

“Este trabajo recibió el accésit de la modalidad de Investigación de los *Premios Balbuena-De la Rosa-CEU* de Familia (2006), patrocinados por Dña. Manuela de la Rosa Bris y organizados conjuntamente por el Estudio Legal Pérez Alhama y la Universidad CEU San Pablo.”

1. Introducción

1. Las Bases describen, con una breve frase, el tema objeto del concurso: **¿Está en crisis el sistema matrimonial (español)?** Ello obligará a establecer claramente el pasado y el presente del mismo, así como a tratar de describir, en la medida de lo posible, las líneas previsibles que puede adoptar en el futuro. Se trata de un tema que ha preocupado en el último medio siglo a la mejor doctrina española¹. Nuestro sistema matrimonial resulta ser más que centenario y a lo largo de su dilatada historia ofrece singulares e, incluso, sorprendentes, singladuras que le distinguen de los de otros países continentales europeos. Por otro lado aquél aparece íntimamente vinculado con lo que podemos denominar concepción matrimonial romano-canónica que todavía subsiste, de alguna manera desdibujada, en el Occidente europeo y que, por causa de la colonización, se ha trasladado a otros continentes².

2. Pero quizá sea preciso comenzar por definir qué se entiende por **Sistema matrimonial**.

Del sistema matrimonial existe una noción estricta y otra amplia.

En sentido propio o estricto, el sistema matrimonial describe y regula las relaciones que el ordenamiento de

¹ Doy por conocida la doctrina sobre el matrimonio en general, tanto civil como canónica, por lo cual no la citaré, salvo excepciones. El tema propuesto ciertamente es inédito, aunque sobre aspectos parciales hay aportaciones sumamente valiosas y sugerentes (por ej. VILADRICH *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1984; NAVARRO VALLS, *Matrimonio y derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1994).

Ampliamente documentado es el trabajo reciente de CASTÁN VÁZQUEZ *La regulación histórica del matrimonio en España*, revista Verbo, nos. 433-434 (marzo-abril 2005). Se citará por la separata. Contiene asimismo datos de interés: GALLEGO GARCÍA *Los fundamentos filosóficos y políticos de las reformas de Derecho de Familia en el Código civil*, UNED (Madrid 1993), I, p. 132 ss.; *Los cambios de Derecho de familia en España (1931-1981)* (Valencia 2005).

El tema del sistema matrimonial vigente en España ha sido un tema recurrente, especialmente a partir de la reforma de 1981:

FUENMAYOR *El matrimonio y el Concordato* (Pamplona 1963); *El matrimonio y el Concordato español* Anales de la RAJL, núm. 21, 1989.

NAVARRO VALLS *El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978*, en VVAA *El hecho religioso en la nueva Constitución española* (Salamanca 1979).

LALAGUNA *La reforma del sistema matrimonial español* (Madrid 1983).

SEVILLA BUJALANCE *El sistema matrimonial español: fundamento, críticas y alternativas*, en la rev. *Comunio*, enero-junio 2004.

Sobre otras cuestiones colaterales:

LALAGUNA *Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el ordenamiento jurídico español* (Madrid 1972).

BARCIA MARTÍN *Matrimonio y libertad civil en materia religiosa*. (Santiago de Compostela 1976).

VVAA *¿Divorcio o indisolubilidad?* (Madrid 1978).

CASTÁN VÁZQUEZ, *Observaciones sobre la situación jurídica de las parejas no casadas*, Anales de la RAJL núm. 24, 1994, p. 141 ss.

IGLESIAS DE USSEL, *La familia y el cambio político en España* (Madrid 1998).

GARCÍA CANTERO *¿Unidad o pluralidad de modelos matrimoniales?* (Zaragoza 2003).

Id. Id. *¿Qué familia para el siglo XXI?*, Revista de Derecho Comparado (B.A.), número 9, I, p. 1 ss.

VVAA *Libro homenaje al Prof. Giménez y Martínez de Carvajal*, Univ. San Pablo-CEU (Madrid 2005).

² El concepto romano-canónico del matrimonio, a partir de la conquista y colonización, se generalizó en el continente americano, y se difundió con bastante amplitud en Africa (en el que ha tenido que coexistir con el *customary marriage*). En la India como herencia jurídico-cultural de la colonización inglesa, subsiste el concepto del *christian marriage* diferenciado del correspondiente a otras religiones existentes en el país. El Japón, como se sabe, trató de incorporarse a la cultura jurídica occidental a fines del siglo XIX, publicando un C.c. inspirado en el sistema del *Civil Law*. Siguiendo la sistemática del BGB alemán, regula el matrimonio en el Tit. II de su Libro IV, arts 731 ss; un jurista europeo en vano tratará de buscar en aquél una sección dedicada a la *celebración del matrimonio*, por la elemental razón de que, tal como la concebimos nosotros, no existe; es verdad que su cap. 1º trata precisamente de dicha materia regulando exclusivamente los requisitos para contraer matrimonio, así como la nulidad y anulabilidad del mismo. En realidad el matrimonio es un acto jurídico carente de forma, sujeto únicamente a la inscripción en el Registro familiar (art. 739) que, como dicen los traductores y anotadores del Cc, los profesores DOMINGO y HAYASHI, es constitutiva, ya que el Derecho japonés para la celebración del matrimonio no exige más requisito formal que la simple declaración de voluntad de los contrayentes, oral o escrita (con un formulario especial), en presencia o con la firma de dos testigos, ante el Oficial del Registro del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o del lugar de residencia del declarante a fecha de la declaración (*El Código civil japonés. Estudio preliminar, traducción y notas. Rafael Domingo-Nobuo Hayashi* [Madrid-Barcelona 2000], p. 223, n. 11). Resulta de tal dato normativo que, al alba del siglo XX que tantos cambios iba a suponer para el país, el Japón *importó* la envoltura del matrimonio occidental, pero no su sustancia (como se sabe, en la Europa cristiana, a partir del Decreto *Ne temere* el intercambio de consentimiento de los esposos ha de prestarse necesariamente ante el sacerdote).

un país mantiene, en general, con el matrimonio religioso y, en particular, con el matrimonio canónico. Es el caso de nuestro país, en atención a las estrechas y constantes relaciones que, a lo largo de su historia, han mantenido el Estado y la Iglesia Católica, y representa asimismo la situación en que todavía se encuentran estados tales como Italia, Portugal, Polonia, Croacia, Eslovenia, Malta etc.

Se diferencian así por la doctrina: a) el sistema de *matrimonio religioso obligatorio* (vigente en España desde el Auto Acordado de Felipe II hasta la LMC de 1870; hoy, por circunstancias muy singulares, sigue aplicándose todavía en el Estado de Israel, y, debido a la enorme influencia del Corán en la vida de sus creyentes, se da asimismo en la gran mayoría de países mayoritariamente musulmanes); b) el sistema de *matrimonio civil obligatorio*, que en el pasado lo ha sido de forma derivativa, es decir, se ha llegado al mismo debido al abandono de otro anterior por causa de una revolución, guerra, cambio de forma de estado, causas religiosas, etc. (Francia, como fruto de la Revolución Francesa; los países alemanes, como resultado de la Reforma; Rusia, por efecto de la Revolución de Octubre; Austria, como imposición del *Anschluss* en 1938); c) el sistema de *matrimonio civil facultativo* (Italia, en aplicación del Tratado de Letrán; Portugal, por efecto del Concordato de 1940; en general, después del Vaticano II, es el habitual que se establece en los países católicos que suscriben Acuerdos con la Santa Sede); d) todavía cabe hablar de un sistema de *matrimonio civil subsidiario*, cuando resulta preponderante el religioso canónico (que fue el resultante de la redacción primitiva del art. 42 Cc español); e) por último, suele hablarse también de un sistema matrimonial *latino*, o f) *anglosajón* (también denominado *escandinavo*); el primero es el que habitualmente pacta la Santa Sede; el segundo cuando el Estado unilateralmente acepta que los ciudadanos puedan casarse civilmente compareciendo ante un Ministro de la religión reconocida previamente por aquél. Esta última, en realidad, es una modalidad, un tanto atípica, del matrimonio civil obligatorio, que no ha aceptado la Iglesia católica en los Acuerdos o Concordatos que firma con los Estados, y que, últimamente algunos pretenden – errónea e interesadamente - haber pactado con la Iglesia católica (es el caso del Acuerdo Jurídico de 1979 con el Estado español).

En sentido lato cabe afirmar que todo país posee un sistema matrimonial propio, es decir, una filosofía que ha servido a cada legislador para plasmar en la normativa correspondiente su específica concepción sobre el matrimonio y, derivativamente, respecto de la familia en su conjunto. Esta noción, por su amplitud, resulta de escasa utilidad para nuestro objetivo dado que, entre las civilizaciones actuales, hay numerosas concepciones sobre el matrimonio y la familia, algunas de las cuales poseen escasos elementos en común³. En cambio resulta indudable que en el Occidente europeo se ha ido forjando una concepción romano-canónica del matrimonio⁴, plasmada inicialmente en las *Decretales* y restante legislación canónica medieval, que luego a lo largo de la Edad moderna, ha sido recibida, en mayor o menor medida, por las legislaciones civiles del continente europeo, dando origen a variedades de un único modelo, vigente, al menos, hasta el último tercio del siglo XX. En esa concepción nuestro país ha participado y en ella se ha inspirado; por ello, hasta muy recientemente, podía decirse que la legislación española se había inspirado, en sus líneas generales, en la indicada concepción romano-canónica del matrimonio como única unión sexual legalizada, entre un hombre y una mujer, basada en la prestación del consentimiento de ambos cónyuges en la forma solemne establecida por la ley; durante siglos y hasta época reciente, la unión matrimonial se entendía *for life* (según la doctrina del famoso Juez inglés Lord Penzance), si bien la casi absoluta generalización de la ruptura legal

³ Por ej. parece que las religiones tradicionales del Japón ejercen actualmente escaso influjo social en lo relativo al matrimonio y la familia. Por contraste, el culto a los antepasados sigue vivo entre las actuales generaciones hasta el punto de promocionar una modalidad de adopción de mayores de edad para lograr la continuidad de aquél. Por otro lado no parece fácil comparar la concepción del matrimonio en el Corán con la canónica.

⁴ Sabido es que el Derecho Romano acuñó conceptos-clave del Derecho actual del matrimonio y de la familia, empezando por la propia definición de aquél (*coniunctio maris et foeminae consortium omnis vitae, divinae et humanae iuris communicatio*), previendo ciertos requisitos de validez y causas de divorcio. No acertaron, en cambio, a definir con acierto su esencia, ni a prever una forma de celebración e inscripción en algún registro público. Cabría decir que el Derecho Romano proporcionó una vestidura jurídica vacía de contenido, que fue encargado de rellenar el Derecho canónico. En general cfr. X. D'ORS *Principios y criterios fundamentales de estructuración del sistema matrimonial en el Derecho romano*, en Actas del V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico, sobre *Libertades fundamentales y sistema matrimonial* (Pamplona 1990) I, p. 1 ss. amplia exposición del tema con abundantes referencias bibliográficas en IGLESIAS, *Derecho romano*, 6ª ed. (Barcelona 1972) p. 547 ss.

del vínculo a lo largo del s. XX ha sustituido la nota de unión indisoluble por la exigencia de tratarse de una unión duradera de modo que permita cumplir los fines de la institución (y no esas pseudouniones, más o menos de duración trimestral o, incluso, instantánea que propone y parece auspiciar el legislador español del 2005). Ciertamente, en esa variada y heterogénea legislación coexisten actualmente, en no fácil armonía, junto al matrimonio canónico y a las diversas modalidades de matrimonio cristiano (ortodoxo —originado por el Cisma griego del siglo XI—, anglicano, reformado), el *mariage republicain napoléonien et laïque*, el *matrimonio concordatario italiano*, y las diversas variedades de matrimonios civiles, más o menos laicos, más o menos estatalizados, más o menos alejados de la originaria concepción canónica.

3. Desde sus albores la Monarquía española, con base en la Escolástica medieval, entendió que el matrimonio era una de las *res mixtae*, es decir una de las materias cuya competencia era compartida entre dos sociedades perfectas como la Iglesia y el Estado, cuya autoridad separada (*in spiritualibus et in temporalibus*) se ejercía sobre los mismos sujetos. Aceptó sin objeciones que la Iglesia definiera el matrimonio y regulara los requisitos de celebración del mismo, así como las causas de separación y nulidad, con atribución de competencia exclusiva de sus Tribunales en estas materias, compitiendo correlativamente al Estado todo lo relativo a los efectos civiles de aquellas resoluciones. Hasta se llegó a hablar de una *recepción* del Derecho canónico por parte del Estado. Con la Reforma protestante se ponen en tela de juicio las competencias de la Iglesia Católica en materia matrimonial, negando, incluso, el carácter sacramental del matrimonio, por lo cual se atacan las bases mismas de este sistema matrimonial. La Ilustración, por su parte, trató al matrimonio como simple contrato civil, abriendo el camino a la generalización del divorcio. Pero estas ideas tardan en llegar a nuestro país, y lo hacen con escasa fuerza. Las dos Repúblicas españolas van a suponer un cambio drástico en el sistema matrimonial, aunque las aguas vuelven su cauce con la promulgación del Cc y su rehabilitación después de la Guerra Civil, siendo ratificado por el Concordato de 1953. Con todo, el propósito estatal ampliamente manifestado en Europa y en Hispanoamérica, de recabar para sí la plenitud de competencias en materia matrimonial, triunfa definitivamente en España, de modo un tanto sorprendente, al desarrollarse por ley ordinaria los arts. 32 y 39 de la Constitución de 1978, forzando la interpretación del Acuerdo Jurídico de 1979, y así se logró dar otra vuelta de manivela a nuestro sistema que últimamente recibirá el *golpe de gracia* con las Leyes del 2005 sobre el llamado matrimonio homosexual y la nueva regulación de la separación y del divorcio.

Sin suficientes explicaciones por parte del legislador, cabe conjeturar que se ha intentado un cambio de sistema matrimonial ; además se ha producido la salida —un tanto sigilosamente— del círculo, al que pertenecíamos, de los países europeos inspirados en la concepción romano-canónica del matrimonio, dando un paso en el vacío que no se sabe muy bien a qué dirección conduce; parece que, además, se va a consagrar la ruptura del monismo matrimonial añadiendo al matrimonio legal otras uniones sexuales reconocidas, las cuales, según el TC, ostentan, junto al matrimonio, un no idéntico, aunque sí parecido rango; se ha llegado a eliminar, finalmente, el contenido del matrimonio garantizado por el art. 32 CE con un meditado plan de vaciamiento jurídico de la institución al permitir se solicite la separación y el divorcio sin alegación de causa. Inicialmente, por tanto, la respuesta al interrogante que plantean las Bases del concurso sólo puede ser afirmativa.

4. Adviértase que el sistema matrimonial de un país, y del nuestro en particular, no es una mera cuestión jurídica o religiosa. Es cierto que hay unos preceptos constitucionales y civiles que han de interpretarse, hay Acuerdos o Tratados entre la Iglesia católica y otras Confesiones, y el Estado, que siguen en vigor. Pero sobre todo hay una tradición jurídica española que ha pasado a formar parte del acervo de nuestro patrimonio espiritual y cultural que no puede echarse por la borda mediante una alegre y sectaria decisión de un gobierno. Ciertamente la ideología partidista ha influido en los cambios, a veces inexplicables, en nuestro sistema, y

en este sentido parece claro que las dos Repúblicas proclamadas en los siglos XIX y XX han contribuido a introducir, en nuestro ordenamiento jurídico, el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular; pero no se olvide que la reintroducción del divorcio se ha realizado —como se verá (v. *infra* núm. 23)— por el Gobierno de la UCD, de centro-derecha, con participación de políticos auto-proclamados de católicos⁵. Por otra parte la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y otros textos internacionales posteriores habían contribuido a profundizar en la doctrina escolástica del *ius connubii* como derecho fundamental de la persona, sin que, por otra parte, un supuesto *derecho a no casarse* —manipulado para revalorizar la unión de hecho— haya logrado hasta ahora verse reconocido y parangonado con el primero⁶. Tampoco un supuesto *ius divortiandi* integrante de los derechos humanos ha sido reconocido por el TDH de Estrasburgo⁷. Probablemente la Declaración sobre libertad religiosa del Vaticano II coadyuvó, más que otro factor, a clarificar el tema del sistema matrimonial en los países de tradición católica, permitiendo superar entre nosotros la originaria interpretación del art. 42 en favor de un sistema claramente facultativo. Aunque el proyecto de la llamada Constitución Europea se encuentra, de momento, paralizado, no parece que de su contenido pueda derivarse un sistema matrimonial vinculante para todos los miembros de la UE. Así, sin desconocer la existencia de proyectos encaminados a uniformar el Derecho de Familia europeo, de escaso futuro por ahora, parece razonable pensar que cada Estado, de acuerdo a sus tradiciones, es, y seguirá siéndolo en el futuro, el único responsable de establecerlo⁸. Habrá que contar, en un régimen democrático, con la libre discusión de las ideas utilizando todos los medios de difusión al alcance de todos los grupos y ciudadanos. En el presente estudio me limito a exponer los aspectos doctrinales y científicos del tema, por entender que los juristas tenemos el derecho y el deber de servir a la comunidad, al realizar aquel tipo de trabajo, con la mira puesta en el bien común. Otras entidades beneméritas, y distintas organizaciones pueden disponer de medios para llegar al gran público y formar la opinión que influya —y, en su caso, haga rectificar— a los políticos.

⁵ El Prof. MARTÍN LÓPEZ, en el Prólogo a la obra de GALLEGO GARCÍA *Los cambios del Derecho de familia etc* cit. p. 24, explica que “en la lucha por controlar espacios de opinión, los partidos de derecha y de centro derecha, que concurren en las elecciones de 1977, se corrieron hacia posiciones tradicionalmente de izquierdas”.

⁶ Véase a este respecto GARCÍA CANTERO *¿Derecho a no casarse?*, en AC, núm. 1, enero 2004, p.14, quien niega tajantemente su relevancia jurídica como derecho subjetivo; se trataría de una mera manifestación de libertad negativa.

⁷ A diferencia de la igualdad de trato entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, que fue la *ratio decidendi* de la s. del caso *Marcxs vs. Bélgica*, condenando a este país a modificar su legislación sobre los últimos, en cambio en el caso *Johnston vs Ireland*, manteniendo idéntico fallo sobre el derecho irlandés de filiación, denegó la condena por el motivo de que Irlanda en aquella época no contemplaba la ruptura legal del vínculo, circunstancia alegada por el recurrente. Por lo demás es sabido que en el último grupo de países ingresados en la UE figura Malta que es el único país europeo que no admite el divorcio, el cual ha hecho una reserva al formalizar su ingreso en el sentido de que la eventual ruptura legal del vínculo en el futuro del país será exclusiva decisión de sus órganos legislativos internos.

⁸ Conocido es el caso holandés pues este país se ha convertido en una especie de *laboratorio jurídico* en materia familiar. No sería sensato seguir su senda de reformas audaces y, por lo visto, poco meditadas. No parece serio que en la doctrina jurídica de ese país, algunos autores propugnen una especie de *triparentalidad*, respecto de un menor, la que puede presentarse inopinadamente al permitirse legalmente adoptar a los componentes de una pareja homosexual. Tal hecho difícilmente puede aceptarse que convenga al adoptado; y tampoco parece conveniente al menor que, a consecuencia de los diferentes modelos sexuales legalizados pueden afectarle hasta cinco situaciones jurídicas diversas en que puede hallarse un menor respecto de sus padres legales. Después de haber luchado por hacer desaparecer toda discriminación entre los hijos por razón de su origen ¿cómo es posible que ahora reaparezcan desigualdades de derechos y obligaciones respecto de aquéllos? Probablemente hay otra razón para ser escépticos de las reformas familiares neerlandesas, a saber, que el casi millón de ciudadanos que con anterioridad a ellas, convivía sin estar casados, no está mostrando grandes deseos de salir de semejante situación acogiéndose a alguno de los múltiples modelos legales sexuales (intercambiables entre sí) que le ofrece su generoso ordenamiento.

2. Origen y evolución histórica del sistema matrimonial español

2.1. La Pragmática de Felipe II aprobada por Real Cédula de 12 de julio de 1564

5. Hay consenso en la doctrina familiarista de los países europeos occidentales en aceptar que la institución matrimonial debe su origen moderno a las aportaciones de la doctrina canonista medieval, cuyas últimas formulaciones se normativizan por primera vez en el Concilio de Trento, con el apoyo básicamente formal y terminológico de las fuentes romanas, y algunas influencias germanas (por ej. en relación con los esponsales)⁹. El matrimonio es, simultáneamente, un sacramento para los bautizados y una institución básica para la sociedad civil. Advértase que esta doctrina matrimonial, a diferencia de otras, aspira a la universalidad de su aplicación con base en la institución del *matrimonium naturale*. Para el Derecho canónico el *jus connubii* pertenece a todos los seres humanos por exigencia del *Jus Naturale*, aunque la persona no haya recibido el bautismo. Este *matrimonium naturale*—por tanto, no sacramento— es monógamo, heterosexual e indisoluble (salvo los casos de aplicación de los llamados privilegios paulino y petriño, de carácter excepcional e interpretación restrictiva). Todo ello pese a los casos recogidos en el Antiguo Testamento de poligamia y repudio, cuya interpretación ha dado origen a un amplio debate en el que aquí no puedo entrar. Basta añadir que Jesucristo restableció la prístina concepción del matrimonio natural atribuyendo las desviaciones veterotestamentarias a la proverbial *duritiam cordis* del pueblo elegido. Resulta comprensible que no fuera instantáneo el profundo cambio que la Iglesia Católica trajo a la regulación del matrimonio en la Edad Media; parece que, más o menos, a partir del siglo XI, aquella ostenta y ejercita en el mundo romano-germánico, amplias competencias respecto del matrimonio de los bautizados, legislando sobre los requisitos de validez, y resolviendo con plena y exclusiva jurisdicción los pleitos sobre nulidad y separación de sus fieles. Los diversos reinos cristianos, por su parte, reconocen la competencia exclusiva de la Iglesia para fijar los requisitos de existencia y validez del matrimonio, así como las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos *in spiritualibus*, al tiempo que los Estados se consideran únicos competentes para determinar sus efectos civiles. El matrimonio se convierte así en una de las *res mixtae* que obliga a ponerse de acuerdo al poder religioso y al civil. Este régimen de armonía y pacífica coexistencia se interrumpe bruscamente por la Reforma protestante cuya doctrina atacará a uno de los fundamentos básicos de la buena entente entre ambos (v. *supra* núm. 3).

6. La Reforma protestante triunfa en diversos territorios europeos (varios Estados alemanes, la totalidad de los Países nórdicos etc), aplicándose en último término, y de modo tajante, la regla *cuius regio, eius religio* que supuso que la confesión religiosa abrazada por quien estaba al frente de la organización política, hubo de ser seguida inexorablemente por todos sus súbditos. La teología luterana alteró radicalmente la concepción del matrimonio en los países reformados pues éste ya no se consideró como uno de los sacramentos, dejando, por tanto, de ser tratado como una de las cuestiones mixtas, sino más bien como materia exclusivamente temporal y, por tanto, de la exclusiva competencia del poder civil, quien detentaba facultades absolutas para su regulación. Ciertamente que los fieles reformados seguían acudiendo a su Iglesia respectiva con motivo de la celebración (civil) de su boda, dando ocasión a que los Pastores de las distintas confesiones dispensasen una bendición religiosa a los contrayentes (un acto, diríamos, *de devoción* que en nada afectaba ni a la validez, ni a los efectos de la unión civilmente celebrada). Interesa consignar que el Anglicanismo, al romper con Roma, actuó con mayor lentitud a la hora de modificar su concepción matrimonial; buena prueba de lo

⁹ Hay que estar de acuerdo con NAVARRO VALLS, *Matrimonio y derecho*, cit. p. 24 en que, aparte el carácter sacramental del matrimonio de los bautizados, la Iglesia aporta a esta nueva concepción el redescubrimiento de la indisolubilidad, difícilmente concebible en los años postreros de la civilización romana.

dicho es que hay que esperar a mediados del s. XIX para que el Parlamento inglés promulgue la primera ley de divorcio encomendando a los jueces pronunciarlo, pues hasta entonces la ruptura legal se otorgaba, caso por caso, a través del procedimiento largo y costoso de promulgar una ley. Aparte de los cambios acarreados por la reforma protestante en los países oficialmente de esta confesión, hay que señalar también como *efecto colateral* la necesidad de resolver el problema de las minorías reformadas existentes en países oficialmente católicos; tras no pocos conflictos —algunos sangrientos— se optó por crear la figura del matrimonio civil para legalizar las uniones celebradas por quienes no tenían acceso al único matrimonio oficial. Así por primera vez aparece éste en las provincias holandesas.

La Reforma, en consecuencia, divide en dos grupos a los países europeos en relación con la regulación del matrimonio. En los países reformados el matrimonio pasa a ser, de modo general, materia exclusivamente civil, incluso con divorcio vincular. En los países católicos la Iglesia Católica sigue teniendo competencias exclusivas sobre la constitución del vínculo y sus vicisitudes jurídicas, correspondiendo a las nuevas Monarquías absolutas, la regulación de sus efectos civiles. Simultáneamente empiezan a surgir algunas doctrinas que reclaman para el Estado mayores atribuciones en materia matrimonial (Escuela galicana en Francia), y que culminará con la Ilustración y la Revolución Francesa.

7. A España, como se sabe, no llegó la Reforma y se mantuvo oficialmente la doctrina canónica sobre el sistema matrimonial a través de la Real Cédula de Felipe II de 12 julio 1564 (reiterada por las leyes de 23 febrero 1823 y 7 enero 1837¹⁰, ulteriormente recogida en la *Novísima Recopilación*, I, 1, 13), la cual dispuso en los siguientes términos:

*Cierta y notoria es la obligación de que los Reyes y Príncipes cristianos tienen a obedecer y guardar y cumplir, y que en sus reinos, estados y señoríos se obedezcan, guarden y cumplan los decretos y mandamientos de la Santa Madre Iglesia (...). Nos como Rey Católico y obediente y verdadero hijo de la Iglesia, queriendo satisfacer y corresponder a la obligación en la que somos, y siguiendo el ejemplo de los Reyes nuestros antepasados, de gloriosa memoria, habemos aceptado y recibido el dicho sacrosanto Concilio; y queremos que en nuestros Reynos sea guardado, cumplido y ejecutado.*¹¹

Al margen de las dificultades hermenéuticas que supone el estilo de redacción de la transcrita Real Cédula, no cabe duda que Felipe II decide aceptar plenamente la doctrina tridentina sobre el matrimonio canónico, llegando algunos a defender la existencia en sus términos literales de una verdadera *recepción* de la normativa canónica por parte del derecho español. Sea de ello lo que fuere, con la transcrita disposición este último se alinea junto a los estados católicos europeos frente a los protestantes, y así aquéllos, con diversas fórmulas, siguen siendo fieles a la doctrina tradicional ya expuesta. Ha de reconocerse que la Real Cédula filipina dejaba sin resolver el matrimonio de los grupos sociales religiosamente disidentes. Sociológicamente cabe pensar que, entre nosotros, y en aquel momento histórico el número de disidentes religiosos era mínimo respecto a la población total.

8. Después de 1564 la situación va a seguir evolucionando en Europa con el movimiento de ideas de la Ilustración y la Enciclopedia, y, sobre todo, con la Revolución Francesa que va a significar una ruptura total

¹⁰ Citadas por DELGADO IRIBARREN *El divorcio* (Madrid 1932) p. 147.

¹¹ Con razón se destaca por la doctrina actual el paralelismo existente entre la regulación del matrimonio en las *Partidas* con la normativa de las Decretales (así CASTÁN VÁZQUEZ, *La regulación histórica etc.* cit. p. 253); basta consultar en la Partida 4ª la definición de matrimonio (*matrimonio es ayuntamiento de marido, e de mujer, fecho con tal intención de vivir siempre en uno, e de non se departir*), sus orígenes y fines señalados en el Antiguo Testamento y en San Pablo, así como en la regulación del divorcio imperfecto, o separación de cuerpos. Creo, sin embargo, por mi parte, que no resulta adecuado establecer en aquel *corpus* alfonso el arranque del sistema matrimonial español por las dificultades por las que inicialmente atravesó dicho texto legal para ser reconocida su vigencia en toda España, y también por regular la figura de la *barraganía* que – al margen de su valor como precedente de ciertas normativas actuales de las uniones de hecho – atentaba contra la unidad del modelo matrimonial, principio básico de la concepción canónica. Todo ello sin perjuicio de reconocer que la regulación del matrimonio en las *Partidas* constituye, en general, un buen ejemplo de respeto a la doctrina canónica del matrimonio.

con *l'Ancien Regime*, todo lo cual implicará un giro decisivo en la regulación jurídica del matrimonio. Sin necesidad de profundizar ahora en el desarrollo y consecuencias de ambos hechos históricos, cabe decir que mientras la Reforma representó una honda conmoción religiosa en la sociedad europea de los siglos XVI en adelante, la Revolución Francesa, a fines del s. XVIII, alterará radicalmente los fundamentos políticos de una sociedad que, en buena parte, no había roto amarras con el Antiguo Régimen. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano toma postura sobre el matrimonio y advierte que *la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil*; ello significará un enfrentamiento radical con la concepción matrimonial vigente en los países católicos, mientras que en los protestantes no suscitará graves discrepancias. Por primera vez en Europa el Estado negaba resueltamente a la Iglesia en general, y a la católica en especial, competencia jurídica en la regulación del matrimonio, y, por derivación, en toda la temática familiar. Para el Estado el matrimonio no pasaba de ser considerado como uno más entre los negocios jurídicos patrimoniales, lo que significaba inmediatamente la eliminación de la indisolubilidad esencial del matrimonio canónico; en consecuencia se negaba competencia a los Tribunales eclesiásticos para conocer de las causas de nulidad y separación, y las resoluciones de aquéllos no serían en adelante reconocidas por el Estado a efectos civiles. En buena parte, los principios revolucionarios (*liberté, égalité, fraternité, laïcité*) serán recogidos e inspirarán visiblemente el Código civil de 1804, también denominado *Code civil de Napoléon*, ampliamente difundido e imitado a lo largo de los siglos XIX y XX, en toda Europa y en otros continentes, y la secularización del matrimonio se va a extender por doquier como un supuesto principio progresista y avanzado, enfrentándose, en lucha desigual, con la concepción católica del matrimonio y de la familia, sostenida por algunos países católicos con el apoyo de los Concordatos u otros Acuerdos celebrados entre la Santa Sede y los Estados respectivos. Con todo, la evolución ulterior no progresará de modo lineal.

9. La materia matrimonial —siguiendo en este punto a la teología reformada—, deja de ser una de las *res mixtae*, convirtiéndose en una institución meramente civil, en cuya regulación, ni la Iglesia Católica, ni otras confesiones religiosas (incluido ahora el Islam) tienen nada que decir. Ahora bien ¿en qué tipo o modelo matrimonial va a inspirarse el legislador estatal en esta nueva fase de la institución? Resulta claro que, inicialmente, el modelo de matrimonio civil secularizado va a inspirarse, con mayor o menor fidelidad, en la doctrina romano-canónica anteriormente expuesta, lo que se comprueba siguiendo paso a paso las sucesivas etapas del *matrimonium in fieri* (desde la preparación lejana con los esponsales, y la próxima con el expediente matrimonial) para comprobar que se cumplen los requisitos de capacidad, hasta la celebración solemne ante la autoridad competente, con lectura incluso de las obligaciones recíprocas que surgen del matrimonio; hasta el matrimonio *in facto esse* (vicisitudes del posterior vínculo, una vez inscrito, ya se trate de las causas de nulidad, separación o divorcio en sentido pleno)¹². A lo largo del siglo XIX y durante la primera mitad del XX puede encontrarse todavía un claro paralelismo en la celebración de los matrimonios civiles (tanto en un sistema exclusivo como facultativo) en los países europeos, en orden a los requisitos de existencia y validez, impedimentos y causas de nulidad entre la regulación canónica y la civil del matrimonio, con exclusión de la sacramentalidad e indisolubilidad del vínculo, hasta el punto de haberse encontrado una base común bastante amplia en relación con la misma. Poco a poco las diferencias se ampliarán hasta poner en duda esa comunidad de concepción matrimonial (la supresión del impedimento de impotencia oscurece la razón de ser del matrimonio civil; la sucesiva ampliación de las causas de divorcio va socavando la noción institucional del matrimonio etc.). Ciertamente este proceso de secularización matrimonial no ha alcanzado el mismo grado en todos los países europeos. Tampoco en España las reformas del siglo XX van a desvirtuar íntegramente el sistema matrimonial, a diferencia de lo sucedido con las Leyes de 2005, como luego expondré. La reforma protestante no llegará a nuestro país, y sólo lo hará por vía indirecta, a fines del siglo XIX. Las ideas de la Ilustración tendrán algún eco en el Proyecto de García Goyena (atribución a los Tribunales civiles de las causas de *divortium quod ad thorum vel cohabitationem*), y de modo efímero en la primera LMC de 1870.

¹² Es curiosa la observación del *Doyen* CARBONNIER, relativa a que la ceremonia del *mariage civil laïque devant le Maire* no puede competir con cualquiera celebración canónica del sacramento del matrimonio. Algo similar ha ocurrido en España después de 1981, al incrementarse el número de bodas civiles, desarrollándose una razonable campaña social dirigida a dignificar de hecho, en cada uno de los Municipios españoles, la celebración de los matrimonios civiles.

2.2. El primer intento (*con sordina*) de secularización del matrimonio en España: La primera Ley de Matrimonio Civil de 1870 y sus vicisitudes

10. Mientras en la mayoría de países europeos durante los siglos XVIII y XIX se produce un vivo debate sobre la regulación del matrimonio y sobre la pretensión estatal de una competencia exclusiva sobre esta materia, que conduce en mayor o menor medida, a la secularización de la institución matrimonial, y a la admisión de la ruptura legal del vínculo por ciertas causas¹³, en España sólo llegan ecos del mismo y apenas se producen algunos acontecimientos puntuales, de efímera duración¹⁴, aunque, de alguna manera van a prefigurar algo de lo que sucederá en el siglo XX.

La noción de libertad religiosa empieza a dar sus primeros pasos en nuestro ámbito político. Si la unidad católica de la Monarquía española, (vívda sociológicamente pues la disidencia religiosa apenas resultaba relevante), justifica plenamente la Real Cédula de 1564, se comprende que el drástico cambio que supone la imposición de un sistema imperativo de matrimonio civil a todos los ciudadanos va a herir en una fibra sensible a la mayoría de la sociedad española del último tercio del siglo XIX, obligando, por primera vez en la historia española, a la doble celebración (canónica y civil de las nupcias) a quienes deseaban fundar una familia conforme a sus creencias más íntimas. En el siglo XXI, cabe concluir que no respetan la libertad religiosa en su plena integridad las legislaciones que imponen, tanto un sistema exclusivamente religioso (es el caso actual del Estado de Israel) como un sistema de matrimonio exclusivamente civil (Francia¹⁵, Bélgica¹⁶, Alemania¹⁷, y antiguos países comunistas). Por más que en los tres primeros países apenas si, en nuestros días, alguna voz reclama en este punto una rectificación del vigente sistema matrimonial; así allí la plena realización del principio de libertad religiosa aparece todavía, en los citados países, en situación de letargo, a la espera de futuros cambios en la opinión pública.

Obsérvese que la normativa de la LMC 1870 mantenía un sistema matrimonial monista (al no permitir otra figura cuasifamiliar que le hiciera competencia), y, al mismo tiempo, el único matrimonio legal era monógamo, heterosexual e indisoluble (por exigencia del Derecho Natural, según explicó el autor de la ley, el Ministro de Justicia MONTERO RÍOS¹⁸). Pero no se olvide que la misma, infringiendo frontalmente la Real Cédula filipina, privaba a la Iglesia Católica de sus competencias en las causas de separación y nulidad. Su entrada en vigor produjo, además, una reacción considerable por parte de la sociedad, que practicó anticipadamente una forma de *desobediencia civil*, de modo que los cónyuges que se casaban por la Iglesia de modo ostensible se negaron a la doble celebración, y, al no tener acceso su matrimonio al Registro, la situación legal de sus hijos sufría las inevitables consecuencias legales.

¹³ No dejan de producirse vaivenes legislativos y pasos atrás en el proceso secularizador. Así en Francia, en 1816 se deroga el divorcio regulado por el *Code civil*, lo que dará lugar al primer ejemplo de matrimonio civil obligatorio pero indisoluble, del que se producirán imitaciones en Italia (Cc de 1865) y entre nosotros (LMC 1870).

¹⁴ CASTÁN VÁZQUEZ, *La regulación histórica etc.*, cit. p. 261 ss. recuerda cómo los liberales que aprobaron la Constitución de 1812 eran católicos y dieron testimonio de su fe en el texto constitucional, al declarar en el art. 12 que *la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera* lo que suponía una declaración de confesionalidad del Estado, aunque no llegaron a dictar reglas sobre el matrimonio (actitud, por lo demás, normal de las Constituciones de la época). En cumplimiento de su mandato codificador hubo a lo largo del siglo diversos proyectos de Códigos civiles que, al parecer del autor, se traducían en sistemas matrimoniales distintos. Así el Proy. de 1821 intentaba una cierta secularización al obligar a los contrayentes a expresar un consentimiento solemne en presencia del Alcalde del lugar del domicilio de la mujer, antes de la celebración del matrimonio, so pena de nulidad de éste. El Proy. de 1836 requería para reconocer efectos civiles al matrimonio canónico que los contrayentes cumplieran ciertas diligencias administrativas previas, sin las cuales el matrimonio carecería de efectos civiles, aunque no sería considerado nulo. Por último, sorprende no poco que en el mismo año en que se estipuló el Concordato de 16 marzo 1851, cuyo art. 1º establecía una confesionalidad cerrada, según la califican los expertos, el Proy. de GARCÍA GOYENA en su art. 75 atribuía a los Tribunales civiles la competencia exclusiva para las causas de separación de los matrimonios canónicos.

¹⁵ Se dice que hay un tácito acuerdo nacional de conservar la separación matrimonial, calificada por algunos autores como el *divorcio de los católicos*. Claro supuesto de tolerancia nacional que explicaría la resistencia de Francia a admitir un *matrimonio homosexual* con esta misma terminología (lo prueban los 400.000 asistentes a las manifestaciones en contra de la Ley del pacs, en los Campos Eliseos).

¹⁶ La admisión del matrimonio homosexual se dice que viola ese otro acuerdo tácito de contentar a la población católica belga con una legislación matrimonial que manifieste moderación.

¹⁷ En Alemania puede verse en el llamado *parágrafo del Kaiser* un cierto respeto a una situación religiosa todavía más delicada que en Francia o Bélgica.

¹⁸ El art. 1º de la Ley decía que el matrimonio es, por su naturaleza, perpetuo e indisoluble. Ello se explica por la formación canonista del autor de la Ley, que se reflejó, incluso, al establecer que el orden sagrado y la profesión religiosa eran impedimentos dirimentes para celebrar matrimonio civil.