

I. Actualización de Unidades Didácticas

DERECHO ROMANO

Ha aparecido ya el manual básico de la asignatura:

GARCIA GARRIDO, M. J.: *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1979.
(Distribuidora DYKINSON, Meléndez Valdés, 61, Madrid-15.)

Este libro es suficiente para la preparación de la asignatura y se complementa para los casos prácticos con:

GARCIA GARRIDO, M. J.: *Casuismo y Jurisprudencia Romana*, Madrid, 1973 (la misma distribuidora).

Las referencias de las Unidades Didácticas a las páginas del manual de J. Iglesias, *Derecho Romano*, se sustituyen ahora por la de

Derecho Privado Romano de GARCIA GARRIDO.

La primera parte de la asignatura que será objeto de evaluación en la primera prueba personal comprende:

INTRODUCCION:

Conceptos generales: GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, págs. 3 a 16.

FUENTES: *Ob. cit.*, págs. 19 a 23.

Para la parte referente a la Jurisprudencia, GARCIA GARRIDO: *Casuismo y Jurisprudencia Romana*, págs. 3 a 84.

PERSONAS: GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, págs. 53 a 61.

ACCIONES: *Ob. cit.*, págs. 63 a 169.

INSTITUCIONES:

COSAS: GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, págs. 53 a 61.

LA PROPIEDAD: *Ob. cit.*, págs. 173 a 249.

Casos prácticos sobre derechos reales: GARCIA GARRIDO, *Casuismo y Jurisprudencia Romana*, págs. 129 a 167.

El tema XXVIII «DERECHOS REALES DE GARANTIA», se trata en obligaciones, en materia de préstamos: GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, págs. 309 a 320, y está comprendido en la segunda parte de la asignatura.

HISTORIA DEL DERECHO

UN NUEVO MANUAL

Acaba de aparecer el *Manual de Historia del Derecho español* del profesor Francisco Tomás Valiente, catedrático de Salamanca. Se trata de un libro escrito con muy buena pluma, claro, preciso y lleno de sugerencias, que puede muy bien servir de excelente guía tanto para el estudiante como para quien se interese por el actual despliegue de la disciplina.

En 35 lecciones, acompañadas de una selección bibliográfica, se expone toda una amplia visión del derecho y las fuentes, a través de las diversas etapas jurídicas con el acento puesto en las más cercanas a nosotros, por ser las que, sin duda, despertarán mayor atención en el futuro jurista.

Hay en todo el libro una preocupación por hacer historia a la altura del tiempo en que vivimos. Una historia de problemas, y no meramente descriptiva; que se interese por los aspectos sociales del derecho o por las exigencias de la moderna historiografía, aún sin menoscabo de los más estrictos planteamientos jurídicos. Una historia, pues, para el jurista no satisfecho con el mero análisis formal de los textos. Y todo ello, avalado por la intensa dedicación del autor, que, joven aún, lleva ya escritos muchos trabajos de una gran altura y precisión.

PRUEBAS DE EVALUACION A DISTANCIA

Unidad Didáctica n.º 4

Quedan suprimidos en la Prueba Objetiva los números 14 y 40.

Unidad Didáctica n.º 5

Quedan suprimidos en la Prueba Objetiva asimismo, los números 1, 3, 8, 15, 19, 20, 23, 34 y 40.

DERECHO PENAL

COMENTARIO

A LA LEY GENERAL PENITENCIARIA

Por **ALFONSO SERRANO GOMEZ**

La Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, supone un avance respecto a la humanización de la vida penitenciaria, así como también en materia de tratamiento, aunque aquí en menor proporción, pues no son muy importantes las modificaciones en el esquema que rige actualmente en nuestras prisiones.

En el presente trabajo nos limitamos a hacer un breve comentario de los aspectos más importantes de la Ley, para que tengan conocimiento de la misma los alumnos de la U.N.E.D. Cabe destacar:

— Se sigue insistiendo en el fin primordial de la reeducación y reinserción social que se recoge en el Reglamento de los Servicios de Prisiones. Sin embargo, es más correcta la fórmula que se utiliza en los artículos 59.1 y 61.1, en cuanto que se hace referencia en el primero a que el tratamiento «pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal», mientras que en el segundo se dice que «se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos» (1). En

(1) La Ley alemana sobre ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad (1976), establece en su parágrafo 2.º que la pena privativa de libertad persigue la capacitación del recluso para cuando quede en libertad pueda llevar una vida «socialmente responsable sin delinquir».

realidad es eso lo que pretende, que el sujeto respete la ley y no vuelva a caer en el delito (2).

Hablar de reeducación del delincuente no parece apropiado, ya que: a) supone modificar las actitudes del sujeto, lo que puede llevar a un cambio notable de personalidad; b) por otra parte, cabe preguntarse qué es lo que se persigue con la reeducación, en qué sentido se pretende cambiar al sujeto, y si compensa prepararle para vivir en una sociedad diferente a la que necesariamente ha de volver y que fue la que influyó en su conducta criminal; tampoco estamos seguros que el sujeto esté dispuesto a que se le cambie su sistema de actitudes.

— El punto anterior nos lleva al artículo 3.º en donde se establece que «la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos...».

Esta polémica se planteó en el V Congreso de las Naciones Unidas ya citado (3). El tema sigue sin resolverse y se trata de si el sistema correccional tiene la responsabilidad o autoridad para «emplearse medidas destinadas a cambiar el comportamiento y las actitudes humanas» de los reclusos. Las opiniones se dividen, unos aceptan esa modificación en base a que los intereses de la sociedad están por encima de los reclusos; otros, por el contrario, consideran que ha de respetarse la personalidad humana y la voluntad del recluso, por lo que puede oponerse a que se le cambie la misma.

El Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, en su reforma de enero de 1968, plantea una contradicción al respecto:

a) En el artículo 1.2, se recoge: «La misión penitenciaria se ejercerá con estricto respeto a la personalidad humana.»

b) En el propio artículo 1.1, se habla ya de realizar una «labor reformadora».

Por otra parte, del artículo 49 se desprende que en el tratamiento se persigue, por lo menos para algunos casos, un cambio de la personalidad del interno. Se dice en este artículo que «el tratamiento se inspirará en los siguientes principios: a) Será de carácter continuo y dinámico, dependiente en extremo de las incidencias en evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena; b) Estará basado en el estudio científico de la constitución, temperamento, carácter..., según la consideración de la personalidad individual de cada interno».

En relación con las actitudes, se establece: «En los de régimen intermedio: Lograr la mayor aquiescencia y colaboración del interno en su propio trata-

(2) En el artículo 60.10 de la Constitución de Venezuela se habla de «readaptación del sujeto para los fines de la convivencia social», en relación con las medidas de aplicación a los peligrosos.

(3) A/CONF. 56/6, 37.

miento, encaminado a conseguir un perfeccionamiento de sus aptitudes y la modificación de sus actitudes negativas que presente (art. 49, c.2).»

En el artículo 49:5 se dice: «La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno oposición o resistencia al tratamiento o falta de colaboración que impliquen una evolución desfavorable de la personalidad del mismo.»

El artículo 106.1, B, establece «el deber de aceptar el tratamiento penitenciario». De lo anterior se desprende que nuestro sistema se inclina por el de modificación de la personalidad, pese a que en el artículo 1.º se hace referencia al respecto de la personalidad humana. Por otra parte, en el párrafo anterior se sanciona, con la regresión en grado la oposición, resistencia al tratamiento o falta de colaboración, siempre que se consideren desfavorables para su personalidad.

Nosotros somos partidarios de respetar la voluntad del recluso, siempre que sea mentalmente normal, por lo que tiene perfecto derecho a negarse a un cambio de actitudes, que pueden repercutir en su personalidad. Esta es algo tan personal, que no puede modificarse contra la voluntad del interesado. Además, qué cambio podemos hacer en sus actitudes si vuelve al mismo mundo circundante que le llevó al delito; a tropezar otra vez con las injusticias sociales, paro obrero, movimiento migratorio, miseria, etc., contra esto no hay posibilidad de cambio de actitudes, salvo la de hacer sujetos dóciles que toleran toda clase de atropellos. El tratamiento penitenciario no puede resolver los problemas sociales que llevan al delito.

En vista de todo lo anterior, surge la pregunta de si la Ley deroga al Reglamento en este tema de respeto a la personalidad humana de los reclusos. No cabe duda que sí lo deroga, según se desprende de la disposición final segunda (4).

— En materia de invalidación se reduce a la mitad el tiempo establecido en el artículo 116 del Reglamento (5).

— Tiene interés que se recoja el respeto a los derechos e intereses no afectados por la condena, ni «establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circuns-

(4) Establece la disposición final segunda de la Ley General Penitenciaria que «en el plazo máximo de un año el Gobierno aprobará el Reglamento que desarrolla la presente ley, continuando entre tanto, en vigor el Reglamento de los Servicios de Prisiones... en lo que no se oponga a los preceptos de la Ley General Penitenciaria».

(5) En el número cinco del artículo 42 de la Ley General Penitenciaria, se establece que en ningún caso el aislamiento en celda podrá ser superior a cuarenta días consecutivos. En el número seis del citado artículo se establece que las sanciones podrán ser reducidas por decisión del órgano colegiado correspondiente o a propuesta del equipo técnico y, cuando se advierta que hubo error en la aplicación del correctivo.

tancias de análoga naturaleza», que en sentido similar recogían las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (6).

Teniendo en cuenta que en lo sucesivo no habrá indultos generales, a muchos delincuentes les interesará seguir figurando como político, pues entre otras razones podrían acogerse a posibles amnistías (7).

Los derechos de Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión (art. 3.2) tiene interés en relación a que afectan también a la familia. Se trata de una ayuda que tranquiliza al interno con relación a la suerte que pueda correr sus familiares, lo que permite una situación anímica de más calma, que favorece el tratamiento. Sin embargo, creemos que esos derechos debían concedérseles en todo caso, lo que es posible conforme a lo dispuesto en el artículo 26.F.

— En cuanto a establecimientos y medios materiales hay bastante similitud con las Reglas mínimas. Cabe destacar lo dispuesto en el artículo 12.2 de que «los establecimientos penitenciarios no deberán acoger más de trescientos cincuenta internos por unidad». Esta es una medida que no se cumple. Tiene un valor extraordinario, pues en los centros más poblados se dificulta toda labor de recuperación y tratamiento (8).

— Cabe destacar también la creación de centros de rehabilitación social para la ejecución de medidas penales (art. 11, c), la separación de detenidos y presos por delitos dolosos de los que lo están por delitos culposos (art. 16. e).

— Se habla de celdas individuales y dependencias colectivas, mientras que en las Reglas mínimas se toma la precaución de que no estén dos juntos, para prevenir la homosexualidad (9).

— En materia de higiene son más amplias las Reglas mínimas, lo que no es obstáculo para que se amplíen en el Reglamento.

— Son importantes las garantías en materia de trabajo, en cuanto a salario,

(6) Regla 6.1: «Las reglas que siguen deberán ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera.»

(7) Véase, Serrano Gómez, «El delito político», en *Lecturas sobre la Constitución*, II, U.N.E.D., 1978, págs. 119 y ss.

(8) Establece la Regla 63.3: «Es conveniente evitar que en los establecimientos cerrados el número de reclusos sea tan elevado que llegue a constituir un obstáculo para la individualización del tratamiento. En algunos países se estima que el número de reclusos en dichos establecimientos no debe pasar de 500. En los establecimientos abiertos, el número de detenidos debe ser lo más reducido posible.»

(9) Artículo 9.1: «Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupadas más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual.» No obstante, esta práctica es antigua en nuestra prisiones.

horario, tipo de trabajo, Seguridad Social, situaciones que son importantes para conseguir la recuperación del sujeto y haga vida honrada en libertad. Se mejoran las Reglas mínimas con relación a la Seguridad Social, desempleo, excepciones y mujeres embarazadas (10). Al decirse en el artículo 26, e) que el trabajo «será facilitado por la Administración», si no se hace habrá que acogerles al paro obrero, con todos los beneficios que reporte. Esto puede provocar en algún caso el delito, sobre todo en épocas de crisis laboral, aunque serían casos excepcionales.

— En materia de sanciones hay bastante similitud con las Reglas mínimas, así como en las medidas de tipo coercitivo. Cabe destacar de la Ley la concreción de sanciones, los días celdas y supuestos en los que no se puede sancionar.

— En materia de permisos la Ley supera ampliamente a las Reglas mínimas, que sólo se ocupan de supuestos de enfermedad o fallecimiento de un pariente cercano (11). Se pueden conceder permisos por fallecimiento o enfermedad grave de padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, así como por alumbramiento de la esposa u otros motivos importantes (art. 47.1); otros que pueden llegar hasta treinta y seis o cuarenta y ocho días por año (12). A veces el permiso se aprovecha para delinquir o para no volver al establecimiento; no obstante, son útiles.

— Mayor flexibilidad en materia de información, quejas, recursos, que son muy similares a las Reglas mínimas.

— Hay una serie de novedades con relación a las Reglas mínimas, como son las comunicaciones telefónicas, comunicación inmediata con familiares y aboga-

(10) Dispone el artículo 35 de la Ley: «Los liberados que se hayan inscrito en la Oficina de Empleo dentro de los quince días siguientes a excarcelación y no hayan recibido una oferta de trabajo adecuado tendrán derecho a la prestación por desempleo en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.»

En el artículo 29, e) se exceptúa de la obligación de trabajar a «las mujeres embarazadas, durante las seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto, y las ocho posteriores al alumbramiento».

(11) La Regla 44.2 dispone: «Se informará al recluso inmediatamente del fallecimiento o de la enfermedad grave de un pariente cercano. En caso de enfermedad grave de dicha persona, se le podrá autorizar, cuando las circunstancias lo permitan, para que asista a la cabecera del enfermo, o del difunto, sólo o con custodia.»

(12) Establece el artículo 47.2 de la Ley: «Igualmente se podrán conceder permiso de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.»

Estos beneficios pueden extenderse a los preventivos, aunque en todo caso es necesario autorización judicial correspondiente (art. 48), con lo que el permiso de los preventivos resulta más difícil de conseguir.

No parece muy justificado los permisos a los preventivos, ya que el Juez puede declarar la libertad en algunos casos. Es un riesgo, pues cabe que el sujeto pueda hacer desaparecer alguna de las pruebas que le comprometan.

dos, así como la posibilidad de enseñanza exterior mediante cursos por correspondencia, radio o televisión.

— En materia de tratamiento la Ley es mucho más completa que las Reglas mínimas.

— Son más completas las Reglas mínimas en materia de asistencia postpenitenciaria y disposiciones sobre funcionarios de instituciones penitenciarias.

Se incorpora la figura del Juez de Vigilancia.

Una de las observaciones que puede hacerse a la Ley es su frecuente alusión a la regulación reglamentaria, ya que deja demasiadas cosas incompletas. El éxito de la Ley queda muy supeditado al contenido del Reglamento.

Consideramos que la Ley supone un avance notable en materia de planificación de la política criminal en nuestro país. Sin embargo, se trata de una Ley que resultará bastante cara e incluso en algunos aspectos difícilmente se podrá llevar a la práctica por ahora, lo que supone serios obstáculos para su plena realización.

DERECHO CANONICO

ENTORNO Y CONTEXTO DE LA NUEVA CONCORDIA IGLESIA-ESTADO 1976-1979

(Complemento a la «Addenda» al Tema XXXV-2)

Por JAIME PEREZ-LLANTADA

La vigencia de los cinco «Acuerdos específicos», que han derogado y sustituido al Concordato de 27 de agosto de 1953, merece una reflexión breve, más que sobre su valoración jurídica, que no eludimos, sobre una serie de circunstancias que mediatizaron su elaboración y su valor normativo real en el ordenamiento jurídico del Estado y de la Iglesia.

Una dinámica legislativa, impuesta en buena parte por el desmoronamiento del régimen político anterior y la necesaria urgencia de la transición, coincidente con una profunda transformación de los más diversos aspectos de la sociedad española, produjo que la sustitución del Concordato se abordase con extrema perentoriedad en los dos puntos de máxima tensión Iglesia-Estado, por la pesada carga que para cada uno representaban, respectivamente, el privilegio del fuero de los eclesiásticos y el privilegio de presentación de los obispos.

La concordia sobre la eliminación de ambos es tan plena que se produce el «Acuerdo específico» de 28 de julio de 1976, que haciendo honor a su nombre es de regulación jurídica perfecta, concreta y breve. Es poca la posibilidad de dudas en su interpretación o aplicación.

A partir de él, la recta final, diplomáticamente prevista por monseñor Casaroli, era larga y había que andarla lentamente para tratar de no quedarse en su recorrido. La espera para resolver el resto de las cuestiones era políticamente lógica, pues ya se vislumbraba una nueva Constitución que definiese el régimen de

relaciones «Religión-Estado», sobre la no confesionalidad de la comunidad política y el derecho a la libertad religiosa que pedía una sociedad pluralista y democrática.

El aluvión legislativo que la nueva Constitución exigía para su desarrollo, atemperaba, en un orden de prioridades normativas estatales, la elaboración de una nueva Ley orgánica de libertad religiosa, marco natural para la negociación del Estado con las distintas confesiones religiosas, ya que la de 28 de junio de 1967, sólo se refería, en principio, a las no católicas y éstas precisamente no instaban «Acuerdos» con el Estado, que sepamos, quizá por confiar en una nueva Ley menos mediatizada por la confesionalidad que quitó espíritu conciliar a la citada, en buena parte. No olvidemos que la nueva Ley habrá de desarrollar el derecho a la libertad religiosa de todos, en la línea de los artículos 9, 14 y 16 de la Constitución.

Esa falta de una Ley marco de libertad religiosa, a la hora de seguir la negociación de una nueva Concordia, que sustituyera el obsoleto Concordato de 1953, creando una normativa jurídica canónica y estatal, a la vez, sin perjuicio de su rango internacional (Cf. art. 96, 2 de la Constitución), estaba prevista al elaborar el primer «Acuerdo específico» de 1976, y, por ello, apareció con un «Preámbulo», que se denominó «Acuerdo pòrtico» por el contenido de sus cuatro primeros párrafos.

«Este Preámbulo, esmerada síntesis, —como afirma L. DE ECHEVERRIA, en su trabajo “La nueva Constitución ante el hecho religioso”, en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, pág. 50—, de la posición de la Iglesia ante la comunidad política, habría de ser orientador en todas las discusiones que vendrían después.» Por tanto, aunque proemio de un «Acuerdo específico», que ha de sustituir dos privilegios concretos, renunciados viva-mente por ambas partes acordantes, se vuelve a repetir lo que sucedió con la firma del Acuerdo de 1941, —regulador, en un régimen exacerbado de confesionalidad del Estado, del privilegio de presentación, que ahora estorba—, y es, que al tratar un problema concreto se sientan las bases de un nuevo sistema.

El «Acuerdo pòrtico», a falta de Constitución y de Ley de libertad religiosa, adecuadas al momento histórico, sienta los principios del largo *iter* de la nueva Concordia Iglesia-Estado. Según esos principios que recoge, hay que cambiar el viejo Concordado, —ya desfasado en la Iglesia universal al suscribirse, aunque entonces pocos lo entendiesen así en España—, en primer lugar, por el hecho sociológico de la transformación honda y acelerada de nuestra sociedad en todas sus facetas.

Había que revisarlo y construir el nuevo por medio de «Acuerdos parciales», que facilitasen la negociación de temas concretos de muy distinta conflictividad, contando como norte en las relaciones Iglesia-Estado, definido por el Con-

cilio Vaticano II, con el derecho fundamental del individuo y de las comunidades a la libertad civil y social en materia religiosa, que el Estado ha de reconocer y garantizar a todos en su ordenamiento jurídico, sea o no confesional su postura ante el hecho religioso.

Hay, además, una base jurídica, implícita en esas otras dos ideológica y sociológica, ya señaladas, la vigencia de una Ley de libertad religiosa, la de 28 de junio de 1967, conciliar en la letra más que en su espíritu, como ya hemos apuntado, pero que puede utilizarse, precisamente por haberse pasado de la confesionalidad del Estado a su no confesionalidad o laicidad.

Tan pronto la nueva Constitución entra en vigor, el 29 de diciembre de 1978, los «Acuerdos específicos» restantes, tan lentamente elaborados o quizá mejor, intermitentemente discutidos, se firman el 3 de enero de 1979, pendientes de que sea autorizada su ratificación por las Cámaras legislativas, que lo hacen el 13 de septiembre y el 30 de octubre de 1979, respectivamente.

La simple lectura del texto y su discusión en las Cámaras demuestra profundas tensiones en puntos claves, que al haber sido consensuados han quedado normativizados a nivel de principios o remitidos a futuros acuerdos entre las partes acordantes. Pero había que concordar y así se ha hecho. Lo pedía el artículo 16 de la Constitución en su número 3 y había que hacerlo en el entorno de su número 1 y de los artículos 9 y 14 del mismo texto legislativo supremo, y, por supuesto, bajo la incidencia de las demás razones expuestas en el llamado «Acuerdo pòrtico» de 1976. Faltaba la Ley orgánica de libertad religiosa, y el régimen de relaciones Iglesia-Estado que la Constitución configuraba, suponía un giro copernicano, sobre el de 1953, y, al menos, de noventa grados sobre el de 1976.

Así, pues, las relaciones de cooperación con la Iglesia, al igual que con las restantes confesiones religiosas, teniendo en cuenta las creencias de la sociedad española, pero en un régimen de no confesionalidad del Estado, debían ajustarse estrictamente a lo que diese de sí la clave de la libertad religiosa, derecho a garantizar con igualdad jurídica por el ordenamiento estatal, no desarrollado por la repetida Ley Orgánica, pero sí potenciada por su remisión a los tratados internacionales, según los artículos 10, 2) y 96, 1) de nuestra Constitución.

Todo ello ha hecho difícil conseguir una regulación jurídica en una línea de simple sustitución del Concordato de 1953, actualizada por las nuevas coordenadas socio-político-religiosas, para exigir no sólo el alejamiento de cualquier sospecha de privilegio, sino tratamientos radicalmente nuevos de muchas materias, normativizados ambiguamente, en muchos casos.

Las claves de la negociación revisoria las sintetiza J. M.^a DIAZ MORENO, en su trabajo «Acuerdos Iglesia-Estado en España», —publicado en la revista *Estudios Eclesiásticos*, núm. 210, enero-junio de 1979—, en tres fundamentales:

1.^a) la tantas veces repetida, por su importancia, de la libertad religiosa; 2.^a) la defensa frente a una posible “discriminación negativa” de la Iglesia, en un movimiento pendular del que nuestra historia constitucional es buen testigo, y 3.^a) el intento pragmático de llegar, al menos, en los puntos más conflictivos a un marco fundamental, para posteriores acuerdos de menor rango.

Con estos condicionamientos, no se pueden minimizar en justicia, los logros de la convergencia en la negociación de esta triple clave, iluminada por los principios del «Acuerdo Pórtico», que han sido muchos y muy importantes: el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de la Iglesia institución y de sus entes, entre ellos, la Conferencia episcopal, sería una buena muestra de las muchas que se pueden ofrecer, junto con el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico, cuya regulación se remite al Derecho de la Iglesia, en un sistema que se aproxima bastante al llamado facultativo de tipo «latino».

Pero no es menos cierto, que puntos delicadísimos y complejos que afectan muy directamente a las competencias de Iglesia y Estado, han quedado en esa simple remisión a futuros acuerdos, cuando no silenciados totalmente en la normativa, no en la realidad jurídica de su existencia, que se ha de poner de manifiesto en inmediatas tensiones sobre problemas vitales para los ciudadanos católicos de fe personal, y para la propia Iglesia institución.

Aunque la legislación unilateral del Estado puede contribuir a la solución, más o menos aceptable de muchas cuestiones, los acuerdos complementarios previsibles, por todo lo dicho, pueden ser numerosos y de tres tipos, que confluirán a configurar un auténtico complejo concordatario: en primer lugar, aquellos que bajo la supuesta fuerza jurídica de un artículo, reiterado en los cuatro «Acuerdos de 1979» y de frecuente aplicación indudablemente, den lugar a normas de resolución bilateral de dudas en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula, inspirándose para ello en los principios que informan los respectivos «Acuerdos»; en segundo lugar, aquellos que exige el texto de algunos artículos para solucionar con realismo materias concretas, sólo reguladas a nivel de principios y en los que serán partes legitimadas unas veces la Iglesia y el Estado y otras la Conferencia episcopal y el propio Estado o la Administración estatal, y en tercer lugar, aquellos acuerdos que cubran silencios, que no pueden suponer omisiones increíbles en los especialistas que han concordado, sino puntos de la máxima conflictividad en la competencia entre Iglesia y Estado que toda Concordia trata de resolver y que no habrá parecido oportuno ni siquiera consensuar en términos vagos que contentasen a todos y a nadie. Se prevé la creación de comisiones mixtas para preparar acuerdos de menor rango.

Para estos acuerdos sobre los «Acuerdos», en ese completar el recorrido de la recta final concordataria, hay que sustituir la fácil solución de la confesionalidad del Estado, por la real *bona fides* de la cooperación que la Constitución recla-

ma, para que la Iglesia y el Estado estén al servicio del hombre, sin plantearle dramáticas dicotomías en su vida cotidiana. Se contará, para ello, con el marco lógico que la nueva Ley de libertad religiosa debe representar para todos, con unos límites que deben quedar bien definidos en un concepto preciso de orden público, difícil de construir.

Para esos acuerdos complementarios que tampoco pueden ser la panacea de la tranquilidad de la Iglesia y de sus fieles en su convivir en una sociedad democrática y pluralista, sin privilegios para nadie, el proyecto de Ley orgánica de libertad religiosa, que publica el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 17 de octubre de 1979, prevé la creación de una Comisión asesora, en el Ministerio de Justicia, a cuyas reuniones podrán ser convocados especialistas y asistir representantes de las iglesias y confesiones. A esta Comisión le corresponde una misión informativa sobre las cuestiones que suscite la aplicación de la Ley y particularmente la preparación de los convenios de cooperación.

Grande va a ser la tarea de este órgano consultivo y justo es reconocer que su antecesor, la Comisión de Libertad Religiosa, creada por la Ley 44/1967, de 28 de junio, hizo posible con su inteligente y ecuménico espíritu corregir algunos de los defectos que el texto legal representaba, acercándolo a una real vigencia del derecho de la persona y de las comunidades a esa libertad, básica para la dignidad de los ciudadanos y para el bien común de la sociedad.

Madrid, noviembre de 1979.

DERECHO CANONICO

COMPETENCIA DE LA IGLESIA Y DEL ESTADO EN ORDEN AL MATRIMONIO (UNA APROXIMACION A LA TEMATICA MATRIMONIAL EN LA NUEVA CONCORDIA) «Addenda» a los Temas X, XXII, XXIII, XXIV y XXXV

Por JAIME PEREZ-LLANTADA GUTIERREZ

SUMARIO: I. *Delimitación del tema:* a) La nueva Concordia Iglesia-Estado; b) Fuentes del Derecho matrimonial canónico. II. *Presupuestos del tema:* a) El matrimonio como Sacramento, para los católicos: a') evolución histórica de la sacramentalidad del matrimonio canónico; b') la postura codicial de la Iglesia; b) La posición del Estado ante el matrimonio: a') la evolución hasta el Concilio de Trento; b') regalismo y secularización posterior. III. *La cuestión en el «Acuerdo sobre asuntos jurídicos» de 1979:* a) El sistema matrimonial concordatario y los efectos civiles de matrimonio canónico; b) La competencia de la Iglesia y del Estado en las causas matrimoniales canónicas; c) Ante la extensión del divorcio civil a los matrimonios «coram Ecclesia». IV. *A modo de conclusiones.*

I. DELIMITACION DEL TEMA

Intercambiados, el día 4 de diciembre de 1979, los instrumentos de ratificación de los cuatro últimos «Acuerdos específicos», firmados el día 3 de enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede, ha entrado en vigor una nueva Concordia, que sustituye a la de 1953, tras un largo «iter» no exento de fuertes tensiones, cuyo primer logro fue el «Acuerdo», a la vez «pórtico» y «específico», de 28 de julio de 1976.

El nuevo Concordato 1976-1979, entre la Iglesia y la Comunidad política española, en un giro copernicano, ha dejado de apoyarse en la confesionalidad del Estado. para hacerlo sobre su no confesionalidad, proclamada por el art. 16.3 de la nueva Constitución de 29 de diciembre de 1978, con inequívoca expresión: «ninguna confesión tendrá carácter estatal».

Tras esta rotunda declaración que, por encima de cualquier juego semántico, afirma la laicidad del Estado, el propio Texto Constitucional añade, por la fuerza del valor sociológico del hecho religioso, que «Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la Sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones» (art. 16,3).

Bajo la clave de estos dos principios, que presuponen el de la garantía de la libertad religiosa, en todo el amplio haz de facultades que encierra, como declara el número 1 del citado art. 16, se ha configurado un nuevo sistema de relaciones «Iglesia-Estado», en el cual no caben los privilegios, ya que como afirma el art. 14 de la Constitución: «Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». De aquí que el art. 16,2 añada que «Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia.»

a) La nueva Concordia Iglesia-Estado

En estas coordenada y como fruto de esa cooperación se ha llegado a la nueva Concordia «Iglesia-Estado» que se abre con el «Preámbulo» del Acuerdo de 1976, cuyos cuatro primeros párrafos constituyen un «Acuerdo básico o pór-tico», síntesis de la postura posconciliar de la Iglesia ante la Comunidad política, tras décadas, en España, de nacional-catolicismo y de una valoración ponderada de las hondas transformaciones socio-políticas de la Nación (1).

Las orientaciones señaladas se concretan en el párrafo quinto del citado Preámbulo y en los arts. I y II, que integran el primer «Acuerdo específico», expresión del compromiso de solución común de la compleja problemática «de re religiosa». Con este «Acuerdo específico» se proclama el libre nombramiento de Obispos por la Santa Sede y la igualdad de todos los ciudadanos ante la administración estatal de justicia.

(1) Cf.: De Echeverría, L.: «La nueva Constitución ante el hecho religioso», en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, (Trabajos de la XVI Semana española de Derecho Canónico); Salamanca, 1979, págs. 50-52.

Idem: «El convenio español sobre nombramiento de Obispos y privilegio del fuero», en *REDC*, 94 (1977), pág. 39.

De la Hera, A.: «El Acuerdo entre la Santa Sede y España de 28 de julio de 1976», en *Ex aequo et bono* (Willibald M. Plösch zum 70 Geburtstag); Innsbruck, 1977, pág. 544.

Pérez-LLantada, J.: «El nuevo régimen concordatario español», en *Addenda para el Curso 1979-80*; Madrid, 1979, págs. 27-28.

Tras ese largo «iter», atemperado al proceso constitucional, pero no a la elaboración de la «Ley orgánica de Libertad religiosa», lógico marco de cualquier acuerdo con las confesiones religiosas, se firman el 3 de enero de 1979, otros cuatro «Acuerdos específicos», que prosiguen y concluyen, a ese rango jurídico normativo, la revisión y la sustitución completa del viejo Concordato de 27 de agosto de 1953, terminándose, así, la nueva concordia, ayuna de privilegios y cargada de declaraciones de principios, cuyo desarrollo, más concreto, queda a la «bona fides» que la cooperación Comunidad Política-Comunidad Eclesial debe implicar.

Si «la relación de la comunidad religiosa y la comunidad política expresa una continuada vivencia y tensión en el hombre que no debiera ser polémica», —como afirma J. L. Santos (2)—, sin embargo, «lo religioso y lo político se han presentado como dos adversarios instalados en el mismo territorio humano, que necesariamente han de permanecer en convivencia bajo el mismo techo». «Quizá se compruebe que no tienen por qué ser adversarios y que la vía más aceptable de arreglo sea la del diálogo y la del compromiso.»

Esta vía, precisamente, es la que representa el sistema concordatario para la solución del tradicional «problema religioso», que no debe representar para el ciudadano, creyente o no, distorsión alguna en su vivir integral, ya que, como señala el Concilio Vaticano II, la Comunidad política y la Iglesia están «al servicio de la vocación personal y social del hombre, servicio que realizarán con tanta mayor eficacia para bien de todos cuanto más sana y mejor sea la cooperación entre ellas» (Constitución pastoral «Gaudium et spes», núm. 76.)

Dentro de la nueva Concordia, —cuya visión de conjunto hemos resumido en otro trabajo con fines didácticos (3)—, para el jurista civil, dos son los «Acuerdos específicos» más interesantes, el de 28 de julio de 1976 y el de 3 de enero de 1979, sobre asuntos jurídicos, y, quizá, más específicamente, éste último por la problemática en torno a la relación matrimonial, que trata de regular, y que va desde su adaptación a un nuevo sistema, hasta el comportamiento ante la ley de divorcio civil que la Constitución propicia, pasando por un traspaso a la jurisdicción estatal de las causas de separación, de compleja puesta a punto.

La problemática es transcendental y polémica y afecta, —como apunta R. Navarro (4)—, a todo el campo familiar y matrimonial y muy especialmente a «los dos episodios más jurídicos de la relación matrimonial (que) son precisamente sus momentos inicial y final, ocurriendo entre su formación y su patología una especie de “paz jurídica”».

No es nuestra intención tratar en este trabajo de toda esa variedad de

(2) Santos, J. L.: «El Estado moderno y la Religión», en *El hecho religioso...*, op. cit., pág. 15.

(3) Cf. Pérez-Llantada, J.: «La dialéctica “Estado-Religión” ante el momento constitucional», en *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, 1978, vol. II, págs. 129-162.

(4) Cf. Navarro, R.: «El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978», en *El hecho religioso...*, op. cit., pág. 136.

aspectos referentes al tema matrimonial que el «Acuerdo sobre asuntos jurídicos» de 1979 abarca y que están íntimamente interrelacionados con su regulación constitucional civil, y ello, entre otras razones, porque la Constitución y la nueva Concordia son simplemente el punto de partida de una amplia normativa de desarrollo unilateral o pactada, que hasta que no sea «*ius conditum*» no es posible valorar, ya que los textos «consensuados» o «acordados» son muy proclives a fenómenos de ambivalencia política (5), —dada la ambigüedad de su formulación jurídica—, que se multiplicarían desde un «*ius condendum*».

Precisamente, por ello, respetando el deseo de ir avanzando hacia una nueva legislación acorde con esos textos, cuyo valor paradigmático es indudable, creemos forzada por el art. 53,3 de nuestra Constitución y por su Disposición final la técnica jurídica de cubrir las inevitables lagunas de ley, que el número 3 de la Disposición derogatoria ha producido, por la acción de los órganos administrativos.

Sin embargo, a título de ejemplo, ha sido reiterada, ya, por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Recordemos la «Instrucción» sobre matrimonio civil, de 26 de diciembre de 1978 (*B. O. del E.* 30-12-78), que considera modificados los arts. 42 y 86 del Código civil, mandando a los Encargados del Registro civil que no inquieren sobre la religión o creencias de quienes acudan ante ellos a celebrar matrimonio en forma civil, y la «Resolución» sobre celebración de matrimonio civil entre española y extranjero divorciado, ambos bautizados, aunque no practicantes, de 6 de abril de 1979 (*B. O. del E.* 18-5-79), en la que no se considera, ya, incluida en la excepción de orden público del apartado 3.º del art. 12 del mismo Código el principio de indisolubilidad del matrimonio, que llevaba a determinar la no eficacia en España de las sentencias de divorcio pronunciadas por tribunales extranjeros (6).

El mimetismo de esta técnica «cuasi legislativa» de la Administración tiene tal fuerza, aunque sea de transición, que algún Encargado del Registro, cumpliendo, no sólo la letra sino también el espíritu de la citada «Instrucción», puede considerar, asimismo, modificado el punto 4.º del art. 83 del Código civil, —igualmente derogado por la Constitución al oponerse a sus arts. 14 y 16, entre otros—, y autorizar el matrimonio civil de algún ordenado «*in sacris*» que no haya obtenido indulto de secularización de la Santa Sede, matrimonio que, en el propio «*ius conditum*» estatal, pensamos inválido y por supuesto en el canónico, donde no tiene tal ceremonia civil relevancia alguna.

Tras esta disgresión, nos vamos a limitar a la consideración de esta concre-

(5) Cf. Pérez-Llantada, J.: «¿Ambivalencia política de los regimenes jurídicos españoles de relaciones Iglesia-Estado, anteriores al vigente de 1967?», en *Rev. Ius Canonicum*, vol. XVII, núm. 33, enero-junio 1977, págs. 303-358.

(6) Cf.: Navarro, R.: *Divorcio: orden público y matrimonio canónico* (Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio); Madrid, 1972, págs. 15-261.

Pérez-Llantada, J.: *Indisolubilidad y divorcio, una aporía del matrimonio*; Cádiz, 1977, págs. 25-26.

ta problemática de la competencia de la Iglesia y del Estado en materia matrimonial, que acabamos de ver apuntada, aproximándonos, simplemente a la solución de los puntos abordados por el «Acuerdo específico sobre asuntos jurídicos» de 3 de enero de 1979, ya que la temática es compleja.

b) Fuentes del Derecho matrimonial canónico

Siguiendo a A. Bernárdez, podemos resumir que, entre las normas que configuran el Derecho matrimonial canónico pueden distinguirse: a) las de derecho divino (Revelado y Natural) que establece principios inmutables y fundamentales del matrimonio, «canonizadas» o no, por la Iglesia en su ordenamiento jurídico; b) las de derecho eclesiástico, humano y positivo y, por tanto, mutable; c) la legislación civil «canonizada» por la Iglesia; y d) las del «Acuerdo jurídico» concordatario, que remite expresamente al Derecho canónico (7).

Por otra parte, si conforme al canon 1081,1 «El matrimonio lo produce el consentimiento entre personas hábiles, según derecho, legítimamente manifestado», lo que dá apoyo a la teoría «contractualista» del matrimonio, el contenido sobre el que recae ese consentimiento está configurado por normas superiores a la voluntad de los cónyuges y a la propia voluntad de la Iglesia y del Estado, en cuanto se trata básicamente de una institución natural, por lo que las leyes que la rigen son de Derecho divino, determinantes de la esencia, propiedades y fines del matrimonio y se sustraen a la libre elección de los cónyuges (*ius cogens*), que son libres de querer o no contraer matrimonio, pero tal cual está configurado por la propia naturaleza de la institución en sus líneas fundamentales.

Se abre paso, así, a la teoría «institucionalista» del matrimonio, frente a la tradicional concepción «contractualista», y a aquélla parece referirse el Vaticano II en la Constitución «*Gaudium et spes*» número 48. con las indudables resonancias interpersonalistas que la unión conyugal obtiene en ella, de tanta trascendencia para superar la problemática que plantea las definiciones finalistas del matrimonio, a las que un documento pastoral apenas alude, aunque tampoco elude.

Dos últimas observaciones: 1.^a) En el fondo de la dialéctica Religión-Estado sobre el sistema del matrimonio, —a sancionar, más que en un texto de rango constitucional, en una ley fundamental para el matrimonio y la familia—, late claramente un problema de competencias. 2.^a) Desde la reforma protestante, con su secularización del matrimonio, la dialéctica en esta materia se produce prácticamente entre la Iglesia Católica y el Estado; de aquí la necesidad del llamado «Acuerdo jurídico» de 3 de enero de 1979, normativa civil y canónica y la densidad de contenido de su art. VI sobre el tema, con el refuerzo de su Disposición transitoria 2.^a y del Protocolo Final.

(7) Bernárdez, A.: *Curso de Derecho matrimonial canónico*, 3.^a Edic. Madrid, 1971, págs. 36-38.

II. PRESUPUESTOS DEL TEMA

Una primera afirmación, ya con categoría de tópico, es la de que la crisis familiar surge como efecto de la crisis matrimonial; pero, a su vez, —como señala A. Borobio (8)—, quizá «la razón más profunda de los cambios y crisis (sociales) sea el olvido, cuando no el rechazo, de la dimensión religiosa del matrimonio. Nuestra cultura comporta un nuevo concepto del mundo, del hombre y de Dios, que se alejan en gran medida del concepto vigente en una cultura tradicional». Una vez más tropezamos con un factor clave de la Historia de nuestra época, la «secularización», que implica una ruptura con la dimensión religiosa de la existencia humana.

Esta ruptura con la inmemorial consideración «sagrada» del matrimonio natural supone, entre otras nuevas premisas: a) la del amor considerado como un asunto puramente personal o bilateral, que nada tiene que ver con el amor de Dios, y menos con las interferencias de la Iglesia y del Derecho Canónico. b) La del matrimonio reducido a un acontecimiento inter-humano, que no necesita ninguna «añadidura», ni precisa llamarse «sacramento» para tener el sentido, que analizan las Ciencias meramente profanas, sociales o humanas, a cuya cabeza está, hoy, la Antropología, negándose plaza a las Ciencias sagradas, como la Teología y el Derecho Canónico.

Es cierto que el matrimonio, en cuanto institución natural, es la más vieja realidad profunda y radicalmente humana que, en sí, no parece precisar de una concepción religiosa determinada para su ser y su existir, íntimamente enraizados en el amor; pero, precisamente, este amor hará constatar a la propia antropología que en las más diversas épocas y culturas el matrimonio fue siempre algo sagrado, que enmarca el consentimiento, fruto del mutuo acuerdo y expresión del amor, que supone la aceptación mutua e incondicional de la entrega interpersonal y heterosexual de los esposos, de cara a su plena realización como hombre y mujer y con un trasfondo familiar.

«La crisis antropocéntrica, —dice T. García Barberena (9)—, tiende sus tentáculos por todo el campo del Derecho Matrimonial. Su influencia se deja sentir espectacularmente en las cuestiones generales sobre la naturaleza y los fines de la unión conyugal, las propiedades esenciales del matrimonio, la indisolubilidad del vínculo, el objeto esencial del consentimiento matrimonial con toda su varia problemática». La «unión-estructura» y la «unión-amor» son las dos polaridades que orientan esa doble tendencia, que León XIII en la Enciclica «*Arcanum divinae sapientiae*» sintetizaba, respecto a los fines del matrimonio, señalando que éste, además de proveer a la propagación del género humano (concepción objetivista o finalista del matrimonio) sirve eficazmente a hacer dichosa y feliz la vida de los cónyuges (concepción subjetivista del matrimonio), apuntando

(8) Cf. Borobio, D.: *¿Matrimonio cristiano... para quién?*; Bilbao, 1977, págs. 18-19.

(9) García Barberena, T.: «Presentación del Programa», en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro*; Salamanca, 1977, vol. 2, págs. 15-16.

así el justo equilibrio entre lo objetivo y subjetivo, que debe manifestarse, también, en el tema del consentimiento, en que muchas veces trata de enfrentarse la fórmula «ius in corpus» con la de «communio vitae», a la hora de señalar el objeto del matrimonio, cuando son completamente compatibles.

Con lo expuesto es suficiente para encuadrar un nuevo aspecto de la dialéctica Religión-Estado, que se traduce en la de matrimonio civil-matrimonio religioso, o casi más en concreto, en nuestra España, matrimonio civil-matrimonio canónico.

a) El matrimonio como Sacramento, para los católicos

El matrimonio, para los católicos, es algo profundamente humano, pero que pide por su propia naturaleza ser algo más que una mera institución contractual, algo más que un simple negocio jurídico, para ser desde el principio algo de institución divina que lo religa con Dios, y que por acción directa de Jesucristo fue elevado a Sacramento.

«La unión matrimonial, —dice A. Bernárdez (10)—, en su consideración meramente natural, reviste, de suyo, un carácter sagrado, en cuanto autoriza el legítimo uso de las fuentes de la vida, depositadas en el hombre por la naturaleza —y, en este sentido, supone una colaboración en la obra del Creador—, y en cuanto que el necesario complemento a la procreación humana, la educación de los hijos, consiste en la conformación de éstos no sólo en los aspectos materiales de la existencia humana, sino en aquellos aspectos transcendentales de ésta, exigidos por la dignidad de la persona dotada de una destinación transcendente». Es evidente que toda ideología ateísta no comparte esta concepción, quedándose en la base meramente contractual, aunque muy «sui generis» de este negocio jurídico.

La Iglesia reconoce que los matrimonios anteriores a la venida de Jesucristo y los de todos los bautizados, posteriores a ésta, son figura de la unión de Cristo con su Iglesia (Cf. León XIII, Enc. «Arcanum divinae sapientiae» y Pío IX Enc. «Casti connubii»); pero que el matrimonio es un sacramento se afirma tras un largo proceso histórico, que culmina en el Concilio de Trento, en pleno siglo XVI.

a') *Evolución histórica de la sacramentalidad del matrimonio canónico.*

Los hitos fundamentales de la evolución histórica de la sacramentalidad del matrimonio pueden sintetizarse así, teniendo como trasfondo esa dialéctica

(10) Bernárdez. A.: op. cit., pág. 37.

Iglesia-Estado sobre la competencia en materia matrimonial, que es la que nos interesa no perder de vista en esta exposición:

a”) Hay que llegar al siglo IV para ver aparecer una formalización litúrgica del matrimonio. Hasta entonces los cristianos consideraron éste como esa realidad natural, común a todos los hombres, que ellos han de vivir conforme a su Fe. Por tanto, la celebración del matrimonio la hacen según la costumbre y el ordenamiento —donde este existe— de la sociedad civil.

«La Iglesia, —dice A. Mostaza (11)—, desde los primeros siglos tuvo conciencia de su competencia sobre el matrimonio de los cristianos, pero también parece reconocer análoga competencia sobre la unión conyugal a los príncipes, así paganos como cristianos, siempre que las disposiciones matrimoniales de éstos promovieren el bien común y no fueren contrarias al derecho divino.»

«Ya en sus primeros tiempos —afirma J. Maldonado (12)— la Iglesia mantiene unas normas que deben observar los cristianos en sus matrimonios, pero no tiene entonces la posibilidad ni la pretensión de transplantarlos al Derecho civil». «Por otra parte, la libertad de forma que el Derecho romano permitía en el matrimonio, hace que no haya dificultad respecto al modo de contraerlo y la facilidad de repudio civil tampoco dá lugar a problemas en las separaciones.»

b”) Entre el siglo IV y el siglo X, —resume D. Borobio (13)—, los dos fenómenos más salientes de ésta evolución son: la “liturgización” del matrimonio, por la que los ritos profanos entran a formar parte de la liturgia del matrimonio, considerado como un “casarse ante la Iglesia mediante contrato”; y la “eclesialización” del matrimonio, por la que la Iglesia comienza a concentrar y a regular un ordenamiento jurídico para el matrimonio, juzgando sobre impedimentos, velando sobre los matrimonios clandestinos...». En definitiva, trata de suplir, en cierta manera, las lagunas del ordenamiento jurídico civil.

Entre el siglo IV y el VII el Derecho de la Iglesia tiene un tinte romano, que en orden al matrimonio, J. Maldonado (14) concreta así: la patristica y los concilios muestran la concepción canónica del matrimonio. «El carácter sagrado del matrimonio, que funda la doctrina de los Santos Padres, y especialmente la muy elaborada de San Agustín, se apoya en que fue santificado por Cristo y representa la unión de Cristo con la Iglesia y confiere gracia a los casados». Consecuencia de tal conexión es la indisolubilidad del vínculo. «El matrimonio cristiano significa un concepto jurídico nuevo en relación con el matrimonio romano anterior, que era simplemente el reconocimiento por el Derecho de un estado de hecho, integrado por la vida en común de un hombre y una mujer, con una cierta «*maritalis affectio*», por lo que resultaba tan fácilmente constituable y disoluble.»

(11) Mostaza, A.: *Competencia sobre el matrimonio, hasta el Concilio de Trento*; Roma, 1972, pág. 354.

(12) Maldonado, J.: *Curso de Derecho canónico para juristas civiles*, Parte General, 2.^a Edic.; Madrid, 1970, pág. 243.

(13) Borobio, D.: op. cit., págs. 44-45.

(14) Maldonado, J.: op. cit., pág. 273.

Dos definiciones romanas del matrimonio analizará el Derecho canónico, pese a que, como hemos visto, la concepción romana es, en muchos puntos, dispar con la cristiana: la de Modestino, (1 reg. D. 23,3,1), según la cual «las nupcias son la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, comunión en el Derecho divino y en el humano», y la de Ulpiano (Inst. 1,9,1), «Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer, que contiene la unidad indisoluble de vida.»; ésta segunda, con algunos retoques, pasará a las «Decretales».

Así, Rolando Bandinelli (después Alejandro III), —recuerda J. Hervada (15)—, sustituyó la palabra «continsens» («que contiene»), de la definición de Ulpiano, por «retinsens» («que retiene»), más expresiva de la indisolubilidad, y añadió a «coniunctio» («unión») el adjetivo “legítima”, para manifestar que son válidas las nupcias contraídas conforme a Derecho. Pero, ya antes, Pedro Lombardo había hecho otra adaptación de la definición de Ulpiano, que quedaría como la más usual para teólogos y canonistas, según la cual: «El matrimonio es la unión marital de varón y mujer entre personas legítimas, que retienen una comunidad indivisible de vida.»

Pero no se trata sólo de «canonizar» fórmulas romanas, sino de algo más profundo y trascendente, que es predicable también de instituciones germánicas: «Los escritores cristianos, que respetan las normas del Derecho matrimonial romano, que no se oponen a las del Derecho canónico, afirman rotundamente la necesidad de sujetarse a las de éste, —como destaca J. Maldonado (16)—, cuando no hay contradicción entre ellas, marcando con toda claridad las diferencias entre ambas leyes y la competencia de la Iglesia para imponer a los fieles la suya, contraria a la ley civil. Esto viene planteado en relación con el divorcio, admitido por el Derecho romano y firmemente rechazado por el cristianismo». «Es más en el Derecho de la Iglesia se admite, a veces, el deseo de querer cambiar, en eso que es opuesto a ella, el Derecho del Imperio Romano cristianizado.»

Pero no debe olvidarse, —como destaca M. J. García Garrido (17)—, que «En el derecho postclásico y justinianeo se operan profundos cambios en el matrimonio. Aparece una nueva concepción, basada en las ideas cristianas de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, que atribuye valor definitivo al consentimiento inicial, es decir, al que se intercambia entre los contrayentes al celebrar su matrimonio, dando con ello un significado diverso a la máxima jurisprudencial de “consensus facit nupcias”.»

c”) A lo largo de los siglos X-XII, —dice A. Mostaza (18)—, fue haciéndose la Iglesia con el monopolio de la jurisdicción matrimonial, pero, pese a esta «praxis» general, no existe documento alguno que demuestre la intención de la Jerarquía eclesiástica de someter el matrimonio a su competencia exclusiva; lo

(15) Hervada, F. J.: *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho canónico*; Pamplona. 1973, vol. III, pág. 22.

(16) Maldonado, J.: op. cit., pág. 275.

(17) García Garrido, J. M.: *Derecho privado romano*; Madrid, 1979, vol. I, pág. 459.

(18) Mostaza, A.: op. cit., pág. 354.

que sí parece claro es que no se ha diferenciado el matrimonio canónico, como distinto del que contraen los no cristianos.

Se ha superado, ya, en el proceso de formación del Derecho canónico, —como señala A. Prieto (19)—, la gran época germánica y la «Reforma Gregoriana», segundo y tercer período de la cuarta época de esa historicación del derecho de la Iglesia a lo largo del primer milenio, que dará paso a la edad clásica, que irá de mediados del siglo XII a mediados del XVI.

Precisamente, en este período de transición, que abrazan los siglos XI-XIII, aparece en la Iglesia el planteamiento de la «sacramentalidad» del matrimonio. La fijación del «septenario sacramenta», —señala D. Borobio (20)—, así como el desarrollo de la teología de los sacramentos, que sucede en ésta época, tratan de fijar que es lo que hace e implica que el matrimonio sea un sacramento: ¿es sólo el consentimiento matrimonial («Matrimonium ratum tantum» = teoría «contractualista», que tiene su centro en la Escuela de París), o se requiere también, la consumación del matrimonio («matrimonium ratum et consummatum» = teoría «copulista», que tiene su centro en la Escuela de Bolonia)?

Serán Alejandro III, Inocencio III y el Concilio de Florencia (1439), —verdadera síntesis éste de la doctrina tomista—, quiénes dirimirán la disputa en favor de la Escuela de París, señalando que la «causa eficiente del matrimonio regularmente es el mutuo consentimiento, expresado por palabras de presente».

d") El Concilio de Trento (siglo XVI), añadirá el elemento formal «ad validitatem», típico de la forma pública «in facie Ecclesiae» del matrimonio, que coexistía con la clandestina, eliminando ésta en el capítulo «Tametsi», (sesión 24, cap. I «De reforma matrimonii»). Siglos después, Pío X, el 2 de agosto de 1907, da el Decreto «Ne temere» que supone la publicidad definitiva del matrimonio, sustituyendo la competencia personal del párroco por la de carácter territorial y mutando su presencia pasiva por la activa de pedir y recibir el consentimiento.

El Tridentino, frente a la doctrina protestante, reafirma el carácter sacramental del matrimonio, oficializándose la dialéctica «matrimonio-matrimonio canónico» y la lucha de competencias.

Pero es curioso observar cómo en el aula conciliar, —recuerda A. Mostaza (21)—, «los partidarios de la potestad de la Iglesia de anular los matrimonios clandestinos solían apoyarse, generalmente, ora en que tales matrimonios no eran sacramentos por faltar en ellos el ministro sagrado, ora por distinguir en el matrimonio dos realidades separables, —el contrato y el sacramento—, ora por admitir, al menos, dos formalidades distintas en esos dos elementos integrantes del matrimonio cristiano, de tal manera que el contrato es anterior «natura», si no «tempore», al sacramento, pudiendo la Iglesia, en consecuencia, anular dicho contrato, sin alterar para nada el sacramento. En cambio, los que negaban a la Iglesia esa potestad solían hacer hincapié en la identidad real, en la inseparabili-

(19) Cf. Prieto, A.: *Derecho Canónico*, 2.^a Edic; Pamplona, 1974, págs. 112-117.

(20) Borobio, D.: op. cit., pág. 44.

(21) Mostaza, A.: op. cit., pág. 356.

dad, entre el contrato y el sacramento del matrimonio». «Por extraña paradoja, en ésta última razón se apoyarán los autores, a partir de Belarmino y de Ponce de León, y el propio magisterio eclesiástico, desde Pío VI, para demostrar la competencia exclusiva de la Iglesia sobre el matrimonio de los cristianos; mientras que las razones alegadas por la sentencia anterior continuarán siendo la base de la argumentación, tanto para los defensores de la competencia matrimonial cumulativa de la Iglesia y del Estado, como para los partidarios de la exclusiva potestad del Estado.»

En Trento, pues, tras estas posiciones encontradas de los Padres, triunfaría la forma como requisito «ad validitatem» del matrimonio, una de cuyas finalidades es defender el contenido sacramental (D.S. 1801-1812). Pero no definieron que la competencia para el matrimonio fuera exclusiva de la Iglesia, ni concretaron qué causas matrimoniales pertenecen al fuero eclesiástico, ni el origen de dónde procede esa competencia sobre los impedimentos y las causas matrimoniales. Tampoco decide el Concilio si las autoridades civiles pueden legislar en materia matrimonial sobre todos sus súbditos o sólo sobre los infieles.

b') *La postura codicial en la Iglesia*

El Código de Derecho canónico Pío-Benedictino recoge fundamentalmente el Decreto «Ne temere», por lo que hace a la forma jurídica sustancial del matrimonio, en los cánones 1.094 a 1.103; señalando el primero de ellos la «forma ordinaria» al decir que: «solamente son válidos aquellos matrimonios que se celebran ante el párroco, o ante el Ordinario del lugar, o ante un sacerdote (o diácono) delegado por uno u otro, y, además ante dos testigos por lo menos...». Previamente, como base de toda la regulación del matrimonio canónico, el canon 1.012 señalará que: «Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de Sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados». «Por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento». A su vez, el canon 1.016 dirá que «El matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el Derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio.»

Esta es, hoy, la expresión jurídica de la sacramentalidad del matrimonio e, interrelacionada con ella, de la competencia cumulativa de Iglesia y Estado sobre el matrimonio cristiano.

Pero, evidentemente, esa postura jurídica sobre un sacramento está en función de unas bases teológicas que brevemente hemos de concretar para el momento actual.

En todo sacramento es necesario un signo o manifestación externa y visible, que sea expresión de la realidad sacramental invisible de la gracia de Dios de la que es causa.

Los sacramentos producen la gracia santificante por sí mismos (ex opere operato), es decir, prescindiendo de los actos del que los recibe (ex opere operantis).

En el matrimonio el signo está constituido por la misma realidad personal del consentimiento mutuo, de la donación y la entrega. El auténtico signo son los mismos esposos, en cuanto recíprocamente se «dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos que de suyo son aptos para engendrar la prole» (canon 1.081,2).

De aquí que en el sacramento del matrimonio los «ministros del sacramento» son los contrayentes. Ellos son capaces, —auténticas transparencias de Cristo—, de hacer surgir la sacramentalidad de la que, a la vez, son sujetos, y, mediante la cual, ha de ser posible la «comunidad de vida matrimonial», reflejo de esa unión mística de Cristo con su Iglesia (Ef. 5, 25-33); por eso los cristianos se casan como todos los demás hombres, pero «en el Señor» (1 Cor. 7, 39).

En el juridicismo, para muchos excesivos, de la regulación canónica del matrimonio, y muy especialmente de esa iteración automática «sacramento-consentimiento», —tema de estudio en el Congreso Internacional de Derecho Canónico, con el que la Universidad Gregoriana conmemoraba el primer centenario de su Facultad de Derecho Canónico (1877-1977)—, sin matizaciones ante la distinción y correlación entre Fe y Sacramento de la Fe, entre piedad personal y culto público, entre ser bautizado y ser fiel, —«profesar la religión católica» como muy bien especifica el art. 42 de nuestro Código civil—, está el nudo Gordiano de una amplia problemática canónica y civil hace siglos pendiente.

La postura del nuevo Esquema sobre el matrimonio para la revisión del Código de Derecho Canónico nada cambia del canon 1.012 vigente y sus términos maximalistas, según los cuales: todo matrimonio entre bautizados, —sean católicos o acatólicos—, canónicamente contraído y sólo él, es matrimonio y sacramento. A «contrario sensu», toda unión de cristianos, civilmente intentada, no tiene valor alguno «coram Ecclesia», lo que produce graves problemas.

Pero la aplicación de la Teología sacramental, —señala A. Hortelano (22)— no ha sido fácil a lo largo de ese iter, que hemos expuesto, y, aún ahora, nos da la impresión de que hay muchos puntos oscuros. El matrimonio, como Sacramento, ha de ser un signo sensible, visible, que significa y causa una realidad invisible y misteriosa; pero ¿dónde está el signo concretamente?; Alejandro III terminó fijándolo en el «sí de los esposos», en el consentimiento matrimonial, pero sin pretensiones dogmáticas.

Todavía surge otra cuestión: ¿qué es lo que significa propiamente, el matrimonio en cuanto sacramento «continuado»? Conforme a la enseñanza de Pablo, tradicionalmente admitida, significa, tras la consumación, la unión de Cristo con la Iglesia, y esto hace del matrimonio un «misterio grande» (Ef. 5, 25-33).

Sin embargo, a primera vista, no se manifiesta cómo el matrimonio, además

(22) Hortelano, A.: *El amor y la familia en las nuevas perspectivas cristianas*; Salamanca, 1975, págs. 90 y ss.

de significar esa unión, la reitera de algún modo, para no quedarse en una simple metáfora. El matrimonio es sacramento, —concluye A. Hortelano—, en cuanto significa y causa en los esposos ese amor y esa entrega del uno al otro, que se vive como una participación misteriosa del amor de Cristo a la Iglesia.

Ahora bien, ¿tal es la fuerza del obrar sacramental, «ex opere operato», en el matrimonio, como en el bautismo de adultos, que no les afecta obstáculo alguno, «ex opere operantis», de la libertad y de la Fe del que los recibe, cuándo, además, en el matrimonio, quiénes buscan la gracia del Sacramento son, a la vez, sus ministros? ¿Recibirán un sacramento quiénes no quieren administrárselo, no creen en Cristo autor de todo Sacramento?

Son muchos, hoy los teólogos, los canonistas y los maestros de la verdad, que son los Obispos, que contestan negativamente a la dramática pregunta. Todos ellos, —como señala M. Leclercq (23)—, observan que si el matrimonio cristiano es un Sacramento, no debería ser suficiente haber sido bautizado antes para recibirlo; ha de vivirse, además, la Fe y participar de la vida de la comunidad cristiana, a la que el bautismo ha de incorporar.

«La teología moderna, —escribe L. M. Croghan (24)—, nos enseña a no considerar el bautismo como un gesto que basta ponerlo para que provoque toda suerte de consecuencias automáticas. Si es cierto que el bautismo tiene un aspecto comunitario, si supone una elección racional del cristianismo, lógicamente hemos de abandonar la opinión según la cual, la unión de dos bautizados es automáticamente sacramental». Lo mismo habría que decir de los demás sacramentos.

En definitiva, «los Sacramentos... no sólo suponen la Fe, sino que, a la vez, la alimentan, la robustecen y la expresan por medio de palabras y de cosas; por eso se llaman Sacramentos de la Fe» (Cf. Constitución «Sacrosanctum Concilium», cap. III, núm. 59). La falta de Fe, no sólo compromete la validez de la celebración del matrimonio cristiano, sino que también corre el riesgo de desfigurar ante el mundo la misión sacramental de la Iglesia (Cf. Episcopado francés, «Pastorale des Fiancés», Lourdes 1969, núm. 11).

Con todo, para la Teología y el Derecho Canónico la dificultad de avanzar por este camino es grande, por lo complejo del tema sacramental, y de su unión automática a la realidad natural-personal del matrimonio, recordada por el Concilio Vaticano II, en las Constituciones «Lumen gentium» (cap. II, núm. 11) y «Gaudium et spes» (Parte 2.^a cap. I, núm. 48).

Por ello, la reacción ante las instrucciones de algunos Directorios prematrimoniales diocesanos, que recomiendan al párroco la negación del matrimonio canónico, a sus feligreses, que se autoexcluyen por la falta de una fe personal y de una vida de comunidad cristiana, recibiendo por parte de algunos canonistas el duro calificativo de «abuso de poder», ya que todo fiel, por el hecho de serlo por

(23) Cf. Leclercq, M.: *El divorcio y la Iglesia*; Madrid, 1971, págs. 112 y ss.

(24) Croghan, L. M.: *Rev. América*, 17-2-1969, pág. 222.

el bautismo, tiene derecho a pedir y recibir los Sacramentos, si una pena eclesiástica, legítimamente impuesta, no se lo impide.

Así, J. Hervada (25), entre otros, destaca que la supuesta nueva postura es tan sólo la repetición de la teoría escotista del «sacramentum additum», expresada en clave sociológico-existencial, y, por tanto el Magisterio de la Iglesia posterior al siglo XIV la tiene ya superada, aunque muchos autores de los dos últimos siglos siguen una concepción de la sacramentalidad del matrimonio que, respetando la inseparabilidad del sacramento, sostienen que la «ratio sacramenti» residiría en el acto de contraer matrimonio «in fieri», que, además de ser un pacto de índole jurídica, tendría añadida una significación que produciría un aumento de gracia; pero ambos efectos serían paralelos sin que pudiese hablarse de una dimensión sobrenatural del matrimonio «in facto esse» (el vínculo jurídico) como tal.

No obstante, —como apunta A. Arza (26)—, «esta necesidad absoluta de que todo matrimonio válido entre bautizados sea sacramento ofrece, hoy, serias dificultades». «Nos Parece más correcto, desde el punto de vista teológico, admitir que también los cristianos, tienen derecho a contraer matrimonio válido, aún cuando no siempre éste se convertirá en Sacramento, si los contrayentes no tienen las condiciones fundamentales para la recepción del sacramento: una voluntad o intención, una fe y las disposiciones que, como mínimo, todo sacramento exige para su recepción.»

Los canonistas buscan soluciones ante el maximalismo del canon 1.012, reiterado, como hemos dicho, en el nuevo Esquema del Código revisado y parten de una afirmación, que parece una paradoja ante esa postura de la Comisión revisora, la de que la Iglesia tiene derecho a legislar en materia de matrimonio, lo que supone recordar una verdad de fe definida por el Concilio de Trento (canones 4 y 12, Sesión 24). Y ya hemos visto como a lo largo de su historia la Iglesia no ha dejado de ejercer ese derecho, modificando su legislación sobre el matrimonio, adaptándola a la evolución de la sociedad.

¿Cómo adaptar esta legislación a una Sociedad radicalmente distinta en lo religioso, donde gran número de bautizados por circunstancias sociológicas no conceden ninguna atención a la sacralidad del matrimonio y a los compromisos que lleva consigo?

Los principios para esa adaptación pasan, —conforme resume L. M. Croghan (27)—, por una revalorización del bautismo, que ha de cristalizar en un vivir como cristiano, en un «profesar la Fe»; por una aceptación de que el matrimonio entre bautizados, si no viven su Fe, ni tienen intención de recibir el Sacramento, tendrá un valor de unión «natural», semejante al matrimonio legítimo; por una

(25) Cf. Hervada, F. J.: *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, Pamplona, 1975, págs. 160 y ss.

Idem: *El Derecho del...*, op. cit., pág. 148.

(26) Arza, A.: *Nuevo concepto del matrimonio*; Bilbao, 1973, pág. 56.

(27) Cf. Croghan, L. M.: loc. cit., págs. 228 y ss.

reserva del sacramento del matrimonio únicamente a los que corresponden y desean de veras su verdadera naturaleza.

En definitiva, para pluralidad de situaciones de fe se buscan diversidad de formas de celebración, como certeramente concluye D. Borobio, citando el Directorio de la diócesis de Bilbao, de 12-XI-1976 (28). No se trata de olvidar el canon 1 de la sesión XXIV del Tridentino, que definió que el matrimonio válido es «verdadera y propiamente uno de los siete sacramentos de la ley Evangélica, instituido por Cristo Nuestro Señor», afirmación repetida por el Magisterio y recordada por el Vaticano II, en su Constitución Pastoral «Gaudium et spes» núm. 48, como recuerda J. Maldonado (29).

Valorando las consecuencias jurídicas de esa sacramentalidad, se pretende, por una parte de la doctrina teológico-canónica, una reinterpretación del maximalismo del canon 1.012, en cuya elaboración ciertamente, no debe caerse en argumentaciones de marcado sabor protestante o regalista, como precisa A. de Fuenmayor (30), al oponerse a la misma y, más concretamente, a una de las vías de descarga de la tensión que produce la absoluta inseparabilidad contrato-sacramento, cuando contraen bautizados: la canonización del matrimonio civil.

Se podría hacer para el canon una redacción flexible a la teología, semejante a la del art. 42 del Código civil, que no pretendió maximilismos, con lo que en los periodos histórico-políticos de nuestro constitucionalismo fue fácil su adaptación al Código del Derecho Canónico. Esa expresión «polivalente», la de «profesar o no la religión católica» permitió y permitirá muy diversas interpretaciones en normas de menor rango y especialmente en sucesivas redacciones del Reglamento del Registro Civil, la más reciente de las cuales de 1 de diciembre de 1977, hace muy difícil intentar sostener que del sistema de matrimonio civil subsidiario, no se ha basculado al de matrimonio civil facultativo de tipo «latino» para el matrimonio canónico, perdida toda la fuerza de la confesionalidad formal del Estado español. Una fórmula flexible evitará ese paradójico enfrentamiento Pastoral-Derecho Canónico, esencialmente contradictorio.

b. La posición del Estado ante el matrimonio

Es difícil una periodificación universal de lo que hoy conocemos por «matrimonio civil» y, correlativamente, de la competencia exclusiva del Estado sobre el mismo.

«La intervención del Estado en la regulación normativa del matrimonio de los bautizados constituye un proceso histórico, que, fundamentado, a su vez, en

(28) Cf. Borobio, D.: op. cit., pág. 177.

(29) Maldonado, J.: «El matrimonio Sacramento», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 5, 1977, págs. 160-161.

(30) Cf. de Fuenmayor, A.: «El matrimonio como contrato civil», en *Anales de la...*, loc. cit., págs. 144 y ss.

una clara evolución ideológica, comenta —S. Carrión (31)—, había de culminar, tras su desarrollo progresivo desde finales del siglo XVII y parte del XVIII, en la Revolución francesa de 1789». Pero su clave canónica está en la negación protestante de la Sacramentalidad del matrimonio.

a') *La evolución hasta el Concilio de Trento*

La competencia del Estado es indudable en los primeros siglos del cristianismo, hasta que, junto al matrimonio ordenado exclusivamente por la ley civil, empieza a coexistir el matrimonio religioso, regido por el Derecho Canónico. Este dualismo, —indica L. de Smet (32), producía frecuentes conflictos entre ambos ordenamientos, que la Iglesia enfrenta por una doble vía: la de conformar su derecho al civil, y la de acomodar éste a su derecho. Esta última vía va viniendo el complejo proceso hasta llegar a la jurisdicción exclusiva de la Iglesia entre los siglos X al XV, como hemos visto.

Sin embargo, la Reforma protestante, al negar al matrimonio su carácter sacramental, propiciaba, evidentemente, una competencia exclusiva del Estado sobre su regulación; por tanto, no puede hablarse de matrimonio civil hasta muy avanzado el siglo XVI; pero tampoco cabe olvidar, —como precisa A. Mostaza (33)—, que el Tridentino no pretendió que la competencia de la Iglesia sobre el matrimonio fuese exclusiva, ni tampoco trató de determinar cual sea el sujeto pasivo de esa competencia.

Es más, «si la institución del “matrimonio civil”, —dice M. Leclercq (34)—, introducida por la Revolución francesa, no se hubiera inspirado, al principio, en un propósito de lucha antirreligiosa la Iglesia hubiera podido reconocer su validez; en efecto, nada se opone teológicamente a que el “matrimonio civil” de los cristianos sea reconocido como “sacramento del matrimonio”; nada en la “ceremonia de la Iglesia” es exclusivamente indispensable al sacramento.»

Concluido el Concilio de Trento, convocado por la contrarreforma, que computó nada menos que XXIV sesiones (1545-1563), la última de las cuales configura definitivamente la posición respecto al matrimonio, —y aunque desde la VII sesión (1547), ya había declarado que éste es ciertamente uno de los siete sacramentos de la nueva ley, causa eficaz de la gracia, para aquéllos que no ponen obstáculos—, los teólogos de la época y los posteriores siguen sin comprender por qué resulta imposible que los cristianos contraigan matrimonio válido, sin que por ese mismo hecho, reciban el sacramento.

Lo que es evidente es que los Padres de Trento no pretendieron definir en el canon 12 la competencia exclusiva de la Iglesia sobre el matrimonio, ya que bas-

(31) Carrión, S.: *Historia y futuro del matrimonio civil en España*; Madrid, 1977, pág. 3.

(32) Cf. de Smet, L.: *De sponsalibus et matrimonii*; Brugis, 1927, pág. 387.

(33) Mostaza, A.: op. cit., pág. 357.

(34) Leclercq, M.: op. cit., pág. 71.

tantes teólogos postridentinos siguieron reconociendo, también, la del Estado, en la segunda mitad del siglo XVI y a lo largo de los dos siglos siguientes, como constata A. Mostaza (35).

Lo que sí parece claro, —como afirma E. Vivó de Undabarrena (36)—, es que «los predecesores de Vitoria no habían llegado a resolver el problema que se seguía del planteamiento teórico de un principio, que todos reconocen desde Santo Tomás, la competencia radical de la autoridad civil en el matrimonio y de un hecho que, en realidad, prácticamente lo negaba, la exclusión del ejercicio de la misma en el matrimonio cristiano».

Así, Basilio Ponce de León, paradójicamente, niega la supuesta identidad real entre el contrato matrimonial y el Sacramento. «A su juicio, —comenta A. Mostaza (37)—, es más probable la tesis de los que estiman, con Escoto, que es posible celebrar entre cristiano verdadero contrato matrimonial sin que sea sacramento, si de esta manera pretenden contraerlo, separando del mismo la razón de sacramento. La razón de contrato puede separarse válidamente de la razón de sacramento, pero no viceversa; es decir, la razón de sacramento no puede separarse de la de contrato, toda vez que éste constituye la materia y la forma del matrimonio en cuanto sacramento.»

«Lógicamente, —argumenta el autor citado—, debía reconocer Ponce la competencia de los príncipes civiles sobre el matrimonio de los cristianos, cuando éstos excluyen la recepción del sacramento, ya que en ésta hipótesis (admitida por nuestro teólogo, según hemos visto), dicho contrato no reviste el carácter sacramental, pero no se cuida de sacar esta conclusión, que se infiere con toda evidencia de las anteriores premisas, aún cuando tampoco la niegue». Lo que sí afirma Ponce de León es la competencia de los príncipes cristianos sobre los matrimonios de sus súbditos infieles, y la exclusiva de la Iglesia sobre los matrimonios sacramentales.

b') *Regalismo y secularización posterior*

Fijémonos detenidamente, por último, en la posición extrema, que sostiene que sólo el Estado tiene competencia «iure divino», sobre el contrato matrimonial, con exclusión de la Iglesia, instaurando el «matrimonio civil» para los cristianos al darse una progresiva intervención del Estado sobre el matrimonio, primero de hecho y luego de derecho.

Siguiendo el resumen de M. Gerpe (38), la ruptura de la pacífica unanimi-

(35) Mostaza, A.: op. cit., págs. 353-354.

(36) Vivó de Undabarrena, E.: «El vínculo matrimonial en Francisco de Vitoria», en *REDC*, 100 (1979), pág. 111.

(37) Mostaza, A.: *La competencia de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio en los autores de los siglos XVI-XVIII*; Salamanca, 1972, pág. 223.

(38) Gerpe, M.: *La potestad del Estado en los matrimonios cristianos y la relación contrato sacramento*; Salamanca, 1970, pág. 41.

dad, heredada de la Edad Media, acerca de la potestad exclusiva de la Iglesia sobre el matrimonio cristiano, caracteriza a un primer período de la historia de la potestad del Estado sobre el mismo, que puede situarse, con notorias diferencias en las distintas aéreas geográficas, entre 1520 y 1783; es decir, desde que Lutero escribe su obra «De captivitate babilonica», negando al matrimonio su calidad de sacramento y pasando el contrato puramente civil a la competencia del Estado, hasta 1874, en que el Emperador de Austria, José II, «constitucionalmente» sometía al poder estatal el matrimonio de sus súbditos, sin distinción de credos religiosos de los contrayentes, culminando así, una nueva y curiosa manifestación del regalismo, que toma del llamado Rey «Sacristán», el nombre de «josefinismo».

Esta jurisdiccionalidad estatal sobre el matrimonio la fundan sus defensores en tres argumentos principales: 1.^o) como «caput rationis», señalan que el contrato matrimonial posee carácter civil y finalidad política, sin que ello desaparezca por razón de la sacramentalidad del matrimonio cristiano, que es algo «additum contractui», que no lo altera en su esencia; 2.^o) como «caput auctoritatis», apelan a la escolástica, especialmente a Santo Tomás, que parece defender la competencia civil sobre todo matrimonio, y 3.^o) como «caput traditionis», entienden históricamente comprobable que la autoridad civil siempre legisló sobre el matrimonio cristiano con aprobación de la Iglesia.

«La característica común a la casi generalidad de los autores regalistas, —dice S. Carrión (39)—, que les separa profundamente, tanto del laicismo posterior, como del pensamiento protestante, es la admisión de la sacramentalidad del matrimonio cristiano»; «pero supieron utilizar en provecho del Estado la disyunción que Dums Escoto y tantos otros escolásticos habían realizado entre el Derecho y la Teología, el contrato y el sacramento», para proclamar la competencia del Estado en materia matrimonial, bien cumulativamente con la Iglesia, bien exclusiva del Estado.

Con todo ello, la secularización del matrimonio empieza su proceso irreversible a partir de la Reforma. Por supuesto, en los Estados protestantes fue el matrimonio necesariamente civil, desde el momento en que Lutero negó su carácter sacramental. La práctica de que el matrimonio protestante se celebrase ante un ministro eclesiástico no invalidó esta afirmación, ya que actuaba como funcionario del Estado. «Lo que ocurrió en los países protestantes fue, —indica M. Gerpe (40)—, que la concepción racionalista del Estado, indiferente ante toda idea religiosa, impulsó a sus gobiernos a establecer un matrimonio “oficial”, común a todos sus súbditos, sin distinción de sectas o religiones; éste era un “nuevo” matrimonio civil, o, —con más propiedad—, una nueva forma de matrimonio, que ya era civil en esos países, desde la implantación de la Reforma.»

Hay que llegar a la Constitución «josefinista» austriaca, de 16 de enero de 1783, para encontrar una legislación secularizadora del matrimonio en un Esta-

(39) Carrión, S.: op. cit., pág. 16.

(40) Gerpe, M.: op. cit., pág. 18.

do católico. Conforme a dicho texto constitucional, los matrimonios eran «jurídicamente» civiles, aunque se diera la ceremonia religiosa, por cuanto dependía totalmente del ordenamiento del Estado. José II de Austria extiende la secularización del matrimonio a Bélgica en 1784.

Por su parte Luis XVI, en 1787, equipara políticamente a católicos y protestantes y concede el matrimonio civil para los católicos, que podían celebrarlo ante el párroco, —considerado, a estos efectos, como funcionario civil— o ante el juez. La Asamblea Nacional revolucionaria, en 1791, aprobó la secularización del matrimonio, que recogerá la Constitución ese mismo año, declarando que «la ley no considera al matrimonio más que un contrato civil» (art. 7). Al año siguiente se aprueba el divorcio vincular. Ambas instituciones son recogidas por el Código de Napoleón (1801-1803).

Será, ya, mediado el siglo XIX, cuando el matrimonio civil se extiende a la mayor parte de Europa y América Latina. El matrimonio civil obligatorio no impedirá a los católicos celebrar el matrimonio sacramento. La conjunción de la postura regalista de la potestad exclusiva del Estado ante el fenómeno religioso ha hecho posible la «secularización» del matrimonio, que en realidad es la del canónico.

La respuesta de la Iglesia por parte del Magisterio se concreta en aclarar puntos debatidos. Así, definirá la potestad exclusiva sobre el matrimonio de los bautizados, —salvo para los meros efectos civiles—, que recogerá el canon 1.016 del Codex, y la inseparabilidad del contrato y sacramento en el matrimonio cristiano, que para el canon 1.012 supone una unión esencial, interna de los dos elementos.

En definitiva, —como resumen I. C. Ibán (41)— el problema de competencia estatal o competencia canónica en la regulación del matrimonio se plantea, por un lado y a partir de Trento, a nivel doctrinal entre unos conceptos más claramente definidos por el Concilio y articulados en una rígida normativa canónica monopolística, salvo en los efectos civiles, que llegará hasta el canon 1.016 del «Codex iuris canonici» y la reacción secularizadora del Estado de esa misma sacralización; por otro lado, incide la cuestión de la garantía del derecho fundamental a la libertad religiosa.

III. LA CUESTION EN EL «ACUERDO SOBRE ASUNTOS JURIDICOS» DE 1979

En el fondo del nuevo régimen de relaciones «Estado-Religión», configurado por el nuevo Texto constituttional español, puede apreciarse claramente la dialéctica compensatoria del fenómeno de la secularización y del derecho a la libertad religiosa. Y lo mismo, lógicamente, puede afirmarse de los «Acuerdos con-

(41) Ibán, I. C.: «Sistemas matrimoniales», en *Rev. Ius Canonicum*, vol. XVII, núm. 34, julio-diciembre 1977, págs. 218 y ss.

cordatarios» que tratan de establecer la pacífica y cooperadora convivencia entre la Comunidad eclesial y la Comunidad política, superando la tensión del ciudadano creyente y de las instituciones en que como ser social se encuentra establecido, vitalmente, exigiendo una independencia colaboradora.

Los principios creadores del espíritu de la nueva Concordia entre la Santa Sede y el Estado español, señalados por el «Preámbulo» del «Acuerdo de 1976», común al de los cuatro restantes, lo recoge claramente, en sus dos primeros párrafos y no son otros que «secularización» y «libertad religiosa»

a) El sistema matrimonial concordatario y los efectos civiles del matrimonio canónico

Reduciéndonos al simple campo matrimonial que recogen el art. 32 de la Constitución y el art. VI del llamado «Acuerdo jurídico», apreciamos, —como señala J. M.^a Díaz Moreno (42)—, que «Se ha elegido el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico y esto no sitúa a la Iglesia en una línea de privilegio discriminatorio, ya que el Estado es perfectamente libre para poder conceder esos mismos efectos a otras formas religiosas, no católicas, de matrimonio, si le merecen igual garantía y tienen en la vida de nuestro pueblo igual o parecida incidencia que el matrimonio canónico. La concesión de la eficacia civil no se sitúa en el plano de una valoración religiosa del matrimonio canónico, sino del realismo político y del arte del buen gobierno.»

Están así compensadas, en su convergencia, las dos claves de la concordia: la profunda transformación de la sociedad española, en la que late la dinámica de la secularización, con su reflejo en la separación Iglesia-Estado con necesaria colaboración, y el que ésta haya de producirse, sin discriminaciones, conforme a una justicia sociológica, que garantiza a todos los hombre individual y comunitariamente considerados, su derecho a la libertad religiosa, en todo el haz de facultades que le integran.

De las posibles interpretaciones del conflictivo núm. 2 del art. 32 de nuestra Constitución, podía intuirse que el Estado y la Iglesia configurarían en el «Acuerdo específico sobre problemas jurídicos», —entre ellos el matrimonio canónico—, un sistema civil matrimonial facultativo de tipo «latino» o «católico», en virtud del cual, los bautizados, miembros de la Iglesia católica, prodrian optar, según les dicte la profesión de su Fe, entre una de las dos formas de celebración del matrimonio, la canónica o la civil (43).

Este sistema de matrimonio civil facultativo, —uno de los varios que un ordenamiento jurídico estatal puede construir, en función del pluralismo de

(42) Díaz Moreno, J. M.^a: «El Acuerdo sobre cuestiones jurídicas», en *Rev. Ecclesia*, núm. 1.918, 20-1-1979, pág. 85.

(43) Cf. Pérez-Llantada, J.: «Matrimonio-Familia en la nueva Constitución», en *Lecturas sobre la...*, op. cit., vol. I, pág. 121.

creencias religiosas de sus ciudadanos—, por ser el llamado «de base católica», supone que en el matrimonio «*coram Ecclesia*» es, —como recuerda R. Navarro (44)—, «el propio Derecho canónico quién fija y determina no sólo la forma de celebración, sino también y normalmente las condiciones de capacidad, consentimiento y resolución de gran parte de los conflictos conyugales».

Es evidente, pues, que por acuerdos similares con otras Confesiones religiosas, ese sistema matrimonial puede convivir con el llamado «anglosajón» o «de base protestante» para aquellos matrimonios contraídos en forma religiosa no católica, por más que en el fondo éstos sean una simple modalidad de matrimonios en forma civil, dada la función que en ellos ostenta el ministro confesional asistente, de cuasi funcionario del Estado. En cualquier caso, esa posibilidad de otras formas de mera celebración del matrimonio, la pide el principio de libertad religiosa del art. 16 y el de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, sin discriminación alguna en razón de sus creencias, recogidos en los arts. 9 y 14 también de nuestra Constitución.

Para determinar la configuración del sistema matrimonial español, enmarcado en los citados principios constitucionales como de matrimonio religioso facultativo de «base católica», no es totalmente suficiente el art. VI del «Acuerdo sobre asuntos jurídicos», con su «Protocolo Final» al punto primero de aquél y la Disposición transitoria 2.^a Hará falta la legislación, bilateral y acordada, que prevé el art. VII del propio «Acuerdo» para aclaración de dudas de interpretación y aplicación de su normativa. Será precisa, también, legislación de diverso rango que modifique el ordenamiento jurídico estatal vigente y que queda obsoleto o derogado por la nueva Concordia.

Sin embargo, hay que señalar, para nuestro tema concreto, que el *art. VI, I* y su «*Protocolo Final*» *al mismo*, al proclamar, de común acuerdo, que «El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico», que «se producen desde su celebración», aunque «Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio», está de acuerdo sustancialmente, —aunque en un régimen de no confesionalidad del Estado y ello es importante—, con los arts. 75 y 76 del Código civil. El Encargado del Registro no asiste al matrimonio.

La inscripción resulta de naturaleza constitutiva, no para hacer surgir los efectos civiles, sino para su operatividad. Para garantizar esa inscripción el «Protocolo Final» toma una doble previsión: entregar a los contrayentes en el momento de su boda la certificación matrimonial, que deben presentar en el Registro civil, y, en todo caso, que el párroco del territorio donde se celebró el matrimonio canónico envíe, en un plazo máximo de cinco días, al Registro que corresponda, el Acta eclesiástica. «Corresponde al Estado regular la protección de los derechos que, en tanto el matrimonio no sea inscrito, se adquieran de buena fe por terceras personas.»

(44) Navarro, R.: «El sistema matrimonial...», op. cit., pág. 147.

b) La competencia de la Iglesia y del Estado en las causas canónicas

Por su parte el *núm. 2 del art. VI* del «Acuerdo» entraña algunas diferencias con la tipología afirmada para nuestro sistema matrimonial, por lo que R. Navarro (45) señala la necesidad de su clasificación como sistema híbrido —y muy peculiar— de «latino» y «anglosajón», en lo relativo al matrimonio canónico y cuya definitiva calificación habrá de hacerse en función de la normativa que para su aplicación se dicte por el legislador español, si no se consigue que sea «acordada».

El texto de referencia dice así: «los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán acudir a los tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado». Añadiendo —y aquí estará la disonancia con el sistema facultativo de tipo «latino» o «de base católica»—, que, «A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si de declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el tribunal civil competente.»

Queda aquí planteado agudamente un problema de competencia jurisdiccional que ha de poner en marcha la voluntad de las partes, pero que no han de solucionar ellas. El problema empieza con la constatación de que han quedado modificados los arts. 80 y 82 del Código civil y por supuesto el XXIV del Concordato de 1953, ya que la ejecución de las sentencias y resoluciones canónicas, ya no dependen de su simple comunicación al tribunal civil, sino de que éste previamente las declare ajustadas al «Derecho estatal».

A partir de aquí la problemática se multiplica en torno a la interpretación de que se entiende por «resolución del tribunal civil declarando ajustada al Derecho español la resolución canónica», que, aunque en su amplitud, no supone determinar que la resolución civil es constitutiva para la eficacia de la canónica, sí puede cuestionar si ésta ha de estar acorde con el derecho material y formal del ordenamiento del Estado, del que, en virtud del art. 96,1 de nuestra Constitución forman parte los «Acuerdos concordatarios», que son, a la vez, normas canónicas y civiles, y que el art. 1,5 del Código civil señala entre las «fuentes de derecho» de aplicación directa, tras su publicación íntegra en el *B. O. E.* (15-12-1979).

Por supuesto que la doctrina ha detectado la problemática de competencia que el art. VI, —y especialmente su número 2—, suscita, y ha apuntado soluciones, que pretendemos resumir, por la importancia del tema. Así, R. Navarro (46) entiende que «la concordia... deberá ser decretada por el tribunal civil competente, a través de un sistema que podría ser similar al procedimiento del «*exequatur*» de las sentencias extranjeras»; pero no deja de indicar que «Es evidente que la operatividad civil reconocida a la jurisdicción canónica, aún con las limitaciones concordadas en el art. VI del «Acuerdo jurídico» contrasta con el más clásico sis-

(45) Cf. Navarro, R.: «El sistema matrimonial...», op. cit., pág. 161.

(46) Navarro, R.: «El sistema matrimonial...», op. cit., pág. 161.

tema anglosajón de matrimonio civil facultativo, con su reconocimiento exclusivo de las forma religiosas del matrimonio y consiguiente desconocimiento del Derecho sustantivo canónico y la jurisdicción que lo aplica», quedando, —añadimos nosotros— lejos del sistema latino.

Por su parte, J. M.^a Díaz Moreno (47) comenta que «El tratamiento de las sentencias canónicas de nulidad y de las decisiones pontificias de disolución del matrimonio canónico tampoco lleva consigo ninguna situación extraordinaria de privilegio. En síntesis, lo único que se hace es abrir la posibilidad de aplicar a las sentencias de nulidad emanadas de los tribunales eclesiásticos un tratamiento análogo a las sentencias dadas por los tribunales extranjeros y se las somete a un control de legalidad. No es por tanto, ni un privilegio ni una extraña excepcionalidad. Se trata de salvaguardar en determinados casos la objeción de conciencia de determinados ciudadanos católicos españoles a someter a los tribunales civiles la demanda de nulidad de su matrimonio canónico.»

A su vez, M. López Alarcón (48) precisa que esa «conformidad no puede significar que el Juez canónico esté obligado a aplicar el Derecho sustantivo y procesal del Ordenamiento español para dotar a su resolución de efectos civiles, ni que el Juez civil haya de comprobar que las normas canónicas aplicadas son coincidentes con las correlativas del Derecho positivo español, pues cualquiera de estas dos interpretaciones sería contraria al reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico y a la remisión que se hace a las autoridades eclesiásticas para conocer y resolver conforme a las normas canónicas los procesos de nulidad y de dispensa de super rato».

No obstante estos poderosos argumentos que presta la «ratio legis» de la concordia, ante el rigurosísimo control que los tribunales civiles parece han de ejercer, el autor citado añade: «Más congruentes con el texto del art. VI del Acuerdo sería alguna de estas interpretaciones: 1.^a Que las medidas ejecutivas dispuestas en la sentencia canónica se ajusten al Derecho español. El legislador estatal decidirá esta cuestión cuando adapte el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil al Acuerdo con la Santa Sede. 2.^a El Tribunal civil tendrá que limitarse a aplicar las disposiciones del Derecho español sobre «exequatur» de sentencias extranjeras, que excluye la revisión del fondo de tales sentencias...»

Coincidiendo con las «desiderata» que entrañan las opiniones de tan reconocidos especialistas, nos permitiríamos hacer alguna observación en torno a tan grave problema y concretamente a las soluciones apuntadas.

Respecto al sistema de concordar mediante el procedimiento del «exequatur», recordemos, —como indica P. Abarca (49)— que sus condiciones varían de

(47) Díaz Moreno, J. M.^a: *El Acuerdo sobre...*, op. cit., pág. 85.

Idem: «Acuerdos Iglesia-Estado en España», en *Rev. Estudios eclesiásticos*, págs. 316 y 317.

(48) López Alarcón, M.: «Constitución española y jurisdicción matrimonial», en *El hecho religioso...*, op. cit., pág. 233.

(49) Abarca Junco, P.: *Derecho civil internacional*, (Obra dirigida por el profesor M. Aguil- lar Navarro); Madrid, 1973, vol. II, pág. 117.

país en país, «siendo las más comunes las siguientes: 1) Competencia del juez extranjero según las reglas de competencia del país que ha de otorgarlo; 2) Que se trate de una sentencia firme; 3) Que exista regularidad en el procedimiento, y 4) Conformidad con el orden público del foro. Concretando ésto a nuestro Derecho español habría que señalar que el art. 951 de la Ley de Enjuiciamiento civil, nos encerraría en un círculo vicioso al decir que «Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos.»

Por tanto, —y sin olvidar la no confesionalidad del Estado—, al no señalar el «Acuerdo» con la suficiente claridad el procedimiento, habría que estar a la espera de esa legislación estatal de desarrollo, es decir, a la «bona fides» del Estado. Tampoco podemos olvidar, como la Resolución de la Dirección General de los Registros de 6-4-1979, ya citada, ha construido un nuevo concepto de orden público, en el que no supone excepción la disolubilidad del matrimonio, a efectos del art. 12,3 del Código civil, conforme a una interpretación del art. 32,2 de la Constitución y del nuevo régimen de relaciones Iglesia-Estado.

Ante todo ello, pensamos que si de una manera eficaz ha de lograrse que, en la resolución del tribunal civil para declarar ajustada al Derecho español una resolución canónica de las comprendidas en el art. VI,2 del «Acuerdo jurídico», no se entre en materias de fondo, limitándose a las cuestiones de forma y a la de orden público, el más congruente procedimiento es utilizar la vía del art. VII del propio «Acuerdo», es decir, proceder de consuno la Santa Sede y el Gobierno español a la resolución de esta duda de interpretación y de aplicación, sin ninguna espera a posteriores normativas de desarrollo. Esta vía la pide el propio texto del art. 951 de la Ley de Enjuiciamiento civil, obviando la aplicación del art. 954.

Pensamos que toda la afligranada construcción jurídica del concepto de «Acuerdos específicos» o «Acuerdos parciales», frente a la del tradicional «Concordato», no obsta a que aquéllos sigan siendo homologables a los Tratados internacionales, ni siquiera a que en su conjunto integren un nuevo Concordato «por capítulos» y, en nuestro caso, podríamos decir que «per saltum». Pero si alguna ventaja tenía la revisión del de 1953 por medio de «Acuerdos específicos» era precisamente, su más fácil modificación, no digamos, pues, su interpretación, en los cuatro últimos, expresamente prevista (50).

Creemos que en este tema, —como en tantos otros de la nueva Concordia, demasiado difuminados—, sólo será definitiva una solución que nazca «acordando». Sólo, así, pensamos, habría la seguridad jurídica de que, —como comenta I.

(50) Cf.: Calvo, J.: *Concordato y Acuerdos parciales: Política y Derecho*; Pamplona, 1977, págs. 146 y ss.

Corral, C.: «Los Convenios específicos, vía española», en *Rev. Estudios eclesiásticos*, vol. 52, núm. 201, abril-junio 1977, págs. 170 y ss.

De Salazar, J. M.^a H.: «El Concilio Vaticano II y los Concordatos», en *La institución concordataria en la actualidad* (Trabajos de la XIII Semana española de Derecho canónico); Salamanca, 1971, pág. 101.

Martín Martínez (51)—, el art. VI,2, subsanando el silencio sobre las causas de declaración de nulidad y sus efectos del art. 32,2 de nuestra vigente Constitución, indique que las mismas, en cuanto afectan a los matrimonios canónicos, no salgan del fuero eclesiástico, criterio tradicional de la Iglesia; por lo que deberá aparecer por lo que respecta a la declaración de nulidad del matrimonio civil, una normativa estatal que cubra la omisión constitucional, confirmando o modificando el vigente ordenamiento jurídico del Estado, a cuyo fuero pertenecen las mismas. Algo semejante al Real Decreto-Ley para las causas de separación de matrimonios canónicos, de 29-12-1979.

Por otra parte, el Proyecto de Ley Orgánica de Libertad religiosa, ya en el *B. O. de las Cortes Generales* —Congreso de Diputados—, de 17-10-79, —que lógicamente debió ser marco de los «Acuerdos específicos»—, en orden a la problemática matrimonial del art. VI del «Acuerdo jurídico», a la que hemos pretendido simplemente aproximarnos, poco aporta, ya que tan sólo el art. 2,1,b) del citado Proyecto considera el derecho a «celebrar sus “ritos” matrimoniales», como integrante de la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución a toda persona.

Esó sí, junto a la expresión «formas del matrimonio» del art. 32,2 de la Constitución, equivalente a la de «clases de matrimonio» del art. 42 del Código civil, ha hecho aparecer el término «ritos», que puede entenderse como una añoranza del sistema de matrimonio civil obligatorio o como una previsión del facultativo «anglosajón», que permita la forma civil de los matrimonios religiosos de las demás Confesiones no católicas.

Por todo ello, ha de quedar bien clara la interpretación del art. VI del «Acuerdo concordatario», sobre el alcance de la remisión al Derecho canónico y al estatal. Y el señalar ésto no supone desconfianza en la «bona fides» de la cooperación Iglesia-Estado, sino previsión de situaciones matrimoniales con requisitos «ad validitatem» muy distintos en orden a la capacidad, impedimentos y forma jurídica para contraer canónica o civilmente, al menos en algunos casos.

Por ejemplo, ¿podría un tribunal estatal declarar ajustada al «Derecho español», tras la imparabile Ley de divorcio civil, una sentencia del fuero eclesiástico que declarase la nulidad de un matrimonio canónico, intentado por quién contrajo otro «coram Ecclesia», que fue disuelto ante el fuero civil? ¿Se ejecutaría tal sentencia eclesial? Pensamos que sin una norma «concordada» muy precisa, la solución sería negativa, aunque el tribunal civil en su resolución tuviera que entrar, para negar el «exequatur» en el fondo de la resolución canónica, quizá al amparo de estar ante una excepción de orden público.

Esto sucedería a nuestro parecer, aún en el caso de que la duda en la aplicación del art. VI,2 del «Acuerdo», pudiera interpretarse como falta del mismo en

(51) Cf. Martín Martínez, I.: «La familia en la Constitución española de 1978», en *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 1 (monográfico); Madrid, 1978, págs. 33 y ss.

punto al régimen de «exequatur», y, por tanto, el sistema convencional para el mismo del art. 951 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se sustituyere por el supletorio del art. 954 de la misma norma; deslizamiento éste que, —como señala A. Remiro Brotons (52)—, es de por sí frecuente en la práctica procesal española, aunque la Ley 42/1974 de 28 de noviembre, de Bases para la Orgánica de la Justicia, en su Base 4.^a parece seguir dando la supremacía «de iure» al cauce convencional para regular la tramitación del «exequatur».

Forzada, así, la aplicación del sistema supletorio del art. 954 de la citada Ley, —a que parece inclinarse M. López Alarcón (53)—, ciertamente que en teoría excluye la entrada en el fondo de la sentencia canónica a ejecutar civilmente, dadas las condiciones 3.^a y 4.^a, exigidas por el mencionado artículo; pero esa apreciación de «licitud en España» que la obligación ha de tener para su ejecutoriedad es sinónima de no oponerse al «orden público» y este concepto jurídica y políticamente es de una complejidad muy grande (54).

Veamos como uno de los considerandos de la citada Resolución de 6 de abril de 1979 se refiere a ello. Dice así: «no hay que olvidar que la excepción de orden público es por su propia naturaleza de carácter variable, elástico y flexible, puesto que, si según la jurisprudencia el orden público está constituido por “aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada” (S. T. S. de 5-4-1966), es indudable su carácter relativo, ligado a la concepción social y política de cada momento histórico, aparte de que, en todo caso, en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente».

Es verdad que en esta nueva construcción de la Dirección General se eluden, bases más absolutas y objetivas para garantizar el orden social, pero queda comprobada la discrecionalidad en la estimación de la excepción de orden público.

c) Ante la extensión del divorcio civil a matrimonios canónicos

El número 3 del art. VI del «Acuerdo jurídico» dice así: «La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quie-

(52) Cf.: Remiro Brotons, A.: *Ejecución de sentencias extranjeras en España*; Madrid, 1974, págs. 224 y ss.

Carrillo Salcedo, J. A.: «El proceso de aplicación de la norma en conflicto», en *Derecho Internacional Privado*; Madrid, 1979, pág. 327.

(53) López Alarcón, M.: op. cit., pág. 233.

(54) Cf.: Navarro, R.: *Divorcio: orden...*, op. cit., págs. 75 y ss.

Pérez-Llantada, J.: *La libertad religiosa en España y el Vaticano II*; Madrid, 1974, págs. 160-180 y 378-386.

Vera Urbano, F. P.: *La libertad religiosa como derecho de la persona*; Madrid, 1971, págs. 121 y ss.

nes celebran matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales.»

Estas propiedades, llamadas esenciales, pero que, —como precisa L. Miguelez (55)—, «no entran en la esencia del mismo, por lo cual pueden fallar, como de hecho han fallado al correr de los tiempos», son, conforme al canon 1.013,2, la unidad y la indisolubilidad, que dimanan de la naturaleza específica de todo matrimonio. A estas dos se añade, en el matrimonio cristiano, la sacramentalidad, que transmite a ambas una firmeza peculiar.

El «Acuerdo» claramente trata de prever la posición de los fieles católicos ante la implantación del divorcio en España, constitucionalizada por el discutido art. 32,2 con sus términos mil veces calificados de ambiguos. Pero el art. VI,3 que comentamos, no parece propiamente una norma jurídica, sino mas bien una norma moral, que recuerda el alcance de «La estabilidad del Matrimonio», tema objeto de la Nota declarativa de la Comisión Episcopal para la Doctrina de la Fe de 7 de mayo de 1977. El art. VI,3 no contiene una cononización de la futura Ley civil, —sobre cuya tolerancia o reprobación, se ha vuelto a pronunciar, la XXXII Conferencia Episcopal en su «Instrucción sobre el divorcio civil», de 23-11-1979—, pero lo que sí supone, a nuestro juicio, es una resignación ante el hecho de que se esté elaborando ese Ante-proyecto de Ley, que será aplicable tanto a quienes hayan contraído matrimonio civil como canónico, en su condición de ciudadanos.

Este tipo de normas como la del art. VI,3, implica el debatido tema de la relación moral-derecho, pues aparece dentro de un «Acuerdo» cuya normativa, a la vez civil y canónica, es fundamentalmente jurídica. «Lo esencial de la vida de la Iglesia, —dice J. M.^a H. de Salazar (56)—, es el elemento interno; pero ésto no significa que haya que darle, en el ordenamiento jurídico de la Sociedad eclesiástica, al elemento interno una importancia, ni que aquél lo ha de tener en cuenta, en un grado tal, que se deba decir que el Derecho canónico es analógicamente Derecho». Cabe, así, distinguir cuidadosamente entre un plano moral y un plano jurídico, que, en principio no son contradictorios y están íntimamente interrelacionados; pero no siempre todo lo que es lícito jurídicamente, lo es también moralmente.

Así, próxima la reimplantación del divorcio en España, no debe extrañar esta norma más moral que jurídica, de contenido magisterial, dirigida a los católicos con fines pastorales, que aparece en un «Acuerdo concordatario», con el beneplácito de la Iglesia y del Estado, a pesar de ser este último quién patrocina, exclusivamente, la Ley de Divorcio.

La norma se explica por ser muy discutida la aplicación al divorcio de la doctrina de la «*permissio malis*» o de la «tolerancia de un mal menor», al dudarse

(55) Miguelez, L.: *Código de Derecho canónico*, 11.^a Edic.; Madrid, 1978, pág. 388.

(56) De Salazar, J. M.^a H.: *Lo jurídico y lo moral en el Ordenamiento canónico*; Vitoria, 1960, pág. 247.

si realmente el divorcio es un mal menor que el que supone su ataque a la indisolubilidad extrínseca del matrimonio. Nosotros pensamos es más acertada la respuesta positiva que, entre otros autores, J. M.^a Díaz Moreno (57), concreta así, en orden a la Ley estatal: «el divorcio en sí es un mal... Pero en el plano de las realidades jurídicas y de los hechos concretos, creo que las leyes civiles que conceden el divorcio pueden, en bastantes casos..., no ser otra cosa que una regulación tolerante de un mal menor y un signo de prudencia y de realismo jurídico y político. Y en este supuesto, —que habría que analizar en cada caso—, no creo ciertamente que se trate de leyes intrínsecamente inmorales».

La negación del carácter del divorcio como mal menor, la formula así, I. Mart.in Martínez (58): «no acabamos de ver en qué casos el divorcio puede representar un mal menor frente a los profundos males de desestabilización social y familiar, de pluralidad de matrimonios válidos e inválidos, de contagio del divorcio, de repercusión sobre los hijos, de estímulo del adulterio, de fraudes legales, etc., que la experiencia cotidiana nos está mostrando en los numerosos países que han admitido el divorcio».

Limitándonos al tema de nuestro trabajo y recordando que la indisolubilidad del matrimonio no se deriva de su sacramentalidad, como lo prueban los casos de matrimonios ratos que la Iglesia disuelve, siempre que, en cuanto tales, no hayan sido consumados, la nueva Ley de divorcio estatal producirá efectos civiles para toda clase de matrimonios, cualquiera que sea la fecha y la forma de su celebración, lo que plantea un conflicto de competencias Iglesia-Estado, que queda resuelto, únicamente, con esa norma del art. VI,3 del «Acuerdo», dirigida a la conciencia de los ciudadanos católicos, cuya fe personal les haga seguir libremente los mandatos de la Iglesia de no usar del divorcio civil.

El «Preámbulo» del Ante-Proyecto de Ley hace una justificación de su aplicabilidad a los matrimonios canónicos, señalando que si los excluyere, quedaría vulnerado el derecho fundamental de igualdad de todos los españoles ante la ley (arts. 9 y 14 de la Constitución) sin discriminación alguna por razones religiosas (arts. 14 y 16 del Texto constitucional). Un católico podrá divorciarse o no, siguiendo los dictados de su conciencia, pero tal decisión debe adoptarla libremente y entre dos opciones posibles. El Proyecto de Ley no admite directamente el divorcio por mutuo disenso, pues sería contrario a la naturaleza institucional del matrimonio y al principio general de su estabilidad, como base y fundamento de la familia, pero son muchas las opiniones contrarias en las Cámaras..

En definitiva y sin tratar de valorar una Ley que es todavía «ius condendum», lo que sí podemos decir es que el art. VI,3 del «Acuerdo», ha tratado de concretar el respeto que el Estado debe a la disciplina de la Iglesia sobre la indisolubilidad extrínseca de los matrimonios canónicos, que es tendencial en todos

(57) Díaz Moreno, J. M.^a: «El divorcio ante la Ley natural, la ley canónica y la ley civil», en Rev. *Razón y Fe*, núm. 948, enero 1977, pág. 57.

(58) Martín Martínez, I.: «La familia...», op. cit., págs. 39-40.

ellos, para convertirse en absoluta, únicamente para los matrimonios ratos y consumados, como señala el canon 1.118.

El silencio del art. VI,2 sobre las causas de separación de matrimonios canónicos, que junto con la Disposición Transitoria 2.^a y la derogatoria del art. VIII, ha sido interpretado como una cesión de la Iglesia a una tramitación ante el fuero civil, opinión de la que, por supuesto, participamos, puede encerrar una transcendencia más honda de la aparentemente prevista, en la citada transferencia jurisdiccional, ya que en el citado Ante-proyecto de Ley de Divorcio se contempla como causa del mismo, el transcurso de un año desde la firmeza de la separación personal o el de tres si lo pidiere el conyuge expresamente declarado culpable.

Pero, además, una de las previstas disposiciones transitorias del mencionado Ante-Proyecto señala que los cónyuges que, a su entrada en vigor, hubieran obtenido la separación por sentencia firme de los Tribunales eclesiásticos, que hubiera producido efectos civiles, podrán solicitar el divorcio; lo cual puede tener importancia.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

A la hora de hacer una valoración de la nueva Concordia de 1976-79, aunque sea desde la óptica restringidísima a que hemos limitado este trabajo, no puede olvidarse dos afirmaciones fundamentales, que destaca C. Corral (59): «En el período de su elaboración, el Concordato, igual que los demás Tratados internacionales está sometido al Derecho Constitucional, en cuanto que debe someterse a los órganos y a las formas señaladas por la Constitución. Es lo que se llama la “constitucionalidad extrínseca”», que, en nuestro caso, ha estado iniciada desde la elaboración del «Acuerdo pòrtico y específico» de 28 de julio de 1976, y, por tanto, el anterior régimen constitucional, ya no vigente, habrá de tenerse en cuenta para todo el «iter».

En segundo lugar los «Acuerdos» deben respetar «la constitucionalidad intrínseca», no pudiendo incluir cláusulas contrarias a las disposiciones constitucionales, so pena de nulidad. Los «Acuerdos», pues, han de encajarse en la nueva Constitución.

Por ésto y lo anteriormente expuesto al comentar las disposiciones acordadas, referentes al matrimonio, insistimos en que es preferible prevenir la problemática o, al menos reducirla, por la vía de la aclaración que brinda el art. VII del «Acuerdo». Así, mediante una normativa, a la vez, civil y canónica, meridianamente clara, podrá despejarse, en nuestra temática abordada, esa «incertidumbre», —a que se refiere P. Lombardía (60)—, originada por la ambigüedad del art.

(59) Cf. Corral, C.: «La regulación bilateral como sistema normativo», en *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad*; Salamanca, 1978, págs. 208-209.

(60) Lombardía, P.: «El matrimonio en España cara al futuro (Incertidumbres y esperanzas del matrimonio en España)», en *Instituciones canónicas y reordenación jurídica*; Salamanca, 1979, págs. 39 y ss.

32 de la Constitución; a pesar de que a enmarcar el sistema matrimonial convergen, en tensión compensada, los arts. 9, 14 y 16, que junto con el primeramente citado, configuran un régimen con pluralidad de formas o clases, pero que sólo puede llegar a definirse como facultativo y de tipo «latino» para los matrimonios «coram Ecclesia», mediante esas estipulaciones contenidas en el art. VI y su Protocolo final al punto primero, así como en la Disposición transitoria 2.^a del «Acuerdo jurídico».

Esa misma vía de los pactos queda abierta a las restantes Confesiones religiosas para tener un sistema matrimonial facultativo de tipo «anglo-sajón», que sólo pide, al amparo del art. 16 de la Constitución, celebrar el matrimonio conforme a sus «ritos» religiosos, —expresión que hemos visto recogía el Proyecto de Ley Orgánica de Libertad religiosa—, ya que se trata de matrimonios civiles, celebrados con ceremonias litúrgicas religiosas.

El art. VI queda, en algunos momentos, en una línea de principios y de transacción cuya concreción se confía a la «bona fides» de la mutua cooperación de la Iglesia y Estado, sobre la base de remitir éste respecto a la celebración del matrimonio canónico a su regulación jurídica eclesial, y de acoger su inscripción en el Registro civil para que sus efectos civiles, que le reconoce, tengan efectividad ante la Sociedad y la propia Administración estatal, lo que ciertamente es un buen logro del «Acuerdo», tal como está.

Con todo, una aclaración de dudas y una cobertura de lagunas temáticas, lograda de mutuo acuerdo, podría precisar indubitablemente el alcance de la remisión a la legislación canónica matrimonial, para asegurar que capacidad para contraer, impedimentos y forma jurídica han de ser homologados por el ordenamiento jurídico del Estado, configurando, en lo posible el alcance de la invocable excepción de orden público, que quizá en situaciones no por cuantitativamente escasas, menos transcendentales, podría oponerse por la jurisdicción estatal a las posiciones canónicas.

También esta vía del art. VII nos parece la más adecuada para garantizar un procedimiento idóneo del «Exequatur» en la ejecutoriedad de las sentencias de nulidad de matrimonios canónicos y en las dispensas *super rato*, así como en las demás resoluciones eclesiásticas sobre otras rupturas del vínculo conyugal, no mencionadas por el art. VI del «Acuerdo», inexplicablemente, como las de matrimonio *rato* por profesión religiosa solemne o las producidas en torno al Privilegio de la Fe. Esto tiene importancia por cuanto la Disposición transitoria 2.^a señala que «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 art. XXIV del Concordato de 1953», que, para punto tan importante, ve prorrogada su vigencia y que afecta a causas no sólo de materia matrimonial, al no excluirse su apartado 4; con todo ello, es fácil prever los diferentes criterios y las consiguientes discriminaciones.

Madrid, diciembre de 1979

DERECHO ADMINISTRATIVO

LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y SUS DIVERSAS VIAS

Por TOMAS R. FERNANDEZ

Director del Departamento de Derecho Administrativo

I. INTRODUCCION

La existencia de una *judicial review* de las Leyes, es decir, de un control judicial de la constitucionalidad de las mismas, es la gran obra histórica del Derecho norteamericano, su gran aportación a la ciencia jurídica universal.

De una forma un tanto tópica la afirmación de este fundamental principio, que no figura explícitamente en el texto constitucional de los Estados Unidos, suele atribuirse como una obra personal al juez MARSHALL y localizarse en el célebre asunto *Madison versus Madbury* de 1803. Sin embargo, ya antes de esta capital decisión del Tribunal Supremo Federal se habían producido varias sentencias anulatorias de otras tantas Leyes por considerarlas opuestas a la Constitución, si bien se trataba de Leyes de los Estados miembros de la Federación y no de Leyes federales. En realidad, el principio mismo estaba implícito en la propia lucha política que alimentó el movimiento de independencia de las colonias frente al Imperio británico, movimiento que se justificó desde el primer momento como una rebelión frente a las Leyes inglesas que, de alguna manera, violaban principios generales del Derecho y la Justicia que se consideraban superiores por su naturaleza a toda Ley positiva y de obligado acatamiento, en consecuencia, para el propio Parlamento.

La recepción en Europa de estas ideas no se produce, sin embargo, hasta después de la primera gran guerra, a raíz de la cual adquieren consagración positiva en la Constitución alemana de Weimar de 1919 primero y, poco después, en la Constitución austriaca por influencia de KELSEN, —cuya teoría pura del Derecho, según la cual toda norma jurídica se legitima y justifica en cuanto ejecución de otra antecedente y superior hasta llegar a una primera norma fundamental, presta al principio—, de clara inspiración iusnaturalista en sus orígenes, nuevas justificaciones, propiciando su difusión por toda Europa.

Por esa vía y bajo esas concretas influencias llega a nuestro país el control de la constitucionalidad de las Leyes, introducido formalmente por la Constitución de 1931, antecedente inmediato en este punto de la actual, cuyos planteamientos son también tributarios de otros dos modelos constitucionales cuya influencia en el proceso constituyente ha sido bien notorio: la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución italiana de 1948.

II. LA SUPREMACIA NORMATIVA DE NUESTRA CONSTITUCION

El artículo 9-1 de la Constitución vigente afirma con carácter general que «los ciudadanos y *los poderes públicos* están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

La Constitución, en cuanto norma fundacional del sistema, se impone, pues, de forma incondicionada a todos los poderes por ella fundados y, por tanto, también al propio poder legislativo que, en consecuencia, encuentra en ella un límite que no puede rebasar, ni directa, ni indirectamente.

A la modificación directa de la Constitución por el poder legislativo ordinario se opone frontalmente la existencia de unos determinados mecanismos, especialmente rigurosos, a los que necesariamente debe ajustarse todo intento formal de revisión del texto fundamental (vid. el Título X, De la reforma constitucional, y sus exigencias concretas: mayorías reforzadas y referéndum como norma general; disolución de las propias Cortes, incluso, y elección de otras nuevas en el caso de reforma total o supuestos considerados equivalentes a ella). Esta especial rigidez de la reforma directa de la Constitución, expresa la superioridad de ésta en el orden formal sobre todos los demás productos del poder legislativo ordinario, simple poder constituido, y pone a cubierto el texto fundamental frente a la voluntad de mayorías políticas coyunturales y cambiantes.

De nada valdrán, sin embargo, estas cautelas si al poder legislativo ordinario le fuera dado modificar indirectamente cualquiera de las determinaciones de la Constitución de forma subrepticia, es decir, si no existiera un mecanismo capaz de verificar la adecuación de las Leyes ordinarias al texto fundamental y

de depurar los preceptos de aquellas que, a resultas de esa verificación, se evidencien disconformes con el mismo.

A este mecanismo, que gira en torno a esa pieza esencial del sistema que es el Tribunal Constitucional (Título IX de la Constitución), y a sus diversas modalidades operativas es al que vamos a referirnos brevemente a continuación. De su correcto funcionamiento depende, justamente, que la supremacía normativa que se predica de la Constitución y se proclama solemnemente en su artículo 9-1 sea real y efectivo.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 (en adelante, LOTC), afirma por ello en su artículo 1 que «el Tribunal Constitucional, como *intérprete supremo de la Constitución*, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica», declaración ésta que tiene su complemento en el artículo 27-1, cuyo texto dice así: «Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional *garantiza la primacía de la Constitución* y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones y actos impugnados.»

III. OBJETO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La verificación de la constitucionalidad de las normas jurídicas que la Constitución encomienda al Tribunal Constitucional se circunscribe a las Leyes, disposiciones y actos con rango y fuerza de Ley, no a los demás productos normativos. No quiere esto decir, obviamente, que las normas simplemente reglamentarias no deban ajustarse a los preceptos y principios del ordenamiento constitucional, ni tampoco que su exclusión del ámbito jurisdiccional propio del Tribunal Constitucional determine la imposibilidad de verificación de su adecuación efectiva a aquellos preceptos y principios, sino solamente que el lugar propio de esa verificación es otro. En concreto y sustancialmente (sin perjuicio del deber de todos los Jueces y Tribunales de cualquier orden jurisdiccional de inaplicar aquellos Reglamentos que sean contrarios a la Constitución y a las Leyes en general), el control jurisdiccional de los Reglamentos corresponde a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, como precisan los artículos 106-1 y 153-c) de la Constitución.

Sólo, pues, los instrumentos normativos con fuerza de Ley —y, esto sí, todos ellos, cualquiera que sea su origen— constituyen el objeto específico del control que *institucionalmente* corresponde al Tribunal Constitucional. El artículo 27-2 LOTC, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 161-a) de la Constitución, precisa concretamente que:

«Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad:

- a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes Orgánicas.
- b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 2 de la Constitución.
- c) Los tratados internacionales.
- d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.
- e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa.
- f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.»

El texto es claro y no necesita mayores explicaciones. Únicamente, en relación a los apartados b) y e) debe retenerse que la expresión «actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley» comprende, como es obvio, a los Decretos-Leyes y a los Decretos legislativos (Textos articulados y Textos refundidos), aunque estas normas, que valen, en principio, como las propias Leyes, emanen del Gobierno. La salvedad que en ambos apartados se formula en relación a los Decretos legislativos pretende dejar intacta la competencia de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa para enjuiciar y depurar, en su caso, aquellos preceptos incluidos en los mismos que, por exceder o rebasar los límites de la Ley de delegación aprobada por las Cortes, deben ser considerados solamente como productos de la exclusiva voluntad del Gobierno (simples normas reglamentarias, por tanto, no cubiertas por la autoridad superior de las Cortes) y, en consecuencia, enjuiciables como tales, según puso de relieve la doctrina más autorizada (GARCIA DE ENTERRIA) y proclamó ya el artículo 11 de la Ley General Tributaria.

IV. PARAMETROS DEL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Como ya hemos dicho, el control de constitucionalidad de las Leyes pretende salvaguardar y hacer efectiva la superioridad material de la Constitución como norma primera y fundamental. Ahora bien, nuestra Constitución tiene una estructura peculiar. Prevé como posible una redistribución del poder político entre el Estado y las nacionalidades y regiones que accedan a su autogobierno, pero no la impone. Esa redistribución del poder político se remite, pues, a un proceso ulterior, el proceso de constitución de las correspondientes Comunidades Autónomas, que, a través de sus Estatutos fundamentalmente, concretarán,

sobre la base del esquema que la Constitución dibuja en sus líneas generales (arts. 148 y 149), las fronteras competenciales concretas de cada Comunidad Autónoma y del propio Estado.

Algo parecido sucede con otras materias, que tienen en la Constitución un tratamiento de principio, cuya concreción se remite a un tipo especial de Leyes, las Leyes Orgánicas, cuyas fronteras no pueden rebasar los demás instrumentos legislativos sin atentar a la propia Constitución que construye este dominio reservado en su artículo 81.

Las observaciones precedentes sirven para explicar el sentido concreto del artículo 28 LOTC. El parámetro básico del juicio de constitucionalidad de las Leyes es, por hipótesis, la Constitución, pero ese parámetro ha de completarse con aquellas otras normas (Estatutos y Leyes orgánicas) que, dada la peculiar estructura del texto fundamental, constituyen su complemento necesario.

V. LAS DIVERSAS VIAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

La Constitución (arts. 161-1-a) y 163) diseña dos mecanismos básicos, uno directo y otro indirecto, de control de la constitucionalidad de las Leyes: el recurso de inconstitucionalidad propiamente dicho y la llamada cuestión de constitucionalidad. La LOTC, por puras razones de lógica institucional, abre otras vías adicionales de las cuales puede resultar finalmente la anulación de un texto legal por razón de inconstitucionalidad. A todo este conjunto de vías o instrumentos se va a hacer referencia individualizada a continuación.

1. El recurso de inconstitucionalidad

La primera observación que hay que formular es que el recurso de inconstitucionalidad no está a disposición de los simples ciudadanos. El artículo 162 de la Constitución restringe la legitimación para interponerlo al «Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.»

Sobre esta base ha operado el artículo 31 LOTC, optando, por cierto, por una interpretación restrictiva del texto constitucional cuya admisibilidad es, por lo menos, dudosa en lo que a la legitimación de las Comunidades Autónomas se refiere.

En efecto, el artículo 162-1-a) de la Constitución no establece limitación alguna por razón del objeto del recurso, lo cual obliga a concluir que las Comu-

nidades Autónomas están legitimadas para recurrir cualquiera de las normas a que hace referencia el artículo 27-2 LOTC. Sin embargo, el artículo 32-2 LOTC reduce la legitimación de las referidas entidades a la legislación estatal propiamente dicha, excluyendo, por tanto, la impugnación de las Leyes de otras Comunidades Autónomas para evitar el riesgo —temido por los grupos parlamentarios más importantes— de una «guerra entre Comunidades».

Como luego veremos, la precaución es inocente, ya que la brecha que quiere cerrarse por aquí se abre más adelante por otro lado diferente.

Más grave que esto es que el artículo 32-2 LOTC limite adicionalmente el objeto de impugnación a las leyes estatales «que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía», pues esta limitación no aparece en absoluto en el artículo 162-1-a) de la Constitución, que sitúa a las Comunidades Autónomas al mismo nivel que a los restantes órganos y grupos legitimados sin diferencia alguna.

La mecánica del recurso es muy sencilla:

El plazo para interponerlo es de tres meses contados a partir de la publicación de la norma legal impugnada (inicialmente y para las Leyes anteriores a la constitución del Tribunal el plazo indicado se computará a partir de ésta (vid. disposición transitoria segunda LOTC).

La interposición del recurso no suspende por sí sólo la vigencia y aplicación de la Ley impugnada (art. 30 LOTC), excepto en el caso previsto en el artículo 161-2 de la Constitución en el que la impugnación por el Gobierno de una Ley de una Comunidad Autónoma produce automáticamente la suspensión de ésta, suspensión que el Tribunal puede levantar en cualquier momento y, en todo caso, antes de que transcurran cinco meses.

El escrito de interposición ha de ser un escrito de fondo (arts. 33 y 85 LOTC), una demanda propiamente dicha, en la que habrán de exponerse, por tanto, las razones que abonen la pretensión ejercitada.

Admitida a trámite la demanda, el Tribunal dará traslado a las parte implicadas por plazo de quince días para que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimen procedentes. Practicada en su caso la prueba, que el Tribunal puede acordar de oficio o a instancia de parte (art. 89 LOTC), el Tribunal dictará sentencia en el plazo de diez días.

La sentencia tendrá el valor de cosa juzgada, vinculará a todos los poderes públicos y producirá efectos generales (supuesto que tales son los efectos de la Ley sobre la que recae) desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 38 LOTC).

Si es estimatoria, es decir, si declara la inconstitucionalidad de la Ley impugnada bien sea por los motivos alegados o por otros distintos (art. 39), —en este último caso previa advertencia a las partes y audiencia de las mismas por plazo no superior a diez días (art. 84)—, declarará igualmente la nulidad de los pre-

ceptos de ésta a que se haya contraído la impugnación, así como aquellos otros que tengan con ellos una relación de conexión o consecuencia.

No obstante, la anulación de una Ley por inconstitucional no permitirá reabrir los procesos fenecidos mediante Sentencia firme en que se haya hecho aplicación de dicha Ley, salvo en el caso de procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en los que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una exención o reducción de la responsabilidad.

Si habrá de entenderse rectificada en todo caso la jurisprudencia de los diferentes Tribunales producida en aplicación de las normas legales enjuiciadas por el Tribunal Constitucional y corregida, en consecuencia, por la doctrina establecida en las sentencias y autos que éste dicte (art. 40).

Si la sentencia es desestimatoria impedirá cualquier planteamiento ulterior de la cuestión de un nuevo recurso fundado en infracción de idéntico precepto constitucional y ello por el efecto propio de la cosa juzgada (art. 38-2). Es muy discutible, sin embargo, la solución instrumentada en el artículo 29-2, según el cual la desestimación por razones de fondo de un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley constituye un obstáculo para que la misma Ley pueda ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso, ya que ello supone congelar formalmente la interpretación de un texto, como el de nuestra Constitución, que es y quiere ser un texto abierto, capaz de acoger y alentar la evolución y el cambio y que deseablemente habrá de enfrentarse a través de su vigencia, que hay que desear sea larga, con situaciones y circunstancias muy diferentes. Que tenga pocas posibilidades de prosperar una cuestión de inconstitucionalidad planteada a propósito de la aplicación de una Ley cuya impugnación en vía de recurso directo desestimó el Tribunal Constitucional es una cosa, perfectamente natural y comprensible además; que la desestimación del recurso directo sea un obstáculo procesal para el planteamiento posterior (diez, veinte o cien años después; recuérdese la larga vida de la Constitución norteamericana y la diferencia de las circunstancias de 1787 y de hoy), de cualquier cuestión relacionada con la aplicación de la misma es otra, sin embargo, muy diferente y difícilmente aceptable.

2. La llamada cuestión de inconstitucionalidad

Nadie, sino el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una Ley. Ello no significa, sin embargo, que los demás Jueces y Tribunales, tengan que mantenerse en una posición de total pasividad frente a una Ley que, en su opinión, viola la Constitución. El artículo 163 de ésta dispone, en efec-

to, que «cuando un órgano jurisdiccional considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley que en ningún caso serán superiores».

El mecanismo descrito en el precepto que acaba de transcribirse está desarrollado por los artículos 35 y siguientes LOTC, el primero de los cuales precisa que su puesta en marcha puede tener lugar «de oficio o a instancia de parte», es decir, por propia iniciativa del órgano judicial o por iniciativa de cualquiera de los litigantes. Esta última precisión da acceso a los simples ciudadanos al sistema de control de la constitucionalidad de las Leyes al permitirles suscitar formalmente el debate en torno a la eventual inconstitucionalidad de una Ley cualquiera que pretenda serles aplicada en el curso de un proceso en el que sean partes.

El debate en cuestión puede proponerse en cualquier momento, sea cual sea el tiempo transcurrido desde la publicación de la Ley de cuya constitucionalidad se duda, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de inconstitucionalidad que ha de ser interpuesto, como ya hemos visto, en el plazo de tres meses a contar desde el momento indicado.

Suscitada la cuestión en el curso del proceso, el órgano judicial, oídas por plazo común e improrrogable de diez días las partes y el Ministerio Fiscal, resolverá mediante Auto, una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia.

El Auto en cuestión no es susceptible de recurso alguno, pero la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en la mismas instancias o grados en tanto no se lleve a sentencia firme.

Si la decisión adoptada es positiva, es decir, si el órgano judicial estima que la Ley en cuestión puede ser inconstitucional, elevará las actuaciones al Tribunal Constitucional, que, a menos que estime que faltan las condiciones procesales o que la cuestión suscitada es notoriamente infundada, admitirá a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y dará traslado de la misma para alegaciones al Congreso, al Senado, al Fiscal General del Estado, al Gobierno y, en su caso, a la Comunidad Autónoma implicada por plazo común de quince días, concluido el cual dictará sentencia con los efectos ya precisados más atrás.

3. Declaración de inconstitucionalidad de las Leyes a resultas de un proceso de amparo

Las vías que acaban de ser analizadas no son las únicas que pueden conducir a la declaración de inconstitucionalidad de una Ley.

En efecto, el artículo 161-1-b) de la Constitución diseña un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por violación de los derechos y libertades fundamentales a que se refieren los artículos 14 a 29 de la misma, y de lo dispuesto en el artículo 30 a propósito de la objeción de conciencia.

Este recurso protege a todos los ciudadanos frente a cualesquiera violaciones de estos derechos y libertades que puedan resultar de disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos (legislativos, ejecutivos o judiciales) del Estado, de las Comunidades Autónomas y de todos los demás entes territoriales, corporativos o institucionales y de sus funcionarios y agentes, permitiéndoles dirigirse al Tribunal Constitucional en demanda del amparo que restaure el derecho violado, una vez agotados todos los demás recursos en la vía judicial ordinaria.

No vamos a analizar aquí el recurso de amparo, ya que no es éste el objeto perseguido en estas páginas. Recordaremos sólo que el artículo 55-2 LOTC establece que «en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia» con los mismos efectos y siguiendo el mismo procedimiento que antes vimos a propósito del recurso de inconstitucionalidad.

Por la vía del amparo los ciudadanos pueden llegar también, por tanto, a provocar la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, aunque sólo en el ámbito limitado que contribuyen a acortar los artículos 14 a 29 y 30-2 de la Constitución.

4. Declaración de inconstitucionalidad de una Ley a resultas de un conflicto de competencia

La LOTC regula en su Título IV los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones correspondientes al Estado y a las Comunidades Autónomas.

Esos conflictos pueden ser negativos (cuando las partes en presencia coinciden en considerarse a sí mismas incompetentes para conocer de un asunto determinado para el que han sido requeridas) o positivos (cuando ambas se consideran competentes sobre ese asunto). Tampoco vamos a entrar a discutir aquí el sistema previsto en la LOTC para resolver estos conflictos. Si diremos, en cambio, que conforme establece el artículo 77 LOTC, «si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una Ley o norma con rango de Ley, el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante en

la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad, solución lógica, ya que en tal caso lo que se pone primariamente en cuestión es la constitucionalidad de la misma Ley.

El precepto tiene especial importancia en lo que respecta a las relaciones entre varias Comunidades Autónomas. Como ya notamos, los parlamentarios restringieron la legitimación de las Comunidades Autónomas para promover el recurso de inconstitucionalidad refiriéndola exclusivamente a las Leyes del Estado que afectasen a su propia esfera de autonomía. Al discutir el artículo 32 LOTC se quiso, pues, excluir y se excluyó la impugnación por una Comunidad Autónoma de las Leyes de otras Comunidades Autónomas diferentes con el fin —se dijo— de evitar una «guerra entre Comunidades».

La brecha que se cerró entonces a propósito del artículo 32 volvió a abrirse, sin embargo, en el artículo 77, que permite, por la vía del conflicto positivo de competencias, que una Comunidad Autónoma postule la declaración de inconstitucionalidad de una Ley de otra Comunidad Autónoma con los mismos efectos que son propios del recurso de inconstitucionalidad. La aparatosa discusión en su día promovida a propósito del riesgo de una «guerra de Comunidades» ha resultado, pues, como tantas otras, absolutamente vana a la postre, lo cual, por cierto, era fácilmente adivinable *a priori* pues no es recortando arbitrariamente las posibilidades institucionales de control de la constitucionalidad de las leyes, sino creando progresivamente una conciencia de solidaridad inter-regional y extremando la prudencia política como puede evitar la «guerra» en cuestión.

5. El control previo de constitucionalidad

El Título VI de la LOTC establece, también, un mecanismo *preventivo* de control de la constitucionalidad en relación a los tratados internacionales (antes de que se preste el consentimiento del Estado) y a los proyectos de Estatutos de Autonomía y de las demás Leyes orgánicas, cuya finalidad es el verificar *a priori* su adecuación a la Constitución antes de su aprobación definitiva y consiguiente incorporación al ordenamiento jurídico.

Si a resultas de este recurso previo, cuya promoción —que paraliza la tramitación parlamentaria de los proyectos— corresponde a los mismos órganos a quienes se reconoce legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional aprecia y declara la inconstitucionalidad del texto sometido a su consideración, la tramitación de los proyectos no podrá proseguir hasta tanto se supriman o modifiquen por el órgano competente los preceptos afectados por esa declaración.

La decisión del Tribunal, cualquiera que sea su sentido, en este recurso pre-

vio no prejuzga la de los recursos que posteriormente pudieran interponerse tras la entrada en vigor de las Leyes de que se trate, según se precisa el artículo 79-5 LOTC.

6. El mecanismo extraordinario del artículo 161-2 de la Constitución

Conviene hacer finalmente una última referencia al mecanismo extraordinario previsto en el artículo 161-2 del texto constitucional, cuya invocación expresa por el Gobierno al impugnar una Ley emanada de una Comunidad Autónoma produce automáticamente la supresión de la eficacia de dicha Ley, supresión que el Tribunal Constitucional podrá ratificar o levantar según proceda y que, en ningún caso, podrá durar más de cinco meses. Es esta una prima que la Constitución reconoce al Gobierno en relación a la legislación de las Comunidades Autónomas y que juega el mismo papel que corresponde a los controles de índole política (veto gubernativo y devolución para nuevo estudio a las Asambleas autonómicas) en otros ordenamientos comparados.

El sistema previsto en el artículo 161-2 de nuestra Constitución ofrece frente a esos controles políticos, inexistentes en nuestro ordenamiento fundamental, indudables ventajas y supone un mayor respeto a la autonomía política de las entidades infraestatales, ya que, aunque se deja en manos del Gobierno una posibilidad incondicionada de paralizar de inmediato la eficacia de una Ley territorial, el Tribunal Constitucional, operando en base a criterios propiamente jurídicos, es el dueño de esa paralización o supresión de efectos y puede levantarla en cualquier momento si la estima infundada. El control político habitual en otros ambientes, es, pues, entre nosotros un control jurisdiccional, un control de Derecho.

DERECHO DEL TRABAJO

INSTRUCCIONES PARA EL CURSO 1979-80

Como se advirtió al hacer público el temario de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la U.N.E.D., las Unidades Didácticas que venían siendo utilizadas han quedado ampliamente desfasadas ante la movilidad legislativa y los cambios sustanciales que se han producido en nuestro ordenamiento.

Dándose la circunstancia de que tales Unidades habían sido redactadas bajo la Dirección del Profesor Alonso Olea, Catedrático de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, cuyas obras son objeto de constante utilización, resulta más coherente recomendar la utilización de dichas obras, en vez de remitir al alumno a un material didáctico necesariamente más anticuado que ellas.

Así pues, el alumno encontrará desarrollados, con correspondencia casi literal, los temas del programa en las obras que a continuación se indican:

Temas I a VI

(Primera Unidad Didáctica)

Introducción al Derecho del Trabajo

3.^a edición revisada. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.

Temas VII a XXX

(Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta Unidades Didácticas)

Derecho del Trabajo

5.º edición. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1978.

Temas XXXI a XXXVI

(Sexta Unidad Didáctica)

Instituciones de Seguridad Social

7.ª edición. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

Para los temas I a XXX (cinco primeras Unidades Didácticas) es también posible utilizar la obra actualizada del Profesor Bayón Chacón, Catedrático de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Manual de Derecho del Trabajo

12.ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1978-79 (revisada y puesta al día por Valdés Dal Ré).

El alumno debe saber que existen otras obras de Derecho del Trabajo que se utilizan en diversas Facultades españolas para iniciarse en el estudio de esta disciplina y que son las siguientes:

ALONSO GARCIA, *Curso de Derecho del Trabajo*, 5.ª edición, Ediciones Ariel, Barcelona, 1975, con Apéndice 1976.

MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 3.ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1979.

Cualquiera de los libros citados responde cumplidamente, en las materias que aborda, el temario que el alumno debe preparar.

HACIENDA PUBLICA II

ACTUALIZACION DE UNIDADES DIDACTICAS

Por CESAR ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA

NOTAS PREVIAS

Con el envío por conducto de los Centros Asociados de esta Universidad de los Temas I al VII, ambos inclusive, que han sido objeto de nueva redacción, y de las «Addendas» o actualizaciones de los Temas VIII («Las fuentes del Derecho tributario español» y «Principios tributarios en el nuevo ordenamiento constitucional español»), IX («El fraude de Ley tributaria») y XII («Capacidad del sujeto pasivo tributario» y «Domicilio tributario»), se estima disponen los alumnos de esta asignatura de textos al día para el estudio de las materias sobre que versan las Unidades Didácticas 1 y 2.

Ha de indicarse, asimismo, que el Derecho financiero y tributario español en esta Facultad de Derecho debe ser estudiado sin preocupaciones de detalle, esto es, sin pretender retener aspectos sin importancia o trascendencia para el conocimiento de ambas disciplinas. Deben dominarse las líneas maestras y, sobre todo, las categorías o los conceptos que permitan consultar con fruto y aplicar con acierto las leyes y demás disposiciones reguladoras de sus respectivas instituciones. Por ello, no es necesario actualizar cuestiones que son secundarias, ni pormenores que ordinariamente se reglamentan por Orden ministerial. Se recomienda, sin embargo, la lectura de las disposiciones de este rango jurídico, pues sirven para confirmar lo que es esencial en el conocimiento del Derecho financiero y tributario, pero, se insiste, sin descender a desarrollos normativos que suelen ser objeto de frecuentes modificaciones que se refieren, casi siempre a los llamados aspectos formales de los fenómenos financiero y tributario.

UNIDAD DIDACTICA 3. Tema XIII

Las modificaciones habidas desde que el presente Tema XIII fue redactado han de ser recogidas en los Temas XIV y XVII. No obstante, es conveniente formular ya algunas indicaciones de carácter introductorio a lo que con la debida extensión se exponga en los citados Temas XIV y XVII.

Base liquidable

El concepto de «base liquidable» como distinto del de «base imponible» ha perdido importancia para nuestro ordenamiento jurídico-tributario como consecuencia de la supresión de algunos impuestos de producto o «a cuenta» y de la cesión de los demás por la Hacienda estatal a las Haciendas locales (véase la Disposición transitoria 1.^a de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre de 1978). La función que cumplía la «base imponible» como magnitud diferenciada de la «base liquidable» a la hora de aplicar el antiguo Impuesto *general* sobre la renta de las personas físicas, carece hoy de efectividad. La «base liquidable» siempre será la que sirva para determinar la cuota mediante aplicación del tipo o tipos de gravamen. La anunciada reforma de la Ley General Tributaria ha de producirse en este sentido respecto de su artículo 53. Y las «reducciones» que en el texto actual se practican sobre la «base imponible» para hallar la «base liquidable», se están trasladando a la «cuota impositiva» según las disposiciones promulgadas o proyectadas en la reforma tributaria en curso.

Renta personal

Los ejemplos que sobre la «renta personal» se ofrecen en el Tema objeto de actualización, pueden ser sustituidos con la siguiente definición contenida en la citada Ley de 8-9-1978: «Constituye la renta del sujeto pasivo la totalidad de sus rendimientos, más los incrementos de patrimonio determinados de acuerdo con lo prevenido en esta Ley» (art. 1-2). También cuando la describe por vía analítica: «Componen la renta del sujeto pasivo: a) Los rendimientos del trabajo personal. b) Los rendimientos de las explotaciones económicas de toda índole y los derivados de actividades profesionales o artísticas. c) Los rendimientos derivados de cualquier elemento patrimonial que no se encuentre afecto a las actividades referidas en la letra anterior. d) Los incrementos de patrimonio determinados de acuerdo con lo prevenido en esta Ley» (art. 3-2).

Estimación objetiva de las bases imponibles

Ya debe advertirse que el régimen de estimación objetiva «global» ha perdido toda significación según se dirá en el Tema XIV. La Ley del Impuesto sobre la renta de las personas físicas ha suprimido este régimen de estimación de bases imponibles, que desde el Decreto-ley de 3 de octubre de 1966, venía siendo objeto de gradual reducción en su ámbito de aplicación, tanto por vía subjetiva, como por vía objetiva, según disposiciones dictadas por el Ministerio de Hacienda al amparo del referido Decreto-ley. Asimismo, la Ley del Impuesto de Sociedades, de fecha 27-12-1978, ha dispuesto que «nunca serán de aplicación regímenes de estimación objetiva singular» (art. 20-2). Por otra parte, la disposición final 1.^a de la Orden del Ministerio de Hacienda de 26-12-1978 ha prevenido que a partir de 1 de enero de 1979, no será aplicable el régimen de «convenios con agrupaciones de contribuyentes» para la determinación de las cuotas por los Impuestos de Lujo y sobre el Tráfico de empresas, cualquiera que sea la actividad empresarial ejercida y el volumen anual de sus operaciones. No obstante, es necesario conocer, siquiera sea esquemáticamente, en qué consiste la estimación objetiva global («evaluaciones globales» y «convenios con agrupaciones de contribuyentes») y cuáles son los criterios o directrices para su aplicación. Su falta de vigencia en la actualidad no resta interés a este procedimiento de estimación de bases imponibles o de cuotas impositivas, pues constituye un antecedente histórico bien reciente y puede ser objeto de reimplantación por unas u otras Haciendas Públicas en cuanto exige menos medios personales y es más ágil o expeditivo que la determinación directa de las bases imponibles.

También se ha de destacar que la «estimación objetiva singular» de bases imponibles, apuntada por la Ley General Tributaria y admitida para el Impuesto sobre el Tráfico de las empresas, está adquiriendo importancia principal en el nuevo ordenamiento jurídico-tributario. Así la Ley del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, antes citada, ha previsto: «... reglamentariamente se podrán establecer supuestos de estimación objetiva singular para los rendimientos de pequeña cuantía (...) de las actividades profesionales y empresariales» (art. 22-3). Y en su virtud se ha dictado el Real Decreto 3.209/1978, de 7 de diciembre, que será estudiado en el Tema XIV con las Ordenes ministeriales de 26-12-1978 y 23-3-1979. No obstante, ya se anticipa que las notas distintivas del referido régimen de estimación objetiva singular son: a) La evaluación es de carácter individual o singular; b) La evaluación es función de gastos, índices, módulos y demás información que habrá de declarar el sujeto pasivo; c) Los índices, módulos, signos, etc., están vinculados a los datos objeto de determinación directa y, desde luego, a la capacidad contributiva objeto de gravamen, y d) Los índices, módulos, signos, etc., sirven, en primer lugar, para contrastar los datos declara-

dos que son objeto de determinación directa en el cálculo de las bases imponibles y, en su caso, para practicar la estimación de las correspondientes bases imponibles parciales (actividades empresariales y profesionales, solamente) por el Ministerio de Hacienda.

Estimación de bases imponibles por los Jurados

Este régimen de estimación de bases imponibles se estudia en el Tema XVII. Pero también es oportuno anticipar aquí las siguientes indicaciones sobre su ámbito actual y sobre su proyectada reforma.

Este régimen de estimación de bases imponibles ha quedado suprimido para los Impuestos de Sociedades y sobre la renta de las personas físicas por sus respectivas leyes de 27-12-1978 y 8-9-1978 (arts. 20-2 y 22-5). Los jurados tributarios siguen siendo competentes para resolver cuestiones de hecho en el Impuesto extraordinario sobre el patrimonio de las personas físicas establecido el año 1977 (v. el *Boletín* de esta Facultad de Derecho núms. 3-4, mayo 1979, págs. 84-89).

Además, el Gobierno ha entendido que la supresión por las Cortes Generales de dichos órganos pseudoadministrativos en los referidos impuestos sobre la renta, constituía una clara invitación a su total supresión. En su virtud, ha remitido a las Cortes un proyecto de Ley de reforma del procedimiento tributario, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 2-7-1979 (núm. 55-I, págs. 203-208), que en su artículo primero propone: «Las funciones y competencias atribuidas actualmente a los Jurados Tributarios (...) se asignan a los órganos económico-administrativos y a los órganos gestores de la Administración tributaria en los términos previstos en la presente Ley.»

Se recomienda la lectura de los siguientes trabajos: el publicado en *Civitas: Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 21/1979, de Antonio Martínez Lafuente, que se pronuncia por la subsistencia de la vía de equidad, esto es, de los Jurados Tributarios con las modificaciones que asimismo propone; y las opiniones insertas en la revista *Crónica Tributaria*, núm. 27/1978, sobre supresión de los Jurados Tributarios.

UNIDAD DIDACTICA 3. Tema XIV (cuestiones 1 a 3)

Sin perjuicio de la «Addenda» correspondiente a la pregunta 4: «Los procedimientos liquidatorios especiales; examen especial...», que será remitida en breve a los Centros Asociados, en el presente *Boletín* se insertan las siguientes ampliaciones:

Las autoliquidaciones

Se discute si las «autoliquidaciones» —las que practica el propio sujeto pasivo tributario— son o no liquidaciones con el alcance que corresponde reconocer a estos actos administrativos. Pero dado el desarrollo que está teniendo la práctica de «liquidaciones» u «operaciones liquidatorias» de los tributos por los propios contribuyentes, es oportuno ampliar el estudio que de ellas se hace en el referido Tema XIV.

La Ley General Tributaria no conoce las autoliquidaciones, ya que en su art. 10 sólo se refiere a la necesidad de Ley para disponer que los particulares vengan obligados a practicar «operaciones de liquidación tributaria». Con ello se puede afirmar que se propone: a) Dejar sentado que esta clase de obligaciones de realización de operaciones aritméticas implican una prestación personal de carácter público que ha de ser establecida mediante Ley; y b) Advertir que la colaboración de los particulares en la función liquidadora de los tributos no puede asimilarse a esta última, ni, por tanto, las operaciones que realicen tienen la categoría jurídica de «liquidación tributaria».

Sin embargo, en un inciso del artículo 109-3), y al delimitar el ámbito de la investigación tributaria, se previene: «Igualmente alcanzará a los hechos imponibles cuya liquidación deba realizar el propio sujeto pasivo.» Por tanto, admite que el sujeto pasivo realiza una «liquidación». De aquí que, como antes se indica, se discuta la verdadera naturaleza jurídica de la «autoliquidación».

Normalmente la autoliquidación se practica y su importe se ingresa en el Tesoro Público mediante «declaración-liquidación». Ello es significativo de que sirve para cumplir la obligación de *declarar* el hecho imponible, como en las declaraciones tributarias propiamente dichas. Y que como tal ha de ser comprobada por la Inspección de los Tributos (véase el Tema XVI).

Consulta tributaria

A lo expuesto en la referida Unidad Didáctica (págs. 41-42) parece oportuno añadir: La consulta tributaria cuya contestación no vinculada a la Administración tributaria era objeto de crítica desfavorable por la mezcla de supuestos de hecho y de aplicación de la norma jurídico-tributaria que implicaba. Pero la actualmente en vigor ha de ser censurada, además, por la falta de garantías que acusa, tanto desde los principios de legalidad y de seguridad jurídica, como por el uso de estrictas facultades interpretativas por parte de los «órganos de gestión de la Administración» sin control de clase alguna (así como por las circunstancias concurrentes en la promulgación y vigencia del Decreto-ley 13/1975, de 17 de

noviembre, que dio nueva redacción al artículo 107 de la Ley General Tributaria).

También ha de insistirse en que las consultas formuladas cumpliendo los requisitos expuestos en el Tema XIV, serán objeto de contestación por la Administración tributaria, y «los órganos de gestión de la Administración quedarán obligados a aplicar los criterios reflejados» en la misma. Y como la contestación administrativa ha de contener el «régimen o clasificación tributaria que, en cada caso, corresponda a los sujetos pasivos», es ineludible reconocer a aquellas, al menos, eficacia interpretativa de la legalidad vigente. Esta conclusión es hoy muy discutida, pues estando tan mediatizada la potestad reglamentaria en materia de interpretación de las leyes tributarias (dada la incidencia del art. 97 de la Constitución en el art. 18 de la Ley General Tributaria), no parece admisible que por el camino de las «contestaciones vinculantes» a las consultas de los sujetos pasivos, se pueda ejercer, *de facto*, la potestad reglamentaria interpretativa a nivel orgánico inferior al Ministro de Hacienda.

Se plantea, asimismo, si en la cita de los «órganos de gestión» está comprendida la Inspección de los tributos y, también, los Tribunales económico-administrativos. Se opina afirmativamente en cuanto a la Inspección tributaria y negativamente respecto de los Tribunales económico-administrativos no obstante, el artículo 90 de la Ley General Tributaria (véase).

Nota final

Se reitera que toda petición o sugerencia de los alumnos de Hacienda Pública I y II será bien recibida por el Departamento de Derecho Financiero.

DERECHO PROCESAL

LA AUDIENCIA NACIONAL Y LOS JUZGADOS CENTRALES DE INSTRUCCION (*)

Por J. TOME PAULE
Profesor Adjunto de Derecho Procesal

I. La Audiencia Nacional es un Tribunal colegiado con jurisdicción en todo el territorio nacional, creado por Real Decreto-Ley 1 de 4 de enero de 1977 que tiene atribuidas funciones específicas en los órdenes judicial, penal y contencioso-administrativo.

A) Es un Tribunal colegiado, ya que cada asunto que le compete es juzgado por una pluralidad de jueces. Estos jueces pertenecen a la carrera judicial y la provisión de las vacantes que se produzcan se efectúa con arreglo a las normas generales de provisión de los destinos o cargos judiciales. En este aspecto, este Tribunal reúne todas las características de los restantes Tribunales ordinarios.

La Audiencia Nacional está compuesta:

- 1.º) Por un Presidente, que tiene asignada la categoría de Presidente de la Sala del Tribunal Supremo.
- 2.º) Por dos Presidentes de Sala (uno para la penal y otro para la contencioso-administrativo), que tienen categoría de Magistrados del Tribunal Supremo.

(*) Esta materia debe incluirse en la pregunta última del Tema I (Unidad Didáctica 1) del Derecho Procesal I. También corresponde a la pregunta primera del Tema XIII (Unidad Didáctica 3) de Derecho Procesal II.

- 3.º) Por Magistrados, adscritos de una manera permanente a cada una de las Salas (1).
- 4.º) Las funciones secretariales se llevan a cabo por un Secretario de Gobierno y varios Secretarios de Sala, todos pertenecientes a la rama de Tribunales del Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia.
- 5.º) Existe una Fiscalía adscrita a la Audiencia Nacional, cuyo Jefe tiene categoría de Fiscal General y en la que se integran diversos funcionarios de este Ministerio.

B) La Audiencia Nacional extiende su jurisdicción sobre todo el territorio nacional, y por ello, sus Salas pueden constituirse en cualquier lugar del mismo, aunque su sede permanente se encuentra en Madrid. En este sentido este Tribunal tiene el carácter de especial, ya que, salvo el Tribunal Supremo ningún otro Tribunal tiene una competencia territorial análoga.

C) La actuación de este Tribunal se ajusta a las normas procesales ordinarias sin ninguna especialidad.

D) En el orden judicial penal conoce, aplicando el procedimiento que a cada caso corresponda (2) del juicio oral y público y fallo de los procesos seguidos por los siguientes delitos, cuando tengan el carácter de graves (3):

- 1.º) Falsificación de moneda metálica y billetes del Estado y Banco comprendidos en los artículos 283 al 290 del Código penal (4).
- 2.º) Delitos de tráfico monetario comprendidos en la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938 (5).

(1) El Real Decreto-Ley 1/1977, establece que la Sala de lo Penal se compondrá de dos Secciones y la de lo Contencioso-administrativo de cuatro, que podrán ser aumentadas por el Gobierno si lo aconsejase el número de asuntos.

(2) Ello quiere decir que las normas procesales que aplica este Tribunal son las mismas que aplican los demás órganos jurisdiccionales penales, es decir, las de la Ley de Enjuiciamiento criminal y disposiciones complementarias.

(3) Tiene el carácter de graves los delitos que tengan una pena superior a arresto mayor. Véase la nota (15).

(4) El artículo 283 castiga al que fabricare moneda falsa; al que cercenare o alterare moneda legítima; al que introdujere en el país moneda falsa, cercenada o alterada, y, al que en connivencia con el falsificador, cercenador, alterador o introductor, expidiere moneda falsa, cercenada o alterada. El 284 aclara que a los efectos penales se entiende por moneda, el papel moneda, los billetes del Estado y de Banco, la moneda metálica y demás signos de valor emitidos por el Estado u organismos autorizados para ello, ya se trate de monedas nacionales o extranjeras. El 285 castiga al que sin la connivencia de que habla el artículo 283 expidiere monedas falsas, cercenadas o alteradas que hubiere adquirido sabiendo que lo eran, y el 286 al que habiéndolas adquirido de buena fe, las expidiere después de constar su falsedad. El 287, castiga a aquel en cuyo poder se encontrare moneda falsa, cercenada o alterada que por su número y condiciones se infiera racionalmente que están destinadas a la expedición.

(5) El conocimiento de estos delitos se atribuía a unos órganos administrativos que recibieron el nombre de Juzgados de Delitos Monetarios y que ahora se suprimen.

- 3.º) Delitos de estafas, infracciones de los derechos de autor y de la propiedad industrial, apropiaciones indebidas, cheques en descubierto, defraudaciones de fluidos y maquinaciones para alterar el precio de las cosas, siempre que se den algunas de las siguientes circunstancias:
 - a) que puedan repercutir gravemente en la seguridad del tráfico mercantil o en la economía nacional, o
 - b) que se cometan mediante operaciones relacionadas con terrenos o viviendas, o a través de sociedades o entidades de inversión o de financiación; y
 - c) que en todo caso produzcan o puedan producir perjuicio patrimonial a una generalidad de personas en territorios de distintas provincias.
- 4.º) Delitos de tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes, fraudes alimenticios y de sustancias farmacéuticas o medicinales; delitos relativos a la corrupción y prostitución; y delitos de escándalo público realizados por publicaciones, películas u objetos pornográficos, siempre que se den las siguientes circunstancias:
 - a) que se cometan por bandas o grupos organizados; y
 - b) que los delitos produzcan efecto en lugares pertenecientes a distintas provincias.
- 5.º) Cualquier otro delito distinto de los comprendidos en los apartados anteriores, cuando por razón de su extraordinaria complejidad, de sus graves efectos en el ámbito nacional o por cualquier otra circunstancia de las previstas en el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (6), acuerde la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que su instrucción corresponda a un Juzgado Central.
- 6.º) Delitos de cualquier tipo cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las Leyes corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles (7).
- 7.º) Delitos de terrorismo. El conocimiento y fallo se atribuye a la Audiencia Nacional, sin más excepciones que las que resulten de la aplicación de los artículos 9 y 13 del Código de Justicia Militar, por el Real Decreto Ley número 3 de 1977 que deroga las atribuciones que

(6) Este precepto se refiere al nombramiento de Jueces especiales y alude a «delitos cuyas extraordinarias circunstancias, o las del lugar y tiempo de su ejecución, o de las personas que en ellos hubiesen intervenido como ofensores u ofendidos». Aunque la posibilidad de designación de Jueces especiales continua, el Real Decreto-ley 1/1977, exige que su nombramiento recaiga en alguno de los Jueces Centrales de Instrucción.

(7) Véase sobre estos delitos, PRIETO-CASTRO, y G. DE CABIEDES: *Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., pág. 60 y ss. y MIGUEL FENECH: *El Proceso Penal*, 3.ª ed., pág. 42.

en esta materia atribuía la legislación anterior a la jurisdicción militar (8).

8.º) El Real Decreto-Ley núm. 3 de 1979 de Protección de la Seguridad Ciudadana (9), tipifica como delitos:

- a) la apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de las conductas o actividades cometidas por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos (art. 1.º).
- b) el recabar o facilitar de cualquier modo informaciones o el realizar cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan la comisión de delitos cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos (art. 2.º).

Este mismo Decreto-Ley atribuye la competencia para el conocimiento, instrucción y fallo, en sus respectivos casos, a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional:

- a) por los delitos previstos en los artículos 1.º y 2.º del mismo;
- b) en todos los delitos cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos (10);
- c) en los delitos previstos en el artículo 481 bis del Código penal que castiga al «que construyere o acondicionare lugares con el propósito de encerrar o detener a otro para privarle de libertad, o de proporcionárselos a otro para estos fines y al que tuviere a su disposición tales lugares, si no lo pone en el término más breve posible en conocimiento de la autoridad» (11).

D) Además de estas atribuciones específicas en el orden penal, la Audiencia Nacional tiene las siguientes funciones:

(8) Los Juzgados y Tribunales de Orden Público creados por Ley de 2 de diciembre de 1973, fueron suprimidos por el Real Decreto-ley 2/1977, también de 4 de enero.

(9) Véase el texto completo de este Real Decreto-ley en el *Boletín de la U.N.E.D.* (Facultad de Derecho), núms 3-4, mayo de 1979, págs. 137 y ss.

(10) Para comprender el concepto y significado de delitos conexos, véase P. CASTRO-G. de CABIEDES, *op. cit.*, pág. 77 y FENECH, *op. cit.*, págs. 53 y 54.

(11) El artículo 1.º de la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, sobre medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados, incluye a «las personas implicadas en los delitos contra la vida, robo con homicidio, mutilaciones y lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos, coacciones o amenazas y delitos directamente conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados». La instrucción, conocimiento y fallo de estos delitos se atribuye a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional (art. 5). Según la D. Final 1.ª la vigencia de esta Ley es de un año. Puede consultar el texto íntegro de la misma en el *Boletín de la U.N.E.D.*, núms. 3-4, mayo 1979, págs. 23 y ss.

- 1.º) Conocimiento y decisión de los procedimientos judiciales de extradición pasiva (12), sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiere tenido lugar el arresto del presunto extradicto.
- 2.º) Conocimiento de los recursos de apelación y queja que se interpongan contra las sentencias y demás resoluciones recurribles de los Juzgados Centrales de Instrucción.
- 3.º) Conocimiento de los recursos de apelación y queja que se interpongan contra resoluciones de los Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social (13).
- 4.º) Resolución de las cuestiones de competencia que se susciten entre Juzgados, Tribunales y Audiencia Nacional.

F) Contra las resoluciones recurribles y contra las sentencias que en única instancia dicte la Audiencia Nacional, en los supuestos de delitos graves, cabe recurso de casación ante la Sala segunda del Tribunal Supremo.

G) En el orden contencioso-administrativo la Audiencia Nacional conoce de los recursos que se formulen en relación con los actos dictados por los órganos de la Administración pública cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de las Comisiones Delegadas del Gobierno, cualquiera que fuere la materia, con excepción de los atribuidos a las Audiencias Territoriales y al Tribunal Supremo.

Contra las sentencias y resoluciones que se dicten en este orden judicial, cabe recurso ante el Tribunal Supremo en los mismos casos que proceda y en la forma que establece la ley ordinaria.

II. Los Juzgados Centrales de Instrucción son órganos jurisdiccionales unipersonales con jurisdicción en todo el territorio nacional que tienen atribuida la función de instrucción penal y en su caso, el fallo en procesos por delitos específicamente señalados por la ley.

Han sido establecidos por el Real Decreto-Ley 1/1977, en número de tres, residentes en Madrid y dependientes de la Audiencia Nacional.

A) Son órganos jurisdiccionales unipersonales, en cuanto que cada Juzgado Central está constituido por un solo Juez y por un secretario. Cada Juzgado tiene adscrito un Fiscal perteneciente a la Audiencia Nacional.

B) El Real Decreto-Ley citado crea tres, que son los actualmente existentes, aunque el Gobierno puede, si lo aconsejase el volumen de trabajo, aumentar este número.

(12) Para el concepto de extradición pasiva, véase PRIETO-CASTRO, G. de CABIEDES, *op. cit.*, págs. 424-425. También FENECH, *op. cit.*, págs. 277 y ss.

(13) Antes atribuidos a una Sala especial adscrita a la Audiencia Territorial de Madrid. Para entender de estos recursos se crea una Sala Especial integrada en la Audiencia Nacional compuesta por el Presidente y dos Magistrados de su Sala de lo Penal.

De estos tres Juzgados, los designados con los números 1 y 2 tienen competencia normal, ya que, sin especialidad alguna en cuanto al procedimiento que siguen, tienen atribuciones normales en orden a la instrucción, y en su caso, conocimiento y fallo de las causas por los delitos que se le asignan. En cambio, el Juzgado Central de Instrucción número tres queda constituido por el antiguo Juzgado de Delitos Monetarios y a éste se adscribe el personal administrativo y de investigación que prestaba sus servicios en él suprimido. El Juez y el Secretario, y el resto del personal auxiliar que se vaya designando en lo sucesivo, pertenecen a los respectivos Cuerpos de la Administración de Justicia. Este Juzgado acomoda sus actuaciones a la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938, con intervención del Ministerio Fiscal, quedando su competencia reducida a estas cuestiones.

C) Los Juzgados Centrales de Instrucción, tienen, como se ha dicho, competencia en todo el territorio nacional y pueden constituirse, cuando las circunstancias lo aconsejen, en cualquier lugar del mismo.

D) A los Juzgados Centrales núms. 1 y 2 le corresponde, con arreglo a la distribución que establezca la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional:

1.º) La instrucción de los procesos por delitos atribuidos al conocimiento de la Audiencia Nacional (14). Contra las resoluciones recurribles que dicten sus Jueces cabe recurso de apelación y, en su caso, de queja, ante la Audiencia Nacional. Concluida la instrucción estos Juzgados terminan los procedimientos y los elevan a dicho Tribunal para su conocimiento en juicio oral y público y fallo cuando existan procesados.

2.º) La instrucción, conocimiento, fallo en primera instancia y ejecución de las causas seguidas por los delitos indicados, cuando la pena que proceda imponer no sea superior a la de arresto mayor, privación (provisional o definitiva) del permiso de conducir, multa sin limitación de cuantía (15), o cualquiera de estas conjuntamente con las demás o con una de ellas.

Contra la sentencia que estos Jueces dicten cabe, únicamente, recurso de apelación ante la Audiencia Nacional (16).

(14) La instrucción constituye la primera de las fases del proceso penal español y es estudiada en las Unidades Didácticas 4 y 5 de Derecho Procesal II. El alumno que quiera tener un conocimiento anticipado de esta función puede consultar las mismas y las obras recomendadas.

(15) El artículo 4.º-dos del Real Decreto-ley 1/1977, se expresa en estos términos. No obstante, hay que señalar, que las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuyen el conocimiento y fallo a los Juzgados de Instrucción de causas por delitos castigados con multa no superior a 200.000 pesetas. Puede verse el artículo 14 LECrim., modificado por Ley 20/1978 en *Boletín de la U.N.E.D.*, núms. 3-4, mayo 1979, pág. 146.

(16) Un trabajo monográfico sobre esta materia del profesor MONTON REDONDO, aparece en los números 2 y 3/4 de la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, año 1979.

DERECHO INTERNACIONAL

CONDICION JURIDICA DEL EXTRANJERO: UNA LECTURA COMPARADA DEL TEXTO DE LA CONSTITUCION Y DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Por PEDRO A. FERRER SANCHIS (*)

En ocasiones anteriores (1), habíamos intentado poner de manifiesto como, en materia de condición jurídica del extranjero (uno de los clásicos sectores de la disciplina del Derecho Internacional Privado), podían existir algunos puntos de fricción, o, al menos, de no acomodación, entre el articulado de la Constitución española de 1978 y el de los dos Pactos Universales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1966, de los que era parte España desde el 27 de abril de 1977 (B. O. E. del 30), aplazando para más adelante el comentario de la situación que resultase tras la ratificación del «Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» de 1950. Este importante instrumento del Consejo de Europa había sido firmado por España el mismo día de su adhesión al Estatuto de la Organización, el 24 de noviembre de 1977. Finalmente, su ratificación (afectada por el proceso español

(*) Profesor Adjunto numerario de Derecho Internacional Privado, Valencia. Vocal del Patronato y Tutor del Centro Asociado de la UNED de Alcira.

(1) *Aspectos de Derecho Internacional Privado en la Constitución española*, en «Comentarios a la Constitución» preparados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Secretariado de Publicaciones (en prensa), 1979. También, *Algunas cuestiones internacionales en la Constitución española de 1978*, en «Lecturas sobre la Constitución», t. II, UNED, 1978, págs. 323-333; reproducido en «Estudios de Derecho internacional en Homenaje al profesor Míaja de la Muela», t. II, ed. Tecnos, Madrid 1979, págs. 1.073-1.082.

de renovación parlamentaria en 1979), se ha producido el pasado 26 de septiembre y el texto (con las modificaciones que en su día introdujeron los Protocolos Adicionales 3 y 5 de 1963 y 1966) ha aparecido en el *Boletín Oficial* número 243, de fecha 10 de octubre de 1979.

Incluso con anterioridad a la publicación del instrumento de ratificación antes citado, ya una importante Circular de la Fiscalía General del Estado (de fecha 30 de diciembre de 1978, número 7/78) (2) recordaba (si bien refiriéndose literalmente a los derechos «de los ciudadanos españoles») la virtualidad complementaria e interpretativa no sólo de la Declaración Universal de 1948 y de los Pactos Universales de los Derechos Humanos (en relación con el art. 10.2.º de la Constitución), sino también del Convenio del Consejo de Europa, entonces sólo firmado por España.

Como también señalábamos, la tendencia actual lleva a la progresiva difuminación de las antes clásicas figuras del «nacional» y el «extranjero», en cuanto sujetos titulares de un posible conjunto de derechos, ya que hoy cobra protagonismo el afirmar un amplio catálogo de los mismos en cuanto propios de la persona humana, sin margen de distinciones. Y ello no sólo a escala general o universal, sino también y más acentuadamente en el marco europeo y occidental, específicamente en la llamada «Europa de los Veintiuno» del Consejo de Europa.

Examinando ya en concreto el articulado del Convenio de Roma, vemos que sus artículos 2 y 3 vienen en líneas generales a coincidir con el artículo 15 de nuestra Constitución y con los artículos 6 y 7 del Pacto de 1966 sobre Derechos civiles y políticos, en cuanto a la protección de la vida y de la integridad física.

El artículo 4 sobre prohibición de la esclavitud o servidumbre es parangonable con el 8.º del referido Pacto de las Naciones Unidas, y en nuestra Constitución puede hacerse referencia al artículo 17 (derecho a la libertad) y al 30 (sólo referido a los españoles: defensa de España, servicio militar o civil y objeción de conciencia). De todos modos, el citado artículo 17 tiene su mayor paralelismo con el artículo 5 del Convenio de 1950, y el 9 y 10 del Pacto de 1966, respecto a garantías frente a detenciones ilegales.

Los artículos 6 y 7 del Convenio de Roma hacen amplia referencia a las garantías de orden penal y procesal de legalidad, en consonancia con los artículos 14 y 15 del Pacto de 1966 y 24 y 25 de la Constitución. Y asimismo, el artículo 8 del Convenio (derecho al honor y a la intimidad personal), encuentra su correspondencia en el 18 de la Constitución y 16 y 17 del Pacto de la O.N.U.

La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión tiene su plasmación en el artículo 9 del Convenio, así como en el 16 de la Constitución y en el 18 del

(2) Texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero 1979, (número 1.155) y en «Repertorio de Legislación Aranzadi 1979», número marginal 613, págs. 757 y ss.

Pacto de 1966. Y la libertad de expresión e información, objeto del artículo 10 del Convenio, encuentra su correspondencia en el artículo 20 de la Constitución y el 19 del Pacto de la O.N.U.

El artículo 11 del Convenio de 1950 hace referencia a las libertades de reunión, asociación y sindicación, reconocidas en la Constitución española en los artículos 21 y 22 y 28 respectivamente, y en los Pactos de la O.N.U., en el 21 y 22 del Pacto de Derechos civiles y políticos y en el 8 del de Derechos económicos, sociales y culturales (respecto de la sindicación).

Hasta aquí pues —dejando aparte diferencias terminológicas— no hay mayores discrepancias entre los tres textos jurídicos que comparamos, ya que todos predicán una serie de derechos y facultades respecto de toda persona, sea ésta nacional o extranjera.

La anomalía queda patente al comparar el alcance del artículo 12 del Convenio, derecho al matrimonio y la familia, enunciado con carácter general, al igual que el artículo 23 del Pacto de Derechos civiles y políticos, y el 32 de nuestra Constitución de 1978, que no obstante referirse en términos genéricos al «hombre y la mujer», se encuentra contenido en una Sección del texto fundamental sobre «Derechos y Deberes de los Ciudadanos». Esta anomalía con respecto a la posible situación de los extranjeros ya quedó manifestada en anteriores trabajos nuestros sobre el texto constitucional.

Los artículos que siguen en el Convenio, esto es, del 13 al 18 inclusive (hasta el fin, pues, del Título I) se refieren a los procedimientos de actuación de los anteriormente proclamados derechos y libertades, y que en el Pacto de 1966, con mejor técnica jurídica a nuestro entender, constituían una Parte II, previa al enunciado material de aquéllos. De este modo, los artículos 13 y 14 vienen en sus líneas generales a corresponder con el 2 y 3 del Pacto (recurso efectivo ante instancias nacionales y principio de no discriminación); el 15 (limitaciones en el supuesto de medidas excepcionales) con el artículo 4 del Pacto de la O.N.U.; y los artículos 16, 17 y 18 con el artículo 5 del instrumento últimamente citado. En nuestra Constitución, esta problemática encuentra su reflejo en el 14 (si bien aquí la no discriminación se halla referida literalmente a «los españoles») y 53 (también referido solamente a los «ciudadanos») y 55 (suspensión de derechos y libertades).

No entraremos aquí en el comentario de los artículos 19 y siguientes del Convenio de 1950, puesto que la materia que sigue (Títulos II y III) se refiere a la estructura y funcionamiento de los mecanismos de protección de los antedichos derechos (en paralelismo con los arts. 28 y ss., Parte IV del Pacto Universal de Derechos civiles y políticos de 1966). Diremos tan sólo que se echa de menos en este articulado del Convenio alguna referencia a la libertad de residencia y circulación, ampliamente reconocida por el artículo 12 del Pacto de las Naciones

Unidas y en cambio muy restringida a los extranjeros según la redacción del artículo 10 de nuestra Constitución, como en nuestros comentarios anteriores hemos puesto de manifiesto.

En conjunto pues, aparte del problema aludido en materia de libertad de circulación y residencia y de la cuestión meramente sistemática y terminológica referente al derecho al matrimonio y la familia, no existen mayores problemas entre el articulado de la Constitución y el contenido de los dos máximos instrumentos sobre derechos humanos escala universal y europea. Pero sí existe actualmente un acusado problema en esta materia de extranjería respecto a la legislación española de rango inferior al fundamental. Ciertamente, quizá hubiera cabido deducir, de manera análogica a lo sucedido en materia matrimonial, que la Constitución (y sus instrumentos conexos a tal efecto, Convenio de 1950 y Pacto de 1966) tenía eficacia directa e inmediata respecto a la condición jurídica de los extranjeros en España, con eficacia derogatoria del Decreto de Extranjería número 522 de 14 de febrero de 1974 y del Real Decreto 1874 de 2 de junio de 1978 sobre residencia y actividad laboral del extranjero en España; sumamente amplios eran en efecto los argumentos esgrimidos por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y Notariado del Ministerio de Justicia de 26 de diciembre de 1978 (B. O. E. número 312 del día 30) con la finalidad de entender modificado el régimen del artículo 42 del Código civil.

Pero sin embargo, una respuesta de la Fiscalía General del Estado a una consulta sobre adecuación del ordenamiento jurídico a las normas constitucionales (3) no sigue la misma pauta. La citada respuesta, después de referirse a «los muchos problemas de concordancia, adecuación y reforma de normas legales que se han de derivar de la promulgación del nuevo texto constitucional», indica que «en tanto no se atribuya la competencia y se articule el procedimiento judicial para la detención y expulsión de extranjeros indeseables... materias regidas hoy por el Decreto de Extranjería 522/74 de 14 de febrero... las normas... habrán de mantener su plena vigencia, pues de otra forma se crearía un vacío legal inadmisibles en un Estado de Derecho». «Los efectos derogativos de la Constitución son terminantes y absolutos respecto de las leyes que específicamente menciona en sus disposiciones derogatorias, y con tan rigurosa eficacia que alcanza también a las normas que hubieren reglamentado, desarrollado, completado o de cualquier otra manera traigan causa de las leyes expresamente derogadas». «Pero la fórmula general e indeterminada que contiene la cláusula 3 de tales disposiciones... no puede entenderse que siempre y en todo caso confiera a las normas

(3) Consulta 1/79, de 12 de enero. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1.156 de 25 de enero de 1979. Reproducido en «Repertorio de Legislación Aranzadi, número marginal 615, págs. 763-764.

constitucionales efecto derogatorio inmediato sobre los ordenamientos legales que estén o parezcan que están, a juicio del intérprete, en oposición con los principios que la Constitución establece». «Cuando el texto constitucional regula de modo completo una materia, sea en su parte dogmática o en la orgánica, claro es que su aplicación y fuerza derogatoria son inmediatos. Pero no es así cuando... la Constitución sienta principios rectores cuya inserción en ordenamientos tan complejos como el de extranjería..., así como en términos análogos aparecen el del procedimiento de extradición, tutela de menores, internamientos o aislamientos sanitarios y tantos otros que se deducen de la consideración del texto constitucional, que, por evidentes razones de seguridad jurídica, requieren en cada caso un ulterior desarrollo legislativo que había que esperar y al que habrá de estarse». «Es sabido que esta tarea revisora se halla en avanzado estado de preparación por los departamentos competentes... a fin de acomodar el ordenamiento jurídico a los preceptos y principios constitucionales.»

Queda por tanto perfectamente manifiesta la intención de que los dos controvertidos Decretos, de 1974 y 1978, se reputen como plenamente vigentes. En ello coincide asimismo la voluntad de la Administración, ya que, por ejemplo, en dos Ordenes Ministeriales, también se ha cuidado de afirmar su vigencia: una del Ministerio del Interior de 16 de mayo de 1979 (B. O. E. número 124, de 24 de mayo) sobre regulación provisional de la condición de refugiado en España (Cfs. la «Norma Séptima»), dictada tras la adhesión de nuestro país al Estatuto de los Refugiados y su Protocolo Adicional (aparecida en el B. O. E. número 252 de 21 de octubre de 1978); y otra Orden de la Presidencia del Gobierno de 4 de octubre de 1979 (B. O. E. número 241 de 8 de octubre) sobre regulación de permisos de trabajo de validez restringida a extranjeros. Por todo ello, la normativa sobre los extranjeros, no obstante la promulgación de la Constitución y la ratificación de los importantes instrumentos internacionales descritos, continúa siendo restrictiva y rigurosa, bajo la doble actuación de la autoridad gubernativa y la autoridad laboral, incluso en el supuesto de refugiados políticos, supuesto éste mayormente criticado. Sólo cabe pues desear que la anunciada nueva legislación sobre extranjería vea la luz lo más prontamente posible y pueda superarse en un sentido más satisfactorio la situación actual, puesto que la vía de una posible inconstitucionalidad de las disposiciones hoy vigentes, abierta tras la promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (número 2/1979, de 3 octubre, B. O. E. número 239 del día 5) se presenta como un interrogante.