

# LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS ECLESIASTICAS DE SEPARACION MATRIMONIAL POR LA JURISDICCION CIVIL DESPUES DE LA CONSTITUCION

(Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional  
de 26 de enero de 1981) \*

RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO

*SUMARIO:* 1. La sentencia.—2. La interpretación de los artículos 73 y 82 del Código Civil.—3. La eficacia de la jurisdicción eclesiástica a partir de la entrada en vigor de la Constitución.—4. La relación entre la Constitución y el Concordato.—5. La relación entre la Constitución y el Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 1979.—6. La eficacia derogatoria de la Constitución.—7. Los principios de igualdad y libertad religiosa.—8. La entrada en vigor de los tratados.—9. Las facilidades en el orden formal para tramitar el recurso de amparo.

## 1. LA SENTENCIA

La demanda de amparo se interpone contra una Resolución de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 24 de diciembre de 1979, que confirma un Auto del Juez de Primera Instancia de Huesca de 4 de mayo del mismo año. El Auto ejecuta la Sentencia de separación matrimonial del Tribunal de la Rota de 20 de febrero de 1979, que dispone lo siguiente sobre el régimen de custodia y visitas de los hijos:

---

\* Recurso de amparo número 65/80.

Sentencia pronunciada por la Sala Segunda del Tribunal (don Jerónimo Arozamena Sierra, presidente, y don Angel Latorre Segura, don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León y don Francisco Tomás Valiente, magistrados). Ponente de la sentencia: el presidente, don Jerónimo Arozamena Sierra.

Publicada en el *BOE* de 24 de febrero de 1981 (suplemento).

«Los hijos quedarán bajo la custodia de la madre, pudiéndolos visitar solamente el padre los sábados, desde las doce del mediodía hasta las seis de la tarde», sin que en las vacaciones pueda estar con ellos más que esas seis horas.

Este régimen de custodia y visitas supone un cambio sustancial con respecto al previsto por una Resolución anterior del Juez de Primera Instancia de Huesca (confirmada por la Audiencia Provincial) en procedimiento sobre medidas provisionales. En dicha Resolución se había dispuesto lo siguiente respecto de los hijos de ambos cónyuges:

que «manteniendo la patria potestad en el padre, permanecerán durante la semana, de lunes a viernes, con su madre, y al finalizar la sesión de tarde del colegio los recogerá su padre, con el que pasarán el fin de semana, quien los reintegrará de nuevo al colegio antes de iniciarse la sesión matinal; en las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, cada período se dividirá en dos partes iguales, pasando los niños una de estas partes con la madre y la otra con el padre».

Frente a este cambio en el régimen de custodia y visitas, el padre pide, en su demanda de amparo, la nulidad del Auto de la Audiencia Territorial de Zaragoza y el mantenimiento de las medidas provisionales dictadas por el Juez de Huesca y confirmadas por la Audiencia Provincial. Para ello el recurrente invoca la violación de los principios constitucionales de igualdad (ART. 14) (1) y de libertad religiosa (ART. 16). Posteriormente invoca también—por sugerencia del Tribunal comunicada al amparo del artículo 84 LOTC—la violación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (ART. 24.1).

La madre se opone a la demanda de amparo, esgrimiendo, entre otros argumentos, la oportunidad de promover un procedimiento de inconstitucionalidad en base a lo previsto en el artículo 55.2 LOTC, puesto que la actuación del Juez de Huesca y de la Audiencia de Zaragoza, al ejecutar la Sentencia de un Tribunal eclesiástico, respondía a un fiel cumplimiento de lo establecido en la disposición transitoria segunda del Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos

---

(1) La cita de artículos con mayúsculas (ART.) es siempre a la Constitución.

Jurídicos de 3 de enero de 1979 y en el artículo XXIV del Concordato de 1953. Se trata, pues —en opinión de la demandada—, de un problema de inconstitucionalidad del mencionado Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional otorga el amparo en cuanto declara la nulidad de las resoluciones de la Audiencia Territorial de Zaragoza y del Juez de Primera Instancia de Huesca sobre efectos civiles de la sentencia eclesiástica de separación matrimonial; reconoce el derecho a obtener de la Jurisdicción estatal un pronunciamiento sobre el cuidado y régimen de visitas de los hijos del matrimonio, de acuerdo con la legislación civil, y manda retrotraer las actuaciones procesales al momento anterior a la resolución del Juez de Primera Instancia de Huesca de 4 de mayo de 1979. Se deniega, en cambio, el amparo por lo que se refiere a la petición de mantener las medidas provisionales dictadas por el Juez de Huesca y la Audiencia Provincial sobre el cuidado y régimen de visitas de los hijos del matrimonio.

El otorgamiento del amparo se fundamenta en la infracción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

«El Juez de Huesca y luego la Sala de Zaragoza han actuado como meros ejecutores de la sentencia canónica en la cuestión referente a los hijos. No han ejercido la potestad jurisdiccional que por imperativo del artículo 117,3) de la Constitución Española y en el orden civil, tal como dice el artículo 51 de la LEC, les corresponde, dando lugar con ello a la violación de un derecho constitucionalizado: el derecho a la justicia o derecho a la tutela jurisdiccional, que se califica por la nota de la efectividad, todo ello en el artículo 24,1) de la Constitución Española... Es que debiendo el Juez decidir con plena jurisdicción en el orden jurídico civil, según la legislación del Estado, entendida en forma coherente con la Constitución, no lo ha hecho, por interpretar que estaba vinculada por lo dicho por el Tribunal Eclesiástico» (Fundamento Jurídico número 11 y último de la Sentencia).

El Tribunal rechaza la existencia de violación de los principios constitucionales de igualdad y de libertad religiosa, ya que

«no aparece que el Tribunal Eclesiástico haya entendido que el padre es acatólico. Frente a estas afirmaciones del demandante, la sentencia lo que argumenta es que concurren circunstancias especiales, que conecta a la conducta del padre que convive con otra mujer, que justifican el que se pronuncie sobre el régimen de visitas, con el designio de evitar que los hijos reciban influencias que califican de perniciosas» (Fundamento Jurídico número 5 de la Sentencia).

Además, el Tribunal entiende que, aun habiéndose producido semejante violación, no podría imputarse directamente al Juez de Huesca y a la Audiencia de Zaragoza, que se han limitado a ejecutar la sentencia eclesiástica.

La denegación del amparo, por lo que se refiere a la petición de restablecimiento de las medidas provisionales sobre la custodia y el régimen de visitas de los hijos, se basa en que dicha petición excede del ámbito de competencia del Tribunal:

«En materia que pueda llevarse a sede constitucional por la vía del artículo 44 de la LOTC, en cuanto afecta al ámbito de atribuciones y responsabilidades del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, ha de cuidarse tanto la concurrencia de las condiciones de la acción de amparo como la demanda de justicia que puede hacerse a este Tribunal Constitucional. Las violaciones de derechos y libertades con origen inmediato y directo en actos u omisiones judiciales, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllos se produjeron, podrán enjuiciarse por el Tribunal Constitucional con el designio plural de defensa de esos derechos y de fijar el sentido y alcance de los preceptos constitucionales para que sirvan de pauta en la aplicación de las normas constitucionales por los poderes públicos. Al Juez corresponderá resolver sobre las medidas en orden al cuidado y régimen de visitas de los hijos» (Fundamento Jurídico número 2 de la Sentencia).

A pesar de acceder a la demanda de amparo sobre la base de la existencia de una violación del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva (ART. 24.1), el Tribunal no accede a promover el

tema de la anticonstitucionalidad del Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos (en contra de la petición de la parte demandada), ya que considera que dicho Acuerdo no es aplicable al caso por razón de tiempo:

«Como todo se ha desarrollado desde la entrada en vigor de la Constitución Española y antes de la vigencia del Acuerdo con la Santa Sede, excepto el último acto (el de la Sala de lo Civil), lo que es irrelevante, la cuestión ha de resolverse desde la perspectiva de la legalidad contenida en los artículos 80 al 82 y también el 73 (2), todos del Código Civil, redactados obedeciendo a lo acordado en el año 1953, si bien interpretando estos preceptos desde la afirmación de los principios constitucionales» (Fundamento número 9 de la Sentencia).

En opinión del Tribunal la actuación anticonstitucional (contraria al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, recogida en el ART. 24.1) del Juez de Primera Instancia de Huesca y de la Audiencia Territorial de Zaragoza, al ejecutar la Sentencia de separación matrimonial del Tribunal de la Rota en materia de custodia y régimen de visitas de los hijos, no responde a la existencia de nuestro Ordenamiento de normas contrarias a la Constitución (las que regulan la ejecución de las resoluciones de tribunales eclesiásticos por los tribunales civiles), sino a una interpretación incorrecta de las mencionadas normas. De acuerdo con lo cual no es preciso pasar a considerar la hipotética derogación y/o inconstitucionalidad de esas normas. Basta con introducir una nueva interpretación de las mismas acorde con la Constitución.

## 2. LA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 73 Y 82 DEL CÓDIGO CIVIL

Los artículos 73 y 82 del Código Civil constituyen el marco legal para la ejecución de las resoluciones eclesiásticas en materia matrimonial, y concretamente para la actuación en este caso del Juez de Huesca y de la Audiencia de Zaragoza:

---

(2) Todas las referencias al Código Civil se hacen a la redacción anterior a las reformas del mismo, correspondientes a la Ley 11/1981, de 13 de mayo (BOE de 19 de mayo de 1981) y a la Ley 30/1981, de 7 de julio (BOE de 20 de julio de 1981), la existente en el momento de producirse la Sentencia del Tribunal Constitucional. Si en algún caso no es así, se indicará expresamente.

«La jurisdicción civil ... ejecutará, en todo lo ... relativo a efectos civiles, las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica sobre ... separación de matrimonio canónico ... La ejecución se llevará a cabo en virtud de comunicación canónica de las sentencias o resoluciones, o a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio» (art. 82).

«La ejecución de separación producirá los siguientes efectos: .....

Segundo: .....

Sin embargo, de lo anteriormente establecido, si al juzgarse sobre la separación se hubiera, por motivos especiales, proveído acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado» (art. 73, núm. 2.º, párrafo 4.º).

Frente a la estricta ejecución de lo previsto con respecto a los hijos en este caso de separación por la Sentencia de la Rota, el Tribunal argumenta lo siguiente:

1.º Que ya antes de la Constitución se había entendido por algún sector doctrinal y en algunos casos por los Tribunales también, «que el Juez es el que determina y regula las consecuencias civiles de la separación, resolviendo con jurisdicción propia, según la legislación civil» (Fundamento Jurídico número 6 de la Sentencia).

2.º Que si esta interpretación podía discutirse entonces, resulta ahora una interpretación obligada a la luz de los nuevos principios constitucionales de aconfesionalidad y de exclusividad jurisdiccionales: «Desde la base firme de estos principios, una interpretación coherente postula que en cuanto atañe a los efectos civiles, regulados por la Ley civil, es el Juez quien dirime las contiendas, partiendo respecto de los procesos de separación seguidos ante las autoridades eclesiásticas, y en tanto no operó plenamente el conocimiento de estos procesos por la jurisdicción estatal, del presupuesto de la sentencia canónica, como creadora de una situación que genera, en lo que ahora nos ocupa, unos efectos en el régimen de la patria potestad y cuidado de los hijos, que regula

la Ley civil y define, en el marco de esta Ley, atento al bien de los hijos, el Juez» (Fundamento Jurídico número 10, *in fine* de la Sentencia).

Importa concretar en qué medida se podía defender la interpretación expuesta «en el derecho anterior a la Constitución». La propia Sentencia del Tribunal Constitucional menciona algunas resoluciones del Tribunal Supremo en las que se había asumido la interpretación en cuestión: Sentencias de la Sala de lo Civil de 3 de junio de 1966 y de 26 de enero de 1974; Auto de la misma Sala de 4 de octubre de 1971 (Fundamento Jurídico número 6 de la Sentencia). La lectura de dichas resoluciones permite afirmar que ciertamente la actuación del Juez y de los Tribunales civiles no es de mera ejecución con respecto a las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos sobre separaciones matrimoniales; pero en ninguna de ellas se plantea la posibilidad de que la jurisdicción civil altere las previsiones de una resolución eclesiástica en materia de filiación.

En la Sentencia de 3 de junio de 1966 (3) se describe «el trámite llamado de ejecución, a efectos civiles, de una sentencia firme de separación matrimonial, dictada por un Tribunal Eclesiástico de acuerdo con lo establecido en los artículos 80 y 82 del Código Civil, como

«Trámite de naturaleza especialísima, ya que los Tribunales civiles no se limitan a ejecutar en sentido estricto las resoluciones emanadas de la jurisdicción canónica, sino que, en virtud de lo que se ordena por el legislador en el segundo de los citados preceptos, determinan y regulan las consecuencias meramente civiles de la separación o de la nulidad en su caso—resolviendo con jurisdicción propia los distintos problemas que cada situación matrimonial plantee en particular, para lo que habrá de utilizar las normas específicas contenidas en la legislación civil y, sobre todo, con autonomía de criterio y de procedimiento con respecto de la resolución anterior» (primer considerando).

Pero el problema que se planteaba era de régimen económico-matrimonial en relación con el procedimiento adecuado para discutir sobre el mismo (con ocasión de la separación de los cónyuges): «La

(3) Ponente: excelentísimo señor don José Beltrán de Heredia y Castaño.

cuestión que se debate ... no es otra sino la de saber si el procedimiento seguido, es decir, el de un incidente de previo y especial pronunciamiento ... en el trámite de ejecución de una sentencia canónica, es o no el adecuado para decidir acerca de la existencia del régimen económico matrimonial de la sociedad legal de gananciales; cuestión que fue suscitada por el actual recurrente a lo largo de la tramitación, rectificando su primitiva solicitud ... de que se procediese a la liquidación de la referida sociedad ...» (segundo considerando). No se trataba, pues, de custodia de hijos ni tan siquiera de cambiar en algo relativo al régimen económico matrimonial el criterio de la resolución eclesiástica de separación. Resulta, pues, que la caracterización antes transcrita de la ejecución de la resolución eclesiástica por los Tribunales Civiles era un mero *obiter dicta*, sin ninguna relación concreta con el tema que aquí nos puede interesar, que es el de la posibilidad de que los jueces civiles contradigan o cambien en algo la resolución del Tribunal Eclesiástico y, más específicamente, en materia de custodia de los hijos con ocasión de la separación de los cónyuges, sus padres.

La Sentencia de 26 de enero de 1974 (4) se ocupa de la facultad que corresponde al padre—en supuesto de separación—de visitar y tener en su compañía durante períodos prudenciales a los hijos, cuya custodia ha sido encomendada a la madre. En ella se afirma la competencia de la jurisdicción civil para ocuparse de esta cuestión. Pero no se plantea que ello sea en contradicción con lo dispuesto por resolución eclesiástica alguna. En efecto, de los resultados de la sentencia se deduce que el Tribunal Eclesiástico que había dictado la separación no había previsto nada sobre el régimen de visitas del padre a los hijos. Nos encontramos, pues, dentro del ámbito de aplicación—que nadie discute y que no es objeto de este caso—del artículo 73, número 2.º, párrafo 5.º (y no 4.º) del Código Civil.

Finalmente, en el Auto de 4 de octubre de 1971 (5) se reitera casi literalmente la doctrina de la Sentencia de 3 de junio de 1966, en relación con el tema que nos ocupa—efectos de la separación con respecto a la custodia de los hijos—, para rechazar la admisión del recurso de casación por no tratarse de un caso de ejecución en sentido propio y no darse, consecuentemente, los supuestos previstos para la casación en el artículo 1.695 de la LEC; todo ello al amparo de artículo 1.729, 3.º de dicha LEC. Pero aquí tampoco se presenta el problema que nos

(4) Ponente: excelentísimo señor don Julio Calvillo Martínez.

(5) Ponente: excelentísimo señor don José Beltrán de Heredia y Castaño.

interesa conocer y que es el siguiente: ¿la especificidad de la ejecución de las resoluciones de Tribunales eclesiásticos por Tribunales civiles es tal que estos últimos pueden, con propio criterio y en aplicación de la legislación civil, alterar lo previsto en aquéllos por lo que se refiere a los efectos de la separación de los padres sobre la custodia de los hijos?

La doctrina de los tribunales no sólo no daba antes de la Constitución una respuesta afirmativa a semejante pregunta, tal y como se comprueba al estudiar los ejemplos alegados en la Sentencia del Tribunal Constitucional, sino que, además, parecía entender todo lo contrario: que en ningún caso los Tribunales civiles podían contradecir en dicha cuestión lo dispuesto por los eclesiásticos. Concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1974 (6) parece dar a entender que es la Sentencia firme del Tribunal Eclesiástico competente la que tiene la última palabra por lo que se refiere a la situación de los hijos del matrimonio de cuya separación se trata, permaneciendo vigente hasta ese momento lo dispuesto en las medidas provisionales.

La misma resolución de la Audiencia de Zaragoza (que, no se olvide, confirma la del Juez de Huesca), objeto del recurso de amparo, no es sino prueba de cómo se venía entendiendo la cuestión por nuestros Jueces y Tribunales, antes de la Constitución (y también después). Abunda en ello la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 1 de diciembre de 1980, que, conociendo la doctrina del Tribunal Supremo antes citada, sobre el margen de autonomía de la jurisdicción civil para la ejecución de las resoluciones eclesiásticas, la limita lógicamente a lo que se entiende por consecuencias estrictamente civiles, las económicas, es decir, principalmente el régimen económico matrimonial y los alimentos (7).

---

(6) Ponente: excelentísimo señor don Francisco Bonet Ramón.

(7) «Considerando que en orden al extremo impugnado hay que recordar una vez más la doctrina que se recoge en el auto de esta Sala de 10 de junio de 1976 en el sentido de que, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1968 y auto de 4 de octubre de 1971, en materia de ejecución de sentencias canónicas de separación o nulidad de matrimonio, la actividad de los Tribunales civiles no ha de ajustarse a las normas específicas de ejecución de sentencias civiles, sino que, en virtud de lo que ordena el artículo 82 del Código Civil, han de resolver con jurisdicción propia, después de la ponderación de los elementos en juego, los diferentes problemas que cada situación familiar plantea en particular, utilizando las normas específicas contenidas en la legislación civil con autonomía de criterio y de procedimiento respecto a la resolución económica, autonomía procedimental que ha de estar subordinada a la naturaleza específica

La Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de diciembre de 1979 (8) parte también de la base, tácitamente aceptada, de la total competencia de los Tribunales eclesiásticos para determinar el régimen de guarda y custodia de los hijos derivado de las separaciones de los cónyuges sobre las que se pronuncien.

En cuanto a la doctrina, es cierto que algún autor insistía en la autonomía de la jurisdicción civil frente a la eclesiástica, por lo que se refiere a las consecuencias civiles de las resoluciones eclesiásticas de separación (9). Pero difícilmente cabría argumentar a favor de dicha autonomía plena en la custodia de los hijos a la vista del tenor literal de los artículos 73 y 82, de su integración sistemática en el Código Civil, de sus antecedentes históricos y de su finalidad.

La redacción de los artículos 73 y 82 del Código Civil procede principalmente de la reforma de 24 de abril de 1958, la cual—se decía en la exposición de motivos— «afecta principalmente al régimen del matrimonio, para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato concertado el 27 de agosto de 1953 entre la Santa Sede y el Estado español (10). De conformidad con ello y atendiendo a la preocupación

---

de los pronunciamientos de la sentencia eclesiástica cuyos efectos civiles se tratan de llevar a efecto y en este aspecto, si bien los efectos meramente constitutivos o modificativos del estado civil —inscripción de la sentencia canónica en el Registro Civil— o los puramente declarativos —ratificación de la declaración de separación de bienes y personas— puede pedirse y obtenerse inaudita parte, por no ser posible respecto a los mismos contradicción alguna, existen otros efectos civiles, como la liquidación de bienes de la sociedad conyugal, pensiones alimenticias, etc., que tienen procedimientos adecuados para dilucidar las cuestiones que las mismas puedan suscitar y que exigen, cualquiera que sea la naturaleza del proceso a seguir, lo que es peculiar y propio de todo proceso, cual es la observancia inexcusable del principio de contradicción, o sea, una fase de alegaciones y otra de prueba como presupuesto previo a la decisión judicial que debe recaer.»

Primer considerando. *Vid.* en la *Revista General de Derecho*, 1980, p. 168.

(8) *Vid.* en la *Revista General de Derecho*, 1980, p. 408.

(9) LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 1978, *vid.* p. 279.

(10) Párrafo [1] de la exposición de motivos. Esta explícita voluntad del legislador español se reitera coherentemente en otros muchos lugares de la exposición de motivos:

«La parte del Código Civil más afectada por la aplicación del Concordato es el título cuarto del libro primero, es decir, el título dedicado al matrimonio» (párrafo [4]).

«El artículo 80 se limita a declarar la competencia de la Iglesia para conocer y definir las causas matrimoniales en materia de nulidad, de separación, de dispensa de matrimonio rato y no consumado y de aplicación del privilegio paulino, pero sin prejuzgar acerca del procedimiento que habrá de seguirse en cada una de ellas. El artículo 82, respetando las exigencia canónicas, regula los efectos

existente por parte de la Iglesia con respecto a la educación de la prole, «la reforma de los artículos 70, 71 y 73 para prevenir cualquier conflicto que pudiera dimanar de la discordancia con el ordenamiento canónico dispone que deberá estarse a lo decretado acerca del cuidado de los hijos por el Tribunal que conoció sobre la nulidad o la separación de cónyuges...» (11). De ahí que la doctrina afirmase con razón, en relación con los artículos 70 y 73 del Código Civil, cuando en uno y otro se da total preferencia en materia de custodia de los hijos al Tribunal que haya entendido de la nulidad o de la separación, respectivamente, sobre el Juez encargado de la ejecución, lo siguiente: «Tratándose de matrimonio civil, la norma tiene un significado meramente procesal, pues viene a disponer que el Juez encargado de la ejecución ... Pero tratándose de matrimonio canónico, la regla adquiere un cierto significado político y jurisdiccional, puesto que implica que el Estado, «para prevenir cualquier conflicto que pudiera derivarse de la discordancia con el ordenamiento canónico», reconoce a la Iglesia, representada por el órgano jurisdiccional encargado del conocimiento del proceso de nulidad [o de separación], la potestad exclusiva de proveer al cuidado de los hijos» (12).

Esta preferencia que se concede a los Tribunales eclesiásticos en materia de custodia de los hijos, es lógica desde el momento en que nuestro legislador pretendía armonizar totalmente nuestro ordenamiento con la doctrina de la Iglesia y el Código de Derecho Canónico, a través de una interpretación y aplicación del Concordato de 1953 en

---

civiles de las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica en tales causas» (párrafo 161).

«La reforma viene inspirada en el propósito de trasladar con la mayor fidelidad posible las declaraciones concordatarias al Código Civil y en el deseo de suprimir cualquier traba al reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio, ahora sólo condicionado a la inscripción» (párrafo 121).

(11) Párrafo 17) de la exposición de motivos.

(12) F. DE A. SANCHO REBULLIDA: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo II, Madrid, 1978. Vid. pp. 198 y 197. También, en *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, de J. L. LACRUZ, Barcelona, 1963. Vid. pp. 140 y 141, y en *Derecho de familia*, I, de J. L. LACRUZ y F. DE A. SANCHO, Barcelona, 1974. Vid. pp. 86 y 90.

En el mismo sentido JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ en *Derecho civil español, común y foral*, de J. CASTÁN TOBEÑAS, tomo V, volumen I, 9.ª edición, revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO y J. M. CASTÁN, Madrid, 1978, Vid. pp. 897 y 898; JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. I, Barcelona, 1978. Vid. p. 206.

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS abunda en esta misma interpretación —que expone como indiscutida e indiscutible— de que las determinaciones de los Tribunales eclesiásticos en relación con los hijos en casos de nulidad y separación habrán de prevalecer en el fuero civil. Y además, pone de relieve cómo

concordancia con aquéllas (13). Hay que tener en cuenta que la procreación y la educación de la prole son fines esenciales del matrimonio para la Iglesia (14). De ahí que los canonistas no incluyan los efectos de la separación relativos a los hijos entre los efectos civiles, que se concretan únicamente en los aspectos patrimoniales de la separación (15). La cuestión es considerada como mixta, sobre la base del

la reforma del Código Civil de 1975, al mantener inalterada esta redacción del artículo 73 del Código, vino a revalidar su vigencia: «Podría pensarse que esta doctrina ha sido modificada por la Ley de Libertad Religiosa de 28 de junio de 1976. Según su artículo 3.º, «las creencias religiosas no constituirán motivos de desigualdad de los españoles ante la Ley». Pero el caso es que la Ley de 2 de mayo de 1975, que da nueva redacción al artículo 73, insiste en relación con los hijos en las reglas ya indicadas; con sus mismos términos, aunque modifica otros de los preceptos comprendidos en dicho artículo 73 del Código Civil». *Matrimonio, Iglesia, Estado: hacia el gran cambio*. Documentación Jurídica, 1977, número 13. *Vid.* p. 173.

(13) Artículo XXXV, párrafo 1 del Concordato: «La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Concordato, inspirándose para ello en los principios que lo informen.»

Los principios que lo informaban eran claramente los de una total sumisión a la jurisdicción de la Iglesia, como se deduce—entre otros—de los siguientes artículos:

Artículo I: «La Religión Católica Apostólica Romana sigue siendo la única de la Nación española, y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la Ley Divina y el Derecho canónico.»

Artículo II, párrafo 1: «El Estado español reconoce a la Iglesia Católica el carácter de sociedad perfecta y le garantiza el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual y de su jurisdicción, así como el libre y público ejercicio del culto.»

Artículo XXIV, párrafo 4: «En general, todas las sentencias, decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las Autoridades eclesiásticas, en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efecto en el orden civil cuando hubieren sido comunicadas a las competentes Autoridades del Estado, las cuales prestarán además el apoyo necesario para su ejecución.»

(14) FUENMAYOR apunta acertadamente que el criterio adoptado en el canon 1.132 «no es sino la lógica consecuencia del 1.013, que consagra la educación de la prole como fin primario del matrimonio». «La educación de los hijos en las causas de separación y de nulidad matrimonial», en *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, I, Madrid, 1959. *Vid.* p. 463.

En el mismo sentido, afirma A. BERNÁRDEZ CANTÓN que «la finalidad que debe presidir todo pronunciamiento acerca de los hijos es la garantía de su educación católica, fin primario del matrimonio». *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid, 1969. *Vid.* p. 392.

(15) Así, MANUEL GIMÉNEZ FERNÁNDEZ distingue, en relación con las consecuencias de la separación conyugal, las relativas a los cónyuges, las relativas a los hijos y los efectos civiles (patrimonio, honores, alimentos). *La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia Católica*, Madrid, 1943, pp. 251 y 252.

predominio de la jurisdicción eclesiástica en orden a garantizar la educación católica de los hijos, de acuerdo con el canon 1.132 del Codex (16).

La reforma de 1958 viene, pues, a poner fin a una situación insatisfactoria para la Iglesia, adecuando el Código Civil al Concordato en esta materia, de manera «que el pronunciamiento acerca de los hijos que los Tribunales eclesiásticos, en el ejercicio de su legítima competencia, dictaren, pudiera ser ejecutivo civilmente» (17). Quizá sea un trabajo de FUENMAYOR sobre esta materia el que mayor claridad puede aportar sobre el sentido histórico y la finalidad perseguida con la redacción que la reforma de 1958 da a esta cuestión en los artículos 70 y 73 del Código Civil (18). En efecto, redactado el mencionado trabajo poco antes de que la reforma tuviese lugar, el autor exponía las deficiencias del Código Civil, al no garantizar el pleno ejercicio de la jurisdicción eclesiástica en la materia (19), y proponía cuáles debían ser los cambios a introducir (20), que, como el propio FUENMAYOR señala—en una addenda final al trabajo, posterior al momento de su redacción y escrita al haberse producido en el ínterin la reforma del Código Civil—, coinciden con los definitivamente introducidos por el legislador (21). Hay que tener en cuenta que FUENMAYOR formaba parte de la Comisión General de Codificación.

Parece, pues, indudable que el legislador de 1958 quiso introducir en tema de custodia de hijos por separación o nulidad del matrimonio unos criterios generales con carácter de orientación para el juez civil, al que se deja amplio margen de discrecionalidad (arts. 70, párrafos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, y 73, número 2.º, párrafos 1.º, 2.º, 3.º y 5.º), pero sujeto siempre, en su caso, a lo que disponga el juez eclesiástico (arts. 70, párrafos 5.º, y 73, núm. 2.º, párrafo 4.º), para que los criterios enumerados

---

(16) «Verificada la separación, los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente, y si uno de los cónyuges es acatólico, al lado del cónyuge católico, a no ser que en uno y otro caso haya el Ordinario decretado otra cosa atendiendo al bien de los mismos hijos y dejando siempre a salvo su educación católica.»

(17) A. BERNÁRDEZ CANTÓN: *Las causas canónicas de separación conyugal*. Madrid, 1961. Vid. p. 684.

(18) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN: «La educación de los hijos en las causas de separación y de nulidad matrimonial», en *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, I, Madrid, 1959, pp. 460 a 480.

(19) Plena jurisdicción que el autor reivindica. Vid. las pp. 472 a 474.

(20) Vid. las pp. 475 y 478. En especial esta última.

(21) Vid. las pp. 478 y 479.

en los artículos 70 y 73 del Código Civil carecen totalmente de valor vinculante (22).

Esta voluntad legislativa quedó correctamente recogida en el texto de los artículos 70 y 73. En ambos se establece con claridad que si al juzgarse sobre la nulidad o la separación se hubiese, «por motivos especiales», «proveído acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado». Ubicados dichos artículos en el capítulo I del título IV del libro I del Código Civil («Del matrimonio»), que se refiere a las disposiciones generales, no hay razón para entender sus preceptos limitados a los matrimonios canónicos o civiles. Estos tienen su tratamiento específico en los dos capítulos siguientes del mismo título IV. Luego, cuando en los mencionados artículos se hace referencia a la resolución que haya decidido sobre la nulidad o la separación, se contempla tanto a los matrimonios canónicos como a los civiles, prescindiendo pues de hacer distingos por razón de que la jurisdicción para entender de dichas causas sea la civil o la eclesiástica. Tanto en un caso como en otro, lo dicho por el juez o Tribunal que se encargue de decidir sobre la nulidad o sobre la separación tiene prioridad total para la ejecución. Esta interpretación únicamente podría obviarse si existiese una referencia expresa a la exclusión de dicha regla de lo previsto por los jueces o Tribunales eclesiásticos. Pero semejante referencia no existe, como es lógico, puesto que ya hemos visto cuál era la voluntad del legislador, que, sin duda, se estaba refiriendo más a los jueces y Tribunales eclesiásticos (cuya jurisdicción en la materia pretendía reconocer—tal era el fin principal de la reforma—) que a los civiles.

Si el tenor literal de los artículos 70 y 73 abarcaba ambos tipos de matrimonio, no cabe duda de que se reconocía plenamente la jurisdicción eclesiástica para determinar, en su caso, «por motivos especiales» (la garantía de la educación católica de la prole—canon 1.132—), a quién se encomendaría y en qué términos la custodia de los hijos. En efecto, puesto que «el conocimiento de las causas sobre nulidad

---

(22) «Se establecen algunos criterios generales, con carácter de nueva orientación, y dejando en libertad al arbitrio judicial para decidir según las exigencias del caso concreto. Estos criterios se dirigen, en nuestra interpretación, al juez civil que entienda sobre la separación de un matrimonio civil o que esté encargado de la ejecución de la sentencia tanto canónica como civil; por el contrario, el juez eclesiástico que entienda sobre una causa canónica de separación deberá estar a lo establecido en el canon número 1.132, pudiendo desde luego también tener en cuenta estos criterios orientadores si lo estimase conveniente.» A. BERNÁRDEZ CANTÓN: *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid, 1961. Vid. páginas 685 y 686.

y separación de los matrimonios canónicos correspondía «exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica», y esto se reconocía así en el mismo cuerpo legal (arts. 80 y 82 del Código Civil) y en la redacción del mismo correspondiente a la misma reforma, la más elemental interpretación sistemática nos conduce a la conclusión antes mencionada.

El alcance de la jurisdicción concedida a la Iglesia en materia matrimonial al amparo de los artículos 80 y 82 del Código Civil podría discutirse en algún punto, pero no en lo referente a la custodia de los hijos, ya que, en base a lo expuesto, ésta quedaba claramente englobada en dicha jurisdicción, precisamente por la concreción que a tal efecto aportaba la redacción dada a los artículos 70, párrafo 5.º y 73, número 2.º, párrafo 4.º, con la reforma del Código de 1958.

A partir de dicha reforma, los artículos 73, 75, 80 y 82 del Código Civil atribuyen a los jueces y Tribunales eclesiásticos plena jurisdicción en el tema de la custodia de los hijos con ocasión de las separaciones y nulidades matrimoniales. Cuando los jueces y Tribunales eclesiásticos dispongan algo al respecto, los jueces y Tribunales civiles se limitarán a ejecutarlo. El campo de decisión de estos últimos se reduce en los matrimonios canónicos a que el juez encargado de la ejecución pueda decidir en lo no previsto por la sentencia de nulidad o de separación, es decir, si el tema de la custodia y régimen de visitas de los hijos no ha sido abordado. Pero en ningún caso podrán decidir con propio criterio y de acuerdo con la legislación civil de manera distinta a la prevista por los jueces y Tribunales eclesiásticos. Así lo quiso el legislador, así lo plasmó en la ley y tal fue la finalidad de la misma. Así lo reconoció la doctrina de los autores y de los Tribunales.

Se trata pues de un tema que en ningún momento produjo controversias doctrinales en la interpretación y aplicación del artículo 73. La interpretación expuesta venía avalada, además —no se olvide— por el Concordato de 1953. Se trataba de una transposición al Código Civil de lo acordado en él con la Santa Sede. Así lo reconoce expresamente el Tribunal en la parte que hemos transcrito al principio del número 9, *in fine*, de los fundamentos jurídicos de la sentencia que comento.

Pero cuando resulta que la interpretación que se ha venido dando a un conjunto de normas (arts. 73 y 82) ha sido indiscutida e indiscutible, adoptar una nueva interpretación, antagónica de la anterior, y que precisamente viene a suponer la no aplicación de las mismas

al supuesto contemplado (por entender que su ámbito de aplicación ha quedado restringido), significa en realidad aceptar la existencia de una derogación parcial de las normas en cuestión. Y eso es en verdad, de acuerdo con lo que he dicho, lo que, a mi entender, ha realizado en esta sentencia el Tribunal Constitucional. Hablar de nueva interpretación es un eufemismo tras el que se oculta una derogación parcial de los artículos 73, número 2.º, párrafo 4.º y 82 del Código Civil, por lo que al problema contemplado en la sentencia de amparo se refiere; derogación encaminada a negar competencia a la jurisdicción eclesiástica en tema de custodia de hijos con ocasión de la separación de los padres. Con lo que el artículo 73, número 2.º, párrafo 4.º, se referiría únicamente a las sentencias de separación dictadas por Tribunales civiles, es decir, a las sentencias de separación de matrimonios civiles.

Es cierto que uno de los valores normativos más importantes de la Constitución debe ser el interpretativo (23), como fuente de principios que deben inspirar la interpretación de todas las normas de nuestro Ordenamiento jurídico. Este papel, aparentemente secundario, es por el contrario principalísimo por diversas razones:

- Porque afecta a todos los órganos del Estado.
- Porque permite una máxima concordancia de todo el Ordenamiento, tanto de las normas anteriores como de las posteriores a la Constitución, con los principios constitucionales.
- Porque salva así de la derogación o de la nulidad por anticonstitucionalidad a muchas de aquellas normas que presenten algún posible antagonismo con la Constitución.

De ahí que este criterio de interpretación de las normas en consonancia con la Constitución deba presidir la actuación de todos los órganos del Estado, en especial de los órganos jurisdiccionales y sobre todo del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, esa adaptación interpretativa de los textos legales a la Constitución tiene un límite como es obvio, a partir del cual, aunque se siga hablando de interpretación, en realidad lo que se ha producido es una derogación (24). Y esto es —en mi opinión— a lo que

(23) Sobre este tema, *vid.* EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*. ADC, 1979, pp. 327 a 333.

(24) Sin entrar en el tema de determinar hasta qué punto cualquier interpretación delimitadora de carácter vinculante no supone ya, como toda restricción, una cierta derogación de la norma interpretada.

ha dado lugar el Tribunal Constitucional en este caso con respecto a los artículos 73 y 82 del Código Civil. Por ello he tenido interés en hacer ver que, en contra de lo que pretende dar a entender —que la interpretación ahora defendida por él ya había sido mantenida incluso antes de la Constitución—, no es exacto que se pudiera mantener fundamentadamente la referida interpretación y, de hecho, nadie, ni ningún órgano del Estado la defendió. La llamada «interpretación» de los artículos 73 y 82 del Código Civil en concordancia con la Constitución, no es pues sino una derogación de los mismos en el punto controvertido, por ser contrarios a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional (ART. 117, aps. 5 y 3), en la medida en que la violación de los mismos supone una indefensión jurisdiccional en los términos contemplados por el ARTICULO 24.

Llegados a este punto, la pregunta es inevitable: ¿Por qué el Tribunal Constitucional ha optado por esta argumentación forzada? ¿Por qué no ha entendido que, en efecto, se trataba de un caso de anticonstitucionalidad sobrevenida o de derogación tácita basada en la disposición derogatoria, párrafo tercero, de la Constitución?

La contestación que se me ocurre es que el Tribunal ha tratado de evitar que la solución del tema fuese excesivamente —desproporcionadamente me atrevería a decir, en relación con la importancia del caso— complicada. En efecto, la derogación parcial de los artículos 73 y 82 del Código Civil se relaciona con la incidencia de la Constitución en el Concordato de 1953 y con la constitucionalidad del Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 1979, todo ello con respecto a la eficacia de la jurisdicción eclesiástica en tema de matrimonio a partir de la Constitución. Como se observará, los temas suscitados son complejos jurídicamente y especialmente delicados en un momento en que las Cortes estaban ya tratando de la reforma del Código Civil en esa materia; todo ello dentro de un contexto político e ideológico tenso, como suele ocurrir en nuestro país cuando se trata de temas relacionados con la Iglesia y con la Religión Católica. Me inclino a creer que el Tribunal ha tratado de evitar la consideración de esa problemática en la medida en que ello no fuese absolutamente imprescindible para conceder amparo, incluso forzando «una interpretación» más allá de sus límites. Evidentemente, es una opción práctica, aunque tenga aspectos negativos. Por lo pronto, la Sala evitó de esta guisa tener que elevar la cuestión al Pleno para que el mismo se pronunciase sobre la inconstitucionalidad de la Ley

aplicada (art. 55, párrafo 2, LOTC). Así lo solicitó —recuérdese— la parte demandada (25).

Veamos brevemente los temas de los que el Tribunal Constitucional se debería haber ocupado si —como creo correcto— hubiese considerado que los artículos 73 y 82 del Código Civil quedaban parcialmente derogados, por lo que a la eficacia de la jurisdicción eclesiástica se refiere en el tema de la custodia de hijos con ocasión de la separación de matrimonios canónicos.

Dichos temas serían los siguientes:

- Eficacia de la jurisdicción eclesiástica a partir de la entrada en vigor de la Constitución.
- Relación entre la Constitución y el Concordato.
- Relación entre la Constitución y el acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 1979.

### 3. LA EFICACIA DE LA JURISDICCIÓN ECLESIASTICA A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CONSTITUCIÓN

LÓPEZ ALARCÓN considera que la Constitución «es un texto ... que tiene la suficiente flexibilidad para que, mediante su desarrollo normativo, se pueda alcanzar cierta permeabilidad de la jurisdicción eclesiástica en el Ordenamiento civil» (26). Lo que desarrolla sobre la base de que, aunque en la Constitución no hay un reconocimiento explícito de dicha jurisdicción eclesiástica, no hay nada que lo impida. En efecto —argumenta— (27), el reconocimiento de la jurisdicción eclesiástica no es contrario a los principios de exclusividad y unidad jurisdiccional ni infringe la prohibición de Tribunales de excepción (ART. 117); mientras tanto, el ARTICULO 93 prevé la posibilidad de que se «atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias» jurisdiccionales. Luego —añade el mencionado autor— cabe atribuir a la jurisdicción eclesiástica un margen de eficacia civil directa en la medida en que así se acuerde con la Iglesia, puesto que ésta es una organización o institución in-

(25) En efecto pidió que no se decidiese la cuestión planteada «en sentencia resolutoria del recurso de amparo porque a ello se oponen los artículos 32, 35 y 46 de la LOTC, en cuanto que la presunta lesión causada dimana de una Ley y no de la incorrecta aplicación de la misma; debe resolverse por la vía del artículo 55, 2), de la misma ley». Apartado número 10 de los antecedentes de la sentencia.

(26) «Repercusiones de la Constitución española sobre la jurisdicción matrimonial», en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*. Salamanca, 1979. Vid. p. 204.

(27) Vid. las pp. 223 a 230.

ternacional. Con esta argumentación se pretende defender la conveniencia de mantener un ámbito de jurisdicción eclesiástica civilmente reconocida reducido a la materia del matrimonio, que complementaría al «reconocimiento del matrimonio canónico, con producción de efectos civiles, dentro de un régimen pluralista que habrá que definir», sistema matrimonial resultante —en opinión del autor— del texto constitucional (28).

Yo entiendo que la Constitución española de 1978 no deja margen alguno para reconocer eficacia civil directa a la jurisdicción eclesiástica, tampoco con respecto al matrimonio canónico, por ser contrario a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional (29). La configuración que el ARTICULO 117, párrafo 5.º (30), ha dado al principio de unidad jurisdiccional lo impide, sobre todo, si se interpreta —y así debe hacerse por razones históricas obvias— en contraposición con el artículo 32 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 (31). En este último se establece explícitamente, como excepción a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional (del art. 31), el reconocimiento de la jurisdicción militar y el de la jurisdicción eclesiástica;

(28) MARIANO LÓPEZ ALARCÓN considera el Concordato de 1953 como «la máxima expresión de concesiones jurisdiccionales a un ordenamiento extraño, pues el Estado limita su ámbito de competencia para que ese vacío sea llenado por la Iglesia mediante la actuación de sus propios órganos judiciales y administrativos» (p. 219); lo que le lleva a calificarlo en materia jurisdiccional de «anacrónico, desmedido» y «superfluo» (p. 215). «Pero —dice también— no hay que regatear indudables aciertos, que se concretan en la garantía del pleno y libre ejercicio de la jurisdicción eclesiástica (art. III) y la ejecución civil de decisiones canónicas en los asuntos matrimoniales especificados» (art. XXIV, 3) (p. 216). Sin duda, esto último explica la posición que adopta en cuanto a la posibilidad de que subsista la eficacia civil de la jurisdicción eclesiástica, aunque en un ámbito reducido, después de la Constitución.

(29) En el mismo sentido, MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, ADC, 1980. Vid. páginas 578 y 579.

(30) «El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.»

(31) Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967:

Artículo 31: «La función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las Leyes, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia.»

Artículo 32: «I. La jurisdicción militar se regirá por las leyes y disposiciones que privativamente la regulan.

II. La jurisdicción eclesiástica tendrá por ámbito el que establezca el Concordato con la Santa Sede.»

esta segunda, además, en los términos del Concordato, llevando así a cabo una constitucionalización del mismo en esa materia. En cambio, la Constitución excepciona del principio de unidad y —por ende— del de exclusividad únicamente a la jurisdicción militar (32). Por otro lado, no creo que se pueda entender que la Iglesia sea una de las organizaciones o instituciones internacionales a las que se refiere el ARTICULO 93 de la Constitución (33).

La contradicción entre los artículos 73, número 2.º, párrafo 4.º y 82 del Código Civil (en los que se reconoce eficacia civil directa a la jurisdicción eclesiástica) y el ARTICULO 117 se salva con la derogación de aquéllos por la Constitución, en la medida en que el ARTICULO 117 sirve para interpretar y dar contenido concreto al ARTICULO 24.1, que, siendo de aplicación directa (ARTICULO 53), tiene también eficacia derogatoria inmediata de «cuantas disposiciones se opongan a él» (disposición derogatoria, párrafo tercero, de la Constitución).

La auténtica dimensión del tema no es pues el contemplado directamente en la sentencia de amparo del Tribunal. Y ello contribuye a poner de relieve cómo el Tribunal lo ha esquivado al minimizarlo. No se trata de una interpretación correcta de los artículos 73 y 82,

(32) MARIANO LÓPEZ ALARCÓN tiene en cuenta el argumento, pero lo rechaza porque considera que no es la jurisdicción la que determina el sistema matrimonial, sino al revés. Luego, «si la futura ley estableciera un sistema facultativo, el silencio de la Constitución sobre la jurisdicción eclesiástica no impediría su ejercicio en las causas matrimoniales, porque es equiparable a la jurisdicción reservada a otros Estados y organismos internacionales». Y añade, en apoyo de esta tesis, el ejemplo histórico de «la Constitución española de 1878, en cuyo artículo 75 se dispuso que «en ellos [en los Códigos] no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales», lo que no obstaculizó que el Decreto-ley de Unificación de Fueros de 1867 continuara rigiendo con el amplio ámbito de atribuciones otorgado a la jurisdicción eclesiástica». *Vid.* pp. 225 y 226.

(33) En el mismo sentido parecen entenderlo también los internacionalistas. Precisamente por ello existe dificultad en subsumir los concordatos y convenios con la Santa Sede en la definición de tratado internacional que da el artículo 2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo (sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales), a pesar de contemplarse en ella los acuerdos celebrados entre España y los organismos internacionales. De ahí que sea preciso entender, en consonancia con la tradición doctrinal y jurisprudencial—que considera que los mencionados acuerdos son tratados internacionales—, que quedan en efecto comprendidos en el espíritu de la definición del Decreto. JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS: «Comentario al artículo 1.5 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, I, Madrid, 1977. *Vid.* pp. 107 y 109.

En el mismo sentido también MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, ADC, 1980. *Vid.* p. 577, n. 17.

en base a la cual se pueda concluir que la eficacia civil de la jurisdicción eclesiástica no se extiende a la custodia de los hijos en casos de separación. En realidad, centrado debidamente, el tema es el de saber en qué medida los artículos 73 y 82 del Código Civil han quedado derogados por la Constitución y, consecuentemente, la falta de jurisdicción (con eficacia civil) eclesiástica en la materia objeto del recurso de amparo no sería sino el resultado de la falta de jurisdicción eclesiástica (con eficacia civil) en general después de la Constitución y, más concretamente, en materia matrimonial.

#### 4. LA RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONCORDATO

La derogación de los artículos 73, 4.º, 2.º, apartado 4.º (cuando la sentencia sea eclesiástica) y 82 del Código Civil, resulta especialmente problemática en la medida en que supone la derogación parcial del Concordato de 1953, concretamente del artículo XXIV, apartados 1, 2 y 4 del mismo. Plantea pues el tema de las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno del Estado español. En este caso, la cuestión se concreta en un problema de jerarquía entre la Constitución y un Tratado internacional, ya que tal es la naturaleza de los concordatos y acuerdos con la Santa Sede (34).

La doctrina internacionalista es unánime en afirmar con carácter general la superioridad del Derecho internacional sobre el Derecho interno. Lo que conduce a una primacía de los tratados sobre la ley interna, es decir, a una supralegalidad de aquéllos. En el mismo sentido se ha venido pronunciando nuestra jurisprudencia y el Consejo de Estado. Es una consecuencia lógica de la mencionada supremacía del ordenamiento internacional, conjugada armónicamente con el principio básico de coherencia en la actividad jurídica del Estado en el orden interno y en el internacional.

La misma solución parece encontrarse implícitamente en el ARTICULO 96. De acuerdo con él no cabe la derogación de un Tratado por una ley posterior, según el principio general *Lex posterior derogat anterior* (35).

(34) Así lo han entendido tradicionalmente nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia. Vid. por todos JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS: «Comentario al artículo 1.5 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, I, Madrid, 1977, pp. 95 y 96.

(35) JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, I, Madrid, 1981, vid. p. 191; MANUEL DíEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, I, 5.º ed., Madrid, 1980. Vid. p. 167.

Ahora bien, el ARTICULO 95 deja claramente sentado que, si bien los tratados se encuentran por encima de la ley, incluso de la ley orgánica (36), quedan en cambio sometidos a la Constitución (37). Precisamente por esa razón, «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». De ahí que el Tribunal Constitucional sea competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad, tanto contra leyes como contra «disposiciones normativas con fuerza de ley» [ART. 161, párrafo 1, apartado a)], y que entre esas disposiciones normativas se encuentren «los tratados internacionales» [art. 27, párrafo 2, apartado c) LOTC] (38).

Como es lógico, nuestros internacionalistas admiten también el sometimiento de los Tratados a la Constitución. El problema surge a la hora de determinar las consecuencias inmediatas de la anticonstitucionalidad de un Tratado. ¿Queda automáticamente derogada su eficacia en el ordenamiento español o, por el contrario, sigue vigente y la declaración de inconstitucionalidad no hace sino abrir el camino de su ineficacia en el plano internacional, como paso previo para su ineficacia en el orden interno? La cuestión es especialmente compleja y delicada; y así se traduce en las opiniones de los autores. Estos se quejan de que el tema no haya quedado solucionado con un control previo de constitucionalidad operativo (39), ya que, aunque el ARTICULO 96, párrafo 2, lo prevé y el artículo 78 LOTC lo desarrolla, ello es únicamente con carácter facultativo. También se quejan de que no se haya producido una regulación específica sobre la declaración de anticonstitucionalidad de un tratado y sus consecuencias

(36) JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS y LUIS I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Internacional Público*, I, 2.ª ed., Oviedo, 1980. *Vid.* pp. 375 y 376.

(37) ENRIQUE LINDE en el capítulo VII (Edificación de la Convención en el Derecho español) de *El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos*, por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. LINDE, L. I. ORTEGA y M. SÁNCHEZ MORÓN, Madrid, 1979; *vid.* pp. 148 a 151. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 3.ª ed., Madrid, 1980. *Vid.* p. 148.

(38) ANTONIO REMIRO BROTONS explica las incidencias en el «iter legislativo» de la Constitución y su desarrollo por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional hasta llegar a la redacción actual de una y otra, que da paso al control constitucional *a posteriori* de los tratados, en «La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales: el problema de la calificación», *REDI*, volumen XXXII, núms. 1-3, 1980. *Vid.* la nota 27 en las pp. 137-138.

(39) ANTONIO REMIRO BROTONS: «La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales: el problema de la calificación», *REDI*, volumen XXXII, núms. 1-3, 1980. *Vid.* pp. 137 a 141.

inmediatas (40). Por otro lado, se señala que ni tan siquiera un control previo de constitucionalidad debidamente articulado evitaría los supuestos más frecuentes, que son de inconstitucionalidad sobrevenida, como es precisamente el caso que nos ocupa. En definitiva, ningún autor suministra una solución clara y argumentada para nuestro sistema. Las observaciones no pasan de ser breves y de pasada, insistiendo en la dificultad (41), en lo poco deseable de tales situaciones y recomendando la máxima prudencia antes de declarar la anticonstitucionalidad de un tratado. No obstante, se reconoce la tendencia que sin duda predomina en tales supuestos, una vez constatada la anticonstitucionalidad: la de inobservancia inmediata del tratado (42).

(40) «La lectura, incluso superficial, de la regulación de esta cuestión en otros países habría permitido localizar ciertas soluciones *peculiares* como la de conceder al Tribunal Constitucional —es lo que hace Austria— la facultad discrecional de prorrogar durante cierto tiempo la aplicación de un tratado declarado inconstitucional. Ello concede al Gobierno un respiro suficiente para realizar los actos conducentes a la nulidad o terminación internacional del tratado en el caso de que los órganos internos competentes no estén dispuestos a subsanar los vicios constitucionales apreciados por el Tribunal. En nuestro país se ha carecido de esta sensibilidad y los preceptos de la Ley dejan un estrecho margen de maniobra.» ANTONIO REMIRO BRONSONS: «La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales: el problema de la calificación», *REDI*, 1980, vol. XXXII, núms. 1-3. *Vid.* pp. 140 y 141.

(41) «Pero de ningún modo un tratado puede prevalecer sobre la Constitución... Según la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional... existe también un control *a posteriori* de la constitucionalidad de los tratados tanto en sus aspectos intrínsecos (contenido) como extrínsecos (procedimiento interno de celebración)... Y si el tratado es declarado inconstitucional, surge entonces el espinoso problema de cómo se puede desligar España, en el plano internacional, del tratado en cuestión.» JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, I, Madrid, 1981. *Vid.* pp. 191 y 192.

(42) ANTONIO REMIRO BRONSONS es quizá el autor que con más detenimiento pone de relieve los aspectos de la cuestión que he mencionado: «Las declaraciones de inconstitucionalidad de un tratado que ha entrado en vigor sientan las bases del conflicto entre el orden interno y el internacional. Desde esta perspectiva deben ser miradas con extrema relucencia. Un eficaz sistema de diagnóstico precoz habría de permitir el establecimiento de la constitucionalidad de los tratados en vigor como presunción *iuris et de iure*, en relación, por lo menos, con los preceptos constitucionales vigentes en la fecha de la conclusión del tratado. Sin embargo, el Derecho comparado muestra la apertura de un cierto número de ordenamientos estatales a tales declaraciones. Entre ellos, el español permite ampliamente el control *a posteriori* de la constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional y sólo cabe fiar en la continencia de sus miembros para proceder a declaraciones de tan graves consecuencias. Admitido el control, nuestra legislación ha carecido de la sensibilidad suficiente para dotarle de una reglamentación que tenga en cuenta el doble plano normativo en que se mueve el tratado.

Existe una limitada esperanza de acomodación de estas declaraciones en el orden internacional cuando afectan a las relaciones de un tratado con una norma

Todas estas opiniones se producen dentro de un contexto en el que los internacionalistas, coherentemente con la defensa de la primacía del orden internacional sobre el interno consideran preferible y tratan de defender que la inconstitucionalidad de un tratado no debería implicar su derogación inmediata en el orden interno, sino que debería constituir el inicio de un procedimiento encaminado a conseguir la ineficacia del tratado en el plano internacional; y sólo entonces en el plano interno también. Y es que «un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho internacional (consuetudinario) o los tratados en vigor» (43). Lo que corrobora en principio el artículo 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (44): «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

Aunque no sea materia de mi especialidad, me atrevería a decir que en el mismo orden internacional podrían existir argumentos en base a los cuales defender una ineficacia del Concordato de 1953 frente a nuestra Constitución de 1978. Es cierto que «la terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier momento por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes» (45). Pero el artículo 62 del Convenio de Viena recoge la cláusula *rebus sic stantibus* o la teoría del fundamento del

---

constitucional preexistente. En este supuesto, en efecto, la inconstitucionalidad *intrínseca* arrastra la *extrínseca* o formal y ésta, como sabemos, puede ser alegada bajo ciertas circunstancias como causa de nulidad del tratado. (Precisamente el artículo 27 de la CV deja expresamente a salvo el juego del artículo 46 de la misma Convención.) Pero en el supuesto de que la inconstitucionalidad de un tratado sea *sobrevenida*, como consecuencia de una reforma constitucional posterior a su conclusión, su asimilación por el orden internacional es más problemática. El recurso al artículo 46 de la CV no es posible porque desde el punto de vista de la formación de la voluntad del Estado en obligarse el tratado es inobjetable (*tempus regit actum*). Lamentablemente, la historia prueba que la mayor parte de las alegaciones de la inconstitucionalidad de un tratado son de esta especie. En el orden interno habrá una indomable inclinación hacia la inobservancia del acuerdo.» *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Murcia, 1981. Vid. pp. 107 y 108.

(43) TPJI, serie A/B, núm. 44, p-4. Vid. en JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS y LUIS I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Internacional Público*, I, 2.ª ed., Oviedo, 1980, p. 351.

(44) Adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. España firmó el Instrumento de Adhesión al mismo el 2 de mayo de 1972 y fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 13 de junio de 1980.

(45) Artículo 54 del Convenio de Viena.

negocio en términos tales (46) que —en mi opinión— son aplicables al supuesto que nos ocupa. En cuyo caso el cambio fundamental de circunstancias marcado por el paso a «un Estado social y democrático de Derecho, que proponga como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» podría también alegarse para suspender la aplicación del Concordato (47) (47 bis).

Por otro lado, hay que tener en cuenta también que los tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general son nulos (48) y semejante nulidad sería planteable en este caso en la medida en que la sumisión a la jurisdicción eclesiástica contraría el principio de libertad religiosa (49).

Pero, al margen de este aspecto de la cuestión, creo indispensable acudir a nuestro propio ordenamiento y, en especial, a la misma Constitución a la hora de decidir acerca de superioridad de ésta sobre los tratados internacionales o su sumisión a los mismos.

Parece indiscutible que la Constitución, norma suprema de nuestro

(46) Artículo 62.1: «Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:

a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y

b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse en virtud del tratado.»

(47) Artículo 62.3 del Convenio: «Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.»

(47 bis) M. GITRAMA GONZÁLEZ no considera causa suficiente para la denuncia de un Tratado el cambio de régimen político del Estado. «El Concordato como fuente en el Derecho civil», *Revista General de Derecho* núm. 403, 1978. *Vid. pp.* 314 y 315.

(48) Artículo 53 del Convenio: «Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.»

(49) Recogido en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en los artículos 18 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España (BOE de 30 de abril de 1977); en el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por España (BOE de 30 de abril de 1977); en el artículo 9.º del Convenio de Roma sobre salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, ratificado por España (BOE de 10 de octubre de 1979).

Ordenamiento, tiene fuerza derogatoria en todos aquellos de sus preceptos que son de aplicación y eficacia directas (disposición derogatoria, párrafo tercero de aquélla). El problema radica en saber si esto es así también para los tratados, dado que la misma Constitución dice que «sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional» (ART. 96.1). Cabría pensar que esta norma especial excepciona a la general. Pero se trataría de una interpretación simplista. La Constitución no acepta que los tratados puedan contradecir lo previsto en la Constitución. De ahí que «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional!» (ART. 95, párr. 1). El ARTICULO 96 que sigue inmediatamente queda pues subordinado al previo respeto de la Constitución, que se da por descontado. La supralegalidad que el ARTICULO 96 atribuye a los tratados es únicamente eso, pero no supraconstitucionalidad. La Constitución parte del previo respeto de ella misma y únicamente después, a partir de ese presupuesto, admite que los tratados no se derogan automáticamente como consecuencia de los principios que regulan el orden de prelación de fuentes de nuestro Ordenamiento. Precisamente por esa razón el ARTICULO 161 concede competencias al Tribunal Constitucional sobre todas las disposiciones normativas con fuerza de ley [ap. a)] sin excepción; es decir, sobre los tratados también. Y las sentencias del Tribunal que declaren la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley (de un tratado pues) «tienen plenos efectos frente a todos» (ART. 164), al igual que los que declaren la inconstitucionalidad de una ley. Lo que desarrolla de forma clara y coherente la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, explicitando que «son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: c) Los tratados internacionales (art. 27), con la consecuencia de nulidad del tratado prevista en el artículo 39, 1, LOTC, de eficacia general a partir de la publicación de la sentencia en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 38.1 LOTC) (50). Esta es la solución

---

(50) ANTONIO REMIRO BROTONS reconoce implícitamente que éste es el sentido de nuestro Ordenamiento, quejándose de ello en los siguientes términos: «Choca negativamente que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que se ha preocupado de prever expresamente la declaración de inconstitucionalidad de los tratados internacionales ya publicados y en vigor haya pasado absolutamente por alto el dato nada despreciable de que es ésta una materia que involucra a un ordenamiento jurídico—aún no del todo desaparecido—, cuya denominación clásica es *de Gentes*, siendo incapaz de articular regla alguna que atendiera a la

que actualmente brinda nuestro ordenamiento al choque entre un tratado y la Constitución, cualquiera que pueda ser la responsabilidad que de ella derive en el plano internacional según las normas de dicho Ordenamiento.

La Constitución determinó pues, con su promulgación, la derogación del Concordato en aquellos puntos en que existiese contradicción entre el texto de una y otro. Entre dichos puntos se encontraba el considerado en la sentencia de Amparo aquí comentada: el ARTICULO 24, párrafo 1, interpretado a la luz del ARTICULO 117, párrafos 3 y 5, derogaron el artículo XXIV del Concordato, así como los artículos 82 y 73, número 2.º, párrafo 4.º (cuando se trate de sentencia eclesiástica) del Código Civil.

Para declarar esta derogación, el Tribunal Constitucional no habría tenido necesidad de elevar la cuestión al Pleno, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55, párrafo 2, LOTC, ya que no es éste un tema de inconstitucionalidad en sentido estricto, ni siquiera de inconstitucionalidad sobrevenida. La disposición derogatoria de la Constitución «implica que cualquier aplicador del Derecho, juez, Tribunal, órgano público, sujeto privado, intérprete de cualquier especie, ha de concluir en la falta de vigencia de las normas anteriores y ha de proceder a la aplicación directa de los preceptos constitucionales» (51). Esto es así «para todas aquellas normas que regulaban de manera distinta a la Constitución aquellas materias en que ésta es de indiscutible aplicación directa, esto es, derechos fundamentales y organización, competencia y funcionamiento de los poderes» (52). Tal es evidentemente el caso, puesto que, por un lado, nos encontramos en sede de recurso de amparo constitucional (art. 41 de la LOTC, ARTS. 53, párrafos 1, y 161, párr. 1, ap. b)) y, por otro lado, se trata de un tema relacionado con la competencia del poder judicial. No es pues una materia propia del Tribunal Constitucional «porque éste no entiende

---

especificidad de la situación. La regularización de los efectos de la sentencia es, en este sentido, especialmente desafortunada y refleja claramente cómo las preocupaciones del legislador se han agotado dentro de un horizonte permanente doméstico. Los *efectos generales* desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, la nulidad sin más de los preceptos inconstitucionales, la vinculatoriedad inmediata de todos los poderes públicos, están llamados a hacer la guerra y no el amor con las normas internacionales, quemando etapas hacia un conflicto que bien podría ser evitado o, cuando menos, retrasado.» *La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales: el problema de la calificación*, REDI, vol. XXXII, núms. 1-3, 1980, vid. p. 140.

(51) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, ADC, 1979, vid. p. 323.

(52) *Ibidem*.

del problema de las derogaciones de normas, sino, precisamente, de la posible contradicción con la Constitución de normas formalmente vigentes» (53).

En relación con el problema de la jerarquía de los tratados internacionales con respecto al Derecho interno existen dos principios antagónicos que, evidentemente, corresponden a actitudes distintas frente al mencionado problema. De acuerdo con el principio de equivalencia, los tratados aprobados por la ley e introducidos en el orden interno tendrían el mismo rango que la ley interna, a la que derogarían y por la que serían derogados. De acuerdo con el principio de adaptación, los jueces internos deberían solucionar armónicamente los supuestos de contradicción entre tratados y disposiciones internas; con lo que se garantizaría la preeminencia de los primeros para no incurrir en responsabilidad internacional (54). Este es sin duda el principio que debe regir la actuación de nuestros Tribunales, puesto que los tratados internacionales gozan en nuestro Ordenamiento de un rango supralegal (ART. 96). Y esto es lo que en principio ha intentado realizar el Tribunal Constitucional al introducir la nueva interpretación propuesta de los artículos 73 y 82, y, consecuentemente, del Concordato, para solucionar el caso sometido a su consideración. Por otro lado, como ya he señalado, ese propósito concuerda totalmente en este supuesto con la función interpretativa de la Constitución. Ahora bien, aparte de que ya he dicho que —en mi opinión— el Tribunal ha sobrepasado los límites de lo que es mera interpretación, introduciendo por dicha vía una auténtica derogación parcial de la norma «interpretada», hay que tener en cuenta que tampoco de esa forma se ha respetado el Concordato. En efecto, según el artículo XXXV del mismo, «La Santa Sede y el Gobierno español procederán, de común acuerdo, en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Concordato, inspirándose para ello en los principios que lo informan» (párr. 1). Por otro lado, en los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (55) no hay ninguna

(53) *Ibidem*. Véase el desarrollo de esta cuestión en el mencionado trabajo de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, principalmente en las pp. 310, 315 y ss., 323-324.

(54) JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS y LUIS I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho internacional público*, I, 2.ª ed., Oviedo, 1980, *vid.* p. 372.

(55) «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

referencia expresa a la interpretación de los tratados a la luz de los ordenamientos internos (56). Es más, como es lógico, se considera como criterio interpretativo «toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado» [art. 31, párr. 3, ap. b)]. Parece evidente que la interpretación unilateralmente introducida por el Tribunal Constitucional supone un cambio radical con respecto al precedente y no respeta ninguna de las pautas interpretativas antes apuntadas tanto generales como particulares del caso. Si lo que se pretendía era respetar el Concordato, tampoco con el sistema adoptado se consigue, por la sencilla razón de que no se puede salvar la contradicción existente entre aquél y la Constitución a la que me he referido.

La propia doctrina de los canonistas era consciente de esta situación de incompatibilidad entre Concordato y Constitución, y la sumisión de aquél a ésta (57). Precisamente por ello se simultanearon prác-

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.

b) Todo instrumento formulado por una o más partes son motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

c) Toda reforma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.»

(56) JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS y LUIS I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho internacional público*, I, 2.ª ed., Oviedo, 1980:

«Es obvio señalar que el tratado debe ser interpretado de acuerdo con la regla fundamental en la materia, contenida hoy en el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los medios complementarios de interpretación previstos en el artículo 32 del Convenio. Sin embargo, nuestra jurisprudencia nos muestra, en ocasiones, no el recurso a estos criterios de interpretación propios del orden internacional, sino a criterios de carácter general o específicos del Derecho interno, pero ello es contrario a la naturaleza de las normas jurídicas contenidas en los tratados, que, tras su recepción, continúan siendo sustancialmente normativa internacional.» Vid. p. 424.

(57) MARIANO LÓPEZ ALARCÓN: «Repercusiones de la Constitución española sobre la jurisdicción matrimonial», en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, vid. p. 226, así como la nota 77 de dicha página, en la que se expone que «la doctrina se inclina por la prelación de las normas constitucionales sobre las concordadas».

JOSÉ MARÍA DÍAZ MORENO: «La regulación del matrimonio canónico» en *Iglesia*

ticamente en el tiempo la promulgación y publicación de la Constitución y la firma de los nuevos Acuerdos con la Santa Sede (58). Pero desgraciadamente —de cara a una continuidad en el marco legal de referencia para las relaciones entre el Estado español y la Santa Sede— la ratificación y publicación en el *BOE* de los mencionados

y *Estado en España. Régimen jurídico de sus relaciones*, dirigido por J. G. M. DE CARVAJAL y CARLOS CORRAL, Madrid, 1980: «Al entrar en vigor el artículo 16, el Estado español deja de ser *formalmente* un Estado confesional católico. Y, por consiguiente, cesa el fundamento *jurídico* de ciertas exigencias que hemos señalado en el ordenamiento estatal matrimonial. Al prohibir la Constitución que nadie sea obligado a declarar sobre su religión, se hace prácticamente imposible el cumplimiento del artículo 42 del Código Civil, ya que la prueba de la no acatolicidad es el elemento básico para ser admitido o rechazado a contraer matrimonio meramente civil.

El artículo 32, si algo significa..., es que el Estado recupera la autonomía en la ordenación del matrimonio de los españoles. Al menos, habrá que admitir que, con ese precepto constitucional, cesa la remisión establecida en los artículos 42 y 80 del Código Civil, ya que esa regulación a la que se hace referencia explícita sobre las formas de matrimonio, edad, capacidad, causas de separación y disolución no establece ninguna distinción entre matrimonio civil y matrimonio canónico...

Creemos que este sistema matrimonial, que termina formalmente con la entrada en vigor de la nueva Constitución española en 1978, adolece de ciertos defectos de origen...». *Vid.* pp. 133-134.

(58) «... Los trabajos para la elaboración de la Constitución y los preparatorios de los acuerdos se simultanearon.

Se podía plantear el problema de la prioridad entre la promulgación de la Constitución y la firma de los acuerdos.

Formalmente parecía tal vez más correcto reformar previamente el Concordato, ya que —al menos doctrinal y teóricamente (36)— un pacto internacional como lo es el Concordato debe prevalecer sobre el Derecho interno estatal y no debe ser derogado por éste.

Resultaba, sin embargo, más político —para alejar la aparente sospecha de que desde otras instancias se pretendía condicionar la futura Constitución— y más práctico —evitando así posibles roces o dificultades— no firmar los acuerdos (ya sometidos a un proceso de cambio) hasta tener definidas las líneas maestras político-religiosas de la Constitución.

Se optó por esta segunda solución... (*Vid.* 28.)

Cinco días después de promulgarse la Constitución, el 3 de enero de 1979, se firmaban en la ciudad del Vaticano... cuatro acuerdos que venían a completar el de 1978. El canje de instrumentos de ratificación se hizo en Madrid el día 4 de diciembre de 1979.» (*Vid.* p. 29.)

Nota (36) [en relación con la derogación de los Tratados y del Concordato por la Constitución]: «En cualquier caso, no hubiera sido absurdo invocar la cláusula *rebus sic stantibus*. Otra posible solución hubiera sido firmar los acuerdos después de aprobada la Constitución y antes de su entrada en vigor, para ratificarlos posteriormente.» JOSÉ G. M. DE CARVAJAL: «Principios informadores del actual régimen español de relaciones entre la Iglesia y el Estado», en *Iglesia y Estado en España. Régimen jurídico de sus relaciones*, dirigido por J. G. M. DE CARVAJAL y CARLOS CORRAL, Madrid, 1980.

Acuerdos se produjo casi un año más tarde; y está claro que la eficacia general de los tratados no puede producirse sino a partir de su publicación (59).

La misma actitud de reconocimiento de la derogación del Concordato por la Constitución en aquellos puntos en que sean contradictorios e incompatibles es la que ha adoptado la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Instrucción de 26 de diciembre de 1978 (BOE de 30 de diciembre) (60). En dicha Instrucción se reconoce la modificación de los artículos 42 y 86 del Código Civil por la Constitución. Los ARTICULOS 32.1, 16.2 y 3, y 14 de la misma implican necesariamente la libre elección de los ciudadanos españoles para optar entre el matrimonio canónico y el civil. Ahora bien, esa modificación de los artículos 42 y 86 del Código Civil es en realidad una derogación de los párrafos 2.º y 3.º del primero y del último párrafo del segundo; y —lo que es más importante y, por lo que veremos, parece que pasó inadvertido para los redactores de la Instrucción— supone, además, una derogación del Concordato, del que los mencionados artículos del Código Civil no son sino traslado a nuestro Derecho interno. En efecto, el sistema de matrimonio civil subsidiario, recogido en esos dos artículos que se consideran —correctamente— parcialmente derogados por la Constitución, venía impuesto por el Protocolo Final

---

(59) Más adelante volveré sobre esta cuestión.

(60) «La aprobación de la Constitución española ha supuesto una importante innovación en el régimen hasta ahora vigente sobre celebración del matrimonio civil.

En efecto, el artículo 32-1 de la Constitución establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, y su artículo 16-2 señala que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Estas normas han de ser interpretadas de acuerdo con los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado (art. 16-3) y de no discriminación por razón de religión (art. 14) y llevan forzosamente a la conclusión de que todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el juez o cónsul no pueden preguntar.

Atendiendo a estas consideraciones, así como al hecho de que aquellas normas constitucionales tienen vigencia inmediata (cfr. artículo 53 y disposiciones derogatoria y final), esta Dirección General ha acordado declarar que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, han de entenderse modificados en el sentido indicado los artículos 42 y 86 del Código Civil, lo mismo que los preceptos concordantes que los desarrollan del Reglamento del Registro Civil y que, por lo tanto, los jueces y cónsules encargados de los Registros Civiles deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes.»

del Concordato (61) (en su parte relativa al artículo XXIII del mismo (62)) que, tal y como se indica al comienzo del mismo, forma parte integrante del Concordato.

Decía antes que la derogación parcial del Concordato, reconocida tácitamente por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978, debió pasar inadvertida a sus redactores, puesto que poco tiempo después la misma Dirección se expresaba en términos distintos (como se verá muy ambiguos, pero en ningún caso decididos a reconocer un efecto derogatorio inmediato a la Constitución) al abordar directamente el tema de la derogación del Concordato por la Constitución con ocasión de una Resolución (63) sobre matrimonio de española con extranjero divorciado vincularmente según su ley personal de un matrimonio anterior contraído tanto en forma civil como canónica. En efecto, la Dirección General acuerda «resolver la consulta en el sentido de que actualmente la excepción de orden público no impide el matrimonio civil entre una española viuda y un francés divorciado, independientemente del carácter canónico o civil del matrimonio anterior de éste, si está disuelto, según su ley personal, por la sentencia firme de divorcio vincular» (64). La fundamentación básica de tal Resolución reside en que el tema del divorcio (su prohibición) ya no forma parte del orden público español y que el Concordato únicamente vincula al Estado español en el ámbito de su soberanía, es decir, con respecto a sus propios ciudadanos (65). Y es en este punto donde se producen

(61) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN: «El marco de nuevo sistema matrimonial español». *RGLJ*, septiembre de 1979, *vid.* pp. 266 y 287-288; M. GITRAMA GONZÁLEZ: «El Concordato como fuente en el Derecho civil». *Revista General de Derecho* núm. 403, 1978, *vid.* p. 306.

(62) Artículo XXVI del Concordato: «El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico.»

Protocolo final: en relación con el artículo XXIII: «C) En materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas, el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho canónico.

D) En la reglamentación jurídica del matrimonio para los no bautizados no se establecerán impedimentos opuestos a la ley natural.»

(63) De 6 de abril de 1979 (*BOE* de 18 de mayo).

(64) Último párrafo y fallo de la Resolución.

(65) «Considerando que, de otro lado, los artículos XXIII y XXIV del Concordato, todavía formalmente vigente, entre la Santa Sede y el Estado español, recogidos fundamentalmente en los artículos 75 y 80 a 82 del Código, únicamente contienen el compromiso internacional de España de reconocer los efectos civiles y la competencia exclusiva de la Iglesia en cuanto a los matrimonios canónicos en el ámbito en que el Estado español, conforme a sus normas de colisión, se estima competente y no pueden alcanzar a los matrimonios extranjeros excluidos de la competencia de las autoridades de España y regidos por la ley o leyes nacionales de los contrayentes (artículo 9-1 del Código Civil).»

las manifestaciones ambiguas de la Dirección. Por un lado considera vigente el Concordato, puesto que razona sobre la base de sus límites y puesto que no recurre al argumento de indicar que ha quedado derogado el punto en cuestión. Pero, por otro lado, comienza diciendo que el Concordato (en sus artículos XXIII y XXIV, que son los que interesan para el supuesto) está «todavía formalmente vigente». Parece que si se dice que está *formalmente* vigente es porque no lo está sustancialmente. Con lo que se viene a reconocer que en el orden internacional su eficacia no ha sido suspendida por los procedimientos previstos a tal efecto por el propio Concordato y por el propio Derecho internacional, pero que en cambio en el orden interno—el sustancial desde el punto de vista de los órganos del Estado español (de la Dirección General)—sí que ha quedado derogado por la Constitución. Parece, pues, que la Dirección ve claramente el problema (choque del Concordato con la Constitución) y su solución (derogación del Concordato, que sólo subsiste formalmente), pero opta por no entrar en él (al encontrar otra vía más sencilla), dada la complejidad del tema y dado que quizá entiende que excede de sus competencias.

Como se ve, aunque no explicitada, la vía adoptada es similar a la que en la sentencia que comento sigue el Tribunal Constitucional. Pero la diferencia fundamental salta a la vista, y es que este último sí que es competente para entrar en el tema con todas sus consecuencias.

##### 5. RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y EL ACUERDO CON LA SANTA SEDE SOBRE ASUNTOS JURÍDICOS DE 1979

Si el Tribunal Constitucional hubiese otorgado el amparo solicitado no sobre la base de la necesidad de interpretar de una nueva manera los artículos 73 y 82 del Código Civil a la luz de la Constitución de 1978 (tal y como ha hecho), sino estimando que la Constitución ha derogado en parte esos artículos y las normas del Concordato sobre las que ambos se fundamentaban (tal y como creo que se debería haber hecho), en dicho supuesto no habría sido preciso elevar la cuestión al Pleno del Tribunal para recabar del mismo una sentencia de inconstitucionalidad (art. 55, párr. 2, LOTC), puesto que se trata de un caso de derogación de normas anteriores (Concordato y Código Civil) por otra posterior (Constitución) al amparo de la cláusula general derogatoria de esta última, que puede ser apreciada por cualquier órgano del Estado en su quehacer institucional, por cual-

quier juez y, más concretamente, por una de las Salas del Tribunal Constitucional al resolver un recurso de amparo. Aunque se hable de inconstitucionalidad sobrevenida, no se trata de inconstitucionalidad en sentido estricto.

Pero no ocurre lo mismo por lo que se refiere al Acuerdo con la Santa Sede de 1979 sobre asuntos jurídicos. La Sala entendió que no era oportuno entrar a considerar la constitucionalidad del mencionado Acuerdo, a pesar de la petición formulada por la parte demandada en tal sentido. Habiéndose producido la sentencia de La Rota, en base a la cual ejecutaron el juez de Huesca y la Audiencia de Zaragoza, con fecha 20 de febrero de 1979, no le era aplicable el mencionado Acuerdo, ratificado el día 4 de diciembre de 1979 y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 15 de diciembre, ni siquiera su disposición transitoria segunda (66).

Pero yo creo que precisamente es el contenido de dicha disposición transitoria segunda el que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, obligaba al Tribunal a apreciar su inconstitucionalidad elevando la cuestión al Pleno. En efecto, dicha disposición transitoria segunda, en concordancia con el artículo VIII del Acuerdo (67), pretende confirmar la continuada vigencia del Concordato—concretamente en lo que al tema de jurisdicción eclesiástica se refiere—hasta el momento de entrada en vigor del Acuerdo mismo, a pesar de la Constitución. Con lo que, en consonancia con lo que he expuesto antes, incurre claramente en inconstitucionalidad al mantener la vigencia de normas derogadas por la Constitución precisamente por su incompatibilidad con ella. Naturalmente, el Tribunal Constitucional se limita a la consideración temporal, antes explicada, simplemente porque en su planteamiento no se cuestiona ni la continuada vigencia de los artículos 73 y 82 del Código Civil en su integridad (con un simple cambio de «interpretación») ni, por consiguiente, la continuada vigencia del artículo XXIV del Concordato. Yo creo que el Tribunal Constitucional debía haber entrado a considerar la inconstitucionalidad del Acuerdo en la

---

(66) «Las causas que estén pendientes ante los Tribunales eclesiásticos al entrar en vigor en España el presente Acuerdo seguirán tramitándose ante ellos y las sentencias tendrán efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el artículo XXIV del Concordato de 1953.»

(67) «Quedan derogados los artículos I, II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X (y el Acuerdo de 16 de julio de 1946), XI, XII, XIII, XIV, XVII, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXXIII, XXXIV, XXXV y XXXVI del vigente Concordato y el Protocolo final en relación con los artículos I, II, XXIII y XXV. Se respetarán, sin embargo, los derechos adquiridos por las personas afectadas por la derogación del artículo XXV y por el correspondiente Protocolo final.»

medida en que el mismo reconoce explícitamente la continuada vigencia del Concordato, a pesar de su clara contradicción con la Constitución en diversos puntos.

El respeto de la disposición transitoria segunda del Acuerdo frente al Concordato en el tema jurisdiccional es especialmente generoso, hasta el punto de que, incluso admitiendo la tesis según la cual el Concordato tenía que seguir vigente a pesar de la Constitución por razones basadas en el Derecho internacional (ésta es la tesis tácitamente acogida—ignoro si consciente o inconscientemente— por el Tribunal Constitucional y que yo considero incorrecta), la fórmula de transición (68) recogida en el Acuerdo debería considerarse como inconstitucional en sí misma por atentar contra los principios constitucionales en materia jurisdiccional. En efecto, frente a los criterios generales que inspiran la redacción, interpretación y aplicación de las normas transitorias, la doctrina ha venido señalando que hay materias en las que es oportuna la aplicación inmediata de la nueva ley frente a la anterior, sin solución de continuidad. Entre ellas se encuentran todas aquellas que afectan al orden público, y tal es el caso de las normas que regulan la competencia jurisdiccional, como normas de carácter procesal (69) estrechamente relacionadas con el orden pú-

(68) Sobre los criterios adoptados en materia de Derecho transitorio en nuestro país con ocasión de los cambios habidos en esta materia relativa a la jurisdicción (eclesiástica o civil) competente en Derecho matrimonial, *vid.* la exposición resumida de MARIANO LÓPEZ ALARCÓN: «Repercusiones de la Constitución española sobre la jurisdicción matrimonial», en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, pp. 217 a 219.

(69) JAIME GUASP: «No coincide en absoluto el Derecho procesal transitorio con el Derecho material del mismo carácter, por cuanto la regla general no es que una situación procesal nacida con anterioridad a la ley vigente se rija por la anterior, sino precisamente la contraria, lo que sólo hasta cierto punto puede llamarse principio de la retroactividad de la ley procesal, el cual, también sólo hasta cierto punto, puede apoyarse en el carácter público de las normas procesales.» *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1943, *vid.* p. 64.

L. PRIETO CASTRO mantiene la vigencia del principio de irretroactividad también con respecto a la ley procesal, aunque en realidad llega a conclusiones similares a las que afirman lo contrario, puesto que entiende que el mencionado principio se respeta aunque se aplique la nueva ley a todas las actuaciones procesales que queden por hacer en el momento de su entrada en vigor. Véase *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1952, pp. 212-213.

NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y RICARDO LEVENE (hijo): «Es necesario partir de que las normas procesales (con doble motivo las procesales penales) son de orden público y de que, por consiguiente, cuando el legislador sanciona un nuevo ordenamiento procesal es porque lo considera más progresivo o más conforme a las exigencias y posibilidades del momento que el que viene a sustituir. Por tanto, la regla debe ser la *retroactividad* de la norma procesal. Pero esa regla tiene en cuenta que el proceso implica un progresivo desenvolvimiento de actividad, que sería antieconómico y perturbador despremiar, al sólo objeto de aplicar *inte-*

blico y con la soberanía del Estado. Así quedó recogido en el Real Decreto de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1981, en cuyo artículo 5.º, párrafo 1, se dice que «los pleitos que hoy se encuentren en el periodo de ejecución de sentencia se sustanciarán con arreglo a las prescripciones de la nueva ley» (70).

El decidido internacionalismo de los redactores del Acuerdo de 1979 supera, pues, los límites de lo normal en materia de derecho transitorio, hasta el punto de que —como decía— cabe plantearse, haciendo caso omiso de todo lo que he expuesto anteriormente, si se guarda con semejante norma transitoria el respeto debido a la entrada en vigor de la Constitución en materia jurisdiccional.

Cierto que podría alegarse la especialidad del supuesto al encontrarse regulado por un tratado previo y la oportunidad, en aras de encontrar una salida razonable para ambas partes, de una fórmula de transición similar a la adoptada. Ahora bien, no es lo mismo que la vigencia de la Constitución quedase transitoriamente excepcionado por la existencia de un tratado previo, firmado al amparo de la situación anterior a la Constitución, que la nueva aceptación (aunque transitoria y precisamente en aras de acabar con semejante situación), ya vigente la Constitución, de un nuevo Tratado en el que no se guarda el respeto debido a los nuevos principios que inspiran aquélla, aunque sea con alcance únicamente transitorio.

Hasta aquí he expuesto sucintamente cuál creo que debería haber sido la solución del tema: de aceptación del amparo, pero sobre la base de la derogación del Concordato y del Código Civil, en los pre-

---

*gramente* la nueva reglamentación a situaciones jurídicas nacidas al amparo de la antigua. La propia indole del proceso, dividido o divisible en etapas y fases y que dispone de instituciones llamadas a desempeñar la misión de compuertas, por decirlo así, cual sucede, como más importantes, con la preclusión y la cosa juzgada, facilita esta aplicación escalonada o gradual de la nueva norma, tan característica de la retroactividad procesal.» *Derecho procesal penal*, I, Buenos Aires, 1945, *vid.* pp. 140-141.

En el mismo sentido de aplicación de la nueva norma procesal a los procedimientos en curso, *vid.* KONRAD HELLWIG: *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1912, pp. 28 a 29; FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, I, 3.ª ed., Madrid, 1955, p. 727.

(70) Artículo 3.º: «Los pleitos pendientes en la actualidad continuarán sustanciándose en la instancia en que se hallen con arreglo a la ley hoy vigente, a no ser que los litigantes todos, de común acuerdo, pidieren que el procedimiento se acomode a la nueva ley.»

Artículo 4.º: «Terminada la instancia en que actualmente se hallen los pleitos, en el caso de que ésta haya continuado sustanciándose por el procedimiento hoy vigente, si fuese la primera y se interpusiese apelación de la sentencia definitiva que en ellos se dictare, se sustanciará la segunda y, en su caso, el recurso de casación, con arreglo a la nueva ley.»

ceptos señalados, junto con la inconstitucionalidad de la disposición transitoria segunda del Acuerdo Jurídico con la Santa Sede de 1979. Evidentemente se trata de una problemática difícil y quizá, una vez abordada, se podría llegar a otras conclusiones. Por ello precisamente, desde un punto de vista estrictamente jurídico, hay que echar de menos que el Tribunal Constitucional no la haya abordado, ya que sin duda podría haber sido especialmente importante en tema tan delicado y relevante como es el de las relaciones entre los tratados (anteriores y posteriores a 1978) y la Constitución.

El Tribunal ha actuado ciertamente como protector de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, cumpliendo así con lo previsto en la Constitución (ARTS. 53, 1.º y 2.º, y 161); en cambio, no ha llevado a cabo la misión que se le encomienda—sin duda más importante y esencial para el sistema constitucional—de ser el «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.º de la LOTC). Ha practicado la justicia del caso, facilitando su consecución en la fase de tramitación del recurso, como más adelante señalaré. Pero no ha entendido oportuno ejercer su alto y exclusivo magisterio de garantizar «la primacía de la Constitución» y enjuiciar «la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos» directa o indirectamente impugnables ante él. Ello habría sido en este supuesto especialmente útil e importante dada la complejidad y dificultad que encierran los conflictos Constitución-Tratado internacionales, tanto si son anteriores como si son posteriores a ella. Se trata de un tema en el que el Tribunal no debería desaprovechar ocasión alguna en principio con el fin de ir marcando las pautas a seguir para mantener el respeto debido a la Constitución. Ante este tema el Tribunal Constitucional ha optado por la línea que, según parece, suelen adoptar los Tribunales Constitucionales de otros países: no entrar en el tema a base de «convertirse en *medium* de la conformidad, de ser preciso *a palos*, del tratado con la Constitución» (71).

En este caso ello ha sido realizado además—consciente o inconscientemente—con la habilidad complementaria que supone no plantear ni siquiera la cuestión, al no afrontar y explicar que la interpretación y aplicación de los artículos 73, número 2.º, párrafo 4.º, y 82 del Código Civil cuestionados, al ser fiel trasunto del Concordato, pone en cuestión a este último también.

---

(71) ANTONIO REMIRO BROTONS: *La autorización parlamentaria de la conclusión de los Tratados internacionales: el problema de la calificación*, REDI, vol. XXXII, núms. 1-3, 1980, *vid.* p. 141.

Creo que el Tribunal debería haber puesto de relieve esta cuestión y, consecuentemente, debería haber entrado en su problemática, razonando a partir de ella la solución que creyese más correcta. Esta opinión la mantengo desde un punto de vista estrictamente jurídico. Ahora bien, desde otro punto de vista, el de la oportunidad política, quizá haya que elogiar la habilidad y prudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, los tratados en cuestión (Concordato y Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos) no eran tratados corrientes, sino tratados con una honda significación social y política en nuestro país por condicionar el estatuto de la Iglesia Católica en el mismo, cuestión tradicionalmente espinosa. En el momento en que el Tribunal se ocupa del recurso de amparo, que suscita la temática de constitucionalidad o inconstitucionalidad de esos tratados, se encuentra en fase de terminación un proceso de profunda transformación de la regulación de las relaciones Iglesia-Estado para su adaptación a la nueva situación constitucional. Proceso lleno de tensiones, pero que se ha llevado adelante con indudable voluntad de cambio y con el máximo respeto por ambas partes, con cambios paulatinos, pero sin atentar formalmente a los acuerdos y a su sucesión en el tiempo sin necesidad alguna de soluciones de continuidad. La línea seguida en los temas matrimoniales por la Dirección General de los Registros y del Notariado—de lo que son ejemplos la Circular y la Resolución a que me he referido antes—es clara muestra de ese proceso. Parece correcto que en semejante situación, estando pendiente de tramitación por las Cortes la modificación de la regulación del matrimonio y de los procedimientos a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (la polémica «Ley de Divorcio»), el Tribunal Constitucional entendiese inoportuno entrar a juzgar de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Concordato y sobre todo del nuevo Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, en base al cual se iba a desarrollar la mencionada modificación y que estaba siendo objeto de una viva y tensa polémica política. Entrar en esta materia, aunque jurídicamente justificado e importante, podía suponer incidir directamente en la vida política del país, con consecuencias imprevisibles (71 bis).

---

(71 bis) Tan es así que de hecho esta sentencia del Tribunal Constitucional fue citada como argumento en las discusiones parlamentarias que tuvieron lugar con motivo de la tramitación del proyecto de ley de modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, al abordarse el tema de las competencias jurisdiccionales de la Iglesia en materia de matrimonio. Así en la intervención del diputado comunista señor SOLÉ TURRA, recogida en el *Diario de Sesiones del Congreso* número 157, de 7 de abril de 1981, pp. 9742-9743.

Hay que tener en cuenta que, aunque el recurso de amparo afectase sólo a la segunda disposición transitoria, a través de ésta podía ser necesario entrar a considerar la derogación o no —en su momento— de todo el Concordato y la constitucionalidad o inconstitucionalidad de todo el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 (72). En definitiva cabe pensar que, aunque se tuviese que forzar los límites de la interpretación, aunque se tuviese que cercenar el tratamiento jurídico del tema en su auténtica dimensión, no era el momento de abordar la cuestión jurídica planteada por el conflicto Constitución-tratados, precisamente en esa circunstancia. El Tribunal Constitucional —repito— ha actuado, desde este punto de vista, con la prudencia debida. Desde ella cabe entender que ya habrá otras ocasiones menos comprometidas para afrontar el mencionado tema y pronunciarse sobre él.

#### 6. LA EFICACIA DEROGATORIA DE LA CONSTITUCIÓN

Con esta observación pondría quizá fin a la parte central de este comentario si no fuese porque, a mi modo de ver, resulta inesquivable hacer una referencia expresa a una de las afirmaciones u observaciones que hace el Tribunal en apoyo de su tesis y que me parece injustificada, inoportuna y de importancia. Me refiero al fundamento jurídico número 10 de la sentencia, cuando, en apoyo de la solución que se da a través de un cambio de interpretación de los artículos 73 y 82 del Código Civil, dice lo siguiente: «El artículo 73 y, con él, el 82 tenemos que interpretarlos en nuestro tiempo, marginando soluciones fáciles apoyadas en la efectividad de la disposición derogatoria de la Constitución y evitando sin daño para el sistema, y desde luego para la armonía en las relaciones institucionales que dice el artículo 16.3 de aquella, vacíos normativos, a la espera de las nuevas regulaciones en la materia.» Yo creo que precisamente el Tribunal Constitucional, por razones obvias, no debería decir *nunca*, ni directa ni indirectamente, que la Constitución no tiene una vigencia y aplicación inme-

---

(72) «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso.» Artículo 39 LOTC.

diata. Por ello me parece grave y peligroso que el Tribunal Constitucional considere «soluciones fáciles» y rechazables (por ser contrarias a la armonía del sistema y de las relaciones institucionales) aquéllas que aceptan la eficacia derogatoria de la Constitución. Rechazar la eficacia derogatoria implica rechazar la eficacia inmediata de la Constitución. Paradójicamente, resulta que el Tribunal Constitucional niega la aplicación directa de la Constitución cuando precisamente si puede actuar en los casos de recurso de amparo es porque dicha aplicación directa está expresamente prevista. Una afirmación como la que antes he recogido puede tener un efecto sumamente negativo dada la autoridad en la materia de quien la ha pronunciado (el «intérprete supremo de la Constitución» —art. 1.º LOTC—), fomentando la tesis según la cual la eficacia directa de la Constitución no implica que la misma tenga fuerza derogatoria, reduciéndola simplemente a un papel de inspirador del ordenamiento anterior, apto únicamente para una nueva interpretación del mismo. Se trata en definitiva de dejar reducido a la nada la eficacia de la disposición derogatoria, párrafo tercero, de la Constitución.

He censurado que esta manifestación del Tribunal Constitucional se pueda producir en cualquier caso. Pero en el que aborda esta sentencia ello resulta mucho más chocante por las razones expuestas. Precisamente cuando el Tribunal esquivo entrar en una materia complicada que en términos estrictamente jurídicos debería haber abordado, y precisamente por la eficacia inmediata y derogatoria de la Constitución, resulta desafortunado venir a decir —aunque sea de una forma un tanto elíptica— que dicha eficacia derogatoria no existe. Pero además se trata de una manifestación injustificada por gratuita, ya que no era ni imprescindible ni necesaria para desarrollar la línea argumental que utiliza el Tribunal. Si lo que se quería decir es que aplicar el efecto derogatorio de la Constitución no era preciso por bastar con una nueva interpretación del precepto a la luz de los principios constitucionales (y quizá es eso lo que se ha querido decir), hágase en estos términos o semejantes y no se ponga en entredicho (censurándolo en su aplicación) el efecto derogatorio que en cualquier caso tendría (*lex posterior derogat anterior*) aun sin cláusula derogatoria general expresa; y con mayor razón cuando tal disposición consta como voluntad explícita de los constitucionalistas y del pueblo soberano que votó la Constitución.

## 7. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y LIBERTAD RELIGIOSA

Frente a la alegación del demandante según la cual las resoluciones del juez de Huesca y de la Audiencia de Zaragoza eran contrarias a los principios constitucionales de igualdad y de libertad religiosa (ARTICULOS 14 y 16), ya que él era acatólico, el Tribunal Constitucional argumentó de la siguiente forma (en el fundamento de derecho número 5) para rechazarlo:

- 1.º El Tribunal Eclesiástico no tuvo en cuenta que el padre fuese acatólico para fundamentar su decisión.
- 2.º De existir tal violación de los mencionados principios constitucionales, no sería imputable al juez (ni a la Audiencia) por haberse limitado a ejecutar por vía de auxilio judicial la decisión eclesiástica.

A mi modo de ver, estos dos argumentos son erróneos:

- El primero desconoce que ya supone discriminación religiosa el ser juzgado por un juez o tribunal de naturaleza religiosa cuando no se profesa la religión correspondiente. Además, el hecho de que no se hiciese alusión expresa en la sentencia eclesiástica a la acatolicidad del padre no quiere decir que ésta no incidiese a la hora de decidir la cuestión, sobre todo si se tiene en cuenta (el propio Tribunal Constitucional lo menciona) el tenor literal del canon 1.132 del Codex (73).
- El segundo desconoce que, aun entendiendo que el juez civil ha actuado como mero ejecutor, le es plenamente imputable la ejecución contraria al orden constitucional. Los principios constitucionales forman parte del orden público y deben ser aplicados y hechos respetar de oficio por todos los órganos del Estado.

Aceptar que en este caso ha existido también una violación del principio de libertad religiosa es importante en un doble sentido:

- 1.º Porque implica la inconstitucionalidad por una nueva vía de la disposición transitoria segunda del Acuerdo sobre asuntos jurídicos con la Santa Sede, al sujetar en contra del principio de libertad religiosa a los acatólicos a tribunales eclesiásticos.

---

(73) «Verificada la separación, los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente, y si uno de los cónyuges es acatólico, al lado del cónyuge católico, a no ser que en uno y otro caso haya el Ordinario decretado otra cosa atendiendo al bien de los mismos hijos y dejando siempre a salvo su educación católica.»

- 2.º Porque permite plantearse la posibilidad de revisar *ex nunc* todas las situaciones creadas en esta materia al amparo de la legislación anterior cuando estén basadas sobre supuestos de discriminación religiosa, es decir, acatolicidad de uno de los cónyuges. En cambio, esta revisión de situaciones creadas con anterioridad no es posible por la vía del principio de indefensión jurisdiccional, que no puede actuar retroactivamente con respecto a situaciones ya firmes.

### 8. LA ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS

El Tribunal se manifiesta en términos dubitativos a la hora de fijar el momento de entrada en vigor del Acuerdo sobre asuntos jurídicos con la Santa Sede. Sin entrar en la cuestión, acepta que se pueda tomar como punto de referencia tanto el 4 de diciembre como el 15 de diciembre de 1979. La primera fecha es la señalada para la entrada en vigor al final del texto del Instrumento de Ratificación y del texto del Acuerdo en el *Boletín Oficial del Estado*, por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, en consonancia con lo previsto para este caso por el último párrafo del protocolo final del Acuerdo (74) y, en general, por el artículo 31 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre la ordenación administrativa de los tratados internacionales (75). La segunda fecha es la del *Boletín Oficial del Estado* en que se publican el Instrumento de Ratificación y el texto del Acuerdo.

Según nuestro Ordenamiento jurídico, «las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa» (art. 2.º, 1, del Código Civil), lo que es de aplicación a los tratados internacionales, que también han de publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* para que formen parte de nuestro ordenamiento, es decir, para que entren en vigor (art. 1.º, 5, del Código Civil, ART. 96, 1). La posibilidad de excepcionar la *vacatio* de veinte días se ha venido entendiendo siempre como posibilidad de prever la entrada en vigor inmediata en el mis-

(74) «El presente Acuerdo, cuyos textos en lengua española e italiana hacen fe por igual, entrará en vigor en el momento del canje de los instrumentos de ratificación.»

(75) «Asimismo se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* a continuación de los textos una comunicación suscrita por el secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, en la que se indique la fecha en que el tratado obliga a España y debe, por tanto, procederse a su aplicación.»

mo día de publicación oficial (en el *BOE*) de la norma; y así se aplica con especial (a mi modo de ver, excesiva) frecuencia. Pero nunca se ha entendido, ni se debe entender, como posibilidad de fijar el momento de la entrada en vigor en fecha anterior a la de la publicación (76). Y ello debe entenderse también frente a los tratados por la sencilla razón de que ése es el auténtico sentido de los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica (ART. 9.º, 3): el de que nadie quede sometido a una norma que no se ha podido conocer. Se trata, pues, de una garantía mínima de los ciudadanos y no sólo de la necesidad de que los órganos del Estado conozcan las normas para que las puedan aplicar.

El mismo artículo 31 del Decreto 801/1972 se refiere a la «fecha en que el tratado obliga a España», pero la obligación internacional del Estado español no equivale a la entrada en vigor del mismo en nuestro Derecho interno, aunque ello sea deseable en la medida en que, de lo contrario, se incurre en un incumplimiento del tratado y en responsabilidad derivada del mismo (77). Para que el momento en que el tratado obliga a España y el momento de entrada en vigor coincidan es preciso que los órganos competentes del Estado realicen la labor que permita que ello ocurra así, cumpliendo con los trámites pertinentes y, entre otros, la publicación *a tiempo* del tratado, es decir, como mínimo al tiempo (en el día) que comience la obligación para el Estado español. La Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores incurre en un grave error (y quizá en responsabilidad) cuando pretende equiparar la entrada en vigor con el comienzo de la obligación para pretender la vigencia con carácter general (incluida la vigencia en nuestro ordenamiento) del Acuerdo a

(76) En contra JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS, quien entiende que, al amparo de la excepción prevista en el propio artículo 2.º-1 del Código Civil, «la posterior publicación del tratado no es obstáculo para que el juez proceda a su aplicación en relación con hechos o situaciones producidas entre el momento de la entrada en vigor del tratado en el plano internacional y su recepción a través de la publicación en el orden interno». Comentario al artículo 1.º-5 del Código Civil en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, I, Madrid, 1977, *vid.* pp. 119-120. *Vid.* también en el mismo sentido JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS y LUIS I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho internacional público*, I, 2.ª ed., Oviedo, 1980, p. 420.

(77) Por ello, JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO dice que «sería de desear que en la proyectada ley de tratados se incluya una disposición que resuelva estos problemas de Derecho intertemporal, disponiendo, por ejemplo, que los efectos de la publicación deben retrotraerse al momento de la entrada en vigor del tratado para España.» *Lecciones de Derecho internacional público*, I, Madrid, 1981.

Olvida con esta propuesta dicho autor que semejante norma sería contraria a la Constitución por no respetar debidamente los principios de publicidad y de seguridad jurídica.

partir de diez días antes de su publicación. Se puede hablar de vigencia, pero únicamente en el ámbito internacional (78).

Una interpretación del artículo 2.º, 1, del Código Civil adecuada a las circunstancias puede llevar a entender que la existencia de una obligación internacional de fecha anterior, coetánea o posterior en menos de veinte días a la publicación del tratado, equivale a la existencia de la disposición de «otra cosa» a que se hace referencia en aquél para la entrada en vigor de las normas, pero siempre con el límite de que dicha entrada en vigor no podrá ser anterior a la fecha de publicación. Lo que en este caso implicaría la entrada en vigor inmediata con respecto a la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, es decir, el 15 de diciembre de 1979 (79).

Es éste un tema suficientemente importante, estrechamente relacionado con temas constitucionales, como para que el Tribunal Constitucional, en su papel de «intérprete supremo de la Constitución», aprovechase la ocasión para —aunque fuese incidentalmente— no dejar lugar alguno a la duda, que resulta mucho más llamativa cuando la misma se manifiesta, como en este caso, explícitamente.

#### 9. LAS FACILIDADES EN EL ORDEN FORMAL PARA TRAMITAR EL RECURSO DE AMPARO

Hay que elogiar las pautas marcadas en esta sentencia por el Tribunal Constitucional al tratar de facilitar con su actuación de oficio, por un lado, y con una interpretación amplia de los requisitos para la interpretación del recurso, por otro lado, la plena satisfacción de los derechos y libertades constitucionales protegidos a través del recurso de amparo. Lo primero queda claramente probado al hacer uso de las atribuciones que le confiere el artículo 84 de la LOTC (80) para

---

(78) Artículo 24.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados: «Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.»

(79) Por el contrario, MARIANO LÓPEZ ALARCÓN entiende aplicable al caso la *vacatio legis* de veinte días, con lo que el acuerdo habría entrado en vigor en nuestro Ordenamiento el día 5 de enero de 1980. *El matrimonio canónico en el proyecto de reforma del título IV del libro I del Código Civil*, RDP, 1980, *vid.* pp. 910-911.

(80) «El Tribunal, en cualquier tiempo anterior a la decisión, podrá comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados, con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación

comunicar a las partes que, además de los principios constitucionales que se alegaban como infringidos (igualdad y libertad religiosa —ARTICULOS 14 y 16—), posiblemente cabría cuestionar la vulneración del ARTICULO 24, 1, de la Constitución (vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional), siendo precisamente ésta la causa que admitió el Tribunal posteriormente para dar lugar al recurso de amparo.

Lo segundo queda demostrado con la interpretación que hace del artículo 44, párrafo 1, apartado c), LOTC (81), ya que, prescindiendo del aspecto formal del requisito y que ciertamente no parece que se cumplimentase perfectamente, atiende al sentido del mismo para concluir a favor de su existencia, con criterio abierto y funcional. Y lo mismo cabe decir con respecto a la claridad que exige el artículo 49, 1, LOTC (82) en la interposición de la demanda: «Ciertamente el artículo 44, 1, c), de la LOTC condiciona la acción de amparo a la invocación formal en el proceso judicial del derecho constitucional vulnerado y, en el artículo 49, 1, de la misma Ley, a una exposición clara y concisa de la demanda. Si, como dice el demandante, alegó ante la Sala de Zaragoza la inconstitucionalidad referida a una decisión eclesiástica con el propósito de vincular al juez en materia de la jurisdicción estatal, y este alegato no se niega, y, por otra parte, nada abona que no se hiciera, sin que podamos constatarlo porque no se nos ha remitido el rollo de la apelación (o testimonio del mismo), tenemos que concluir que, en lo esencial, el requisito se ha cumplido porque el núcleo de la violación se planteó en el proceso de modo suficiente para que pudiera ser examinado por la Sala de lo Civil, con más motivo si el tema de la jurisdicción, que es, como veremos más adelante, el que justifica la razón del amparo, es de los relevantes de oficio por el juez o tribunal ante quien se debate el asunto. Y es que el requisito que examinamos está directamente ordenado a

---

de la pretensión constitucional. La audiencia será común, por plazo no superior al de diez días con suspensión del término para dictar la resolución que procediere.»

(81) «Las violaciones de los derechos y libertades, susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.»

(82) «El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado.»

facilitar que en el proceso judicial, vía ordinaria de la defensa de los derechos y libertades públicos, quien conoce de él, pueda satisfacer tal derecho o libertad haciendo innecesario el acceso a sede constitucional. En el otro punto, esto es, en cuanto a la exigencia de claridad y concisión, podrá acaso decirse que la demanda incurre en alguna falta de orden y hasta en confusiones, por lo que los alegatos de la defensa de la señora X. Y. Z. no están desprovistos de fundamentos. Pero sin caer en rigorismos formales que no sirvan al fin del proceso constitucional, ha de entenderse cumplido lo que dispone el artículo 49, 1, de la LOTC, pues aparece fijado lo que se pide y el fundamento de pedir en términos suficientes para que podamos enjuiciar la cuestión» (83).

---

(83) Fundamento jurídico número 4 de la sentencia.