



**CEU**

*Instituto de Estudios  
de la Familia*

---

*Universidad San Pablo*

**Documento de Trabajo**  
**Serie Familia y Sociedad**  
Número 3 / 2007

*Unde venis et quo vadis, hispanica  
familia?*

---

**Gabriel García Cantero**

*CEU Ediciones*

**Documento de Trabajo**  
**Serie Familia y Sociedad**  
Número 3 / 2007

***Unde venis et quo vadis, hispanica familia?***

---

**Gabriel García Cantero**  
Catedrático de Derecho Civil  
Emérito de la Universidad de Zaragoza  
Magistrado jubilado

*CEU Ediciones*

Los Documentos de Trabajo del Instituto difunden los resultados de las investigaciones y reflexiones de sus equipos o de alguno de los investigadores o colaboradores en particular.

La serie «Familia y Sociedad» publica estudios sobre la familia y el matrimonio de carácter multidisciplinar, elaborados con la metodología de las ciencias sociales, humanas o experimentales.

Las opiniones de los autores no expresan necesariamente las del Instituto.

Serie *Familia y Sociedad* de Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios de la Familia

***Unde venis et quo vadis, hispanica familia?***

No está permitida la reproducción total o parcial de este trabajo, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Derechos reservados © 2007, por Gabriel García Cantero

Derechos reservados © 2007, por Fundación Universitaria San Pablo-CEU

CEU Ediciones

Julián Romea, 18 - 28003 Madrid (España)

<http://www.ceu.es>

Instituto de Estudios de la Familia

Julián Romea, 23 - 28003 Madrid (España)

<http://www.ceu.es/usp/if>

ISBN: 978-84-96860-21-6

Depósito legal: M-21293-2007

Compuesto e impreso en el Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU

# Sumario

<b>1. Introducción</b> .....	5
<b>2. Origen y evolución histórica del sistema matrimonial español</b> .....	9
2.1. La Pragmática de Felipe II aprobada por Real Cédula de 1564 .....	9
2.2. El primer intento ( <i>con sordina</i> ) de secularización del matrimonio en España: La Ley de Matrimonio Civil (LMC) de 1870 y sus vicisitudes .....	12
2.3. El <i>encaje de bolillos</i> operado por la Base 3ª de la Ley de 1888 .....	14
2.4. <i>Pax matrimonialis</i> : Vigencia del nuevo sistema matrimonial codicial durante el periodo 1889-1931 .....	16
2.5. <i>Segundo asalto</i> vs. la secularización del matrimonio español. Principios revolucionarios contenidos en la Constitución de 1931, y en su legislación derivada. Introducción del divorcio vincular (1931-1938) .....	17
2.6. Restauración del régimen codicial, por el General Franco .....	19
2.7. El Concordato con la Santa Sede de 1953 y su desarrollo civil por la Ley de 1958 .....	20
<b>3. Derecho vigente sobre el sistema matrimonial español</b> .....	22
3.1. Matrimonio y familia en vísperas de la Transición política .....	22
3.2. El Acuerdo Jurídico de 3 Enero de 1979 entre la Santa Sede y el Gobierno español .....	24
3.3. Progresivo distanciamiento del sistema matrimonial originario: La Ley de 7 julio 1981 .....	26
3.4. Acoso y derribo del sistema: El llamado matrimonio homosexual .....	28
3.5. Privatización ¿culminada? del matrimonio: Separación y divorcio sin causa. <i>Divorcio exprés</i> .....	30
3.6. ¿ <i>Quid</i> de las uniones de hecho? .....	34
<b>4. Epílogo</b> .....	35



# 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 española<sup>1</sup>. Nuestro sistema matrimonial resulta ser más que centenario y a lo largo de su dilatada historia ofrece singulares e, incluso, sorprendentes, singularidades 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 continentes<sup>2</sup>.

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

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

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> 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 África (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 o 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 común<sup>3</sup>. En cambio resulta indudable que en el Occidente europeo se ha ido forjando una concepción romano-canónica del matrimonio<sup>4</sup>, 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

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 católicos<sup>5</sup>. 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 primero<sup>6</sup>. Tampoco un supuesto *ius divortiandi* integrante de los derechos humanos ha sido reconocido por el TDH de Estrasburgo<sup>7</sup>. 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 establecerlo<sup>8</sup>. 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.

---

<sup>5</sup> 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”.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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)<sup>9</sup>. 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

<sup>9</sup> 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 1837<sup>10</sup>, posteriormente 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.*<sup>11</sup>

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

<sup>10</sup> Citadas por DELGADO IRIBARREN *El divorcio* (Madrid 1932) p. 147.

<sup>11</sup> 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 4<sup>a</sup> 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* alfonsino 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)<sup>12</sup>. 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.

<sup>12</sup> 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 causas<sup>13</sup>, en España sólo llegan ecos del mismo y apenas se producen algunos acontecimientos puntuales, de efímera duración<sup>14</sup>, 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, (vívida 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 (Francia<sup>15</sup>, Bélgica<sup>16</sup>, Alemania<sup>17</sup>, 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 RÍOS<sup>18</sup>). 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.

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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).

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.

11. El nuevo sistema matrimonial tuvo efímera vida, estando ligado a las vicisitudes de la Primera República española, y así, restaurada la Monarquía, un Decreto de 1875 derogó la Ley de 1870, con eficacia retroactiva, permitiendo que los matrimonios exclusivamente canónicos celebrados durante su vigencia, tuvieran posibilidad de acceder al nuevo Registro Civil, con plenitud de efectos civiles; así se puso remedio a la situación legal en que podían hallarse cierto número de cónyuges canónicos no inscritos, y sus hijos durante, la vigencia de la LMC; para estos últimos su legitimidad se produce *ex lege*, con efecto retroactivo al momento de su nacimiento. Para el futuro, además de permitir la inscripción normal de los matrimonios celebrados conforme a las normas canónicas, el Decreto citado aportará la novedad de conservar el matrimonio civil para permitir casarse a los *ciudadanos que no profesan la religión católica al tiempo de contraer matrimonio*; es decir, habilita una fórmula para el llamado matrimonio de los disidentes, la cual se incorporará a la Base 3ª del Cc, y pasará al famoso art. 42 de nuestro primer cuerpo civil.

A lo largo del siglo XIX había empezado a resquebrajarse la monolítica unidad religiosa de la época de los Austrias y primeros Borbones, y ello no tanto por el número de españoles convertidos al protestantismo, cuanto por el influjo cultural de los llamados afrancesados, quienes en sus forzadas visitas al país vecino asimilaron algunas ideas de los enciclopedistas y de la Ilustración en materia matrimonial; con frecuencia se trata de personas que, en privado, practican el catolicismo, pero en su actuación política comienzan a manifestar opiniones contrarias a la Iglesia en tales cuestiones. Ello puede explicar el hecho de que un especialista en Derecho canónico, como el Catedrático Sr. MONTERO RÍOS se encargara de redactar la primera ley española de matrimonio civil. A la distancia de 136 años de aquel hecho histórico político-religioso cabe obtener algunas conclusiones.

12. La legislación matrimonial de la primera República española fracasó en su propósito de lograr la secularización total del sistema matrimonial en España; es decir, en el intento de negar efectos civiles al matrimonio canónico celebrado por ciudadanos españoles conforme a la legislación canónica. Idéntico fracaso veremos, más adelante, que cosechó la Constitución de 1931 de la Segunda República y su ley de desarrollo de 1932. En cierto modo, la Constitución de 1978 rubricará definitivamente (salvo cambios ahora no previsibles) dicho fracaso al ampliar a otras confesiones religiosas la posibilidad legal de celebrar matrimonio religioso con efectos civiles, sin necesidad de realizar la doble celebración. Se muestra así una diferencia entre nuestro país y las legislaciones de Francia, Bélgica o Alemania, en donde el sistema de matrimonio civil obligatorio ha adquirido carta de naturaleza, lo que resulta improbable su modificación inmediata. Por contraste, en España este último sistema apenas si ha estado en vigor una docena de años en dos periodos históricos pertenecientes a siglos diversos (1870-1875, y 1932-1939) <sup>19</sup>.

Dicha LMC 1870 logró, en cambio, un objetivo menor, pero cuya trascendencia futura no cabe desdeñar. Por primera vez en su historia el Estado español promulga una normativa matrimonial, completa, total y autosuficiente; aquél legislaba sobre materia respecto de la cual apenas había legislado en su integridad. Tal regulación no fue —ni pudo serlo a tenor de las circunstancias en que se produjo— muy diferente de la canónica, que estaba avalada por su experiencia secular. No deja de sorprender que —como indiqué ya— el autor de la ley invocara los preceptos del Derecho Natural (que sólo pueden ser del *Jus Naturale catholicum*). En buena parte, la LMC 1870 inspirará la regulación del matrimonio civil en el Cc de 1889, en vez de utilizar el socorrido recurso del *Code*. En cambio, la Ley de 1981 iniciará un distanciamiento respecto del modelo canónico, que se consumará con las reformas socialistas del 2005.

---

<sup>19</sup> Pero este hecho no es exclusivo de nuestro país ya que Italia (1865-1928) y Portugal (1917-1940) conocieron periodos similares, todavía más dilatados, que han conducido en ambos estados a sistemas de libertad de opción. En algunos países excomunistas del Este europeo se está produciendo una vuelta al reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios religiosos (Polonia, Lituania, Eslovenia, Croacia).

## 2.3. El *encaje de bolillos* realizado por la Base 3ª de la Ley de 1888

13. Dice literalmente la Base 3ª de la Ley de Bases del Código civil de 1888:

“Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesan la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine el mismo Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.

El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia Católica, admitidas en el Reino por la ley 13, tít. 1º de la Novísima Recopilación. Al acto de su celebración asistirá el Juez Municipal u otro funcionario del Estado, con el solo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro Civil,

Sobre esta Base se han escrito millares de páginas, algunas en clave de humor<sup>20</sup>. Pasados 118 años después de su redacción, cuando literalmente ha dejado de tener vigencia buena parte de su texto, cabe hacer con serenidad un inventario de sus líneas básicas, alguna de las cuales se conservan en el art. 32 CE de 1978 y en el art. 6ª del Acuerdo Jurídico de 1979 con la Santa Sede. Como es notorio esta Base 3ª fue pactada oficiosamente entre el Gobierno español, representado por el Ministro de Justicia, ALONSO MARTÍNEZ, y la Santa Sede, representada por el Nuncio en Madrid. Era prudente tratar de encontrar una solución negociada después de la conmoción suscitada por la primera ley de MC, que supuso una unilateral ruptura del Concordato de 1851. La Base 3ª sigue otorgando al matrimonio canónico un tratamiento preferencial, —aunque mal expresado literalmente—, dando nacimiento a un sistema matrimonial que fue calificado de *preferencialmente canónico y subsidiariamente civil*, lo cual verosímelmente correspondía con exactitud a la situación sociológica del catolicismo en la sociedad española de la época. Al mismo tiempo se mantiene el matrimonio civil para los disidentes, regla procedente del Decreto de 1875. Se invoca finalmente el art. 11 de la Constitución entonces vigente, en cuanto declara la unidad católica.

14. El sistema matrimonial que se instaura coincide en parte, y en parte difiere del establecido por la Real Cédula de 1564. Cuantitativamente, y en atención a la inmensa mayoría de los matrimonios que contempla, la regla más importante es la contenida al principio del segundo párrafo: *El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles*. Sin embargo, cualitativamente el centro de gravedad radica en el primer párrafo al consagrar legislativamente el dualismo *matrimonio canónico-matrimonio civil*. Ello es consecuencia, en parte, de la libertad de religión (a los no católicos no es justo obligarles a casarse canónicamente) aunque sin llegar a sus últimas consecuencias (que sería permitir que sus nupcias religiosas produjesen efectos civiles). Durante los primeros años de la vigencia del Cc se comprobará, sin embargo, que el número de matrimonios civiles resultaba irrelevante.

Tiene pleno sentido especificar, en el segundo párrafo, que los efectos civiles del matrimonio canónico se extienden a las personas y los bienes de los cónyuges y sus descendientes, como si el legislador quisiera olvidar la complejidad de los problemas suscitados por la aplicación retroactiva del D. de 1875. En cambio la invocación de la Real Cédula de 1564 —cuya alusión pasará al Cc— deja la duda de si tal cita tenía carácter de *obiter dicta*, o si permite al intérprete seguir hablando de una auténtica *recepción* del Derecho matrimonial canónico por el ordenamiento español (la ulterior evolución de la exégesis ministerial del art. 42 Cc va a

<sup>20</sup> Destacando su poco correcta redacción al obligar a casarse a cuantos profesen la religión católica (cuál si se tratara de una nueva ley caducaria) lo que, obviamente, no pudo ser propósito de quien la redactó. En cambio se ha dicho menos que la obligada y sorprendente presencia del Juez Municipal en la celebración del matrimonio canónico pudo deberse al temor gubernamental de que se repitieran nuevas manifestaciones de desobediencia civil de los católicos, que en tal mal lugar dejó al autor de la LMC 1870.

seguir claramente la primera dirección).

En resumen, se va a producir una apertura de nuestro sistema matrimonial, conservando, por un lado, el casi absoluto respeto a la legislación canónica sobre los requisitos de existencia y validez del vínculo, notas esenciales, y causas de separación y nulidad, con el complemento jurisdiccional de las causas canónicas que siguen atribuidas a los Tribunales eclesiásticos; al tiempo que se reconoce al Estado absoluta competencia sobre el matrimonio de quienes *no profesan la religión católica*.

Constituye una rigurosa novedad lo que algunos calificaron de *autoinvitación que el Estado se hace a las bodas canónicas*, con la única finalidad de *verificar la inmediata inscripción del matrimonio (canónico) en el Registro Civil*. Norma, en cierto modo, pintoresca, sin parangón en el Derecho comparado, que ha estado en vigor hasta 1981, y que algunos han atribuido a cierta influencia galicana a la hora de establecer algún modo de control estatal de los matrimonios canónicos, aunque posiblemente su fundamento radique, más bien, en el persistente temor gubernamental a que se realizasen en el futuro nuevas formas de desobediencia civil en la materia.

15. El contenido de la Base 3ª se vertió con bastante fidelidad en el texto del Cc de 1889, en los arts. 42, 75, 76 y 77, originando una compleja redacción así como una reiterativa distribución sistemática<sup>21</sup> del primitivo Título IV de aquél. Para mi propósito conviene subrayar que la estructura de éste, bajo la rúbrica *Del matrimonio*, incluye un primer cap. de *Disposiciones generales* (incluyendo la sec. 1ª sobre las *formas del matrimonio*, la sec. 2ª comprendiendo específicamente *disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio*, la sec. 3ª que trata de *la prueba del matrimonio*, la sec. 4ª de *los derechos y obligaciones entre marido y mujer*, y de la sec. 5ª *De los efectos de la nulidad del matrimonio y los del divorcio*); el segundo cap. que se ocupa *del matrimonio canónico*; y el amplio cap. IV dedicado a la regulación *del matrimonio civil* (con secciones referidas a la capacidad de los contrayentes, celebración del matrimonio, nulidad y divorcio [imperfecto]). Interesa fijarnos en el contenido de algunos preceptos.

El art. 42 ha sido calificado de quicio o vértice del sistema matrimonial establecido por el Cc y su redacción originaria rezaba: *La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesan la religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código*. La fórmula es tributaria del primer párrafo de la Base 3ª, sustituyendo el futuro (*deberán*) por el presente (*deben*), y conserva todos los defectos que se achacaron a la redacción de aquélla (falta de concordancia gramatical entre el plural femenino (*formas*) y dos sustantivos masculinos (*canónico* y *civil*); trata diferentemente ambos matrimonios en relación con los sujetos, que se propone delimitar en un caso y que omite en el otro; fue necesario utilizar la regla *a contrario*, y entender que el matrimonio civil era accesible legalmente sólo a quienes no profesaban la religión católica; también se eludió la circunstancia temporal acerca del momento en que debía profesarse la religión católica, dando por supuesto que era al tiempo de contraer matrimonio).

El art. 67 decía que *los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio y sobre divorcio, sólo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios*. Sistemáticamente es norma aplicable a ambos matrimonios, pero parece claro que el legislador tiene especialmente *in mente* las resoluciones recaídas ante

<sup>21</sup> Pueden parecer redundantes el enunciado del cap. I (*Disposiciones generales*) y el que figura al frente de la sec. 2ª del mismo (*Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio*), como si, en el propósito legislativo, el carácter de las reglas sobre el matrimonio de los hijos fuese de menor —o distinta— generalidad que las relativas a la prueba del matrimonio. Aparte del error metodológico de incluir efectos relativos a los bienes en las secciones 4ª y 5ª del cap. 1º, defecto subsanado por la reforma de 1981, yo creo que el legislador de 1889 quiso situar estratégicamente algunas normas-claves que forman parte de su propio sistema matrimonial. Además del ya aludido art. 42 (sobre el que se tratará abundantemente en el texto), el legislador quiso regular *de muto proprio*, en materia de esponsales, las llamadas prohibiciones impeditivas del matrimonio (arts. 45 a 50) que serán después eliminadas por Ley de 1958, como consecuencia del Concordato de 1953, el discutido art. 51 que recoge a mi juicio el monismo matrimonial, la indisolubilidad del vínculo expresada en el art. 52, y las reglas sobre la prueba después de la creación del Registro Civil único de competencia estatal. Sobre el monismo matrimonial véase últimamente GARCÍA CANTERO *¿Unidad o pluralidad de modelos matrimoniales?* (Zaragoza 2003).



los Tribunales canónicos. Sigue aplicándose, en consecuencia, la regla tradicional.

El tratamiento preferente dado al matrimonio canónico explica igualmente la primacía otorgada a las normas civiles sobre este matrimonio contenidas en el cap. II. Con carácter general el art. 75 rezaba que *los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino*. Por esta remisión, el Estado acepta que el matrimonio canónico se rija, en consecuencia, por las normas de la Iglesia Católica que estén en vigor en el momento de su aplicación. Es arrastre histórico la frase *admitidas como leyes del Reino*, como ya he explicado al tratar de la Base 3ª cuyo texto se reproduce. Lo importante es hacer constar el alcance del reconocimiento por el Estado, que se formula en el art. 76 reiterando aquélla: *El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes*. También resulta fundamental el reconocimiento estatal de la jurisdicción matrimonial de la Iglesia, tal como se formula en los arts. 80 y ss.: *El conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde a los Tribunales eclesiásticos. – Incoada ante el Tribunal eclesiástico una demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las disposiciones referidas en el art. 68. – La sentencia firme de nulidad o divorcio del matrimonio canónico se inscribirá en el Registro civil, y se presentará al Tribunal ordinario para solicitar su ejecución en la parte relativa a los efectos civiles*<sup>22</sup>.

## 2.4. *Pax matrimonialis*: Vigencia del nuevo sistema matrimonial codicial durante el periodo 1889-1931

16. Cabe afirmar, en general, que el Cc de 1889 sentó las bases en España de una auténtica *pax matrimonialis*, en contraste con las turbulencias legislativas de la Primera República, *tranquilitas ordinis* que llegó a mantenerse durante casi medio siglo. En ese dilatado periodo no se suscitaron graves discusiones doctrinales ni prácticas sobre la regulación del matrimonio en general, a excepción de lo relativo a la interpretación gubernativa del requisito de la no profesión de la religión católica para acceder a la celebración del matrimonio civil, sobre lo cual recayó doctrina no coincidente, y a veces contradictoria, contenida en las Resoluciones de la DGRN. Tratándose de una cuestión ya superada, baste decir que, sobre este punto, y a la vista de la redacción originaria del art. 42 Cc, eran posibles dos interpretaciones contradictorias entre sí: una que podía calificarse de maximalista, y que, sin claro apoyo textual, tratando de acercarse a la doctrina canónica, la hacía equivalente al hecho de estar bautizado en la Iglesia Católica; otra, por contraste, era minimalista, y contra la propia dicción verbal de *profesar* la vaciaba de su sentido jurídico, convirtiendo en meramente facultativo el sistema matrimonial que trataba de definir. Prevalció en la práctica una vía media que trasladaba al campo de la prueba la dificultad de su interpretación, y que, después del Concordato de 1953, se normativizó en un Decreto, centrado en la profesión, interpretada con mayor o menor rigor por los Encargados del Registro Civil. El Decreto sobre libertad religiosa del Vaticano II ofreció criterios seguros a quienes pretendían ser fieles a la doctrina de la Iglesia en este punto hasta desembocar en el sistema facultativo que se expondrá más tarde.

Por otro lado, conviene recordar que, bajo sus aspectos científicos, la institución matrimonial civil *stricto sensu* mereció escasa, por no decir casi nula, atención en estos años, hecho explicado en parte por el escaso número de matrimonios que se celebraban bajo esta modalidad, con la correspondiente repercusión en su

<sup>22</sup> No creo que deba descender a comentar la posible problemática doctrinal o judicial que estos preceptos han suscitado, para lo cual me remito a la doctrina manualística bien conocida, salvo cuando estén directamente relacionados con el sistema matrimonial deducido de tales preceptos. A título anecdótico puede mencionarse el extenso art. 77, de contenido más bien reglamentario, dedicado a regular la presencia del Juez Municipal en la celebración canónica, con un minucioso sistema de aviso previo y cuadro de multas por incumplimiento de alguna de las obligaciones que impone el precepto, que oscilan entre las cinco y las cien pesetas.

mínima conflictividad judicial. Cabe conjeturar que la doctrina civilista confiaba a los canonistas el estudio del matrimonio canónico, y, por derivación o consentimiento tácito, el del matrimonio civil (aunque de hecho, no lo cultivaba nadie). El tema del sistema matrimonial vigente en España, se despachaba en pocas líneas, en términos escasamente conflictivos. En realidad, tras el paréntesis 1870-1875, parecía continuarse con el sistema matrimonial de la Real Cédula filipina, pero algo importante había cambiado con la Base 3ª. Ya no puede hablarse, en modo alguno, de una supuesta recepción canónica por el ordenamiento civil, sino de un propio sistema matrimonial estatal que, no obstante, seguía sustancialmente fiel a la doctrina canónica. El Estado distingue *dos formas de matrimonio*, una de las cuales es competencia exclusiva suya; éste asume la tarea de regular *ex novo et ex toto* la institución matrimonial aplicable a los ciudadanos que no son súbditos de la Iglesia o que se apartan de su obediencia. En realidad hay —a salvo el carácter sacramental del canónico— numerosos puntos de coincidencia entre ambas *formas matrimoniales* (monogamia, heterosexualidad, indisolubilidad y solemnidad) de modo que puede hablarse de monismo (expresado, no se olvide, en el primitivo art. 52 Cc). Puede hablarse, por tanto de continuidad en el sistema matrimonial respecto de la anterior etapa (1564-1870), y de un breve periodo intermedio (1875-1889).

Ocurrirá nuevamente que el motor determinante para la modificación de este sistema codicial será la proclamación de la Segunda República, y el radicalismo en materia religiosa de que hizo gala la Constitución de 1931, recogiendo de paso las reivindicaciones extremistas que contenían los programas de algunos partidos minoritarios<sup>23</sup>. Coetáneamente cabe mencionar en nuestro entorno la histórica firma del Tratado de Letrán el cual, aparte de resolver con acierto la enconada *cuestión romana*, dio base a una importante reforma del sistema matrimonial italiano, al pasar del de obligatoriedad civil al sistema civil facultativo; así por primera vez, el Reino de Italia reconocerá efectos civiles al matrimonio canónico de sus ciudadanos, originando así la figura del *matrimonio concordatario*, todavía en vigor pese a los cambios políticos que sufrió el país después de la Segunda GM. Simultáneamente el Estado reconoce el matrimonio celebrado por las confesiones reconocidas, distintas de la católica, bajo una modalidad que se asemeja más bien al sistema anglosajón. En sentido contrario, la anexión de Austria por el III Reich en 1938 va a suponer la derogación del Concordato austríaco, que reconocía efectos civiles al matrimonio canónico, sustituyéndolo por el matrimonio civil obligatorio que regía en Alemania.

## 2.5. *Segundo asalto* vs. la secularización total del matrimonio español: Principios revolucionarios contenidos en la Constitución de 1931 y en su legislación derivada. Divorcio vincular

17. La Constitución de 1931, en su art. 41, se inspiró en principios claramente antirreligiosos en materia familiar, reintroduciendo el sistema de matrimonio civil obligatorio, con total y absoluta irrelevancia de las normas del Derecho canónico, al tiempo que reconoció a todos los contrayentes el derecho a solicitar el divorcio judicial por mutuo consenso y por causas determinadas. El legislador trató de justificar su opción mediante los consabidos argumentos de haberse inspirado en las legislaciones occidentales que, en la época, se consideraban más *progresistas y avanzadas*. El resultado fue imprimir un giro copernicano al sistema matrimonial español que, de modo general, había estado vigente durante la época moderna. No obstante, se mantuvo el monismo de modelos de unión sexual legalizada, así como la heterosexualidad del matrimonio.

Se le calificó de *giro revolucionario* por obedecer fundamentalmente a los principios ideológicos que únicamente propugnaban algunos de los partidos republicanos que contribuyeron a implantarla, sin que hubieran constituido objeto de una reivindicación mayoritariamente respaldada por la sociedad española

<sup>23</sup> Véanse las referencias de GALLEGO GARCÍA *Los cambios de Derecho de familia etc* cit. p. 38 s.

de la época. Algunos de los más decididos propugnadores del mismo (me refiero al Prof. JIMÉNEZ DE ASÚA) no ocultaron que su modelo era el contenido en la Constitución soviética, —que pronto sería rectificado—, que trataba de reemplazar el matrimonio por la unión libre en sentido pleno. No hubo, por descontado, estudios legislativos previos sobre el desarrollo del divorcio en algunos países continentales o de la *Common Law*, que contaban con experiencia prolongada de su vigencia, ni de los efectos perjudiciales que la Sociología comenzaba ya a denunciar como producidos por la ruptura legal del vínculo conyugal, tanto entre los cónyuges y sus hijos, como en la sociedad misma. La técnica legislativa consistió en respetar la estructura del Cc (que quedó casi sin aplicación en lo relativo al Tít. IV, Libro I), promulgando con premura dos Leyes especiales, la de 28 junio 1932, que debió ser la primera en el tiempo, sobre la regulación del matrimonio civil (única forma admitida de unión sexual legalizada para todos los ciudadanos españoles), y otra, promulgada previamente, de 2 marzo 1932, referente al divorcio, término empleado ahora en el sentido pleno de ruptura legal del vínculo. En adelante la jurisdicción civil será la única competente para resolver los pleitos sobre nulidad, separación (institución tradicional que se mantuvo) y divorcio (institución de nuevo cuño). Ambas leyes se completaron con la de 25 de mayo sobre filiación, tratando de eliminar las diferencias de trato entre la filiación legítima e ilegítima a la hora de su inscripción en el Registro Civil<sup>24</sup>. Obsérvese que la preocupación prioritaria del nuevo régimen fue la de legalizar, lo antes posible, la ruptura del vínculo, y parece que algo más tarde se cayó en la cuenta de la necesidad de una nueva regulación del matrimonio mismo, lo que, al parecer, se preparó apresuradamente originando alguna incongruencia normativa<sup>25</sup>. En la doctrina, la acogida a la nueva legislación fue desigual<sup>26</sup>.

Ha de resaltarse que la reacción de la Iglesia española fue inmediata, unánime y sin fisuras, en contra de la nueva legislación familiar, dictada con violación de los Acuerdos jurídicos, oficiales y oficiosos, existentes con la Santa Sede, y con injustificado abandono del tradicional sistema matrimonial hasta entonces vigente, siendo de destacar la Declaración conjunta de todos los Metropolitanos de 25 julio 1932<sup>27</sup>, acompañada de otras dos Pastorales del Cardenal Gomá y de otros Prelados, con la finalidad de recordar la doctrina oficial de la Iglesia Católica, y proporcionando instrucciones prácticas para los fieles españoles.

<sup>24</sup> Una voz discordante a propósito de la igualdad de los hijos fue la de DÍEZ PASTOR, *La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio, según la Constitución* (Madrid 1933) esp. p. 49 ss. Algunas de sus afirmaciones, a distancia de tres cuartos de siglo, todavía hacen reflexionar.

<sup>25</sup> Sobre la tramitación parlamentaria de la Ley de 2 marzo 1932 cfr. la monografía del Abogado-Fiscal Sr. DELGADO-IRIBARREN *El divorcio* (Madrid 1932) p. 149 ss. y, más recientemente, GALLEGO GARCÍA *Los cambios de Derecho de familia etc.*, cit. p. 37 ss. Puede atribuirse a las prisas legislativas que el cap. IV de la Ley trate de la separación de bienes y personas, dejando dudas sobre la subsistencia del Cc en la materia. Pueden verse algunos problemas prácticos en DELGADO IRIBARREN op. cit. p. 300 ss.

<sup>26</sup> Osciló entre el ditirambo hueco y adulador, y la crítica mesurada. Buen ejemplo de lo primero lo encontramos en la presentación de una obra, dirigida hacia la práctica, de los Abogados Sres. VIDAL y MOYA, y GRASES VIDAL, que se inicia en los siguientes términos: “El gigantesco paso que en orden a la democracia acaba de avanzar la segunda República española al proyectar la ley reguladora del divorcio, bien merece el más fervoroso aplauso de cuantos comulgamos en los ideales de la libertad y del progreso. La ley sobre el divorcio ha venido a satisfacer una verdadera necesidad social y pese a sus detractores, que son numerosos, arraigará en las costumbres de nuestra patria con tal fortaleza, con tal energía, que no vacilamos en profetizar que *esta ley no será jamás derogada* (los subrayados míos), a menos que una corriente de espíritu anárquico desvíe la opinión hacia unos derroteros de *absoluta libertad en el amor*, único caso en el que la ley sería inútil por su propia naturaleza y atendida su relación de efecto a la causa del matrimonio”. Dentro de la lógica más estricta cabría deducir que, desaparecido el matrimonio legal, sería innecesario autorizar el divorcio; pero creer en la perennidad de las leyes civiles no pasa de ser una ingenuidad. Si descendemos a la prensa periódica, encontramos la siguiente *perla* publicada en *El Socialista* por A. JAUME: “El matrimonio de la agonizante sociedad católica, fundado sobre la conveniencia, engendrado muchas veces en los confesionarios, ha terminado ya su misión para dejar paso al matrimonio civil fundado única y exclusivamente sobre el amor”, auténtico planfeto o soflama rescatado por GALLEGO GARCÍA, op. ult. cit. p. 56. Por su parte DELGADO IRIBARREN, loc. cit. p. 93 ss matiza más su opinión favorable en definitiva a la nueva Ley, refugándose en los consabidos argumentos que refuerza con un atisbo de lo que hoy se considera normal circulación de personas en un mundo globalizado: “Esta institución es un postulado del progreso jurídico de los pueblos y una consecuencia necesaria del principio de libertad de conciencia y de la constante y cada día más intensa relación entre los naturales de las diversas naciones: la comunicación internacional que necesariamente tiende a aumentar cada día, obliga a sostener instituciones jurídicas que puedan solucionar conflictos que surjan entre personas que no están sujetas a norma confesional alguna”. Es decir, parece que apoyaría el divorcio sólo para quienes contraen matrimonio civil. Pero a continuación razona y explica su opinión personal: (el divorcio) “creemos que no producirá los trastornos morales y sociales que algunos escritores presagian, ni tampoco que haya resuelto problema de realidad tan evidente que merezca el júbilo y alborozo con que se recibe por otros sectores de opinión”. No hay, por tanto, motivo para echar las campanas al vuelo para aplaudirla. Por otro lado, deja bien claro que, a su juicio “el ideal del matrimonio y su esencial naturaleza es la de ser monógamo, perpetuo e indisoluble; de esto creemos que no podrá dudarse con sinceridad”. Sin embargo duda de que tal ideal sea realizable, ya que “cuando un vínculo matrimonial se ha roto o se ha quebrantado por circunstancias graves y reales que suponen aversión invencible entre los cónyuges, es de todo punto inasequible que continúe la convivencia entre ellos, ya que, por otro lado, ningún interés puede tener la sociedad en mantener la ficción o la apariencia de un matrimonio que en la realidad carece de existencia y contenido espiritual”. Hasta aquí nada nuevo: *i casi pietosi*, matrimonios sin amor ..., para concluir con un pronóstico que pudo servir de tranquilizante de conciencias: *La implantación del divorcio resbalará sobre la conciencia católica de la mayoría de nuestra patria; tardará bastante tiempo en entrar en las costumbres españolas la institución del divorcio vincular.*

<sup>27</sup> Recuerda destacadamente la doctrina escolástica sobre el *matrimonium naturale*. “Aun considerando el matrimonio bajo el solo aspecto de contrato de Derecho natural, se observa que difiere de todos los demás contratos, no sólo por crear vínculos diversos de obligación, sino por lo que afecta a los mismos contrayentes, constituyéndolos, de personas independientes, al varón en cabeza y a la mujer en centro, con igual dignidad para ambos, de la sociedad doméstica, que es el fundamento y raíz de toda sociedad humana”.

Puede resumirse el sistema matrimonial de la Segunda República en el sentido de insistir y proseguir en la total secularización del mismo, agravado con una introducción bastante facilitadora del divorcio vincular; régimen matrimonial parangonable al de algunos estados europeos de la época (Francia, Alemania), pero sumamente alejado del tradicional español en vigor tan prolongadamente; se mantiene la heterosexualidad, que nadie puso en duda, y el monismo matrimonial al omitir cualquier regulación de efectos a las uniones fácticas, no ausentes totalmente de la sociedad española como hacen presumir los índices de la filiación no matrimonial.

## 2.6. Restauración del régimen codicial por el General Franco

18. En contraste con la labor legislativa de la Segunda República al desarrollar el art. 41 de la Constitución de 1931, el régimen triunfador de la Guerra Civil se apresuró a manifestar su propósito de restablecer el sistema matrimonial anterior, incluso con perfiles más nítidos, en relación con la doctrina católica sobre el matrimonio y la familia. Proclamaciones solemnes contenidas en las Leyes Fundamentales (especialmente el Fuero del Trabajo, el Fuero de los Españoles, Ley de los Principios del Movimiento etc) enmarcan un panorama legislativo que fomenta y preanuncia el retorno al sistema tradicional<sup>28</sup>. Nada extraño que desde los primeros momentos, antes incluso de finalizar la contienda, el Gobierno anunciara la derogación del régimen familiar republicano. El 2 de marzo de 1938, un Decreto del Gobierno de Burgos suspende los pleitos de separación y divorcio tramitados conforme a la Ley de 1932; norma que obviamente sólo se aplicó en el territorio nacional y no en el republicano cuyos tribunales civiles continuaron dictando sentencias de divorcio; en dicho Decreto se hacía constar que el Gobierno había anunciado oficialmente el propósito de revisar con rapidez y decisión la legislación laica que suprimió en nuestra Patria el sentido católico y espiritual de las leyes, y entre las disposiciones que reclaman esta decisión ha de ocupar lugar preferente la llamada Ley de Divorcio. De este modo, una vez restablecida la Comisión General de Codificación, comenzó a trabajar su Sección 1ª dedicada al Derecho privado ocupándose de los problemas que originaba la derogación de la ley relativos al vínculo, condición de los hijos habidos, régimen de bienes, etc. Pocos días después la Ley de 12 marzo 1938 derogó la LMC 1932 volviendo a la legalidad codicial, declarando vigente el Tít. IV, Libro I del Cc y sus normas complementarias; además se insertó una norma de derecho transitorio estableciendo en su art. 2º que los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la LMC 1932, producirán todos los efectos civiles desde su celebración, sin perjuicio del respeto a los derechos adquiridos a título oneroso por tercera persona, siempre que se transcriban las partidas sacramentales en el Registro Civil, de oficio o a instancia de parte, en el plazo de sesenta días<sup>29</sup>. Hubo de esperarse a que finalizara la contienda civil para que la Ley de 23 setiembre 1939, derogara la Ley republicana sobre divorcio, estableciendo un complejo y delicado sistema de derecho transitorio que originó abundante jurisprudencia y no pocos debates doctrinales. Las reglas más importantes de aquél establecían una retroactividad máxima en los siguientes casos: Las sentencias de divorcio respecto de matrimonio canónicos se declararán nulas por la autoridad judicial a instancia de cualquiera de los interesados (Disp. Trans. 1ª), siendo causas bastantes para fundamentar la petición de nulidad el deseo de reconstruir su legítimo hogar o el de tranquilizar su conciencia de creyente (Disp. Trans. 3ª). Se entienden disueltas las uniones civiles cuando uno o ambos cónyuges se hallasen divorciados, encontrándose ligados canónicamente a otra persona (Disp. Trans. 2ª). También interesa a nuestro propósito la O.M. de 10 marzo 1941, sobre la interpretación administrativa del art. 42 Cc, exigiendo, en adelante, prueba documental de acatolicidad a ambos contrayentes, o, en su caso, declaración jurada de no haber

<sup>28</sup> Por ejemplo la Declaración de que se reconoce a la familia como célula primaria natural y fundamental de la sociedad, y al mismo tiempo como institución moral dotada de derecho inalienable y superior a toda ley positiva, es presupuesto y fundamento del art. 22 del Fuero de los Españoles cuando proclama, a su vez, que: *El Estado reconoce y ampara la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley positiva. - El matrimonio será uno e indisoluble. - El Estado protegerá especialmente a las familias numerosas.* Ideas que, por lo demás, se reiterarán en diversas Bases de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958.

<sup>29</sup> Cabe conjeturar que muchos matrimonios canónicos celebrados en dicho periodo fueron precedidos o seguidos de la celebración civil, por lo cual esta norma de derecho transitorio carecería prácticamente de aplicación.

sido bautizado, a cuya exactitud se vincula la validez del matrimonio.

A efectos de calificar el sistema matrimonial vigente inicialmente en el régimen de Franco hay que decir que con él se da continuidad al periodo 1889-1931, sin más diferencia que la existencia de una interpretación administrativa (a efectos del Registro Civil) más rigurosa que la dominante con anterioridad, encaminada, acaso, a lograr la plena identificación entre la normativa civil y la canónica sobre los sujetos obligados a casarse canónicamente, que en la práctica se había revelado de imposible consecución, y que, ulteriormente, estaba en contradicción, con la doctrina conciliar sobre libertad religiosa.

## 2.7. El concordato de 1953 con la Santa Sede, y su desarrollo civil por la Ley de 1958

19. Había transcurrido más de un siglo desde la firma del Concordato de 1851, cuyas normas habían sido, no obstante, reiteradamente desconocidas por el Estado español durante los dos periodos republicanos, si bien restablecidas al advenimiento del régimen de Franco; pareció oportuno sustituirlo por otro, sobre todo a la vista de las declaraciones unilaterales de adhesión a la doctrina de la Iglesia en materia familiar por parte del Estado. Al margen de otras consideraciones de política internacional en cuyo análisis no me corresponde entrar, lo cierto es que la actuación conjunta de MARTÍN ARTAJO, como Ministro de Asuntos Exteriores, y del prof. RUIZ JIMÉNEZ, en calidad de Embajador ante la Sede Sede, condujeron eficazmente a la firma del Concordato de 1953, el cual fue recibido por algunos como muestra de una perfecta colaboración entre las dos potestades.

Limitándome a los aspectos jurídico-matrimoniales destacaré el art. 23 del Concordato, en cuyo frontispicio se declara que: *El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico*. Declaración fundamental, ya recogida, por lo demás, en el art. 76 Cc, y que se completa con las normas innovadoras incorporadas al Protocolo final, conforme a las cuales: a) Para el reconocimiento por parte del Estado de los efectos civiles del matrimonio, será suficiente que el acta de matrimonio sea transcrita en el Registro Civil correspondiente (precepto concordatario que obligará a una modificación de la redacción del art. 77 Cc); b) Las normas civiles referentes al matrimonio de los hijos, tanto menores como mayores, serán puestas en armonía con lo que disponen los cánones 1034 y 1035 del Código de Derecho canónico<sup>30</sup>; c) En materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas, el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho canónico<sup>31</sup>; y d) En la reglamentación jurídica del matrimonio para los no bautizados, no se establecerán impedimentos opuestos a la ley natural<sup>32</sup>. Dejando al margen la discusión acerca de si este Concordato era el más perfecto de los modernamente suscritos por la Santa Sede<sup>33</sup>, basta destacar dos ideas básicas: *continuidad* y *perfeccionamiento* en relación con el anterior sistema matrimonial español. Hay plena ratificación del llamado *sistema matrimonial latino*, que atribuye a la Iglesia Católica plena facultad legislativa, reconociéndose la normativa vigente en el momento de la firma

<sup>30</sup> A la sazón, del promulgado en 1917. La dificultad de concordar la legislación civil con la canónica derivaba del aspecto principalmente exhortatorio de los cánones citados. El Estado había regulado la materia en la LMC 1870 y, además de algunas normas penales, en el Cc en vigor, quedaban sujetos a revisión los arts. 45 a 50 inclusive.

<sup>31</sup> Materia insuficientemente regulada en el art. 42 Cc

<sup>32</sup> Importante disposición concordataria en la que, por un lado, se reconoce la exclusiva competencia del Estado para regular el matrimonio de los no bautizados (en otros términos, el matrimonio civil), y por otro se recuerda la vigencia del Derecho Natural (católico, obviamente) que impide al Estado, por ej. establecer impedimentos de naturaleza racial (ejemplo reciente de la Alemania hitleriana).

<sup>33</sup> Se hace eco de esta polémica GALLEGO GARCÍA, *Los cambios de Derecho de familia etc* cit. p. 68 s. Así escribe como acertado resumen del debate: "La redacción del Concordato fue lenta y minuciosa, y la interpretación que de él se hizo en aquel momento fue de lo más variada y aun contradictoria. Para unos supuso una auténtica victoria del régimen franquista, que de esta manera utilizaba a la Iglesia para sus fines. Para otros, el Estado quedaba ignominiosamente sometido a la Iglesia". Más adelante añade, tanto a la vista de las opiniones de fuera, como de dentro de España: "Estamos, sin duda, ante el momento de mayor identificación entre la Iglesia y el Estado de nuestra más reciente historia, pero a la vez va a suponer un punto de inflexión puesto que a partir de aquí (...) se iniciará un proceso de alejamiento, especialmente por parte de la Iglesia, que tendrá su culminación en los últimos años del Régimen, y a la que no será ajena la distinta orientación pastoral dada por el Concilio Vaticano II".

y la legislación que pudiera promulgarse en el futuro; lo que se completa con el reconocimiento automático de las sentencias dictadas por los Tribunales canónicos, en las causas de separación y nulidad matrimonial, así como las decisiones administrativas *super ratum*. Hay perfeccionamiento en cuestiones accesorias, algunas de cierta hondura: Así se trata de aclarar la presencia del Juez Municipal u otro funcionario estatal en la celebración de las bodas canónicas, bastando en todo caso la inscripción para la producción de plenos efectos. Aceptación por el Estado en la regulación del matrimonio de los hijos, de actuar en armonía con el Derecho canónico. Aceptación del criterio canónico para regular los matrimonios mixtos. Reconocimiento de la facultad estatal para regular el matrimonio de los no bautizados, aunque con expreso reconocimiento de la sumisión al Derecho Natural católico.

20. El Concordato como tratado internacional precisaba de un desarrollo interno por ley estatal, que fue la de 24 abril 1958. Su demora en promulgarse puede deberse, por un lado, a que la materia matrimonial afectada no era urgente, y, por otro, al propósito estatal de aprovechar la *ocasio* que deparaba aquélla para modificar, con alguna extensión, entre otras, lo relativo a la capacidad civil de la mujer casada que venía ampliamente discutida en los medios de comunicación social. La Comisión General de Codificación se centró en el perfeccionamiento del art. 42 Cc, precepto que desde 1889 se había convertido en el precepto-clave de nuestro sistema matrimonial. A propuesta del Prof. FUENMAYOR se acordó sustituir la expresión de *formas* por la de *clases de matrimonio* que expresaba mejor la diferencia de naturaleza de ambos matrimonios; pero el Estado no acogió la regla del entonces vigente canon 1099 del *Codex I.C.* de 1917, sino que se reservó un margen de *tollerantia* y flexibilidad, medida que se demostró prudente a la vista de la creciente apertura de nuestro país al exterior; así quedó obsoleta la O.M. de 1941 y, en parte, la interpretación restrictiva de los requisitos subjetivos de acceso al matrimonio civil; por otro lado, bastaba la presencia de un solo contrayente que profesase la religión católica para que se exigiera la celebración del matrimonio canónico; en consecuencia, era necesario que ninguno de los contrayentes profesase el catolicismo para que pudieran casarse civilmente; aunque ningún jurista confundía el término *divorcio* (imperfecto) de la primitiva redacción del Cc, resultó acertada la corrección semántica consistente en sustituir aquél término por el de separación; sin llegar a su derogación total, el art. 77 fue aligerado en la tramitación, haciendo desaparecer el aspecto punitivo un tanto ridículo de la redacción original; de mayor calado fueron las mejoras técnicas introducidas en los arts. 75, 76 y 80, que contribuyeron a una actualización normativa y a una delimitación más clara de las facultades que sobre el matrimonio canónico ejerce la Iglesia<sup>34</sup>. Lo relativo al matrimonio de los hijos quedó en una especie de transacción, eliminándose el consejo pero regulándose la licencia de los menores para casarse introduciendo la posibilidad de recurso contra la negativa del padre o tutor ante el Ordinario del lugar.

En conclusión, la Ley de 1958, dictada en aplicación del Concordato de 1953, no alteró el sistema matrimonial anterior de la época 1889-1931 y 1938-1953, limitándose a introducir en el mismo meros perfeccionamientos técnicos.

---

<sup>34</sup> Art. 75. *El matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica.* Norma obvia, pues lo contrario supondría una intromisión indebida del Estado en la regulación interna de la Iglesia.

Art. 76. *El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles. – Para que éstos sean reconocidos bastará con la inscripción del matrimonio correspondiente en el Registro Civil. – Cuando la inscripción se solicite una vez transcurridos cinco días desde la celebración, no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas.* Importante para fijar el papel de la inscripción, sin perjuicio de que se trate de estimular entre los contrayentes una pronta inscripción, en interés de la sociedad y de los propios cónyuges.

Art. 80. *El conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos, sobre la dispensa del matrimonio rato y no consumado y sobre uso y aplicación del privilegio Paulino, corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil, a tenor del art. 82.* Por vez primera se hace expresa referencia al matrimonio rato y no consumado, así como al privilegio paulino; lo que resulta conveniente para eliminar dudas sobre su admisibilidad. El art. 82 dispone *in fine*: *La ejecución (civil) se llevará a cabo en virtud de comunicación canónica de las sentencias o resoluciones, o a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio.*

# 3. Derecho vigente sobre el sistema matrimonial español

## 3.1. Matrimonio y familia en vísperas de la Transición política

21. En el llamado tardo-franquismo se promulgan leyes puntuales sobre la mujer y la familia que no afectan directamente al sistema matrimonial (especialmente la Ley de 2 mayo 1975). Pero sí cabe señalar los cambios de distinto signo en la valoración por la opinión pública, incluso católica, en cuestiones sobre el matrimonio y la familia. Por un lado la celebración y conclusión del Vaticano II cuyo Decreto sobre libertad religiosa, dejó, en cierto modo, en segundo término, el recuerdo que se hace de la doctrina tradicional de la Iglesia en la *Gaudium et spes*, sobre matrimonio, familia, divorcio, aborto, educación, etc. Empieza a desarrollarse entre nosotros, incluso en círculos eclesiásticos, una crítica abierta al Concordato de 1953 (especialmente en lo relativo al derecho de presentación de Obispos, con penosos episodios), sobre todo por parte de los llamados *católicos de izquierda*, muchos de los cuales simpatizaban e, incluso, colaboraban con la oposición política al régimen. Uno de puntos que se combatían con ardor, dentro de un confuso programa progresista, era el de la doctrina católica sobre el matrimonio y la familia, en el que se distinguieron, por su constancia y virulencia, la revista *Cuadernos para el Diálogo*, destinada a un tipo de lector más bien intelectual, y otra, la revista *Triunfo*, destinada al gran público. No sería difícil extraer de las mismas un detallado plan para dismantelar el sistema matrimonial español, y, en general, la legislación familiar tradicional vigente en España, con derivaciones hacia la admisión del aborto y del monopolio de la escuela pública; etapas que parecen haber sido puntualmente cumplidas en el último cuarto de siglo, primero lentamente, y, últimamente, de modo acelerado. Conviene explicar las etapas seguidas para lograrlo.

La muerte del General Franco el 20 de noviembre de 1975 y la sucesiva proclamación como Rey de Juan Carlos I, conforme a las previsiones sucesorias del propio régimen, abrieron la *transición a la democracia* culminada con la aprobación de la Constitución de 1978. En ésta, a diferencia de los textos del siglo XIX, y de acuerdo con los aprobados después de la Segunda GM, se regulan principios fundamentales sobre el matrimonio y la familia, y su ulterior desarrollo normativo por ley ordinaria van a configurar el nuevo sistema matrimonial español. Serán básicos los arts. 16, 32 y 39 CE, el Acuerdo con la Santa Sede de 1979 sobre Asuntos Jurídicos, la Ley de 1981 sobre reforma del matrimonio en el Cc, las Leyes de 1992 sobre los Acuerdos con las otras Confesiones, y las Leyes de 2005 sobre matrimonio homosexual y régimen de separación y divorcio.

Cabe afirmar que, al margen de los animados debates sobre *¿reforma o ruptura?* que preocupaban mucho a los políticos, hay serios motivos para sospechar que, en acuerdos acaso no escritos o no firmados, tanto el matrimonio como la familia fueron las *instituciones perdedoras o sacrificadas* de la transición política, a cuyo resultado final han concurrido una pluralidad de factores de índole diversa. Por un lado, quizá la precedente insistencia del régimen de Franco en mantener su fidelidad a la concepción católica de las mismas, parece que suscitó una oposición enrabiada que pretendió, no sólo la derogación del conjunto de Leyes Fundamentales del franquismo que la recogía, sino que se empeñó en constitucionalizar el divorcio, así como la diferenciación entre la *familia en general* y la *de base matrimonial*, de modo que esta última quedara minimizada y marginada. A la hora de adoptar el texto definitivo de la Constitución se tropezó con las inequívocas afirmaciones contenidas en la Declaración de Derechos Humanos de 1948, que fueron obviadas, de un lado, manipulando hábilmente la ubicación sistemática del *ius connubii* y la protección de la familia, ambas materias en capítulos diferentes, con diversa fuerza vinculante para el legislador ordinario; y, de otro, jugando con la polisemia del término *familia*, en el art. 39.1, palabra que si, hasta entonces, a

efectos jurídicos, no planteaba problema, pues se traducían automáticamente por *familia matrimonial*, en adelante ya no ocurre así según establece reiterada jurisprudencia del TC. También se enmascaró el término *divorcio*, en el de *causas de disolución* del art. 32.2 dado que, al haber causas de disolución distintas de la muerte, era posible creer y defender por los ingenuos que el divorcio no se constitucionalizaba (pese a que todos los partidos sabían que lo estaba, implícita o tácitamente). Pero si la izquierda tenía muy claros sus objetivos en materia de matrimonio y familia (es decir, de dónde venía y a donde quería llegar), ni el centro (pese a que en la UCD militaban ilustres miembros de la Democracia cristiana) ni en la derecha (ésta, muy minoritaria, en mayor medida que en aquél) se observaba una actitud homogénea y resuelta en estos temas. Se asiste al insólito espectáculo de ser la UCD, el partido gobernante, (de centro-derecha con participación ¿vergonzante? de católicos practicantes) el que introduce, en las Cortes españolas, el segundo proyecto de divorcio de nuestra historia. A diferencia de lo ocurrido en ambos periodos republicanos, durante la Transición, ni la Jerarquía actuando colectivamente, ni las distintas organizaciones de laicos católicos van a ofrecer resistencia unitaria y coherente, antes bien, su actitud resulta ambigua y, no pocas veces, dubitativa; lo que, cabe conjeturar, no dejaría de sorprender a la masa de fieles. Destacan obviamente en los medios públicos de difusión las afirmaciones oficiales, al margen, ciertamente, de posturas estridentes que no cuentan (p. ej., las del senador XIRINACHS), en las que, sin dejar de recordar la doctrina tradicional sobre la indisolubilidad matrimonial, se dice, acaso con ánimo exculpatorio de esos aludidos políticos católicos, que no siempre el legislador civil ha de imponer las exigencias de la moral católica a todos, de donde se deduce implícitamente la admisión del divorcio como mal menor, y contribuiría a tranquilizar conciencias.

En mi opinión, en la década los años ochenta en Europa y en el mundo occidental, ya no era posible hablar del divorcio como de algo etéreo, que sucedía a miles de kilómetros de nosotros; había, por el contrario, abundante literatura, numerosos testimonios y estadísticas fiables de todos los países del mundo occidental, con larga experiencia divorcista, que alertaban con datos en la mano *que el divorcio no es el mal menor, sino que es el mal por excelencia en materia de familia*. Cualquier especialista sabía entonces, y se ha comprobado desgraciadamente en la carne de nuestra sociedad, que hay dos opciones básicas en materia matrimonial, entre las cuales debe optar el legislador con plena lucidez: *indisolubilidad* o *divorcio*. No cabe engañarse con medias tintas pues, una vez roto legalmente el dique de la indisolubilidad del vínculo, nadie (ni el Gobierno mejor dispuesto, ni el partido mayoritario más unido) puede resistir eficazmente la presión divorcista, y el legislador queda a merced de una opinión pública cada vez más conformista. Así ha ocurrido en 2005, que un puñado de votos ha podido llegar a ser el precio del llamado *divorcio exprés*. Todos los juristas, políticos y sociólogos sensatos reconocen que una familia estable es condición indispensable para una sociedad próspera. Pero ¿cómo exigir el cumplimiento de la *protección jurídica de la familia* que pomposamente proclama el art. 39.1 CE como obligación vinculante de todos los poderes públicos españoles? ¿Cómo garantizar la *protección integral de los hijos de matrimonios rotos*, que algunos creyeron de buena fe garantizada por el art. 39.2 CE? Tales preceptos constitucionales se han convertido en *flatus vocis*, en señuelo para lograr, en su momento, adhesiones a la Constitución, pero carentes de actual eficacia.

La Santa Sede podemos decir que acudió rápidamente a remediar, en lo posible, la situación que se dibujaba en nuestro país, firmando el Acuerdo Jurídico con el Gobierno español, de 3 enero 1979. Se ha visto *a posteriori* que fue demasiado tarde para evitar que el sacrificio del sistema matrimonial español fuera, en realidad —o en apariencia, pues no se sabe con certeza—, el precio —o una de las compensaciones— que se tuvo que pagar para llevar a buen término, la Transición española. Ahora los insistentes anuncios de una *Segunda Transición*, no auguran, en un inmediato futuro, nada positivo en este mismo terreno.



## 3.2. El Acuerdo Jurídico de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y el Gobierno español

22. Legitimado suficientemente por el art. 16.3 de la Constitución (*Los poderes públicos ... mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica ...*) el Gobierno de la UCD suscribe con la Santa Sede un Acuerdo sobre cuestiones jurídicas, con fecha 3 enero 1979. Previamente el Ministerio de Justicia se dio prisa en corregir el texto del art. 42 Cc, mediante la Instrucción de 16 diciembre 1978 modificando, *sua sponte* y por propia autoridad, el texto legal al objeto de acomodarlo al sistema de matrimonio civil facultativo<sup>35</sup>.

El trasfondo jurídico de las negociaciones, además del principio de libertad religiosa, estaba constituido por el art. 32 redactado constitucionalmente en los siguientes términos: *1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. – 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.* El precepto figura en el cap. 2º del Tít. I de la Constitución, cuya eficacia se describe en el art. 53.1 (vinculación al mismo de todos los poderes públicos y posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad caso de violación). En cambio, el art. 39 sobre la familia se integraba en el cap. 3º del mismo Tít. con el simple valor de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3)<sup>36</sup>.

Interesa aquí proceder al análisis del art. VI del Acuerdo, en cada uno de sus apartados:

*1. El Estado reconoce los efectos civiles del matrimonio celebrado según las reglas del Derecho canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil, y se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.*

La letra de este primer apartado parece indicar *continuidad* y también alguna *simplificación* de lo pactado en 1953. Sabemos que un Acuerdo Jurídico equivale a un Concordato entre la Santa Sede y el Estado de que se trate, de aquí que nada extraña se reproduzcan añejas normas que reformulan la obligación asumida por España de reconocer efectos civiles al matrimonio canónico de sus ciudadanos. Sociológicamente se confirma que, un número importante de nupcias se contrae en nuestro país *in facie Ecclesiae*, y, en aras del bien común, y en obsequio al pleno reconocimiento del derecho a la libertad religiosa de aquéllos (art. 16.1 CE) se evita a tales ciudadanos la doble celebración. Se atribuyen a este matrimonio canónico plenos efectos civiles, comenzando por su propia existencia y la legislación extraestatal que lo regula. El Estado ha proseguido, por su parte, acertadamente, la política de eliminar pretéritas desconfianzas, todavía arrastradas en el Concordato de 1953, dejando bien claro que la inscripción no condiciona la producción de efectos, sino únicamente el *pleno reconocimiento de los mismos*<sup>37</sup>.

Pero la idea de continuidad se rompe en el apartado siguiente:

<sup>35</sup> Previsto, pero todavía no creado el TC, la Instrucción parece radicalmente nula por infringir los arts. 1.1, 1.2. y 2.2. Cc.

<sup>36</sup> Resulta clara la constitucionalización del *jus connubii* en términos tales que sólo cabe interpretarlo con carácter heterosexual. El término *formas de matrimonio* es plurívoco, pudiendo retrotraerse al significado que se le dio en la primera redacción del art. 42 Cc; en todo caso, la *pluralidad de formas* excluye la introducción de un sistema de matrimonio civil obligatorio (por supuesto, también de matrimonio religioso obligatorio); el término *matrimonio* en singular apunta claramente hacia el *monismo matrimonial* que cierra el paso a otras formas de unión sexual que hagan sombra al matrimonio. La remisión a la ley ordinaria resulta imperfectamente formulada, al omitir las causas de nulidad, y al utilizar el término equívoco de *causas de disolución*. En resumen; *marco constitucional, en algunas partes, ambiguo*.

<sup>37</sup> Hay unanimidad en que los simples efectos, aludidos aunque no definidos en la norma concordataria, hacen referencia a los efectos del matrimonio entre los cónyuges y sus hijos, mientras que la plenitud del reconocimiento afecta a los producidos frente a terceros.

*2. 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. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente.*

A simple vista este apartado nos traslada a un escenario diverso del Concordato de 1953, introduciendo nuevos elementos que obligan a replantearse la pregunta sobre qué sistema se ha concordado. De momento, el inciso inicial parecería irrelevante porque los derechos que el ordenamiento canónico otorga y reconoce a sus fieles son independientes del Estado. En realidad lo que dicha norma parece significar es una alteración de la capacidad de obrar de los fieles católicos, los cuales ya no quedan obligados por ley civil a acudir sólo a los Tribunales canónicos, sino que tienen la opción de utilizar la vía civil interponiendo una demanda de nulidad o divorcio<sup>38</sup>; aparte de que algunas resoluciones canónicas (por ej. privilegio paulino) se omiten en la norma, surgiendo la duda de si se reconocerán sus efectos civiles en el futuro. Pero la mayor discordancia con el anterior régimen radica en el carácter *automático* del reconocimiento civil de las sentencias canónicas que regía en él, y la sumisión a *homologación* por los tribunales civiles que crea la nueva norma concordataria<sup>39</sup>. En este punto del análisis del art. VI cabe preguntarse si hubo voluntad en ambas partes de alterar, y en qué medida, el sistema matrimonial vigente hasta 1979. En todo caso, no parece que la Santa Sede quisiera establecer un sistema anglosajón, pero el llamado sistema latino ha sido atenuado y rebajado, con limitaciones desconocidas anteriormente.

El apartado 3º del art. VI sorprende por su singularidad; si bien ulteriormente se ha convertido en una *cláusula de estilo* de los Acuerdos o Concordatos suscritos últimamente por la Santa Sede: Ésta, en virtud de la misma, *reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el divorcio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales*. Sin duda la Santa Sede tenía información puntual del debate abierto sobre el divorcio en nuestro país, y de la división de opiniones entre los católicos. Cabe preguntarse por la eficacia de esta reserva que, al menos, para los fieles católicos viene a significar que la Santa Sede no aprueba, en ningún caso ni circunstancia, la introducción (o reintroducción) de la ruptura legal del vínculo en un país de mayoría católica como era España en aquel momento; pienso que su eficacia disuasoria o pedagógica podría ser mayor si tal declaración se entregara, de hecho, a cada matrimonio canónico al tiempo de tramitar el expediente o celebrar las nupcias.

Si un Estado se compromete a reconocer efectos civiles a todo matrimonio canónico celebrado según las vigentes normas canónicas, la unilateral introducción del divorcio implica obviamente un parcial incumplimiento de aquel compromiso, ya que, para las uniones disueltas por sentencia firme, dejarán de causarse en el futuro efectos civiles; y ello aunque con mayor corrección técnica se utilice la fórmula italiana de la *cesazione degli effetti civili*; a medida que se generaliza la aplicación del divorcio, crecerá el número de matrimonios canónicos válidos para la Iglesia y disueltos para el Estado. Al negociarse el Acuerdo de 1979 parece probable que la eventual promulgación de una ley del divorcio en España estuviera presente en las conversaciones, y buena prueba de ello es la inserción de la indicada cláusula.

---

<sup>38</sup> No se aclara si, en tales hipótesis, el Juez civil aplica el Derecho canónico o el civil, ni tampoco el posible conflicto que puede surgir en el caso de que, por consecuencia de ejercitar esas acciones, el mismo matrimonio llegue a ser válido en un ordenamiento y nulo o disuelto en el otro.

<sup>39</sup> El tema, en general, ha resultado conflictivo demostrando que la solución adoptada no fue suficientemente meditada, y está originando abundante jurisprudencia por parte tanto del TC (no menos de una decena de ss.) y del TS (el doble, al menos, de resoluciones), como de las AP (cerca del medio centenar). Un reciente planteamiento doctrinal, postulando la reforma parcial del régimen: Roncesvalles BARBER CÁRCAMO *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio* (Valencia 2005).

### 3.3. Progresivo distanciamiento del sistema matrimonial originario: La Ley de 7 de julio de 1981

23. Para un lector imparcial no dejaba de ser paradójico que la UCD, un partido de centro-derecha, cumpliera en las Cortes españolas análoga función a la desempeñada en 1870 por el partido republicano, y en 1931 por la coalición de izquierdas, al presentar un proyecto de ley de reforma del Tít. IV, libro I, Cc, regulando el matrimonio y el divorcio. Se trataba del desarrollo de normas constitucionales (no expresas, sin embargo, en la segunda gran cuestión), pero no podía ignorarse el Acuerdo Jurídico de 1979 que había sido suscrito y ratificado por España, incorporándose así a su ordenamiento interno. A distancia de más un cuarto de siglo de la promulgación de la humorísticamente denominada *ley San Fermín* (por su fecha), cabe concluir que el legislador se ha alejado, en algunos puntos de la letra, y, sobre todo, del espíritu del Acuerdo de 1979, contribuyendo a configurar un nuevo sistema matrimonial muy alejado del vigente secularmente en España, y, más recientemente, del implantado por el Cc, tanto en su versión inicial, como a partir de la instauración del régimen de Franco, aprovechándose para realizarlo, a mi juicio, de las ambigüedades y lagunas del texto constitucional de 1978. El Estado abandona conscientemente las normas vigentes de la interpretación de los tratados internacionales, y ofrece unilateralmente la suya que trata de imponer a la otra parte, (la cual, hasta ahora no la ha aceptado expresamente). Unilateralidad manifestada en sostener, erróneamente, que las partes quisieron un sistema de matrimonio anglosajón o escandinavo, jamás vigente en España, ni nunca concordado hasta entonces por la Santa Sede, y, por lo demás, poco coherente con la letra del art. VI.2 del Acuerdo de 1979. Abusiva aplicación retroactiva del divorcio a los matrimonios canónicos, cualquiera sea la fecha de su celebración, es decir también a los celebrados bajo el Concordato de 1953 (amparados por una norma internacional, no derogada al tiempo de su celebración). Eliminación en el matrimonio civil del mayor número de similitudes y paralelismos con el matrimonio canónico. Dejar sin solucionar no pocas lagunas en el proceso de homologación de las sentencias canónicas de nulidad, que tampoco han sido rellenadas por la LEC 2000. Imperfecciones técnicas que originan, con frecuencia, sentencias matrimoniales contradictorias.

Sin perjuicio de reconocer que el nuevo Tít. IV Cc aparece regulado con mejor técnica legislativa que el anterior, en el tema del sistema matrimonial adoptado sorprende la desaparición del art. 42, considerado, no sin razón, norma básica y clave de bóveda de nuestro sistema matrimonial; su conservación hubiera servido para dejar bien clara la plena facultatividad del mismo, eliminando cualquier veleidad administrativa. Para encontrar precepto, de algún modo, similar hay que acudir al actual art. 49, que ofrece el inconveniente de figurar en el cap. relativo a las formas de prestación del consentimiento matrimonial, lo que revela el aludido propósito de *degradar* nuestro sistema<sup>40</sup>. Hay una forma canónica de celebración, sobre la cual carece de toda competencia el Estado, pero para éste el matrimonio de esta clase es *más bien una forma o formalidad*. La clara fijación del sistema matrimonial adoptado en España, junto al reconocimiento del *jus connubii* hubieran merecido un tratamiento aparte, bien diferenciado y su colocación sistemática al frente del Tít. IV.

Es cierto que en la redacción primitiva del Cc había una regulación unitaria *Del matrimonio* en el frontispicio del Tít. IV, respondiendo así a la concepción también unitaria de ambas instituciones; pero en su interior se diferenciaban claramente el matrimonio *canónico* (cap. II) y el *civil* (cap. III). Ahora bien, en la Ley de 1981 el legislador se ha empeñado en relegar la *celebración del matrimonio religioso* a una discreta sección del cap. relativo a la forma (pese a que en el art. 60 habla del *matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico*<sup>41</sup>); debiéndose advertir que en adelante las diferencias entre ambas clases de matrimonio van a ser

<sup>40</sup> Parece que del art. 149,1,8 CE cabría extraer apoyo para una interpretación *más sustantiva* de las formas de casarse (ante el Juez o ante el Párroco) que la hecha por el legislador de 1981.

<sup>41</sup> Incurriendo en ese inusitado y sorprendente *juego del escondite* a que parece haberse entregado el legislador civil en 1981.

mucho más profundas que al promulgarse el Cc.

Los arts. 73 y 85 de la nueva normativa civil violan, a mi juicio, el Acuerdo Jurídico, si bien con distinta intensidad. Dice el primero que *es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración*; carece, por tanto, de eficacia retroactiva, pero representa una injustificada intromisión del Derecho estatal en el canónico; si se interpretara el art. VI. 2 del Acuerdo en el sentido de que los Tribunales civiles aplicasen la normativa canónica a tales vínculos, la invasión de competencias canónicas hubiera sido menor, pero, en todo caso, la solución podrá originar siempre resoluciones contradictorias. Adviértase que el art. 32.2 CE ha omitido las causas de nulidad entre las materias a desarrollar por ley ordinaria, lo que implica una incongruencia más. Mayor gravedad ha supuesto cuantitativamente el segundo precepto al disponer que *el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración [...] por el divorcio*. Durante muchos años la mayoría de los matrimonios disueltos lo han sido en relación con los celebrados antes de entrar en vigor la Ley de 7 de julio 1981, y cuando estaban protegidos por una norma internacional, no anulada retroactivamente; si bien en los últimos años las sentencias sobre rupturas legales del vínculo afectan mayoritariamente a matrimonios celebrados después de promulgada aquella Ley.

El impacto de la Ley de 1981 en el sistema matrimonial vigente debe reputarse considerable. No es seguro que el empeño estatal de reducirlo a una modalidad del sistema anglosajón haya logrado plenamente su propósito; no parece, sin embargo, que se haya reunido ni una sola vez la Comisión Mixta para resolver las diferencias interpretativas. La propia ley civil ofrece argumentos que desmienten aquélla calificación, como el art. 80 y la orientación de la Sala 1ª del TS favorable a reconocer efectos civiles a las sentencias canónicas de nulidad posteriores a la s. de divorcio. Globalmente el número de matrimonios canónicos que se celebran supera todavía al de matrimonios exclusivamente civiles. El divorcio parece se ha ido integrando en las costumbres españolas más que durante la Segunda República, si bien es justo denunciar la manipulación de las estadísticas oficiales, al acumularse, hasta la Ley de 2005, las sentencias de separación con las de divorcio (así una misma crisis matrimonial podía computarse dos veces; por otra parte, cierto número de separaciones judiciales finalizan en reconciliación). En resumen, puede afirmarse que el complejo sistema de causas de divorcio de la ley de 1981 se ha interpretado benévolamente por los Tribunales civiles, de modo que el porcentaje de demandas estimadas supera el 90% de las presentadas, girando la conflictividad, casi exclusivamente, en torno a la custodia de los hijos y al supuesto feminismo de los Jueces de Familia que, para ese sector de la opinión, se transparenta en sus decisiones. Los efectos perversos del divorcio van haciéndose sentir notablemente en la sociedad española; los daños psicológicos, sociales y económicos para el otro cónyuge y los hijos menores, empiezan a emerger habitualmente en los centros escolares; la prensa diaria muestra que no pocos casos de violencia doméstica tienen, con frecuencia, su causa inmediata en el propósito de solicitar el divorcio uno de los cónyuges, o de haberlo obtenido ya.

El divorcio en 1981 fue acompañado de un claro *favor divortii* legal traducido en no pocos aspectos procesales; así por ej. en la supresión de los recursos y de la conciliación previa; esta última se muestra ahora en contraste con el favorecimiento de la conciliación matrimonial que propugna con insistencia el Consejo de Europa, y que, entre nosotros, parece se está interpretando unilateralmente, para obtener sólo un *divorcio más civilizado*, y no para la reconciliación en su caso de los cónyuges.

Si se acude a los datos de *Eurostat* (Oficina europea de estadística que trabaja con los datos oficiales que le remiten cada uno de los Estados-miembro de la UE), nuestro país figuraba antes de 2005 entre los estados europeos de divorcialidad mínima (es decir, en torno a un divorcio por mil hbs.), junto a otros países de mayoría católica como Irlanda e Italia. La media de la UE oscila entre uno y dos divorcios por mil hbs. Por encima de la media se encuentran países de gran divorcialidad, como Suecia, Dinamarca y algunos de los

últimamente ingresados, como Hungría o algunos países bálticos) que alcanzan los tres divorcios por mil hbs. Pero el *divorcio exprés* está alterando las estadísticas españolas.

Los Acuerdos Jurídicos de 1992 con las confesiones distintas de la católica, que dieron origen a las Leyes 24,25 y 26/1992 sólo suponen el desarrollo del art. 16.3 CE, llenando de contenido los arts. 59 y 60 Cc. Representan una auténtica novedad en España y su traducción a nuestro sistema matrimonial es una aplicación del anglosajón o escandinavo. Aunque según el art. 60 estos matrimonios producen efectos civiles desde su celebración, carecen de una norma paralela al art. 80, aplicable sólo a los matrimonios canónicos. Su número sigue siendo reducido por lo que se refiere a los de confesión protestante y judía; y en cuanto a los musulmanes —cada vez más numerosos como inmigrantes en España— parece que la *praxis* es retornar al país de origen para el matrimonio musulmán de sus hijos, si bien es previsible que en el futuro se planteen problemas con la segunda generación que arraigue entre nosotros, así como también podrá ocurrir con los ciudadanos españoles conversos al Islam, quienes, presumiblemente, también se casarán mayoritariamente en España<sup>42</sup>.

El cuarto de siglo transcurrido desde la Ley de 1981, dictada en aplicación del Acuerdo Jurídico de 1979, debiera permitir obtener algunas conclusiones sólidas acerca del sistema matrimonial concordado; debiera tratarse de un sistema, por decirlo así, *rodado y bien perfilado*; no es posible hacerlo, sin embargo, por la unilateral interpretación ofrecida por la ley estatal dictada en su aplicación, en relación con puntos importantes del Acuerdo. En mi opinión, no puede aceptarse que el matrimonio canónico no sea otra cosa que una *forma de celebrar el matrimonio civil* (afirmación correcta, como se ha dicho, respecto del matrimonio protestante, judío o musulmán). Diversidad de interpretaciones legales que tampoco se resuelve con la variedad de interpretaciones jurisprudenciales que el TS y el TC ofrecen últimamente sobre el art. 80 Cc. y que se agrava por las ambigüedades del art. VI del propio Acuerdo. A título personal avanzaría que podría calificarse de *sistema matrimonial latino atenuado*. En todo caso, parece conveniente proponer, una vez más, que se convoque la Comisión Mixta para concordar una interpretación común del art. VI del Acuerdo. Las dificultades se acrecientan ahora, por la unilateral decisión del Estado de introducir el llamado matrimonio homosexual, por Ley 13/2005, de 1º de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, y al reformar drásticamente el régimen de la separación y el divorcio, por Ley 15/2005, de 8 de julio, modificando el Cc y la LEC 2000, lo que parece influir en el incremento del índice de divorcialidad entre nosotros, como he indicado.

### 3.4. Acoso y derribo del sistema: El llamado matrimonio homosexual

24. La Ley 13/2005 ha venido a coincidir en el tiempo con el movimiento, a nivel mundial, *pro legalización* del matrimonio homosexual<sup>43</sup> impulsado por poderosas Asociaciones de Gays y Lesbianas, movimiento cuyo fruto, hasta el momento, ha sido más bien escaso, en general; lo que no obsta al rápido y sorprendente éxito logrado en el hogar hispano. Nadie ha explicado el cambio que dicho movimiento ha impreso a sus reivindicaciones, pues hace un cuarto de siglo aproximadamente sostenía enérgicamente que nunca pretendería equipararse a una institución tan devaluada y degradada como el matrimonio. ¿Estaban

<sup>42</sup> No tomo en consideración en el texto el gran número de leyes autonómicas recaídas, en los últimos años y con diversa terminología en materia de las uniones de hecho, es decir de las personas que conviven juntas *more uxorio*, sin estar casadas. La razón fundamental es que tales normas son inconstitucionales por carecer de competencia legislativa para dictarlas las aludidas Comunidades Autónomas, a tenor del art. 149.1.8 CE, dado que *las relaciones jurídico-privadas relativas a la forma de matrimonio*, afectan directamente al sistema matrimonial que regula fundamentalmente el art. 32 CE. Esta última regula una única forma legal de unión sexual, que es el matrimonio heterosexual, para lo cual establece una reserva de ley estatal, lo que invalida inmediatamente a cualquiera otra norma de inferior categoría dictada sobre la materia. En mi opinión no cabe que una ley autonómica atribuya iguales o similares efectos a otras formas de unión sexual legalizada, bajo cualquier denominación, y sean cualesquiera los requisitos a que quiera sometérselas. Norma también aplicable a las Comunidades con competencia en materia civil, por carecer expresamente de ella a tenor del mencionado precepto constitucional.

<sup>43</sup> Han empezado a publicarse estudios serios y bien fundados por parte de nuestra doctrina, que destacan sobre el simple comentario exegético, sin espíritu crítico que otros hacen. En lo que sigue, me inspiraré en las opiniones, sustancialmente coincidentes entre sí recogidas en el siguiente vol: VVAA, *La reforma del modelo de familia en el Código civil español* (Comares, Granada 2005).

equivocados en los años setenta, o es que el matrimonio en USA ha logrado, en tan poco tiempo, una rápida dignificación y una inesperada revalorización jurídica y social ...?

En Europa, el movimiento comenzó a actuar en la última década del siglo XX, adaptando la estrategia utilizada a las resistencias que en cada uno de los países se pensaba que podían encontrar. En el momento actual, sólo Holanda y Bélgica han equiparado totalmente la terminología y los efectos de la unión hétero y homosexual, mientras que en la mayoría de los países escandinavos que reconocen esta última no hay equiparación terminológica, aunque se aproxima en los efectos. En Alemania, el Tribunal Constitucional entendió (s. 17 julio 2002) que la institución matrimonial sólo puede ser heterosexual, aunque posteriormente no se ha opuesto a la equiparación de efectos entre el matrimonio y la nueva figura de la *Lebensgemeinschaft*. En Francia el llamado *pacs* (*pacto civil de solidaridad*) ha sido aceptado por el *Conseil de la République* a condición de extraerlo sistemáticamente del Derecho de Familia para relegarlo al Libro 3º de los contratos, y con efectos harto limitados. En Inglaterra, la Ley sobre la *civil union*, que la ha regulado minuciosamente aclara, inicialmente, que en ningún caso, dicha novedosa figura es un matrimonio.

En mi opinión, la Ley 13/2005 se ha inspirado de hecho muy escasamente en los ejemplos europeos (puede invocarse aquello de que *Spain is different*). En efecto, no ha seguido al tramitarla el método holandés, que encomendó a una Comisión parlamentaria (Comisión *Kortman*) el estudio de las supuestas discriminaciones legales existentes en derecho neerlandés respecto de las personas homosexuales, convirtiendo sus conclusiones —después de someterlas a discusión pública— en sucesivos proyectos de ley, las cuales gradualmente prepararon la equiparación legal. Tampoco parece beber inspiración en el ejemplo escandinavo que partió de la situación legal de las parejas de hecho, primero en lo patrimonial y luego en lo personal, hasta atribuir al *partnerscap* efectos similares al matrimonio. Ni en el alemán, en el que el Parlamento pidió previamente un parecer vinculante al Tribunal Constitucional. A diferencia de estos casos conocidos, el Gobierno socialista se dirigió *tout court* a lograr su objetivo, pasando por encima del respetable parecer en contra de diversos organismos asesores (Consejo de Estado, Consejo General del Poder Judicial, RAJL). Daba la impresión aquél de temer que la heterogénea mayoría que le apoyaba inicialmente podía pronto quebrarse, o de que se reiterasen las multitudinarias manifestaciones populares en contra.

Ha resultado así una ley apresurada, sin reflexionar, como se ha visto, sobre los ejemplos del Derecho comparado, que ha empleado una técnica legislativa absolutamente deplorable, consistente en añadir al art. 44 Cc un segundo párrafo, presuntamente aclaratorio, pero en realidad absolutamente contradictorio, no sólo con la idea básica que rige el cap. IV del Libro I, sino con todo el sistema del Cc y con el resto del ordenamiento español. La heterosexualidad de la unión matrimonial ha estado presente *siempre* en las diferentes etapas por las que ha pasado nuestro Derecho matrimonial (incluso durante ambas repúblicas); tal cualidad no es meramente accesoria u ornamental, sino esencial y básica, dando verdadero sentido al resto del Derecho de Familia y Sucesiones. Así la frase: *El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*, viene a constituir un *acto de voluntarismo* del legislador, que la propia ley desmiente a continuación. No basta con suprimir —en operación de cirugía estética legal— la diferenciación terminológica entre *marido* y *mujer*, o entre *padre* y *madre*, sustituyéndolos por *cónyuges* (que, en efecto, lo son, pero sólo en cuanto pertenezcan a distintos sexos), o cambiándolos por *progenitores* (que también lo son, recíprocamente entre sí, quienes han traído un ser a este mundo por generación natural), los cuales nunca podrán serlo dos gays o lesbianas por mucho que un Juez les haya autorizado a adoptar. Aunque al legislador se le haya olvidado excepcionarlo en la parte dispositiva, las presunciones de los arts. 116 y ss Cc nunca serán aplicables al llamado matrimonio homosexual<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> En el mismo sentido DE LA CUESTA SÁIZ *La filiación en las reformas del Código civil*, en el vol. *La reforma del modelo etc*, cit. p.136.

Sin el propósito de profundizar ahora en la problemática concreta<sup>45</sup>, cabe afirmar que, inspirada en la idea de cambiar la institución matrimonial desde dentro, la Ley 13/2005 subvierte radicalmente nuestro modelo matrimonial, y se auto-expulsa de Europa, pues rompe resueltamente con sus raíces ancestrales. Voluntariamente el legislador, sin estar en modo alguno obligado a ello, y violando claramente el marco constitucional vigente<sup>46</sup>, da un salto en el vacío sin que se adivine en qué ignotos sistemas matrimoniales podremos tener encaje<sup>47</sup>.

Si es cierto que se ha producido un cambio profundo y drástico de nuestro sistema matrimonial<sup>48</sup>, hay que subrayar que, mediante la promulgación de la nueva ley se ha pasado de un *monismo* de uniones legales, por ahora, a un *dualismo*, ya que, pese al art. 44 párr. 2º Cc, quedan perfilados en derecho español *dos matrimonios con diversidad de efectos*, a saber, el matrimonio de siempre, o sea el heterosexual, y la nueva modalidad de efectos limitados calificado inexactamente de *matrimonio* homosexual. Salvo con Holanda y Bélgica, nuestro sistema no tiene parangón con la gran mayoría de países europeos. Así, en modo alguno con Francia (que sigue reconociendo al único *mariage civil napoléonien*, sin comparación posible con la extraña figura del *pacs*, del que, al parecer, los homosexuales franceses están haciendo moderado uso), ni con Alemania que constitucionalmente mantiene un único *Ehe*, no confundible con la *Lebensgemeinschaft* (o comunidad de vida), ni con la *civil union* inglesa que la ley ha cuidado de diferenciar del *marriage*. *Et sic de caeteris* ...

Por otra parte, este cambio de sistema matrimonial afecta, de modo indirecto aunque muy importante, al Acuerdo Jurídico de 1979 con la Santa Sede, precisamente en el punto relativo a los *efectos civiles* del art. VI.1 ¿Es irrelevante para el matrimonio canónico quedar equiparado con uno u otro de los matrimonios a que ha dado origen la Ley/13 2005? Aunque el matrimonio canónico sólo puede ser heterosexual, conviene dejarlo claro en el precepto citado. Dado el cambio del trasfondo jurídico del matrimonio ¿no hubiera sido conforme a la buena fe internacional *notificarlo*, al menos, a la Santa Sede? ¿No advierte el legislador que en el Registro civil español coexisten ahora uniones religiosas exclusivamente heterosexuales, con otras que no lo son? Ningún *Canje de Notas* ni notificación oficiosa se ha producido, según mis conocimientos; en consecuencia, a la otra parte contractual se le impone, sin ni siquiera comunicárselo, una grave alteración de los presupuestos del Acuerdo, a saber un cambio copernicano en el sistema matrimonial español.

### 3.5. Privatización ¿culminada? del sistema: Separación y divorcio sin causa. *Divorcio exprés*

25. El paulatino, pero progresivo, deterioro del sistema matrimonial instaurado por la Base 3ª de la Ley de 1888, ha entrado en una *fase de aceleración* con el Gobierno de Rodríguez Zapatero, el cual, obedeciendo, al parecer, a un previo programa de desmantelamiento del régimen legal del matrimonio y de la familia, ha

<sup>45</sup> Entre los efectos colaterales perjudiciales cabe mencionar el empeoramiento de las posibilidades de realizar adopciones internacionales a los matrimonios heterosexuales españoles; en efecto, la mayoría de países de procedencia de los menores prohíben o desconocen el matrimonio homosexual, y, en consecuencia, deniegan sistemáticamente la adopción por personas de esta orientación sexual.

<sup>46</sup> La opinión es unánime, en este punto, entre los autores incluidos en el vol. cit. y en otros que no colaboran en él, como Rodrigo Bercovitz o Eduardo Serrano, que son citados reiteradamente en la obra.

Creo innecesario tratar de demostrar que en el Cc, antes de la reforma de la Ley 13/2005, no era posible hablar en sentido jurídico de matrimonio homosexual. Por ello el segundo párrafo del art. 44 introducido por dicha norma es un cuerpo extraño, injertado con fórceps en un organismo que, por mucho que se le proponga el legislador, es un imposible jurídico y no puede asimilarse a un cuerpo legal bien sistematizado y estructurado bajo la óptica del matrimonio heterosexual. Por lo menos el legislador, para lograr su objetivo, hubiera debido rehacer todo el Derecho de familia y sucesiones bajo la indicada perspectiva, cosa que evidentemente no ha hecho pues se ha limitado a limitadas operaciones de *cirugía estética legal*. Que el art. 32 CE contempla exclusivamente el matrimonio heterosexual lo dicen *juristas de todas las sensibilidades*, lo que resulta innecesario reproducir aquí. Resulta, en consecuencia, que la Ley 13/2005 ha violado aquél precepto.

<sup>47</sup> Coincido en buena medida con PUENTE EGIDO *Observaciones breves a un proyecto legislativo*, en el vol. *La reforma del modelo etc.*, p.95 al afirmar: "Supone una ruptura con nuestras más arraigadas tradiciones en el Derecho de familia, con los sistemas jurídicos del grupo greco-romano-germánico en Europa y América e incluso con los de la familia semítica (judeo-musulmana)". Discrepo sólo en rechazar el influjo griego en el sistema vigente en el mundo occidental, si con él se alude al antiguo pueblo griego (pero no si se refiere a la concepción de la Iglesia ortodoxa griega, que prefiero incluir en las concepciones cristianas).

<sup>48</sup> Hacia ninguna parte, como se explica en el texto, ya que en el Derecho comparado de familia no existe ningún grupo de países en el que tenga encaje el nuestro después de la Ley 13/2005.

actuado *ad extra* y *ad intra*, socavando las raíces del sistema matrimonial español, desvinculándolo de sus seculares precedentes históricos, rompiendo incluso con la *concordia* nacional que supuso la citada Base; y, de modo paralelo, actuando desde dentro, vaciando de contenido el art. 32 CE, de modo que el legislador se ha empeñado en suprimir las razones por las cuales el matrimonio interesó a los *parentes patriae* en 1978 hasta el punto de otorgarle una protección especial, convirtiendo al matrimonio en una cuestión absolutamente privada de la que el Estado se ha desinteresado; un mero vínculo de conveniencia susceptible de ruptura *ad libitum*, apenas parangonable a los actos que suelen calificarse de cortesía. o conveniencia que imponen las normas sociales. La Ley 15/2005, de 8 de julio constituye la prueba fehaciente de lo dicho, pues por derogación expresa se eliminan los arts. 82 y 87 del Cc, y por derogación tácita queda sin sustancia jurídica la promesa de matrimonio (¿cómo requerir alguna causa o fundamento a la ruptura de ésta para reclamar una limitada indemnización de los gastos causados, cuando no se exige para la ruptura del matrimonio? lo mejor será suprimir la figura); ¿quién se preocupará en el futuro de averiguar si en un matrimonio concurren los requisitos esenciales de existencia y validez para invocar una causa de nulidad en sentido lato? es más sencillo, y económico, solicitar la ruptura legal sin causa. ¿Tiene algún sentido seguir considerando vigente el cap. V sobre derechos y deberes de los cónyuges, cuando el legislador ha privado a este milenar conjunto normativo de cualquier efecto jurídico? Por este camino, el número de matrimonios decrecerá rápidamente (¿era el oculto propósito perseguido por el legislador socialista?), y apenas si quedarán en vigor unas escasas normas sobre los efectos patrimoniales del matrimonio que, en el mejor de los tratamientos, acaso podrían figurar en un título adicional del Libro IV (como excepción del art. 1256)<sup>49</sup>.

A continuación analizaré las siguientes cuestiones: a) La reforma de la separación matrimonial incide imperativa y obligatoriamente en los matrimonios canónicos presentes y futuros, tema que no se ha renegociado con la Santa Sede; b) El llamado *divorcio exprés*—cuya terminología vulgar indica inicialmente un propósito de devaluar la figura— no parece compatible, en principio, con el art. 39.2 CE. c) La eliminación de una *causa* para solicitar tanto la separación como el divorcio, contradicen la noción del matrimonio como negocio jurídico de derecho de familia. d) El sistema divorcista español, basado exclusivamente en el mutuo consenso o en la voluntad unilateral, viene a desnaturalizar, en último término, la institución matrimonial.

a) Hasta ahora los comentaristas de la nueva ley han pasado por alto el evidente ataque que representa para el matrimonio canónico el nuevo régimen de la separación matrimonial, materia que en el Acuerdo de 1979 no se reglamentó al aceptarse tácitamente que estos procesos se atribuyesen exclusivamente a los Tribunales civiles. Al firmarse dicho Acuerdo, las causas canónicas de separación *quod ad thorum vel cohabitationem*, no diferían mucho de las civiles, y hoy no cabría afirmar lo mismo, ni siquiera teniendo en cuenta que se ha promulgado el nuevo C.I.C. de 1984. Constituye, en mi opinión, un ejemplo de mala fe contractual alterar unilateralmente el régimen de tales causas sin hacerlo de acuerdo con la otra parte, y sin ni siquiera notificárselo oficialmente para poder solicitar, en su caso, la reunión de la Comisión Mixta, Obsérvese que los casados canónicamente no tienen otro acceso judicial que acudir a los Tribunales civiles, lo que puede repugnar a su conciencia (cabe plantearse: ¿se ha propuesto el legislador fomentar la separación de hecho?).

b) Cara a la *galería* el Gobierno ha presentado la reforma como remedio balsámico para una rápida resolución judicial de las crisis conyugales, olvidando que el retraso judicial tiene otras vías de solución, y que no siempre *justicia rápida* es sinónimo de *sentencia justa*<sup>50</sup>. En los supuestos normales la demanda de separación o divorcio puede interponerse al cabo de tres meses de la celebración del matrimonio. (aunque no se necesita

<sup>49</sup> Cabe conjeturar que caerán en desuso las normas imperativas sobre las capitulaciones matrimoniales e, incluso, las que configuran el régimen matrimonial primario, pues todas ellas pueden quedar sin efecto por voluntad unilateral.

<sup>50</sup> Algunos maliciosos suponen que se ha querido, por esta vía, dar solución rápida al problema de los matrimonios simulados, cuyo número sigue creciendo, como lo prueban las numerosas resoluciones de la DGRN, ya que permite facilitar a los inmigrantes la obtención de papeles, liquidando en poco tiempo la situación aparente. Carezco de pruebas para poder imputar al legislador semejante monstruosidad legal.



plazo si hay violencia doméstica). Hay que decir que, fuera de casos absolutamente excepcionales, la regla no responde a la realidad de los hechos cuando el matrimonio se ha celebrado seriamente; la reforma responde, antes bien, a una irracional o frívola regla *pro divortio*, absolutamente inconciliable con la rimbombante *protección jurídica de la familia* que proclama el art. 39.1 CE, y que, por añadidura, aparece en abierta oposición con otras leyes recientes de nuestro entorno<sup>51</sup>.

c) Pronunciar una sentencia de separación o divorcio sin alegación de causa<sup>52</sup> representa una rigurosa novedad en el Derecho español de Familia en el que la noción de acto o negocio abstracto resulta casi desconocido. ¿Qué pasará ahora con el incumplimiento *sin causa* de la promesa de matrimonio, a la hora de denegar los limitados efectos del art. 43? ¿quedará éste derogado tácitamente? El matrimonio civil es negocio claramente causal, visibilizada ésta por la lectura de los arts 66, 67 y 68 Cc en el acto solemne de la celebración, según ordena el art. 57.2<sup>53</sup>. También sigue siendo causal la adopción que requiere *ad substantiam* que el Juez la declare conveniente al menor (art. 176.1). Las legislaciones extranjeras han cuidado siempre con gran cuidado enumerar y describir las causas por las cuales la ley admite la separación o el divorcio, como también lo hicieron nuestras Leyes de 1932 y 1981<sup>54</sup>. En efecto, era una convicción común que tales resoluciones judiciales requieren siempre una justificación suficiente, un motivo grave y razonable que el juez ha de estimar probado para dictar resoluciones de tan importantes consecuencias. Parece que el legislador español no ha caído en la cuenta (¿o sí?) que eliminar la causa de la separación o el divorcio, implica prescindir de toda razonabilidad en la materia matrimonial instaurando un sistema *sic volo, sic iubeo* que, por lo demás, viola frontalmente el art. 32.2 CE que literalmente atribuye al Estado la facultad de regular las *causas de separación y disolución*, de donde parece desprenderse que tal habilitación de ley ordinaria no es absoluta ni incondicionada, sino concretada a la determinación de las correspondientes causas<sup>55</sup>.

No parece excesivo decir que instaurar la separación o divorcio sin causa es fomentar el capricho, originario o sucesivo, de cualquiera de los cónyuges, probablemente el más inmaduro o el menos formado, estimulando así las celebraciones de uniones escasamente meditadas y sujetas al buen o mal humor de los cónyuges; añádase el trauma que puede experimentar cualquiera de los hijos menores que, por toda explicación, recibe de su progenitor la respuesta de que *me separo o divorcio porque quiero*.

d) En relación con el divorcio, el sistema nuevamente introducido, junto al basado en el mutuo consenso, representa la culminación de un proceso histórico que, a través de etapas bien estudiadas por la doctrina (divorcio por causas subjetivas, por mutuo consentimiento, por causas objetivas, por voluntad unilateral) conduce ineluctablemente a la privatización total de la unión matrimonial, fenómeno gravemente nocivo para la familia y la sociedad, y, especialmente, para ambos cónyuges y sus hijos, respecto de lo cual existen documentados trabajos en la doctrina española y extranjera.

En términos generales se está difundiendo entre los operadores del derecho de las sociedades occidentales una actitud de fatalismo suicida, que considera al divorcio como un mal menor inevitable, por lo cual se pasa página rápidamente. Pero comprobamos que las sociedades occidentales son capaces de luchar inteligentemente contra el humo del tabaco y los accidentes de tráfico, pero hace tiempo que han arrojado la toalla en la lucha contra este cáncer de la sociedad que supone el divorcio. Es difícil encontrar en la doctrina

<sup>51</sup> Así la regla *save the marriage* que impone la sección 1ª de la *Matrimonial Act* inglesa de 1995, y que obliga tanto a los contrayentes, como a los abogados y jueces que intervienen en un proceso de divorcio. Entre nosotros parece que lo que interesa al Estado no es que se mantengan los matrimonios, sino, al contrario, que se divorcie el mayor número de ciudadanos, para lo cual les brinda, entre otros medios, el llamado divorcio exprés o rápido.

<sup>52</sup> Pero el legislador no reflexionó sobre las *causas* de nulidad matrimonial ¿Por qué ésta ha de basarse en alguna causa legal probada, y las otras modalidades de crisis matrimonial, no? Arcanos de nuestro legislador.

<sup>53</sup> Causa que algún destacado miembro del Gobierno confundió con los motivos, jurídicamente irrelevantes.

<sup>54</sup> En el momento actual sólo la legislación sueca admite el divorcio sin alegación de causa, pero sujeta la tramitación del proceso a requisitos más severos que el divorcio causal.

<sup>55</sup> Sería un fraude ley que el legislador ordinario dijera algo así como: *la causa de la separación o el divorcio es equivalente a que carecen de ella*.

apologistas convencidos de la bondad del mismo; entre los civilistas está ocurriendo ya con frecuencia que apenas si se dedican unas páginas a explicar su historia y evolución, finalizado lo cual no suelen emitirse juicios de valor, salvo reconocer genéricamente los perjuicios del divorcio para los hijos menores<sup>56</sup>. Sin embargo, parece desconocerse que estamos asistiendo en el mundo occidental (y también en España, de modo algo atípico) a los últimos capítulos de la historia del divorcio, de la que pueden extraerse no pocas lecciones. La gran batalla se ha librado en los distintos países para eliminar la indisolubilidad de una legislación que previamente la proclamaba (así, Italia conoció sucesivos intentos para suprimirla, fracasados desde 1865; Irlanda la había constitucionalizado, y resultaron varias consultas populares fallidas antes de introducir el divorcio); logrado tal objetivo resulta difícil retornar al sistema indisolubilista (sucedió, no obstante, en Francia en 1816 con la instauración de la Monarquía; en España en 1939 con el régimen de Franco). Consolidado el régimen de disolución legal del vínculo en un país, puede experimentar alguna restricción (como en la Francia de Vichy durante la ocupación; la URSS, en su aplicación, durante la IIª GM), pero lo normal es iniciar una progresiva evolución hacia su facilitación, sustantiva y procesalmente. No hay un único sistema divorcista (como sí lo hay indisolubilista), sino tantos sistemas como leyes inspiradas en principios diversos. Inicialmente, el divorcio-sanción se presenta como una excepción a la regla de la perpetuidad del vínculo, todavía vivida sociológicamente durante algún tiempo, por gran parte de la sociedad, casi siempre con base en las creencias religiosas. El índice de divorcialidad va creciendo, primero lentamente, y luego con rapidez, extendiéndose mayoritariamente a las zonas urbanas e industriales; el proceso conduce a un divorcio legal más o menos civilizado, del que suelen quejarse por ej. los maridos afectados (acusando a los Jueces de feminismo a ultranza), y en el que la protección integral de los hijos que reza el art. 39.2 CE dista mucho de ser efectivamente respetada.

Ante cualquier legislación divorcista es obligado preguntarse ¿qué concepción del matrimonio la respalda? Si al inicio del proceso evolutivo, en no pocos países se contestaba que *the marriage is for life*, en la actualidad, una vez que la práctica de la ruptura legal del vínculo se ha integrado en las costumbres, la respuesta es otra. El divorcio por mutuo consenso obedece a la idea de que *quienes han querido casarse, pueden también deshacer el vínculo*; parece normal que el mutuo disenso deshaga el consenso matrimonial, *contrarius consensus* que no vacilan en imponer a terceros directamente afectados (los hijos). Nuestro legislador ha añadido la gran novedad de la Ley 12/2005, consistente en el *divorcio a petición unilateral sin alegación de causa*; no sé si es consciente de responder a filosofía contradictoria con la anterior. En efecto, si el divorcio por mutuo consentimiento se apoya en una pura concepción contractualista del matrimonio, la voluntad unilateral la niega radicalmente y responde a una filosofía del matrimonio que despoja a éste de cualquier eficacia jurídica. Divorciarse según la ley vigente, es mucho más sencillo que romper cualquier otro compromiso jurídico. ¿Alguna vez el propio legislador ha logrado alcanzar la máxima degradación de la naturaleza jurídica del matrimonio? ¿Qué justificación tiene que la Constitución encomiende a todos los poderes públicos del Estado la protección social, económica y jurídica de la familia, la cual mayoritariamente se compone de familias matrimoniales (art. 39.1)? Leyes de divorcio como la nuestra 15/2005 consagran exclusivamente el absoluto *droit au bonheur* de cada uno de los cónyuges, es decir la privatización total del matrimonio. Carecen de sentido las proclamaciones de la Declaración de 1948 de ser la familia la célula base de la sociedad (recogida globalmente por el art. 10.2 de nuestra Constitución); elimínense los Ministerios de la Familia y las políticas sociales que hasta ahora han desarrollado.

---

<sup>56</sup> Representa una excepción en la doctrina francesa el conocido Manual universitario del Decano parisino Jean CARBONNIER, quien en las sucesivas ediciones del mismo que ha puesto a punto, hasta su reciente fallecimiento, recoge puntualmente, tanto los debates teológicos o jurídicos sobre el divorcio, como las puntuales estadísticas sobre el mismo, en cuya interpretación ha sido insuperable Maestro.

### 3.6. ¿*Quid* de las uniones de hecho?

26. Seré breve en este apartado porque, a lo que me consta al redactar estas páginas, Rodríguez Zapatero no ha desvelado del todo su intención. En todo caso servirá para completar su nefasta política familiar, lo que hace presumir que seguirá con el aquí denunciado plan de acoso y derribo del sistema matrimonial español. El retraso en legislar puede deberse a su política de alianzas con las minorías autonómicas, lo que hace extraordinariamente complicado encontrar un texto legal estatal que satisfaga a todas las CCAA. En sí mismo, legislar sobre la unión de hecho o la convivencia *more uxorio*, es una *contradictio in terminis*, ya que, en la mayoría de casos, supone violar o desconocer la voluntad real de los interesados. Se trataría de normas impuestas sobre la calificación de la unión que voluntariamente adoptan o mantienen los particulares. Si además el legislador está queriendo *privatizar* el matrimonio, ¿cómo se justifica que el propio legislador trate de *institucionalizar* las meras situaciones fácticas? Por otra parte, legalizar, bajo cualquier denominación *otra* unión sexual significaría infringir nuevamente el principio del monismo matrimonial que deriva del art. 32.2 CE. Anteriormente argumenté la inconstitucionalidad de toda esa frondosa, compleja, contradictoria y caótica legislación autonómica. La mejor solución es seguir encomendando a los Tribunales que resuelvan, caso por caso, las diversas situaciones que se presenten. No se olvide que en el Derecho comparado no hay, en este punto, soluciones mayoritariamente seguidas.

## 4. Epílogo

Hay que responder afirmativamente al interrogante inicial: *Si, el sistema matrimonial español está en grave y profunda crisis.*

La crisis se inició con la Ley de 1981 que interpretó unilateralmente *pro bono statu* las disposiciones del Acuerdo Jurídico de 1979. Con un salto atrás de varios siglos, el Estado español reivindica para sí la absoluta y exclusiva *facultas normandi* del matrimonio. Se trata de reducir al mínimo la presencia e influencia del matrimonio canónico, y si fuera posible, eliminarla.

En contraste, el Estado parece que tiene evidentes intereses económicos en que sigan celebrándose, a título de mera ceremonia, matrimonios religiosos pues ello le ahorra importantes partidas presupuestarias que, en otro caso, debería destinar cada año a la eventual celebración civil.

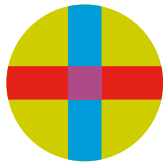
Cabría todavía preguntar: ¿Interesa a la Iglesia católica que sus nupcias, en adelante, aparezcan inscritas junto a las uniones homosexuales? ¿Es el momento de que los fieles católicos españoles inicien *huelgas de bodas católicas* (como en 1870-1875)?

Parece conscientemente proseguida una política gubernamental de *privatización del matrimonio*, pero ¿cuales serían sus repercusiones en el matrimonio canónico?

La separación y divorcio sin causa significan vaciar de valor jurídico al compromiso matrimonial y al propósito fundamental de los cónyuges. En el futuro no es improbable que caiga en desuso la mayor parte del Tít. IV, Libro I del Cc.

Es gravemente preocupante que las Leyes del 2005 hayan sacado a España del grupo de países occidentales que seguían más o menos fieles a la concepción romano-canónica del matrimonio, sin que el legislador tenga ahora ideas claras de a qué sistema nos adscribimos, pues tampoco quedan bien definidas las notas esenciales del matrimonio que se aceptan y se aceptarán en el futuro (¿poligamia o poliginia, o ambas? ¿superación absoluta del *tabú* del incesto? ¿matrimonio entre niños, o con niños, pues no resulta impensable una legalización indirecta de la pederastia? ¿matrimonio acto privado o solemne? ...*et sic de caeteris*).





CEU

*Instituto de Estudios  
de la Familia*

---

*Universidad San Pablo*

## **Boletín de Suscripción**

Deseo recibir los próximos números de los Documentos de Trabajo de la Serie “Familia y Sociedad” del Instituto de Estudios de la Familia de la Universidad CEU San Pablo:

Nombre y Apellidos .....

.....

Dirección.....

Población.....C.P.....País.....

Teléfono.....Correo electrónico.....

Instituto de Estudios de la Familia

Universidad CEU San Pablo

Julián Romea 23, 28003 Madrid, España

Tfno: +34 91 456 63 11 / Fax: +34 91 514 01 41

if@ceu.es [www.ceu.es/usp/if](http://www.ceu.es/usp/if)





# CEU

*Instituto de Estudios  
de la Familia*

*Universidad San Pablo*

## **Boletín de Solicitud de números atrasados**

Deseo recibir los números siguientes de los Documentos de Trabajo de la Serie “Familia y Sociedad” del Instituto de Estudios de la Familia de la Universidad CEU San Pablo:

Nombre y Apellidos .....

.....

Dirección.....

Población.....C.P.....País.....

Teléfono.....Correo electrónico.....

Nº	Título
----	--------

.....

.....

.....

.....

Instituto de Estudios de la Familia

Universidad CEU San Pablo

Julián Romea 23, 28003 Madrid, España

Tfno: +34 91 456 63 11 / Fax: +34 91 514 01 41

if@ceu.es [www.ceu.es/usp/if](http://www.ceu.es/usp/if)





# **Instituto de Estudios de la Familia**

*Presidente*

José Luis Pérez de Ayala y López de Ayala

*Director*

Enrique Martín López

*Secretario académico*

José María Garrido Bermúdez

*Proyectos y Desarrollo*

Patricia Santos Rodríguez

*Administración*

Arancha Felipes Alonso

*Becarios*

Juan Meseguer Velasco

Jesús Romero Moñivas

## **Área de Terapia Familiar**

*Director*

Aquilino Polaino-Lorente

*Secretario académico*

Javier López Martínez

*Terapeuta asociado*

Gabriel Dávalos Picazo

## **Observatorio Universitario de la Mujer**

*Directora*

María de los Ángeles Varela Olea

## **Centro Universitario de Información y Salud Sexual**

*Directora Médico*

Dra. Ondina Vélez Fraga

*Médico adjunto*

Dra. Nieves Cano Linares

*Trabajadora social*

Isabel Lara Luque

**Resumen:** La posición jurídica del matrimonio canónico deriva del Acuerdo Jurídico de 1979 entre España y la Santa Sede, conforme al art. 16.3 CE, y, a su vez, para las demás confesiones religiosas reconocidas, de los Acuerdos de 1992.

En cuanto a la Iglesia Católica cabe decir que tanto la Ley de desarrollo de 1981, como las promulgadas por el Estado en 2005 sobre matrimonio homosexual y reformas de la separación y divorcio, desconocen y violan en cuestiones importantes el Acuerdo de 1979. Mientras éste siga en vigor parece conveniente una reunión urgente de la Comisión Mixta Iglesia-Estado prevista en él.

**Palabras clave:** Matrimonios religiosos y matrimonio civil. Art. 16 CE. Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979, y entre las confesiones reconocidas y el Estado, celebrados en 1992.

**Abstract:** The juridical position in Spain of the canonical marriage, according to the art. 16.3 of the spanish Constitution derives from the juridical Agreement of the Holy See and the spanish State of 1979; and for the other recognized religious confessions of the Agreement of 1992.

For the Catholic Church we must to say that so much the Law of 1981, as those of 2005 (about homosexual marriage and reform of legal separation and divorce) infringe in important questions the mentioned Agreement of 1979. While not abolish this one is necessary to wish the Mixed Commission provided in the same gets together urgently.

**Keywords:** Religious and civil marriage. Art. 16 of the Constitution. Agreements of 1999 and 1992. Mixed Commission.

Colabora:

 ESTUDIO LEGAL  
PÉREZ-ALHAMA

Instituto de Estudios de la Familia  
Universidad CEU San Pablo  
Julián Romea 23, 28003 Madrid, España  
Teléfono: +34 91 456 63 11 / Fax: +34 91 514 01 41  
if@ceu.es [www.ceu.es/usp/if](http://www.ceu.es/usp/if)