

# **el proyecto de ley civil sobre matrimonio y divorcio: ¿hace necesario algún tipo de divorcio civil?**

La ley del «divorcio» que actualmente se discute en las Cortes reforma todo el título IV del Libro I del Código civil sobre el matrimonio. Una reflexión sobre esta ley debe considerarla en todo su conjunto, porque sus dificultades y los reparos que se le pueden hacer proceden no sólo de su regulación del divorcio, sino también de su concepto del matrimonio y de sus normas sobre el mismo.

## **Concepto de matrimonio**

La reflexión de la Iglesia católica sobre los elementos esenciales por su propia naturaleza de todo auténtico matrimonio le ha llevado a la definición que recoge el proyecto de Código de derecho canónico reformado. Según esa definición el matrimonio es una «íntima comunidad de la vida toda, ordenada por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de la prole» (De sacramentis, can. 242 § 1).

Este concepto, que la actual doctrina de la Iglesia considera esencial de todo auténtico matrimonio, lo tomamos como base de estas reflexiones; a este concepto de matrimonio nos referimos cuando hablamos de matrimonio auténtico. Porque las exigencias de la Iglesia acerca del matrimonio —por ejemplo, su indisolubilidad— se refieren solamente al matrimonio que reúna estas notas

esenciales, las cuales a juicio de la Iglesia son exigidas por su misma índole natural<sup>1</sup>.

Por el contrario, el concepto de matrimonio que se puede deducir de los artículos del Código civil es mucho menos exigente. De los artículos 66-68 (antes 56-57), que debe recordar el juez a los contrayentes que celebran ante él un matrimonio civil, se puede deducir que en el Código civil se concibe el matrimonio como «una comunidad de vida en la que los cónyuges se guardan fidelidad, se ayudan mutuamente, actúan en bien de la familia».

Claramente se advierte la diferencia entre este concepto de matrimonio y el que propugna la Iglesia como propio de todo auténtico matrimonio. Bajo el concepto de matrimonio del Código civil caben muy bien uniones maritales de las que se excluyen elementos esenciales del matrimonio, por ejemplo, el derecho a la procreación o la indisolubilidad del matrimonio. Consiguientemente, ninguna de estas exclusiones de elementos esenciales constituyen capítulos de nulidad del matrimonio en el Código civil (cf. art. 73).

Es claro que estas uniones maritales, aunque civilmente se reconozcan como matrimonios, no lo son en sí: les faltan elementos esenciales de todo verdadero matrimonio, como hemos dicho antes.

### **Capacidad para contraer matrimonio**

La profundización que ha hecho la doctrina oficial de la Iglesia en los elementos esenciales de todo matrimonio le ha llevado también a exigir en los contrayentes una mayor capacidad psicológica que la exigida hasta hace poco.

En efecto, en el proyecto de nuevo código canónico, que recoge la actual jurisprudencia de los tribunales eclesiásticos, se establece que no son capaces de contraer matrimonio no sólo «los que padecen tal enfermedad mental o grave perturbación de la razón, que no puedan prestar el consentimiento matrimonial, por cuanto carecen del suficiente uso de la razón» —al menos en ese momento— sino también son incapaces para contraer matrimonio:

- «los que padecen un grave defecto de discreción de juicio acerca de la entrega y aceptación de los derechos y deberes matrimoniales (De sacramentis, can. 296 § 2);

1. No nos interesa ahora discutir sobre la exactitud de ese concepto de matrimonio, porque para la argumentación de este artículo nos interesa solamente partir del concepto de matrimonio que según la doctrina de la Iglesia católica es el verdadero y auténtico, y consiguientemente es el del matrimonio indisoluble. Los que no acepten esta doctrina de la Iglesia comprenderán el valor de esta argumentación desde el punto de vista de esa doctrina.

— «los que por una grave anomalía psíquica no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio» (can. 297 *ibid.*).

Por consiguiente, la doctrina de la Iglesia católica juzga incapaces de contraer un auténtico matrimonio natural no solamente a los dementes, o a los que están embriagados o drogados, etc., en el momento de contraer matrimonio, sino también los que padecen, por ejemplo, una anormalidad constitucional, o carecen en ese momento de libertad interna —grave defecto de discreción de juicio—, o los que como los homosexuales, sádicos, ninfómanas, etc., no son capaces de asumir las obligaciones sexuales propias de una comunidad exclusiva de amor conyugal, o también los psicópatas que no son aptos para las relaciones interpersonales perpetuas de una «íntima comunidad de la vida toda», en la cual consiste esencialmente todo auténtico matrimonio.

En el Código civil que se reforma, por el contrario, no se exige a los contrayentes en orden a su capacidad para el matrimonio otra cualidad psíquica que «estar en el ejercicio de su razón» (art. 44, 2). Para los deficientes mentales se exigirá una comprobación médica de su aptitud.

Bien se advierte la enorme diferencia entre la capacidad psicológica que requiere la doctrina católica para contraer un verdadero matrimonio y la que exige el código civil para contraer esas uniones, que considera matrimonios, pero que en muchos casos no lo serán auténticamente.

Es lógica esa diferencia: la doctrina católica exige en el verdadero matrimonio natural unas notas esenciales que no requiere el código civil español; a menor exigencia en el matrimonio, menores exigencias en quienes lo contraen.

Pero la unión civil contraída por quien no reúne la capacidad psicológica exigida según la doctrina de la Iglesia para contraer matrimonio, aunque ante la ley civil se considere matrimonio, no es en sí un matrimonio auténtico.

### **Uniones disolubles**

Tenemos, pues, una serie de uniones civiles, que por cumplir los requisitos mínimos e insuficientes que exige el Código civil, se consideran matrimonios civiles válidos, pero que no son auténticamente matrimonios.

Estas uniones civiles, que no son matrimonios auténticos, no son indisolubles.

No lo son en sí mismas, porque no son matrimonios. Pero tampoco son indisolubles por razones extrínsecas, que exijan en toda hipótesis el mantenimiento de esas uniones.

Téngase presente, en primer lugar, que la Iglesia disuelve incluso auténticos matrimonios válidos, por ejemplo, en virtud de los privilegios de la fe y paulino, cuando se persuade de que el bien espiritual de los cónyuges que aconseja la disolución del vínculo matrimonial, prevalece sobre los males que se pueden seguir de su ruptura, vgr. el escándalo de otros, el daño de los hijos<sup>2</sup>.

Por otra parte, razones del bien espiritual de los falsos cónyuges pueden aconsejar la disolubilidad civil de las uniones civiles no matrimoniales; por ejemplo, el cónyuge capaz psicológicamente de un auténtico matrimonio, que ha contraído erróneamente con un cónyuge incapaz, tiene derecho a recuperar su libertad civil para contraer un auténtico matrimonio con otra persona capaz.

Incluso, aun tratándose de quienes han contraído un matrimonio civil, excluyendo conscientemente algún elemento esencial, como el derecho a la procreación o la indisolubilidad de la unión, puede suceder que uno de ellos quiera luego sinceramente contraer un matrimonio verdadero; su conducta reprochable anterior no le priva del ejercicio de su derecho a un auténtico matrimonio. La Iglesia, aun en esos casos culpables, declara nulos los matrimonios, canónicos o no, en los que se ha excluido un elemento esencial; hace justicia; no niega el remedio legal que devuelve la libertad para contraer matrimonio a quienes conscientemente habían pretendido un matrimonio nulo y están arrepentidos de su mal proceder.

Más aún, la Iglesia al exigir a los bautizados que alguna vez han pertenecido a ella, la forma canónica como la única forma jurídica de contraer matrimonio válido, hace nulos los matrimonios de esos bautizados contraídos ante el juez civil, aunque no les falte ningún requisito de orden natural.

En todos estos últimos casos la Iglesia juzga que no hay razones extrínsecas que impongan el mantenimiento de una unión conyugal, que no es un auténtico matrimonio, cualquiera que sea la razón de su nulidad.

No hay, pues, razones que exijan la indisolubilidad de las uniones civiles, a que nos estamos refiriendo, las cuales aparecen como matrimonios solamente en su legalidad civil.

---

2. En virtud del privilegio paulino, si en un matrimonio de infieles un cónyuge se bautiza y el otro lo abandona o constituye un peligro para su vida cristiana, puede el bautizado contraer nuevo matrimonio con otra persona bautizada: en ese momento se disuelve su anterior matrimonio natural.

En virtud del privilegio de la fe, todo matrimonio en el que uno al menos de los cónyuges no está bautizado puede ser disuelto en virtud de la potestad del Romano Pontífice, si así lo pide el bien espiritual del bautizado; naturalmente se exige en estos casos que no haya escándalo, no se siga daño a los hijos, etc. Prescindimos de otros casos en los que también se ha aplicado este privilegio de la fe.

## **Visión realista del problema**

Antes de considerar cómo se podría configurar la disolución legal de esas uniones civiles no matrimoniales, conviene reflexionar sobre las posibilidades de la solución del problema más radical y obvia: que todos los matrimonios civiles fueran siempre verdaderos matrimonios, cumpliendo los requisitos que para ellos exige la doctrina de la Iglesia.

Esta posible adecuación no ha sido hasta ahora objeto de la preocupación de los reformadores del código civil español. Al enumerar los derechos y deberes de los cónyuges han añadido solamente el art. 67, que apenas avanza sobre el contenido del antiguo art. 56, reproducido ahora como art. 66. Sigue, pues, proponiendo el código el mismo concepto deficiente de matrimonio antes considerado.

Igualmente, en la enumeración de los capítulos de nulidad por defectos de consentimiento el avance ha sido también mínimo. Se podría indicar la apreciación del error en las «cualidades personales que por su entidad hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento» (art. 73, 4). Es, pues, mínimo el eco de los avances de la legislación y jurisprudencia canónicas en esta materia.

Esta despreocupación por aquilatar la validez natural del matrimonio civil tiene una explicación psicológica derivada de la introducción del divorcio; puesto que se ofrece una posibilidad bastante asequible de disolver el vínculo civil, la lesión que podría causar la atribución de las obligaciones del matrimonio civil a una unión no matrimonial es solamente temporal, casi solamente mientras quieren mantenerla los casados civilmente.

Por otra parte, tengamos presente que esta inadecuación entre la doctrina de la Iglesia sobre el auténtico matrimonio y la legislación civil matrimonial se da no sólo en el código civil español, sino en los demás códigos civiles de otras naciones. Parece, pues, que debe haber alguna explicación no meramente coyuntural. Esa explicación puede estar en las características de la autoridad civil, que difiere de las propias de la autoridad religiosa.

La autoridad civil presta especial atención a la claridad y seguridad jurídicas; por razón del bien común sacrifica a veces a esa claridad y seguridad el ejercicio de algunos derechos concretos e individuales, cuyo reconocimiento debilitaría la certeza y la firmeza del orden jurídico.

Por el contrario, la autoridad religiosa de la Iglesia católica presta su máxima atención a la verdad, a la conciencia de sus súbditos; de ahí la facilidad

en dispensar sus propias leyes tan pronto como advierte que éstas acarrearán daño a un cristiano, aunque esta actitud debilite la certeza y seguridad jurídicas.

Esta diferente actitud se aprecia también respecto al matrimonio. La Iglesia católica se esfuerza más y más en aquilatar la verdadera realidad del matrimonio; los tribunales eclesiásticos mediante su jurisprudencia y los legisladores en sus reformas legislativas van perfilando cada vez más las auténticas exigencias del auténtico matrimonio para adecuar a ellas plenamente sus normas. Y cuando en concreto se denuncia ante los tribunales de la Iglesia la nulidad de un matrimonio, se instaura un proceso minucioso en el que pesan mucho la credibilidad de los que declaran, la comprobación de la verdad o falsedad del matrimonio acusado.

La autoridad civil es más práctica; atiende menos a la subjetividad. Es obvio que así lo haga en las múltiples controversias entre sus ciudadanos que tiene que dilucidar. Su competencia versa sobre los intereses temporales, que prudente y justamente subordina a la certeza y seguridad de su justicia. Y es difícil que ante el matrimonio cambie su actitud jurídica y adopte los mismos criterios que la autoridad religiosa.

Por eso reconocemos la radical dificultad que hay para que el orden civil en esta materia del matrimonio se configure exactamente según el orden ético y natural que propugna la doctrina católica.

Reconocemos esta dificultad, que es innegable y que es universal. Pero eso no comporta que aceptemos sin más que no se puede avanzar hacia una configuración del matrimonio civil más conforme con su realidad natural. Consiguientemente ninguna excusa tendrían los legisladores católicos, si no hacen un sincero y decidido esfuerzo por mejorar en este punto la legislación civil española.

Es de lamentar que en tantos escritos como se difunden ahora sobre el tema del divorcio se haya hablado tan poco (nada?) de este aspecto de los matrimonios civiles que no son auténticos matrimonios. Es este un aspecto fundamental que condiciona necesariamente lo que se deba y pueda legislar sobre el divorcio civil.

De todas las reflexiones hechas hasta ahora se desprende claramente que no tratamos de los auténticos matrimonios contraídos ante el juez civil, y de la posibilidad o conveniencia de que el legislador para algunos casos de especial dificultad y ruptura de la convivencia matrimonial provea del recurso del divorcio y subsiguiente matrimonio de cada uno de los divorciados. Menos aún tratamos del divorcio civil aplicado a un matrimonio canónico. Estos son, por cierto, los

casos que normalmente se debaten en los artículos y respuestas de todas las tendencias que proliferan actualmente en toda clase de publicaciones.

Pero no es éste el problema que estamos considerando. Insistimos: nos referimos solamente a los casos de uniones civiles, falsos matrimonios, que por ningún concepto son indisolubles. ¿Qué divorcio puede proveer el legislador para esas uniones civiles?

De hecho el código civil provee diversas figuras de divorcio aplicables a diversos supuestos concretos. Nos preguntamos cuáles de esos divorcios y de esos supuesto del mismo son los que mejor convendrían a los falsos matrimonios civiles que consideramos.

Porque entonces esas figuras de divorcio, aplicables a estos casos, estarían justificadas no tanto como mal menor ante la ruptura definitiva de un verdadero matrimonio, sino como remedio jurídico de una situación civil injusta, basada en una falsa situación matrimonial.

#### **Tipos de divorcio propuestos en el Código civil reformado**

El derecho civil comparado nos muestra tres tipos de divorcio: el divorcio como sanción legal, el divorcio como remedio del fracaso matrimonial, y el divorcio por mutuo acuerdo.

En la polifacética configuración del divorcio que se proyecta en la reforma del Código civil español se encuentran los tres tipos de divorcio enumerados.

Cuando en el art. 86, 1-3,5 se concede el divorcio tras un cierto tiempo de cese efectivo de la convivencia conyugal después de obtenida la separación legal por las causas indicadas en el art. 82, 1-4, o con referencia a ellas, parece claro el carácter de sanción legal de esta figura de divorcio.

En el caso del art. 86, 4, en que se concede el divorcio tras cinco años del cese de la convivencia conyugal, el hecho de no exigir más causa que una permanencia suficientemente larga en la separación fáctica parece indicar que la razón última de la concesión de este divorcio es el fracaso matrimonial, cuya prolongación por cinco años garantiza que es irreparable. Tenemos, pues, la figura del divorcio como remedio de un fracaso matrimonial.

Incluso en el art. 86, 3 a) se encuentra una figura parecida a la del divorcio por mutuo acuerdo, puesto que admite como causa de divorcio «el cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpidamente,

desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho». La base de esta causa de divorcio está en el mutuo acuerdo de separación; el plazo de dos años no difiere esencialmente del plazo algo menor que exigen otros códigos civiles que abiertamente otorgan el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges.

Para orientarnos hacia qué tipo de divorcio se adaptaría mejor como remedio a un falso matrimonio civil, podemos hacer una reflexión sencilla.

Si se trata de uniones maritales civiles contraídas por quienes no son capaces psicológicamente para contraer matrimonio, tales uniones fracasan pronto. Este indicio del pronto fracaso matrimonial se valora mucho en los tribunales eclesiásticos, cuando se estudia la posible nulidad de un matrimonio acusado por el capítulo de incapacidad absoluta o relativa de los cónyuges para la comunidad de vida conyugal.

Esta misma pronta ruptura se da en matrimonios en los que uno de los contrayentes han excluido positivamente algún elemento esencial; pronto surge la desavenencia con el cónyuge que admite y desea ese elemento esencial; v. gr. el derecho a la procreación, la indisolubilidad.

Por el contrario, las rupturas que se producen tras largos años de convivencia conyugal suelen responder a circunstancias posteriores al momento de contraer matrimonio, y que por tanto no afectan a la validez del mismo. Aunque puede también haber casos en que sólo al cabo del tiempo se descubre una incapacidad psicológica para el matrimonio por enfermedad oculta que ya existía al contraer matrimonio y hacía al psicópata oculto incapaz de asumir las obligaciones matrimoniales para toda la vida.

Se podría, pues, tener en cuenta esta obvia observación de la realidad, y en la ley de reforma del código civil con vistas a la obtención del divorcio distinguir entre matrimonios prontamente fracasados y matrimonios cuya convivencia normal duró largos años. Los primeros tienen grandes probabilidades de ser en realidad nulos; los otros, no. Por tanto, se podría conceder con más facilidad el divorcio en los casos de pronto fracaso, ya que en estos casos el divorcio será muy probablemente un mero remedio jurídico para deshacer los efectos civiles del falso matrimonio. En cambio, en el caso de esposos que han convivido normalmente largos años falla este indicio de posible nulidad no reconocida en el código civil, y es más probable que el divorcio ataque un auténtico vínculo matrimonial. La justificación del divorcio en estos casos como mal menor —tema que no consideramos— exige, sin duda, mayores garantías de que es verdaderamente mal menor en cada caso, atendidas todas las circuns-

tancias, y de que se evita el abuso de un divorcio fácil e indiscriminado, y el escándalo para otros matrimonios que se sigue de todo divorcio.

### **Otras ocasiones de divorcio civil**

Habrán también otros casos de necesario recurso al divorcio civil. Son los casos de disolución otorgada por la Iglesia, o de declaración de nulidad dictada por ella, y no reconocidas por la autoridad civil; en esos casos el divorcio civil será el remedio jurídico para anular los efectos civiles de esos matrimonios que no existen ya, o que nunca existieron.

Aludíamos antes a las disoluciones de matrimonios válidos —auténticos divorcios— que concede la Iglesia en virtud de los privilegios de la fe o paulino. Se refieren a matrimonios en los que uno al menos de los cónyuges no está bautizado. Esos matrimonios, contraídos o no ante la Iglesia, obtienen normalmente sus efectos civiles, cumpliendo los requisitos legales.

Pero el Estado español no reconoce las decisiones eclesiásticas que disuelven esos matrimonios. En los Acuerdos entre la Santa Sede y el Gobierno español no están mencionadas entre las decisiones eclesiásticas que el gobierno reconoce. Y tampoco se las menciona en el art. 80 del proyecto de código civil reformado, en el que se establecen las condiciones para que «las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado» tengan eficacia en el orden civil.

Por consiguiente, si un cónyuge ha obtenido la disolución de su matrimonio en virtud del privilegio de la fe o del paulino, no tendrá otro recurso para que sea eficaz esa disolución en el orden civil, que acudir al divorcio civil. Para poder contraer nuevo matrimonio como les autoriza la decisión eclesiástica sin incurrir en bigamia civil, tienen que procurar la anulación civil del anterior matrimonio; para ello la única vía es el divorcio civil. Es lo que sucede en otras naciones; en muchas de ellas las decisiones eclesiásticas no obtienen reconocimiento civil.

Las sentencias de nulidad dictadas por los tribunales eclesiásticos podrán dar lugar a veces también a un necesario recurso al divorcio civil para que sean eficaces civilmente.

Es verdad que gracias a una enmienda del grupo socialista del congreso parece claro que para la eficacia civil de esas sentencias no se van a exigir

otras condiciones que las contenidas en el art. 954 de la Ley de enjuiciamiento civil, referente al valor de «las sentencias dictadas por tribunales extranjeros». Si es así, se puede presumir que se obviarán fácilmente las posibles dificultades en la necesaria declaración de que tales sentencias se ajustan al derecho del Estado.

Pero si prevaleciera una interpretación del art. 80 menos favorable a las sentencias eclesiásticas, y en toda hipótesis, en los posibles casos de denegación de conformidad de tales sentencias con el derecho del Estado por el tribunal civil competente, no habría de nuevo otra vía jurídica para anular los efectos civiles del matrimonio declarado nulo por el tribunal eclesiástico, que el recurso al divorcio civil.

### **Conclusiones**

1. Prescindiendo de si el divorcio civil, cuando se refiere a un matrimonio auténtico, puede ser o no un mal menor, parece que en algunos casos será el único remedio legal para obtener el libre ejercicio del derecho a contraer un nuevo y auténtico matrimonio.

2. Estos casos serán, en primer lugar, los de uniones reconocidas legalmente como matrimonios civiles, que no son auténticos matrimonios por deficiencias en sus elementos esenciales o en la capacidad de los contrayentes. Para recuperar la libertad civil de contraer un auténtico matrimonio habrá que anular previamente el vínculo civil por medio del divorcio.

3. Algo semejante ocurrirá en los casos de decisiones eclesiásticas que los tribunales civiles no reconozcan ajustadas al derecho del Estado; ciertamente en las disoluciones de matrimonios válidos en virtud de los privilegios de la fe o paulino: para conseguirles efectos civiles habrá que acudir al divorcio.

4. Parece inevitable una discrepancia entre la legislación civil y la doctrina católica sobre los elementos y requisitos esenciales del auténtico matrimonio; pero los legisladores católicos deben intentar reducir en lo posible esa discrepancia.

5. Al configurar los diversos tipos de divorcio civil convendría que los legisladores tuvieran en cuenta los casos en que el divorcio es el remedio legal para anular los efectos civiles de un aparente matrimonio. Y que al facilitar el divorcio en estos casos no faciliten también los casos en que el divorcio se vaya a aplicar a un auténtico matrimonio.

**E. Olivares**