grave» para que el privilegio paulino pueda ser utilizado en esta hipótesis. Una causa grave sería, por ejemplo, la existencia de un escaso número de católicos en una región determinada. Pero puede haber otro tipo de causas similares, siempre que merezcan una prudente valoración de «graves».

4. *La disolución por uniones poligámicas*

El c. 1148 regula un supuesto de disolución que tiene su antecedente en la constitución de Paulo III, *Altitudo*, de 1 de junio de 1537, y la de Pío V, *Romani Pontificis*, de 2 de agosto de 1571, que —junto con la de Gregorio XIII, *Populis*, de 25 de enero de 1585, a la que se hará referencia después— quedaron incorporadas al CIC 17, a través de la prescripción del c. 1125, a cuyo tenor las disposiciones referentes al matrimonio contenidas en las aludidas constituciones «que fueron dadas para determinados lugares, se extienden también a las demás regiones en las mismas circunstancias».

53. Cfr. J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, cit., pp. 199 s.

La constitución *Altitudo*, en efecto, iba dirigida *universis Episcopis Occidentalis et Meridionalis Indiae* y en ella se hablaba de los *incolae occidentalis et meridionalis Indiae*; es decir, se hacía referencia a los territorios que entonces eran denominados Indias Occidentales y Meridionales, según la división del Orbe realizada por Alejandro VI en la bula *Inter caetera*, de 4 de mayo de 1493⁵⁴.

En lo relativo al matrimonio, la parte dispositiva del documento establece: «Respecto a sus matrimonios mandamos que se observe lo siguiente: los que antes de su conversión tenían, según las costumbres de ellos, varias esposas y no recuerdan cuál fue la primera que tomaron, una vez convertidos a la fe, tomarán una de ellas, la que quisieran, para contraer con la misma matrimonio por palabras de presente, como se acostumbra, y los que recuerdan cuál tomaron primero, deben conservar ésta, separándola de las otras. Les concedemos asimismo que, si son parientes aún en tercer grado de consanguinidad o de afinidad, no se les impida contraer matrimonio en tanto esta Santa Sede no tuviera a bien disponer lo contrario...».

La constitución *Romani Pontificis*, de San Pío V, por su parte, señala, entre otras cosas, que «espontáneamente y con ciencia cierta, y de la plenitud de la potestad apostólica, a tenor de las presentes letras, declaramos con autoridad apostólica que los indios ya bautizados (...), y los que en adelante se bauticen, pueden permanecer, como con esposa legítima, separándose de las otras, con aquella de sus esposas que se haya bautizado o se bautice con ellos, y que tal matrimonio entre ellos es matrimonio firme y legítimo, y así deben ser juzgados y definidos por cualesquiera jueces y comisarios sea cual fuere su autoridad, quedando todos y cada uno de ellos privados de toda facultad y autoridad para juzgar e interpretar diversamente; y si aconteciere que alguien, cualquiera que fuese su autoridad, a sabiendas o por ignorancia, intentare actuar en contra de lo aquí prescrito, decretamos que sea írrito y nulo, no obstante...».

Como puede verse, se trataba de resolver el problema que se había presentado, al filo de los descubrimientos geográficos del

54. Cfr. U. NAVARRETE, *Privilegio de la fe: Constituciones pastorales del siglo XVI. Evolución posterior de la práctica de la Iglesia en la disolución del matrimonio de infieles*, en AA. VV., *El vínculo matrimonial*, Madrid 1978, pp. 258 s., con las referencias bibliográficas recogidas en pp. 239 s.

siglo XV y de la evangelización posterior, por la existencia de uniones poligámicas⁵⁵.

La doctrina anterior al CIC 17 solía, en general, fundamentar estos supuestos de disolución en la *plenitudo potestatis* del Romano Pontífice y, más específicamente, en su carácter de potestad vicaria o ministerial, que actuaba estableciendo unos requisitos a través de una concesión general, de modo que, si se cumplían en el caso concreto, el matrimonio se disolvía.

También ahora puede hablarse de su fundamentación en este sentido: estamos ante unos supuestos excepcionales de disolución de matrimonios no sacramentales por disposición del Derecho (*a lege*); disolución basada en el poder vicario o ministerial —o, si se prefiere, en la *plenitudo potestatis*— del Romano Pontífice, tal y como se ha explicado más arriba.

Como se ha sintetizado por algún sector doctrinal, supuesta la potestad apostólica del Romano Pontífice para disolver todo matrimonio que no sea rato y consumado, la evolución producida puede reducirse a una clara unidad: se trata de distintas formas de ejercicio de esa potestad; a saber: 1^a) determinación de las condiciones para que *ipso facto* se disuelva el matrimonio —decretales *Quanto* (X, 4, 19, 7) y *Gaudemus* (X, 4, 19, 8) de Inocencio III y constituciones de Paulo III y Pío V—; 2^a) regulación precisa del privilegio paulino, que culmina con las normas codiciales; 3^a) concesión de determinadas facultades especiales para dispensar de algunos requisitos exigidos por la ley —constitución de Gregorio XIII, a la que se hará referencia en su momento—; 4^a) y, en fin, posibilidad de disolución del matrimonio concedida por el Romano Pontífice en cada caso particular, según una práctica posterior al CIC 17 para supuestos no regulados en él⁵⁶.

55. Vid., entre otros, RAYANA PUTHOTA, *De constitutione S. Pii Papae V «Romani Pontificis»*, 2 Augusti 1571, Neapoli 1958; A. BERNÁRDEZ, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, 7^a ed., Madrid 1991, pp. 292 ss., M. LÓPEZ ALARCÓN-R. NAVARRO VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 4^a ed., Madrid 1992, pp. 306 ss.; J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1990, pp. 194 ss., con las referencias bibliográficas recogidas por estos autores y, en concreto, en la última obra citada en las pp. 215-217; F. R. AZNAR, *El matrimonio en Indias; recepción de las decretales X, 4, 19, 7-8*, en «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos», 11 (1986), pp. 13 ss.

56. Cfr. U. NAVARRETE, *Privilegio de la fe...* cit., p. 302 y la bibliografía citada en pp. 239 s.; ID., *De termino «privilegium petrinum» non adhibendo*, en «Periodica», 1964, pp. 323

En relación con este último punto es preciso subrayar, en efecto, que, a los casos recogidos también en el CIC vigente, deben añadirse los supuestos no codificados de disolución de matrimonios no sacramentales por expresa concesión del Romano Pontífice. Durante los trabajos preparatorios del CIC aparecía un proyectado precepto relativo a esta materia, que incluso llegó hasta el *Schema novissimum* de 1982⁵⁷. Pero, finalmente, no fue recogido por el legislador, de modo que tales supuestos son contemplados en la *Instructio pro solutione matrimonii in favorem fidei*, de 6 de diciembre de 1973, que va acompañada de unas Normas procesales⁵⁸.

Así las cosas, los puntos concretos que deben tenerse en cuenta según la regulación contenida en el c. 1148 son los siguientes:

a) El canon contempla sólo el supuesto de un no bautizado que tenga «simultáneamente» varios consortes. Por tanto, la disposición contenida en el precepto legal no comprende al polígamo que tenga varios consortes «sucesivamente»⁵⁹.

b) En cuanto a la cláusula relativa al «apartamento» de sí de todas las demás compartes, parece razonable pensar que en ella se

ss. Pueden verse también, entre otros, M. LÓPEZ ALARCÓN, *El privilegio petrino*, en «Anales de la Universidad de Murcia-Derecho», Curso 1962-63, pp. 20 ss.; I. HUY, *Dissolutio matrimonii e privilegio fidei iuxta canonem 1127*, Romae 1944; A. HOPFENBECK, *Privilegium petrinum*, St. Ottilien 1976; CIVISCA, *The dissolution of the marriage bond*, Napoli 1967; J. TOMKO, *De dissolutione matrimonii in favorem fidei eiusque fundamentum theologicum*, en «Periodica» (1975), pp. 99 ss.; y, en general, las indicaciones bibliográficas recogidas en J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, cit., pp. 215-217 y en G. GIROTTI, *La procedura per lo scioglimento del matrimonio nella fattispecie del «privilegio paolino»*, en AA. VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano 1992, pp. 157 ss., especialmente pp. 175-177; A. SILVESTRELLI, *Scioglimento di matrimonio in favorem fidei*, ibid., pp. 179 ss., especialmente p. 216.

57. Vid. *Communicationes* 10 (1978), p. 117; c. 1150 del *Codex Iuris Canonici. Schema novissimum iuxta placita Patrum Commissionis emendatum atque Summo Pontifici praesentatum*, Typ. Pol. Vat. 1982, pp. 203 s.

58. Vid. *Documenta inde a Concilio Vaticano II expleto edita*, Ed. Vaticana 1985, pp. 65-71. Entre otros, J. L. ACEBAL, *El proceso de disolución del vínculo en favor de la fe*, en «Ciencia tomista» 103 (1976), pp. 3 ss.; P. FELICI, *Indissolubilità del matrimonio e potere di sciogliere il vincolo*, en *Communicationes* 7 (1975), pp. 173 ss.; I. GORDON, *De processu ad obtinendam dissolutionem matrimonii in favorem fidei*, en «Periodica», 79 (1990), pp. 511 ss.; P. MONETA, *Lo scioglimento del matrimonio in favore della fede secondo la recente Istruzione della S. Sede*, en «Il Diritto ecclesiastico» 87 (1976), II, pp. 228 ss.; J. STEINDL, *Neuregelung der Eheauflösung in favorem fidei*, en «Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht» 26 (1975), pp. 345 ss.; A. SILVESTRELLI, *Scioglimento di matrimonio... cit.*, pp. 179 ss.

59. Cfr. *Communicationes* 10 (1978), p. 114.

contiene una prohibición de vivir *modo uxorio* con ellas, pero no de tenerlas en su propio domicilio, especialmente si son ancianas o enfermas, siempre, sin embargo, que no exista ningún peligro próximo de pecado o escándalo⁶⁰.

c) De acuerdo con lo prescrito en el § 2, el matrimonio ha de celebrarse según la forma legítima, esto es, en la forma jurídica sustancial, regulada en los cc. 1108 ss.; y se han de observar las prescripciones de los matrimonios mixtos (cc. 1124-1129) y las demás disposiciones del derecho (por ejemplo, las relativas a las cauciones en conexión con el impedimento de disparidad de culto: c. 1086)⁶¹.

d) En conexión con el punto anterior, es de notar que la necesidad de renovación del consentimiento que supone el «contraer según la forma legítima», tal y como se expresa el § 2, fue objeto de discusión y atento estudio en los trabajos preparatorios del Código, puesto que algunos advirtieron que no era necesario ni oportuno exigir tal renovación del consentimiento —una vez recibido el bautismo—, ya que el consentimiento se tiene como naturalmente suficiente por el mismo hecho de la elección de la continuación en la convivencia marital con uno de los consortes que ya tenía, aunque no fuese el primero. Los consultores advirtieron que la renovación del consentimiento no era de por sí necesaria; sin embargo, consideraron oportuno imponer tal renovación con el fin de que existiera certeza, a través de un acto formal, acerca de la elección de la parte no bautizada⁶².

e) Por último, debe tenerse en cuenta la obligación prescrita en el § 3 que, obviamente, deriva de exigencias insertas en la propia dignidad de la persona humana.

En los trabajos preparatorios del Código hubo alguna sugerencia en la línea de advertir que esta norma imponía una carga intolerable a la conciencia del Ordinario. Pero los consultores juzgaron que esta carga resultaría intolerable si el mismo Ordinario debiera

60. Cfr., por ejemplo, G. GIROTTI, *La procedura...* cit., p. 171.

61. Cfr. *Communicationes* 10 (1978), pp. 115 s.; CI Resp. 1, 26. I. 1919 (puede verse en X. OCHOA, *Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici editae*, I, n. 147, Roma 1966, col. 176); SCSO, Resp. 30. VI. 1937 (ibid., n. 1392, col. 1829).

62. Cfr. *Communicationes* 10 (1978), pp. 114 s.; SCSO, Resp. 30. VI. 1937 (puede verse en X. OCHOA, *Leges Ecclesiae...* cit., n. 1392, col. 1829).

asumirla o proveer a ella; pero la norma confía al Ordinario la vigilancia o el cuidado para que se atienda suficientemente a las necesidades de las mujeres que hayan sido apartadas, lo cual no parece intolerable⁶³.

5. *La disolución por imposibilidad de vida en común*

El último supuesto de disolución del matrimonio, regulado en el Código, es el contemplado en el c. 1149, que tiene su antecedente en la constitución *Populis*, de 25 de enero de 1585, de Gregorio XIII, incorporada al CIC 17 —como ya hemos visto al referirnos al c. 1148— a través del c. 1125.

La constitución *Populis* hacía frente al problema matrimonial originado, en su momento, no por la poligamia —a la que se referían las constituciones *Altitudo* y *Romani Pontificis*—, sino por la separación entre los cónyuges impuesta por la deportación de esclavos. El documento se expresa en los siguientes términos: «(...) Como sucede frecuentemente que muchos infieles de uno y otro sexo, pero sobre todo varones, procedentes de Angola, Etiopía, Brasil y otras regiones de las Indias, después de haber celebrado matrimonio en rito gentil, apresados por sus enemigos, son llevados fuera de su patria a regiones muy remotas y separados de sus propios cónyuges, de tal manera que tanto ellos como los que permanecen cautivos en la patria, y después se convierten a la fe, no pueden preguntar a los cónyuges infieles separados por tanta distancia si quieren vivir con ellos, como se debe, sin injuria del Creador, bien sea porque a la sazón no pueden ni siquiera llegar mensajes a aquellas hostiles y salvajes naciones, bien porque ignoran en absoluto a qué regiones fueron llevados, o porque lo largo del viaje engendra una gran dificultad: por lo tanto, Nos, teniendo en cuenta que dichos matrimonios celebrados entre infieles son ciertamente verdaderos, pero no firmes hasta tal punto que, aconsejándolo la necesidad, no pueden disolverse, y compadeciéndonos con misericordia de padre de la flaqueza de esas

63. Cfr. *Communicationes* 10 (1978), p. 115.

gentes, con autoridad apostólica, y a tenor de las presentes letras, concedemos a todos y a cada uno de los Ordinarios y párrocos de dichos lugares y a los sacerdotes de la Compañía de Jesús aprobados por sus superiores para oír confesiones y, a la sazón, enviados a dichas regiones o admitidos en ellas, plena facultad de dispensar a los fieles de uno y otro sexo que, habitando en las expresadas regiones, contrajeran matrimonio antes de recibir el bautismo y más tarde se convirtieron a la fe, para que cualquiera de ellos, viviendo el cónyuge infiel, y sin pedir su consentimiento o sin esperar su respuesta, pueda contraer matrimonio con cualquiera fiel, aunque sea de otro rito, solemnizarlo en la faz de la Iglesia y permanecer lícitamente en él mientras vivan, consumándolo después por medio de la cópula carnal: siempre que conste, aunque sea sumaria y extrajudicialmente, que el cónyuge ausente, como se ha dicho, no puede ser legítimamente interpelado o que, habiéndolo sido, no manifestó su voluntad dentro del plazo fijado en la misma interpelación; decretamos que estos matrimonios jamás deben rescindirse, sino que serán siempre válidos y firmes, y legítima la prole que de ellos se tenga, aunque después se averigüe que los primeros cónyuges infieles no pudieron manifestar su voluntad por justo impedimento y que también se han convertido ya cuando se celebró el segundo matrimonio. (...)».

Como puede observarse, a diferencia de las constituciones de Paulo III y Pío V, en las que se hacía referencia directamente a un derecho de los bautizados, en este documento se contenía la concesión de unas facultades de dispensar a los obispos, párrocos y confesores jesuitas en los supuestos indicados en el documento⁶⁴. Por lo demás, en una antigua respuesta de la CPI, de 3 de agosto de 1919, se resuelve afirmativamente la duda acerca de si, a tenor del c. 1125 del CIC 17, la facultad de dispensar ahí concedida y a la que se refería la constitución *Populis* de Gregorio XIII, correspondía también a los cuasi-párrocos⁶⁵.

En todo caso —y de acuerdo ya con la regulación vigente—, también es de aplicación aquí lo subrayado en el estudio del c. 1148 respecto de la fundamentación de esta hipótesis disolutoria: se trata,

64. Cfr. U. NAVARRETE, *Privilegio de la fe...* cit., pp. 271 ss., con las referencias bibliográficas indicadas.

65. Puede verse en X. OCHOA, *Leges Ecclesiae...* cit., n. 202, cols. 224-225.

en efecto, de un excepcional supuesto de disolución del matrimonio por disposición del derecho (*a lege*), disolución basada en el poder vicario o ministerial del Romano Pontífice.

Una peculiaridad que debe tenerse en cuenta consiste en que, dentro de las posibilidades de esta figura, está la de que el matrimonio sea rato (sacramental) —«aunque la otra parte hubiera recibido entretanto el bautismo», dice el c. 1149—. Pero la situación de hecho, de imposibilidad de vida en común, lleva consigo la ausencia de relaciones conyugales y, por consiguiente, que el matrimonio no sea consumado —«quedando en vigor lo que prescribe el c. 1141», añade como última cláusula el precepto legal—. La peculiaridad consiste, por tanto, en que la disolución se produce a través de la concesión general —*a lege*—, si se cumplen los requisitos previstos, y no por concesión especial del Romano Pontífice a tenor del c. 1142⁶⁶.

V. EL PRIVILEGIO DE LA FE

La regulación codicial de la materia termina con un canon general sobre el privilegio de la fe: «En caso de duda —dice el c. 1150—, el privilegio de la fe goza del favor del derecho».

En un sentido amplio, el privilegio de la fe puede considerarse como un principio informador de todo el ordenamiento canónico que da razón del fundamento de determinadas excepciones, ya estudiadas, a la indisolubilidad del matrimonio —propiedad esencial de *todo* matrimonio, no sólo del matrimonio cristiano (cc. 1056 y 1085)—. Excepciones que van desde el privilegio paulino (cc. 1143-1147), a las derivadas de situaciones poligámicas (c. 1148), o de imposibilidad de reanudación de la vida en común (c. 1149), o, en fin, a los supuestos no codificados de disolución de matrimonios no sacramentales por expresa concesión del Romano Pontífice, contemplados en la Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la

66. Cfr. *Communicationes* 10 (1978), pp. 115 s. Cfr., entre otros, G. GIROTTI, *La procedura...* cit., pp. 173 s.; A. SILVESTRELLI, *Scioglimento di matrimonio...*, cit., pp. 181 s.

Fe: *Instructio pro solutione matrimonii in favorem fidei*, de 6 de diciembre de 1973, que va acompañada de unas Normas procesales⁶⁷.

En este sentido, bajo lo señalado en el c. 1150 subyace, en general, la perspectiva según la cual la tutela de la fe prima sobre la propia del principio de indisolubilidad en determinados supuestos límite. De ahí que —como ya se recordó— sea importante distinguir entre indisolubilidad intrínseca e indisolubilidad extrínseca. La primera hace referencia a que el matrimonio no puede disolverse por voluntad de los cónyuges: es absoluta; la segunda, en cambio, significa que no hay autoridad que pueda disolver el matrimonio: es absoluta en el supuesto del matrimonio rato y consumado (c. 1141), mientras que, en los demás casos, caben algunas excepciones, que ya hemos estudiado.

Es ilustrativo, en esta línea, el proceso redaccional del precepto legal regulador del impedimento de vínculo: c. 1085. En comparación con el CIC 17 (c. 1069), la regulación es similar, si bien se suprimió la cláusula «salvo privilegio fidei» que, en iniciales redacciones del precepto, figuraba⁶⁸. Es cierto que, en caso de duda, siempre el *privilegium fidei* «goza del favor del derecho», como señala el c. 1150, es decir, el *favor fidei* prevalece sobre el *favor matrimonii* (c. 1060). Desde este punto de vista, la citada cláusula podría ser superflua. Pero no así desde la perspectiva, que aparece en los trabajos preparatorios del Código, según la cual la supresión se debería a que «en el caso del privilegio de la fe, el precedente matrimonio se disuelve por dispensa del Sumo Pontífice»⁶⁹. Pese a que algunos consultores fueron favorables a este planteamiento, otros se opusieron porque «en el caso del privilegio de la fe, el precedente matrimonio no se disuelve más que por el subsiguiente matrimonio»⁷⁰. Parece, en efecto, que esta segunda postura es la más congruente con el

67. Vid. *Documenta inde a Concilio Vaticano II expleto edita*, Ed. Vaticana 1985, pp. 65-71. Vid. referencias bibliográficas citadas *supra* en notas 56 y 58.

68. Vid. *Communicationes* 9 (1977), p. 362. Sobre este punto puede verse J. FORNÉS, *Los impedimentos matrimoniales en el nuevo Código de Derecho canónico*, en AA. VV., *Estudios de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico en homenaje al prof. Maldonado*, Madrid 1983, pp. 99 ss.; ID., *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1990, pp. 66-69.

69. Cfr. *Communicationes* 9 (1977), p. 362.

70. Cfr. *ibid.*

conjunto de la regulación jurídica del matrimonio. Basta comprobar que el c. 1143 § 1 expresamente previene que la disolución operada por el privilegio paulino *in favorem fidei* se produce en el momento en que se contrae el nuevo matrimonio.

Por todo ello, *en un sentido estricto*, el tenor literal del c. 1150 hace referencia a la única *excepción* al principio del *favor iuris* de que goza el matrimonio a tenor del c. 1060, según el cual en la duda hay que estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario⁷¹.

Es significativo, a este respecto, que la redacción del c. 1150 no fue objeto de ninguna objeción en los trabajos preparatorios del Código: «De hoc canone —informa *Communicationes*⁷²— factae non sunt animadversiones».

Pues bien, el privilegio de la fe prevalece sobre el principio del *favor iuris* de modo que, en caso de duda acerca de la validez de un matrimonio contraído entre dos no bautizados, si uno de ellos se convierte y se bautiza, se presume —con presunción *iuris tantum*, es decir, mientras no se pruebe su validez— que el matrimonio es inválido, con objeto de que el convertido pueda contraer nuevo matrimonio con persona cristiana. Excepción, por lo demás, poco relevante —como se ha subrayado por la doctrina⁷³—, si se tiene en cuenta que, aun en el caso de ser válido el matrimonio contraído entre los dos no bautizados, el segundo matrimonio —como hemos tenido ocasión de ver— sería posible, bien por el privilegio paulino, bien por la disolución *a lege* basada en el poder vicario o ministerial del Romano Pontífice, bien por su expresa concesión. En todo caso, es importante tener claro que, en el supuesto que estamos contemplando ahora, no estamos ante una disolución del matrimonio, sino ante una presunción de invalidez del matrimonio contraído entre dos no bautizados, en caso de duda de su validez, cabalmente por aplicación del *favor fidei*. Si este principio es la base que sustenta

71. Sobre el principio del *favor iuris*, puede verse, entre otros, J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, cit., pp. 43-48, con referencias bibliográficas acerca de la materia.

72. *Communicationes* 10 (1978), p. 116.

73. Cfr. J. HERVADA, *Comentario al c. 1150*, en «Código de Derecho canónico», edición anotada, a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta, 5ª ed., Pamplona 1992, pp. 695 s.

una posible disolución, con mayor razón sustenta una presunción *iuris tantum* de nulidad.

Parece interesante subrayar, en fin —y en conexión con toda esta materia—, que los supuestos de disolución del matrimonio, que hemos tenido ocasión de estudiar, son excepciones al principio general de la indisolubilidad⁷⁴; es decir, son «excepciones que confirman la regla». No sería coherente, por ello, considerar que —puesto que hay algunos supuestos de posible disolución— la indisolubilidad es la regla y la indisolubilidad la excepción. «Las reglas del Derecho —se ha escrito en este sentido⁷⁵—, para ser reales y brillar mejor como principios, necesitan de la sombra de las excepciones. Cuando por un ilusorio idealismo pretendemos establecer reglas sin excepciones, la regla misma viene a desaparecer; la normalidad objeto de precepto se convierte en una vaga normalidad física del comportamiento social; el Derecho se disuelve en Sociología».

74. Puede verse, por ejemplo, el volumen de AA. VV., *El vínculo matrimonial*, cit., y el comentario a este volumen de J. FORNÉS, *La indisolubilidad del matrimonio*, en «Ius Canonicum», 35-36 (1978), pp. 443 ss., especialmente, pp. 469 s.

75. A. D'ORS, *La pérdida del concepto de excepción a la ley*, en sus «Escritos varios sobre el Derecho en crisis», Roma-Madrid 1973, p. 159.