

DR 29 699

En los siguientes minutos de la Revista de Derecho vamos a conocer las características generales y el origen del matrimonio en forma extraordinaria. Lo explica la titular de Derecho Canónico, doña María José C. Aurrez. La forma extraordinaria ha sido prevista y establecida por el Derecho para aquellos casos en que sea absolutamente imposible utilizar la forma ordinaria.

El Concilio de Treinto, que creó la forma ordinaria consistente en la celebración del matrimonio ante el párroco y dos testigos, no preveyó los casos en que tal modalidad de celebración no fuese posible. Pero la cuestión no tardó en plantearse. En los países de misión, donde se estaba extendiendo poco a poco la fe católica, era escaso el número de sacerdotes y podía ocurrir que fuese imposible encontrar ninguno, y menos el párroco, para poder celebrar un matrimonio entre católicos.

Y lo mismo ocurría en regiones de tradición católica en tiempos, por ejemplo, de guerra. Ante tal situación, los canonistas opinaron que la ley positiva y humana dictada por la Iglesia, imponiendo la forma ordinaria de celebración, no podía prevalecer en casos de imposibilidad de darle cumplimiento frente al derecho natural, divino, de toda persona a contraer matrimonio. Consultada la Santa Sede, inicialmente se mostró reacia a permitir matrimonios sin forma ordinaria, temiendo que ello supusiese la vuelta a matrimonios sin forma, con su carga de inseguridad e incertidumbre.

Pero pronto comprendió la necesidad de la excepción en los casos señalados, y la Santa Sede declaró en 1603 que allí donde no hubiese sacerdotes o éstos estuviesen obligados a vivir ocultos ante las persecuciones, los matrimonios de los católicos podrían celebrarse válidamente sin sacerdote, siempre que se mantuviese el resto de los requisitos de la forma ordinaria, es decir, la presencia de al menos dos testigos. Quedó claramente establecido que el recurso a esta forma extraordinaria solamente era válido ante la ausencia física de sacerdote, es decir, en las regiones en que no hubiese sacerdotes católicos o en que éstos estuviesen en paradero oculto para evitar el peligro de las persecuciones contra ellos. Así perseveró la situación durante cerca de dos siglos.

A fines del siglo XVIII, la Santa Sede amplió la forma extraordinaria introduciendo una modificación esencial. Añadió a los casos de imposibilidad física de presencia de un sacerdote los casos de imposibilidad moral de la misma. La modificación se produjo porque en algún lugar de la misión la ley de aquel lugar prohibía a los sacerdotes católicos, bajo severas penas, unir en matrimonio a los fieles católicos que no hubiesen contraído previamente matrimonio civil o protestante.

La Santa Sede autorizó que en estos casos entrase en juego la forma extraordinaria y fuese válido el matrimonio de los católicos celebrado únicamente ante dos testigos. Otro siglo más tarde, ya en 1863, se autorizó por la Santa Sede el matrimonio en forma extraordinaria, todavía en nuevos casos, cuando el párroco estuviese ausente y se preveyese fundadamente que tal

ausencia duraría un mes entero. Así estaba la situación cuando el Papa Pío X, a principios del siglo XX, mediante el famoso decreto *netémere*, reguló de nuevo por completo todo cuanto se refería a la forma del matrimonio en todas sus variantes y modalidades.

El decreto *netémere* reglamentó de forma global la forma extraordinaria. En él prácticamente se reconocen dos formas extraordinarias o dos variantes de la forma extraordinaria. La primera requería la presencia de un sacerdote cualquiera, no del párroco como requiere la forma ordinaria, y dos testigos, y podía recurrirse a ella para tranquilizar la conciencia, y si también fuese necesario para legitimar los hijos cuando un contrayente se encuentra en peligro de muerte inminente y no es posible recurrir al sacerdote competente, es decir, el párroco o el ordinario del lugar.

La segunda clase de forma extraordinaria sólo requería la presencia de dos testigos y era para los casos de imposibilidad absoluta de encontrar a sacerdote competente, en concreto los casos de efectiva ausencia durante un mes del recibido sacerdote. Esta era la situación histórica antes de la promulgación del Código de Derecho Canónico de 1917, que ha estado vigente hasta 1983. Aquel código aportó en este terreno algunas novedades.

Los cambios que introdujo sobre lo regulado en el decreto *netémere* fueron estos. Solamente existe una forma extraordinaria, no dos. La forma extraordinaria consiste en la celebración del matrimonio ante dos testigos, sin ser necesaria la presencia de ningún sacerdote.

En segundo lugar, tal forma puede aplicarse en casos de peligro de muerte para uno de los contrayentes, es decir, cuando su vida corra un peligro real. Y en tercer lugar, y asimismo, cuando la dificultad de acudir a un sacerdote por ausencia de ellos o por imposibilidad real de asistir, se prevea prudentemente que va a durar al menos un mes. Está en la práctica amplia que la facilidad dada a raíz del Código de 1917 para recurrir a la forma extraordinaria fue objeto de no pocas críticas.

Se afirmaba que favorecía una suerte de clandestinidad del matrimonio no siempre justificada. Su práctico automatismo facilitaba la contracción de matrimonios a la ligera, inconscientemente y no suficientemente preparados y meditados. Al dejar en manos de los propios contrayentes interesados la apreciación de si había motivo suficiente para utilizar la forma extraordinaria, se hacía posible un fácil fraude a la ley, evitando la forma ordinaria y sustituyéndola por una celebración sin suficientes garantías.

Pese a tales críticas, el Código de 1963 no ha alterado apenas la normativa sobre la forma extraordinaria del código precedente. Sin embargo, encontramos en él algunas novedades. Tal es, entre otras, la exigencia de un presupuesto previo para que se pueda recurrir a la forma extraordinaria.

Esta es la intención de contraer verdadero matrimonio y viene ello a evitar un inconveniente que quedaba anteriormente. Había personas que celebraban matrimonio en forma extraordinaria creyéndolo algo provisional, confundiéndolo con una celebración civil al no

asistir un sacerdote y no ponían verdadera intención de contraer matrimonio. Así, ésta se requiere ahora para que se pueda recurrir a la forma extraordinaria.

Hubo casos en que esos matrimonios eran anulados por la jurisdicción civil y no por la canónica, creándose situaciones muy confusas. Ahora debe quedar claro que la forma extraordinaria es una forma canónica de contraer y requiere verdadera intención de contraer matrimonio ante la Iglesia a quienes recurran a ella. Junto a ese presupuesto existen en el Código Actual una serie de circunstancias objetivas como requisitos para la validez del matrimonio celebrado en forma extraordinaria.

La primera de ellas es que no exista testigo cualificado, es decir, párroco o sacerdote competente, con potestad propia o delegada para celebrar la forma ordinaria, o que si lo hay no se pueda acudir al mismo sin arrostrar graves dificultades. La grave dificultad puede afectar tanto al sacerdote que se expondría a serios peligros si acudiera al matrimonio como a los contrayentes que se expondrían a serios peligros si avisaran al sacerdote, y se trata de graves dificultades tanto físicas como morales. La imposibilidad de existencia de ser objetiva y personal, con lo primero queremos decir que la imposibilidad del sacerdote para acudir a la celebración del matrimonio ha de responder a circunstancias reales y no a falsas apreciaciones subjetivas.

Si en la realidad no se diese la imposibilidad objetiva de acudir al sacerdote y sin embargo éste no acudiera, el matrimonio así celebrado sería nulo. Lo mismo hay que decir si la imposibilidad no es del sacerdote para acudir al matrimonio sino de los contrayentes para pedirle tal asistencia. Dado pues que efectiva y realmente objetivamente sea imposible física o moralmente la asistencia de un sacerdote a las denuncias, éstas se pueden celebrar en forma extraordinaria, es decir, prescindiendo del sacerdote y acudiendo sólo dos testigos, si tal ausencia del sacerdote competente va a durar un mes o si existe real peligro de muerte para uno de los contrayentes.

En ambos casos, en efecto, si se espera a que el sacerdote aparezca, puede haber muerto el contrayente en un caso o la espera para celebrar el matrimonio impuesta a los contrayentes resultaría demasiado larga en el otro caso. Respecto al peligro de muerte, digamos que basta con que afecte a uno sólo de los contrayentes sin que sea necesaria su inminencia, sino que el peligro sea próximo aunque luego los hechos desmientan esa prudente apreciación hecha a priori con toda seriedad. Es decir, no estamos ante un matrimonio in articulo mortis, en que uno de los contrayentes está efectivamente muriendo, sino que junto con esta situación cabe también la forma extraordinaria, en otros casos menos extremos, como la grave enfermedad en la que es previsible, aunque no sea de forma del todo inmediata, un fatal desenlace o bien ante la necesidad de emprender un viaje realmente peligroso con claro riesgo de accidente mortal o entrada inminente de combate en acción bélica o peligro real de naufragio.

La apreciación de tales peligros ha de hacerse con la prudencia propia de los actos humanos y si así se hace y se celebra un matrimonio en forma extraordinaria, no importa que luego la

muerte no tenga lugar para que aquella unión sea válida. Fuera del peligro de muerte será también válido y lícito el matrimonio celebrado ausente el sacerdote competente ante solamente dos testigos comunes, siempre que se prevea que tal estado de cosas, sin posibilidad física o moral de que acuda el sacerdote, como ya se ha explicado, dure al menos un mes. No basta el simple hecho de la ausencia del párroco, es necesaria la certeza moral fundada en hechos y razonamientos sólidos de que tal ausencia se prolongará durante un mes.

Tal apreciación es subjetiva y la han de hacer los contrayentes, si la han hecho a la ligera el matrimonio será nulo, si la han hecho con toda seguridad y basándose en datos objetivos el matrimonio así celebrado es válido, aunque luego resulte que la ausencia del párroco sacerdote competente durase de hecho menos de un mes. El mes empieza a contarse desde el momento en que todo está preparado para la celebración del matrimonio. Entre el 28 de junio y el 30 de julio se celebrarán en las sedes de Ávila, Veña, Valdepeña y Vitoria los cuartos cursos de verano de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y antes de pasar a la siguiente intervención quiero darles un pequeño avance de los títulos de los cursos específicos de derecho a los que podrán matricularse y que seguramente... En la sede de Ávila se celebra el futuro de las fundaciones en la sociedad española del 28 de junio al 2 de julio.

Monarquía parlamentaria dirigido por el Catedrático de Derecho Constitucional Antonio Torres del Moral, del 5 al 9 de julio. En la semana del 12 al 16 de julio se celebrarán dos cursos, uno presentado por el Departamento de Historia del Derecho sobre el Constitucionalismo Español, un debate intrahistórico, y el otro, ¿es obligatorio cumplir el derecho?, dirigido por los Catedráticos de Derecho Natural y Filosofía del Derecho Antonio Fernández Galeano y Benito de Castro Cid. Del 19 al 23 de julio a quien beneficia el gasto público en España, cuyos directores son los Catedráticos de Economía Política y Hacienda Pública Juan Jiménez Ullastre y José Manuel Virola.

Y en la última semana de julio, del 26 al 30, Europa después de más 3, se dirige al Catedrático de José Puente Aguirre. Buenas noches, profesora Torres del Moral. ¿Qué es el Tribunal Constitucional? El Tribunal Constitucional es un órgano relativamente novedoso en que encarna, digo relativamente novedoso porque ya en España en la Segunda República, pero que ahora los constituyentes en el año 78, también relativamente digo novedoso en este órgano, las relaciones.

Antes ha dicho que hay en otros países. ¿Quieres decir que son unos pocos o que no son en todos? Sí, son unos pocos nada más, son unos pocos y todo esto refleja una polémica ya bisecular acerca de este particular porque podría entenderse que el Tribunal Constitucional si vela por los derechos de los ciudadanos y por las relaciones, etcétera, pues podría parecer evidente, obvio, que es necesario en cualquier sistema político y sobre todo con la competencia que tiene de depurar el ordenamiento. Sin embargo, no existe más que en unos cuantos países.

¿Y por qué es así? Pues por una pluralidad de causas. En primer lugar porque en algunos países

como Estados Unidos, que es donde tiene su origen institucional, estas competencias se le encargaron o fueron asumidas, mejor dicho, por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, esto es, por el órgano supremo de la jurisdicción ordinaria y así ha venido evolucionando satisfactoriamente hasta la fecha. En cambio, en Europa no se llegó a ver la necesidad e incluso se creía en la inconveniencia de que un órgano diferente del Parlamento pudiera decir nada acerca de una ley aprobada por el Parlamento.

El señor Nacional es el representante de la voluntad general. Lo que dice el Parlamento como expresión de la voluntad general es ley y no debe haber ningún otro órgano que le enmiende la plana. Por eso, en toda Europa, la función tampoco, la función de velar por la constitucionalidad o juzgar la constitucionalidad de las leyes no estuvo encomendada tampoco al Tribunal Supremo ni a ninguno.

Por lo tanto, cabe la discusión de qué es más democrático, si tener un Tribunal Constitucional que vele por la constitucionalidad de las leyes y enmiende la plana al Parlamento o no tenerlo y darle la última palabra siempre al Parlamento como representante. No está por lo tanto tan claro que el tener Tribunal Constitucional sea lo democrático y no tenerlo sea antidemocrático. Se trata de dos opciones perfectamente legítimas de los países y de los constituyentes y se han creado Tribunal Constitucional.

Otros no lo han creado como Estados Unidos, pero sí le han dado esta función al Tribunal Supremo y otros ni una cosa ni otra. Así que la cuestión, el problema, está en tabla. Profesor Torres del Moral, ¿cómo se nombra el Tribunal Constitucional? La Constitución Española ha optado por un nombramiento en el que participan diversos órganos.

El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros, de los cuales uno será el presidente elegido por los propios miembros. Estos dos miembros se nombran a propuesta cuatro del Congreso de los Diputados, otros cuatro del Senado, dos a propuesta del Gobierno y otros dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Este origen plural parece prudente para que no sea el trasunto directo de la formación de un órgano, por ejemplo, del Congreso de los Diputados, que es la Cámara más importante, o menos todavía del Gobierno, porque el Tribunal Constitucional como órgano que corona el Estado de Derecho y que muchas veces tiene que disminuir cuestiones entre estos mismos órganos de poder, debe responder a una filiación, a un nombramiento, un origen que sea lo más neutro.

Bien, es verdad que algunos autores han puesto de manifiesto cómo las Cámaras, como el Congreso de los Diputados, tienen un extraordinario porcentaje de posibilidades de que el Congreso Constitucional refleje, porque, claro está, los Diputados podrían obtener dos o incluso tres, depende de los magistrados. Lo mismo puede suceder en el Senado y suele, además, en el Senado reflejarse una Cámara de tal manera que ahí también participaría y podría sacar otros dos u otros tres, también depende de sus efectivos numéricos y de las combinaciones. Más, como el Gobierno sale del Parlamento, concretamente del Congreso de los Diputados, y responde a la mayoría de ese Congreso, los dos que propone el Gobierno,

pues también.

Y por último, dado que el Consejo General del Poder Judicial es de nombramiento parlamentario, también en los nombramientos de esos vocales el partido que ha ganado las elecciones, por mayoría absoluta, tiene gran platicamiento. Por lo tanto, si vamos rastreando por una y por otro de los vericuetos de los lados, por los que a través de ellos se nombran todos los miembros del Tribunal Constitucional, vemos que, en efecto, puede haber una mayoría que haya sido propuesta por el grupo parlamentario o por los grupos parlamentarios. Pero eso no debe llevarnos a la idea del sexoso.

A mí no me parece mal e incluso no está del todo mal que el Tribunal Constitucional, en una medida, pues, sea sensible a los movimientos de la otra. Todavía peor, que la mayoría del pueblo vota un programa político, votación política, y el Tribunal Constitucional esté de espaldas, de tal manera que, seguramente, lo mejor es un término medio en el que esas mayorías se reflejen en el Tribunal Constitucional, más no tanto que pueda ambicionar la ecuanimidad o la neutralidad. Hay que tener en cuenta que, por otra parte, en otros países, por ejemplo, los magistrados, no hay magistrados, todos están nombrados por el Presidente de los Estados Unidos, o bajeta al Tribunal Supremo de los Estados Unidos de extraordinaria parcialidad.

Bien que se nota en diversas fases cuál es el origen de sus magistrados, pero otras veces los magistrados se independizan del nombramiento de presidente, se toman muy en serio su cargo y a veces le plantan cara a la política presidencial, y hay muchos episodios en que así sucede. Lo mismo sucede en el Tribunal Constitucional Español, que muchas veces ha declarado en Constitucional leyes que han sido propuestas o promovidas por el gobierno sin que se haya notificado antes de que suceda. ¿Qué competencias son las que tiene nuestro atributo? Tres, fundamentalmente.

De un lado, como hemos dicho antes, el juicio de la constitucionalidad de las leyes, el control de la constitucionalidad de las leyes, por dos vías. Una directa, la del recurso, mediante el cual quienes están legitimados para ello, en cuanto a diputados, en cuanto a senadores, presidentes del gobierno, etcétera, pueden recurrir ante el Tribunal Constitucional una ley, bien una ley de cortes, o una ley autonómica, o un decreto ley, un decreto legislativo, en cualquier caso una norma que tenga rango de ley, y el Tribunal Constitucional decide sobre el asunto. O bien puede ser por la vía incidental, esto es, cuando un juez o un órgano judicial, cualquiera que está conociendo de un caso, percibe que la ley aplicable a ese caso, y de la cual depende el resultado del mismo, pudiera ser inconstitucional.

Su entender tiene visos, claro, de inconstitucionalidad, entonces, como no puede dejar de aplicar la ley, porque está sometido al principio de legalidad, lo que hace es preguntar, o sea, cuestionar, eleva al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad, y suspende, naturalmente, pues a él lo suspende en trámite de sentencia, hasta que el Tribunal Constitucional indirizma el asunto. Si es inconstitucional, si lo declara inconstitucional, entonces

la norma no es aplicable a ese caso, y ya a ninguno otro, porque es expulsada del ordenamiento jurídico. Y si no es declarada inconstitucional, sino conforme a la Constitución, entonces el juez tendrá que aplicarla.

Esa es la facultad más antigua del Tribunal Constitucional, y la que da origen a la idea de que el Tribunal Constitucional es el órgano que vela por la constitucionalidad de las leyes. Es decir, es un legislador negativo que se acerque. En un Estado de derecho en el que existe el Tribunal Constitucional, o existe control de la constitucionalidad de las leyes, hay en realidad dos legisladores.

El Parlamento, que pone las leyes, y el Tribunal Constitucional, que puede expulsar esas leyes del ordenamiento. En mi caso es un legislador negativo. Pero junto a esa facultad, que seguramente es la más importante, se le ha venido adhiriendo al Tribunal Constitucional en Europa dos facultades más.

Una de ellas es la del amparo de los derechos y libertades, o de los derechos fundamentales. En España de los derechos fundamentales y libertades públicas que se encuentran recogidos en la sección primera del capítulo segundo de la Constitución, más el principio de igualdad, el derecho a la igualdad. Y que consiste en un último recurso cuando ha sido violado un derecho fundamental por un poder público o, habiendo sido violado por una persona particular, no se ha obtenido satisfacción en el órgano judicial correspondiente.

En cualquier caso, lo que se impugna es la sentencia como violadora del derecho fundamental. En ese sentido es la culminación de las garantías de los derechos. Y finalmente los conflictos de competencia, bien entre los órganos constitucionales entre sí, o bien entre los poderes centrales y los poderes autonómicos, o de los poderes autonómicos entre sí.

Y hay que decir que este realmente es el primitivo origen o la idea del Tribunal Constitucional. Mejor dicho, que es en los países compuestos, en los países federales, en los países regionales, aquellos países en los que hay un reparto de competencias territorial, donde más necesarios han sido los tribunales constitucionales o donde más necesario ha sido que un órgano, aunque sea el Tribunal Supremo, dirima entre los conflictos, los conflictos entre los órganos centrales y los órganos autonómicos o federales. De tal manera que se puede percibir cómo en los estados federales y en los estados regionales ha surgido la idea, y se ha promovido ello, de la jurisdicción constitucional, y allá donde no ha habido un estado compuesto, allá donde ha habido un estado centralizado, pues se ha sido más reacio a admitir órganos que velen por la constitucionalidad de las leyes.

Porque a la postre, el conflicto de competencias entre un órgano central y un órgano autonómico, o de dos órganos autonómicos entre sí, viene a equivaler a un juicio de constitucionalidad, porque la competencia le corresponde constitucionalmente a uno o a otro, y si es el otro el que la ha usurpado, realmente está actuando inconstitucionalmente. Para cerrar la visión general que estamos viendo del Tribunal Constitucional, una última pregunta. ¿Qué papel viene jugando en el sistema político español? Un papel decisivo.

Ha tenido muchas críticas en algunos episodios, como en el caso de Tomasa, o como en el caso de la sentencia sobre la ley del aborto, etc., ha habido mucho que hablar, pero haciendo un balance general de estos 13 años que vivo, cometido en dos terrenos. Uno, en el tema de los derechos y libertades. Su interpretación ha sido muy progresista sobre los derechos y libertades, dándole primacía a la libertad sobre los límites de los derechos, de un lado.

Y de otro lado, en el terreno del Estado autonómico. El título octavo de la Constitución es un caos, y el Tribunal Constitucional, con mucha paciencia a lo largo de 13 años, ha ido poniendo orden en el caos, y ahora la interpretación de los preceptos constitucionales sobre el caos es mucho más sencilla, claro, después del ímprobo trabajo del Tribunal Constitucional a lo largo de muchos años. No quisiera despedirle, profesor Torres del Moral, sin antes, aunque sea brevemente, nos comentar algo sobre los exámenes que ya los alumnos tienen la próxima semana.