

Secularització, laïcitat i família a Espanya

Josep Maria Martinell

La crisi de la concepció tradicional de la família i la transformació profunda dels valors i els models familiars és, sobretot, un fenomen complex, generat arran d'evolucions o de revolucions ideològiques, però també de canvis estructurals, socioeconòmics i tecnològics, entre d'altres, en què entren en joc des de qüestions de caràcter ètic fins a implicacions sobre l'Estat del benestar.

INTRODUCCIÓ

No cal insistir en el paper que han tingut en la transformació dels models i dels valors familiars factors com ara el principi personalista, que tendeix a posar les institucions al servei de l'ésser humà i no l'ésser humà al servei de les institucions; el caràcter inestable del matrimoni i, en general, dels models familiars; els canvis en el sistema productiu i la seva incidència en l'economia, tant a gran escala com a petita, i, per tant, en la família; el procés de fragmentació propiciat pel pas de la família agnàtica a la família nuclear i monoparental i per la successió de nuclis familiars al llarg de la trajectòria vital d'un mateix individu (amb connexió d'interessos entre ells) o, per citar un darrer exemple, la conquesta de la igualtat i la no-discriminació per raó de sexe i la mutació de la manera d'afrontar determinades necessitats familiars i socials, que abans eren assumides sense cap cost econòmic reconegut, en el si de la família, a càrrec de la dona, avui emancipada –com ara la cura de les persones grans i de les persones dependents físicament o psíquicament–, i que avui s'han d'assumir d'una altra manera, normalment amb un cost econòmic reconegut.

Per tant, seria un reduccionisme absurd pretendre explicar els canvis que vivim en l'àmbit de la persona i de la família exclusivament com a resultat d'una crisi de valors morals i religiosos. És clar que aquesta és una part important de la qüestió. Però cal tenir present que els valors ètics, a més dels que les confessions ens han presentat tradicionalment com a tals, són també els que una societat secularitzada configura, i entre aquests valors s'han d'incloure els que cerquen aprofundir la dignitat, la llibertat i la igualtat de les persones, com també d'altres de caràcter social. I, per damunt de tot, un fenomen complex

com aquest requereix una valoració interdisciplinària (jurídica, sociològica, econòmica, etc.), i només des d'aquesta visió global és possible arribar a fer-ne un diagnòstic precís i apuntar solucions equilibrades per afrontar els nous reptes.

Aquesta visió global requereix, però, una valoració pròpia des de cadascuna de les distintes àrees científiques, i pel que fa a la que ens correspon de fer aquí, em sembla convenient començar per dir que la família és una realitat especialment sensible a l'efecte de la secularització i de la laïcitat, i a la vehemència de la seva conflictivitat potencial. No és, ni de bon tros, l'únic àmbit en què això passa –també n'hi ha d'altres, com ara l'ensenyament–, però no hi ha dubte que, en la concepció de la família, la seva evolució i la seva regulació jurídica, trobem l'expressió social més genuïna i estesa de la crisi de valors de gran arrelament religiós, com el dret a la sexualitat i al seu exercici legítim, sense oblidar-ne d'altres no menys transcendents, com la dimensió religiosa del matrimoni; els principis d'autoritat i de disciplina, que prevalien com a principals criteris educatius i d'organització familiar; la primacia –feliçment superada, almenys sobre el paper– de l'home sobre la dona, i d'altres atributs i funcions, ben coneguts, que caracteritzaven la família tradicional.

Amb tot, hi ha dos condicionaments que poden desviar les conclusions d'un balanç de situació. Un fa referència a la tensió derivada d'algunes reivindicacions socials i opcions legislatives de l'Estat, la qual, si s'analitza amb visió de futur però a partir d'una perspectiva històrica, no sembla que es correspongui amb el mal pronòstic que es pot deduir de la confrontació

dialèctica que s'ha plantejat, que ha viscut moments de màxima crispació. Penso que és convenient aplicar una mica de seny i proporcionalitat en les reaccions, no ja perquè això és bo *per se* com a mitjà per afrontar qualsevol assumpte sinó, sobretot, perquè hi ha raons, basades en la pròpia experiència històrica, que ho justifiquen. L'altre condicionament és que, en les grans transformacions jurídiques de les institucions familiars, el caràcter innovador de determinades aportacions enfosqueix el protagonisme d'altres avenços també importants, que mereixen igualment la nostra atenció. A continuació em referiré a aquests dos aspectes.

APUNT PER A UNA PERSPECTIVA HISTÒRICA

Per abreujar, em referiré a algunes experiències històriques del darrer segle de *confrontació* entre l'Església i l'Estat sobre el matrimoni i la jurisdicció matrimonial, per tal de constatar el possibilisme de l'Església catòlica i com, sense renunciar als seus principis, ha estat capaç d'adaptar la intensitat de les seves reivindicacions a les exigències de cada moment, convertint moltes vegades la necessitat en virtut i, en algun cas excepcional, fins i tot anticipant-se a l'Estat en la recerca de solucions a determinades realitats socials. Aquesta gradació d'intensitats evidencia, alhora, que a mesura que es van produint esdeveniments contraris als seus valors, l'Església es

va centrant en els més recents, que solen ser els que comprometen més la seva doctrina, i va relaxant, encara que sigui *de facto*, la seva oposició als anteriors a aquests.

Efectes separables i inseparables

És sabut que un dels pilars del dret matrimonial canònic, com a resposta als postulats protestants que qüestionaven la seva competència en matèria matrimonial, a favor de la de l'Estat, és el principi d'*inseparabilitat entre contracte i sagrament*, consagrat tant en el *Codex iuris canonici* de 1917 (cànon 1012.2), com en el vigent de 1983 (cànon 1.055.2). Segons aquest principi, entre els batejats no hi pot haver un contracte matrimonial vàlid que per aquest mateix fet no sigui un sagrament. Així doncs, es pot concloure que, com que les dues coses van unides, la competència jurisdiccional del matrimoni dels batejats correspon, segons el dret canònic, a la pròpia Església. El principi comporta també, en la doctrina de l'Església, d'altres conseqüències: a) La incompetència de l'Estat per regular el matrimoni civil, excepte entre infidels i sempre que s'ajusti al dret natural (com el magisteri eclesiàstic l'interpreta). b) El no-reconeixement del matrimoni civil entre els batejats (és *inexistent*, canònicament; no requereix sentència de nul·litat; no crea impediment de vincle, i, fins ben entrat el segle xx, se li nega nominalment fins i tot el caràcter de *matrimoni*). Avui, si bé substancialment la posició oficial és idèntica, les formes s'han suavitzat: el cànon 1071.1.2 prohibeix, en principi, però sense efectes invalidants i amb la possibilitat d'autorització, que el matrimoni canònic sigui reconegut o celebrat segons la llei civil (per tant, el de qui està casat civilment). c) La competència de les *causes matrimoniales* correspon –sempre segons el dret canònic– al jutge eclesiàstic.

Tanmateix, una posició tan fèrria com aquesta per força s'havia de suavitzar, encara que només fos per raons pragmàtiques, en la mesura que l'Estat va anar assumint competències en matèria matrimonial. És així com va sorgir la doctrina canonista, que diferencia entre *efectes separables* i *efectes inseparables*. Mentre aquests últims constitueixen el nucli irreductible que afecta els principis i les propietats essencials del matrimoni (sacramentalitat, indissolubilitat i les seves excepcions, vàlidesa i nul·litat), i l'Església en continua reivindicant la competència sense fissures, tolera que els efectes separables (mesures) els reguli l'Estat, com també que, en matèria de causes matrimoniales, la mera separació *manente vinculo* (l'antic *divortium quoad torum, mensam et habitationem*) pugui correspondre a la jurisdicció civil. De fet, la doctrina anterior al Codi de 1983, si bé reconeixia que la competència jurisdiccional en matèria de separació era exclusiva de l'Església (amb la condició que almenys un dels cònjuges fos batejat), ja advertia que l'Església podia permetre que els tribunals civils jutgessin les causes de separació, tal com havia pactat en alguns concordats (com a cas més paradigmàtic, es poden esmentar els Pactes del Laterà de 1929). Per la seva banda, el Codi de dret canònic vigent, de 1983, estableix unes excepcions molt explícites a la jurisdicció eclesiàstica en matèria de separació: el reconeixement exprés que en algun

Seria un reduccionisme absurd pretendre explicar els canvis que vivim en l'àmbit de la persona i de la família exclusivament com a resultat d'una crisi de valors morals i religiosos

La família és una realitat especialment sensible a l'efecte de la secularització i de la laïcitat, i a la vehemència de la seva conflictivitat potencial

lloc determinat s'hagi proveït legalment de manera distinta al de la jurisdicció en favor de l'Església (cànon 1692.1); la possibilitat de recórrer, amb la llicència prèvia corresponent, al fur civil per tal d'obtenir la separació, en aquells llocs on la decisió eclesiàstica no tingui efectes civils, o si el dret civil no contradiu el dret diví (cànon 1692.2); la recomanació (cànon 1692.3) que la causa la dugui des del primer moment el jutge civil si té també efectes *merament civils* (és a dir, *separables*), cosa que, d'altra banda, és usual. En definitiva, el possibilisme de l'Església ha permès adaptar determinats principis a la realitat social (i política) de cada moment i lloc.

El divorci i la separació a Espanya

Una de les grans batalles de l'Església ha estat contra el divorci vincular, sobretot quan s'ha introduït per primera vegada, o s'ha reintroduït després de molts anys d'abolició. Alguns casos paradigmàtics són els d'Itàlia, Portugal i França (Llei Nacquet, de 1984, que va reintroduir el divorci, el qual s'havia abolit el 1816), com també el cas espanyol, tant pel que fa a la legislació de la Segona República com, més recentment, a la reforma de 1981.

Aquesta batalla no tan sols s'ha lliurat contra l'admissibilitat mateixa del divorci, sinó també, més sectorialment, contra la possibilitat que aquest divorci es pogués aplicar a matrimonis canònics, confessionalment indissolubles (Colòmbia, Àustria, Portugal). En el cas de Portugal, per exemple, després de la caiguda del règim de Salazar, i davant el risc que l'Estat denunciés el Concordat,

la Santa Seu va acabar tolerant que el divorci s'apliqués als casats canònicament, no perquè acceptés aquesta solució com a vàlida, sinó *ad peiora vitanda* i proclamant el deure dels catòlics d'atenir-se als principis que regeixen el matrimoni sacramental i les seves propietats essencials. A l'Espanya constitucional de 1978, no va caldre resoldre aquest assumpte específicament, perquè el 1979 (que és quan es va signar l'Acord concordatari sobre assumptes jurídics que regula els efectes civils del matrimoni canònic) no hi havia divorci, ni per als catòlics ni per als no catòlics. Però, davant la possibilitat –i crec encertat si dic el «convenciment»– d'una aprovació imminent del divorci i que aquest s'aplicaria civilment a qualsevol forma de matrimoni, civil o religiosa, la Santa Seu es va limitar a formular una proclama semblant –però, curiosament, en el cos del propi instrument concordatari (article VI.3)–, adreçada als casats canònicament,

sobre el valor permanent de la doctrina de l'Església sobre el matrimoni.

Si retrocedim històricament i ens situem a l'Espanya de la Segona República, constatem que l'Església va perdre també la batalla amb la Llei del divorci de 2 de març de 1932, tot i que de fet l'havia perdut ja abans, amb l'aprovació de la Constitució republicana el 9 de desembre de 1931, que a l'article 43 reconeixia constitucionalment el divorci, tant de mutu acord com per causa legal. No obstant això, quan després de perdre aquesta batalla s'implanta el sistema de matrimoni civil obligatori (Llei de 28 de juny de 1932) i, per tant, s'ignora el reconeixement civil de les reso-

lucions d'eclesiàstiques, el grau d'intensitat de l'actuació de l'episcopat espanyol ja no s'adreça cap a la qüestió del divorci –la qual cosa no vol dir que l'accepti, ni de bon tros–, sinó a la manera de salvaguardar el principi jurisdiccional a favor de l'Església i de tranquil·litzar les consciències catòliques dels casats canònicament. En aquest punt, i amb el benentès que canònicament només tenien reconeixement i eficàcia la dissolució i la nul·litat canòniques (no el divorci ni la nul·litat civils), la qüestió se centrava en els supòsits de separació, ja que es tractava d'un remei jurídic –admès per l'Església però que a partir de llavors regulava exclusivament l'Estat–, per mitjà del qual es concretaven de forma efectiva les conseqüències de la ruptura (el que avui denominem «mesures»). El problema es resol llavors, *in extremis*, amb una Instrucció de l'episcopat espanyol, de 25 de juliol de 1932, que, en poques paraules, tolera que els catòlics recorrin als tribunals civils per a la separació, encara que, per tranquil·litzar les consciències, han de seguir un breu procés eclesiàstic per constatar si hi concorre també una causa canònica de separació (solució sorprenent, si tenim en compte que la *cessió jurisdiccional* en matèria de separació ja l'havia admès l'Església a Itàlia, des de 1929). En tot cas, aquest és un altre exemple evident de possibilisme de l'Església, la qual, mentre comptava amb el braç executor de l'Estat, va aplicar rigorosament un dret a la separació molt sever, que podia durar molt anys a tramitar-se, en les instàncies successives, i que sovint acabava amb sentències desestimàtores, perquè els danys físics o morals no havien estat prou forts i reiterats per presumir que continuessin produint una vida en comú massa difícil, perquè l'adulteri havia estat compensat per l'adulteri de l'altre, o per altres motius similars. En definitiva, hi havia innumbrables problemes i dificultats, els quals, tan bon punt les resolucions eclesiàstiques van quedar desproveïdes d'eficàcia civil, es van poder substituir per un procés simple i àgil per constatar si hi concorria una causa legal canònica.

Evidentment, quan Franco va derogar la legislació matrimonial republicana i va restablir el reconeixement civil del matrimoni canònic i de la jurisdicció eclesiàstica en matèria matrimonial, les coses van tornar com abans. Tanmateix, seria injust oblidar, en aquest procés, l'aportació de l'Església durant l'etapa final del franquisme per a la pacificació dels judicis matrimonials, en incorporar *de facto* la separació de mutu acord, tant per via judicial com per via administrativa; en admetre la separació sense entrar en el fons de la qüestió, amb una base probatòria fonamentada en el reconeixement simple i formal dels esposos i d'algun testimoni que la vida en comú era massa difícil, i, fins i tot, en aprovar el que avui es coneix com a conveni regulador, si aquest s'aportava, tot i que l'eficàcia civil d'aquesta aprovació mai no va quedar clara del tot. Per entendre l'abast d'aquesta solució eclesiàstica (que, en la seva versió civil, era ja habitual en molts països avançats), s'ha de tenir en compte que el dret civil espanyol, hereu en matèria matrimonial de la llei provisional de 1870 (la qual, al seu torn, provenia de pautes i normes canòniques precodicials), es basava en estrictes criteris de culpabilitat conjugal, d'acord amb l'article 105 llavors vigent del Codi civil, interpretats segons una doctrina obsoleta, que no havia pogut progressar,

L'ordenament civil, lluny d'identificar-se amb cap confessió o amb determinats continguts ètics d'una confessió, ha d'establir un marc d'actuació ampli en el qual càpiguen totes les opcions

Un dels pilars del dret matrimonial canònic, com a resposta als postulats protestants que qüestionaven la seva competència en matèria matrimonial, a favor de la de l'Estat, és el principi d'inseparabilitat entre contracte i sagrament

entre d'altres raons, per la utilització escassa del matrimoni civil, plantejat legalment com a subsidiari (només per al cas en què cap de les parts fos catòlica). Així mateix, també cal valorar que la solució canònica, que era una mera praxi judicial i administrativa, es produïa amb una normativa canònica també anquilosada, que era interpretada molt laxament. Per això, per a molts va ser decebedor que el Codi de dret canònic de 1983, tot i que feia algunes concessions a favor de la jurisdicció civil en els aspectes processals (cànon 1692) i que simplificava les causes de separació en els aspectes substantius (cànon 1152 i 1153), insistís en una visió de la separació tan maniqueïsta i tan poc sensible a criteris científics (psicològics, en particular).

Referència al procés secularitzador a Espanya

«La secularització del matrimoni –s'ha dit– només adquireix la seva dimensió pròpia quan l'Estat abandona tota servitud religiosa i regula el matrimoni d'acord amb els seus propis principis i tècnica, sense ingerències ni condicionaments d'ordenaments estranys».¹ En altres paraules, no tot matrimoni civil és un matrimoni secularitzat. En aquest sentit, la primera Llei del matrimoni civil a Espanya, de 1870, que només va suposar una secularització aparent,² és paradigmàtica ja que el nucli dur de la seva regulació –especialment, la perpetuïtat i la indissolubilitat del vincle, els impediments, les causes de separació i, en bona part, de nul·litat, i la forma de celebració, que deixava fora de perill l'autorització per part del jutge civil (en

substitució del ministre eclesiàstic)– s'inspirava en criteris canònics. Les diferències més notables eren obligades per la pròpia naturalesa d'un ordenament i l'altre. En el dret civil, no existien les raons històriques ni de fe que sí que concorrien per a la dissolució canònica excepcional del matrimoni (dispensa pontificia *super rato*, dissolució a favor de la fe), ni encaixaven massa bé en un dret civil –molt preocupat per la seguretat jurídica, sobretot aplicada a l'estat civil de les persones– algunes causes de nul·litat, com la simulació. Però, admeses aquestes excepcions, es pot concloure que substancialment el matrimoni civil era una *còpia* del canònic.

Interessa subratllar que l'objectiu últim d'aquesta identificació de continguts, com s'argumentava a l'exposició de motius que va escriure Eugenio Montero Ríos, era que els catòlics no tin-

guessin cap inconvenient a l'hora de celebrar aquest matrimoni, que es presentava amb caràcter obligatori, és a dir, com l'únic admès civilment (encara que sense perjudici del matrimoni canònic, que no tenia efectes civils). I aquesta és, *a contrario sensu*, una de les claus del principi de laïcitat aplicat al tema que ens ocupa. L'ordenament civil, lluny d'identificar-se amb cap confessió o amb determinats continguts ètics d'una confessió, ha d'establir un marc d'actuació ampli en el qual càpiguen totes les opcions. Per això mateix, el dret de l'Estat no es pot identificar amb el dret confessional, ni és concebible que hi coincideixi, encara que sigui per pura contingència. Però també és veritat que una cosa és que l'Estat no s'identifiqui amb cap opció

religiosa i una altra, ben distinta, és que les seves normes no puguin estar influïdes per criteris ètics relacionats amb principis religiosos, atès que les lleis civils són fruit de les majories parlamentàries i aquestes representen una societat plural que es nodreix d'elements culturals de diversa naturalesa, entre els quals pot haver els de tipus religiós.

En tot cas, el procés de secularització dels models familiars a Espanya no s'ha produït, i amb matisos, fins al final del segle xx. En efecte, la Llei de 1870, més enllà de la seva vigència formal fins a la Restauració alfonsina, va perdurar més d'un segle (fins a la gran reforma de 1981), perquè substancialment el seu contingut va passar a ser la regulació del matrimoni civil al Codi civil, amb algunes modificacions menors. Si a això hi afegim que, exceptuant el breu període republicà, a més de ser un matrimoni inspirat en el canònic tenia un caràcter merament subsidiari –només si cap dels contraents era catòlic, i havia de ser-ho pràcticament per obligació–, es comprèn que en el cas espanyol hàgim tingut una legislació familiar (i també en altres àmbits) que s'ha caracteritzat per l'anacronisme.

La Constitució de 1978 va ser, sens dubte, decisiva per a la consecució de la laïcitat. Tanmateix, aquesta Constitució, fruit del consens i d'una transició política complexa, va haver de tractar temes gens fàcils, com ara evitar el ressorgiment de la *qüestió religiosa* com a motiu d'enfrontament i divisió entre els ciutadans. I aquí es va haver de pagar un preu, tant en el text constitucional com en d'altres textos legals (Acords concordataris amb la Santa Seu, Llei orgànica de llibertat religiosa, etc.), que ha fomentat que el principi de laïcitat pugui quedar difuminat, en alguns casos.

La reforma de 1981 marca un punt d'inflexió important en la secularització de les institucions familiars, especialment del matrimoni. Per això, és injust recordar-la només com a llei del divorci. Cal tenir present que, com a conseqüència de la perpetuació dels continguts de la Llei provisional de 1870 al Codi civil, la concepció civil del matrimoni fins llavors no tan sols era d'inspiració canònica, sinó que mai no havia passat pel tamís de la codificació del propi dret canònic (1917). Això portava a situacions tan absurdes com ara el manteniment de l'impediment d'impotència (bastant impropï per al dret civil) o la paradoxa que l'edat mínima per contraure matrimoni s'establís en els dotze anys per a la dona i en els catorze per a l'home, edats molt primerenques que no tenien cap altre fonament –a part d'encaminar la dona, des de ben jove, cap a la seva suposada destinació natural com a mestressa de casa– que facilitar l'exercici de la sexualitat per l'únic camí legítim, el del matrimoni, malgrat l'afebliment evident de la maduresa exigible per contreure'l (només cal llegir l'exposició de motius de la Llei provisional per veure-ho). La qüestió resultava encara més anacrònica si es considerava que, per la seva banda, el dret canònic, en codificar-se, ja havia atenuat en part aquest plantejament i havia elevat l'impediment d'edat fins als catorze anys per a la dona i fins als setze per a l'home.

Per tant, és evident que la secularització legal dels models familiars en general (que socialment ja desbordaven el model matrimonial), i del model matrimonial en particular, responia a una necessitat imperiosa. Però, tot i així, la reforma de 1981 no va ser concloent, per raó de la tèc-

Les lleis civils són fruit de les majories parlamentàries i aquestes representen una societat plural que es nodreix d'elements culturals de diversa naturalesa

nica jurídica heretada del dret canònic o bé com a conseqüència dels valors ètics amb arrels religioses que, implícitament, hi estaven presents.

Reflexions per a l'optimisme

Una societat que debat és una societat plural, dinàmica i viva. Però quan el debat es converteix en animadversió, amenaça la convivència i divideix els ciutadans, es posa en perill un bé tan preuat com és la pau social. Ara bé, crec que hi ha motius per a l'optimisme, en el sentit que la societat és capaç d'absorbir transformacions profundes, en aquest cas de models familiars, sense conseqüències gaire traumàtiques, malgrat que en alguns moments puntuals es puguin exacerbar les diferents posicions. A partir de l'apunt històric que s'ha esmentat anteriorment, podem repassar algunes experiències, prenent com a referent inevitable l'Església catòlica o, si més no, els valors més representatius que defensa.

No cal dir que l'Església predica els seus principis i els seus criteris morals entorn del matrimoni i de la família (la indissolubilitat del matrimoni, la il·licitud de l'ús de preservatius i anticonceptius, etc.), però això no comporta, en la pràctica, cap mena de commoció social. N'hi va haver, per exemple, en determinats moments històrics, quan es va instaurar el divorci, per exemple, a la Segona República o amb la Llei 30/1981, de 7 de juliol. Respecte d'aquesta llei, a més de la reacció de la jerarquia eclesial, es van esgrimir arguments com ara que el

divorci era inconstitucional perquè anava en contra de l'article 39 CE, per una suposada infracció de la protecció jurídica de la família que s'esmenta en aquest article, en una confusió típica entre el concepte de família i un model familiar determinat. O algun intent d'objecció de consciència al divorci, per part d'algun jutge. O també, en l'àmbit processal, la crítica a la legislació sobre el divorci, perquè es privava el jutge de jutjar, és a dir, de valorar la conveniència del divorci en el cas concret (*clàusula de duresa*), atès que tenia l'obligació de dictar una sentència estimatòria si objectivament concorria la causa legal de cessació efec-

tiva de la convivència. Avui, en canvi, la polèmica s'ha apaivagat –almenys, pel que fa al fons, però potser no tant pel que fa a l'eliminació prevista de la causalitat, per passar al divorci per decisió unilateral–, de manera que el divorci s'assumeix amb tota naturalitat, sense perjudici que cadascú, des de les seves conviccions, pugui creure, pensar, dir i predicar el que consideri millor. Més encara, l'Església –que fins fa poc considerava una ingerència que l'Estat regulés el matrimoni civil al qual es podrien acollir fins i tot els catòlics– no tan sols ja no fa qüestió d'aquest problema (sense perjudici de la seva doctrina oficial per als batejats, que continua essent la de la inseparabilitat entre contracte i sacrament), sinó que fins i tot en pronunciar-se en contra de determinats models familiars (per exemple, el matrimoni homosexual) demana a l'Estat que reguli un matrimoni amb determinades característiques, amb la qual cosa admet, encara que sigui implícitament, una certa competència de l'Estat que fins fa poc la hi negava.

Però on potser s'observa més clarament l'assentament progressiu del nou estat de coses és

en l'acceptació natural de la realitat homosexual. En aquest sentit, és molt interessant constatar on ha quedat situat el debat entorn de la institucionalització d'aquestes unions. Pràcticament és acceptat per tothom que l'homosexual no pot ser discriminat; que existeix el dret a establir, fins i tot institucionalment, una relació de parella homosexual, si bé aquesta institucionalització ha de comportar els mateixos drets, deures i conseqüències jurídiques que el matrimoni (amb l'excepció, segons alguns, de l'adopció conjunta, perquè implica interessos dels menors). La discrepància sorgeix a l'hora de determinar si aquesta unió es pot i s'ha d'anomenar *matrimoni*. Sóc conscient que, més enllà del debat nominalista, hi ha la qüestió dels símbols socials i, per tant, de l'acceptació i la integració social, que cal tenir en compte. Però el que m'interessa subratllar és el fet que s'hagi arribat a un ampli consens social sobre els altres pressupòsits esmentats, en un tema que fins fa ben poc era considerat tabú i que era pràcticament impensable que pogués ser reconegut jurídicament, perquè es considerava contrari a l'ordre públic.

ALGUNS ASPECTES DE CONTINGUT SECULARITZADOR DE LES PRINCIPALS REFORMES LEGALS

He indicat abans que alguns continguts de les reformes legals han quedat eclipsats pel protagonisme que altres han adquirit, de més impacte social. A això cal afegir que els avenços que s'han aconseguit no són sempre nítidament puntuals, sinó que requereixen una interpretació i una aplicació al llarg dels anys. Sense cap pretensió de ser exhaustius, i a títol merament d'exemple, esbossaré algunes reflexions sobre la matèria.

Família i Constitució

És evident que els principis constitucionals han estat decisius en el procés de secularització de les nostres institucions familiars. D'una banda, i com no podia ser altrament, hi ha el principi de laïcitat, que la Constitució planteja d'una forma una mica peculiar (article 16.3), en disposar que cap confessió no tindrà caràcter estatal, quan potser el més correcte hauria estat dir que és l'Estat el que no té cap religió i, és clar, cap confessió. Al seu torn, la laïcitat es fa compatible amb el principi de cooperació amb l'Església catòlica i altres confessions. Això porta alguns autors a afirmar que el fenomen religiós es valora com un fet positiu. Crec, però, que la conclusió és precipitada i, en tot cas, exagerada. El que la Constitució empara i valora positivament és simplement l'exercici de les llibertats per part dels ciutadans; es valora positivament el fet religiós només en la mesura que sigui una opció triada lliurement; el compromís constitucional de tenir en compte les creences de la societat espanyola és degut a la constatació d'un fet social, que evidentment pot variar i en el qual l'Estat no pot ni ha d'intervenir, més enllà de facilitar l'exercici d'aquesta opció, triada lliurement, de la

La secularització legal dels models familiars en general i del model matrimonial en particular, responia a una necessitat imperiosa

La societat és capaç d'absorbir transformacions profundes sense conseqüències gaire traumàtiques, malgrat que en alguns moments puntuals es puguin exacerbar les diferents posicions

mateixa manera que correspon als poders públics promoure les condicions perquè la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en què s'integra siguin reals i efectives (article 9).

D'altra banda, es reconeix el dret a la llibertat ideològica, religiosa i de culte, que inclou el que s'entén per llibertat de consciència (article 16.1), i es prohibeix que ningú pugui ser obligat a declarar sobre la seva ideologia, religió o creences. Si bé el propòsit d'aquest treball no és teoritzar sobre l'abast i les conseqüències d'aquesta llibertat, des del punt de la seva incidència pràctica en la matèria que ens ocupa cal recordar que va tenir efectes immediats en la secularització del sistema matrimonial, en impedir que, d'acord amb l'antic article 42 del Codi civil (que preveia el matrimoni canònic i, per als qui no professaven la religió catòlica, el civil), s'inquirís els contraents sobre la seva catolicitat³ (i, menys encara, que es poguessin practicar proves sobre aquest punt, com passava abans).

El principi d'igualtat i no-discriminació, que l'article 14 CE establí genèricament i que tenia concrecions específiques, per exemple en el dret a contreure matrimoni (article 32.1) o en la protecció integral dels fills en condicions d'igualtat, amb independència de la seva filiació (article 39.2), va aportar un criteri ètic típicament laic, amb incidència directa tant en la igualació de

L'article 10 de la CE reconeix el desenvolupament lliure de la personalitat com a fonament de l'ordre polític i de la pau social

les condicions d'accés al matrimoni (impediments), com en el conjunt de drets, deures i obligacions que es derivaven de la relació conjugal, i que ha donat lloc també, en un àmbit més general, a normes tan significatives com la Llei 11/1990, de 15 d'octubre, sobre reforma del Codi civil, en aplicació del principi de no-discriminació per raó de sexe. Però, a més, aquest principi d'igualtat, relacionat amb el de laïcitat, ha fet que, malgrat la polèmica i els dubtes inicials, l'assumpció del matrimoni religiós per part de l'Estat s'acabés reconduint als aspectes merament formals, no als continguts jurídic-confessionals, tot i que per-

dura alguna fórmula residual (possibilitat d'eficàcia civil de les resolucions eclesiàstiques) que planteja alguns dubtes en la seva aplicació pràctica.⁴

D'altra banda, el binomi creat per l'article 32 (regulació i protecció institucional específica del matrimoni) i l'article 39 (protecció social, econòmica i jurídica de la família, i protecció integral dels fills, tots iguals davant la llei, independentment de la seva filiació) ha comportat l'ampliació del concepte de família. Almenys, de la família amb plenitud i igualtat de drets. Tanmateix, aquest avenç s'ha trobat amb algunes dificultats, entre les quals destacaré les dues següents: la determinació del nou concepte de família, i la compatibilitat entre igualtat i protecció institucional específica del matrimoni.

Pel que fa a la primera, el repte principal, a efectes pràctics, era determinar fins a quin punt la vida en parella es podia considerar nucli familiar, o bé si calia, perquè ho fos, també la filiació i la vida en comú dels progenitors amb els seus fills. Penso que el punt d'inflexió en l'evolució del concepte el va marcar la coneguda sentència del Tribunal Constitucional d'11 de desembre de 1992, que declarava que l'article 58.1 de la Llei d'arrendaments urbans vigent aleshores (text refès aprovat pel Decret 4104/1964, de 24 de desembre) era inconstitucional perquè exclouia del benefici de la subrogació *mortis causa* a qui hagués conviscut de manera marital i estable amb l'ar-

rendatari mort.⁵ La solució del Tribunal Constitucional amplia la protecció institucional de la família amb la inclusió de la parella no casada sense fills i la fa extensiva a la parella homosexual. Aquesta és, sens dubte, una de les aportacions més significatives en la matèria.

Pel que fa a la segona qüestió, la doctrina oficial del Tribunal Constitucional ha estat que el matrimoni pot tenir un tractament jurídic diferenciat i més favorable que l'aplicable a les unions de fet, en la mesura que és objecte d'una protecció institucional específica, segons la pròpia Constitució. El que succeeix, però, és que el que és inatacable pel que fa als principis, va quedant diluït progressivament, en la mesura que el matrimoni es va buidant de continguts institucionals. La tendència de les unions de fet de pretendre equiparar-se al matrimoni, pel que fa als efectes, es correspon amb la tendència del matrimoni d'apropar-se cada vegada més a les unions de fet. Per això, cada vegada hi ha menys motius que justifiquin un tractament diferenciat entre els efectes del matrimoni i els de la unió de fet.

En aquest sentit, cal dir que la jurisprudència no sempre s'ha mostrat tan obstinada a l'hora d'aplicar criteris d'igualtat. Concretament, la solució ha estat molt distinta quan els efectes de contingut econòmic o prestacional que s'han volgut equiparar han de ser a càrrec del particular i quan els ha d'assumir l'Administració. Només cal pensar, per exemple, en la sentència esmentada sobre la subrogació de l'arrendament, en què l'equiparació té una repercussió econòmica que recau sobre el particular (propietari de l'habitatge), o bé en l'aplicació analògica de la pensió compensatòria per als supòsits d'unio de fet, admesa pel Tribunal Suprem –per cert, amb una explicació ben peculiar.⁶ En canvi, quan es tracta de prestacions econòmiques de caràcter públic –i, molt en particular, de la pensió de viduïtat–, la conclusió de la jurisprudència constitucional va en la línia d'afirmar que seria plenament constitucional que el legislador ordinari estengués les prestacions previstes per al cas de viduïtat matrimonial al cas de mort d'un membre de la parella de fet, però que també és constitucional que la llei mantingui la diferència de tracte. Aquests criteris tan distints i contradictoris⁷ fan pensar que la suposada divisió de poders no sempre és real, ja que a vegades el poder judicial respon sospitosament als interessos de l'Administració.

Reprement el fil de l'article 39 CE, a més d'establir els deures dels progenitors respecte dels fills (39.3) i reconèixer la protecció prevista als acords internacionals que vetllen pels seus drets (39.4), va ser un avenç significatiu el compromís que la llei permetés investigar la paternitat. Tanmateix, la pròpia redacció de la norma i el lloc sistemàtic que ocupa en la Constitució posen de manifest que no es tracta d'un dret substantiu, sinó merament instrumental, que, com confirmaria després la nova Llei d'enjudiciament civil 1/2000, de 7 de gener, s'inscriu entre les accions de filiació (reclamació, impugnació) però no es perfila com a dret autònom. No està reconegut, per exemple, el dret a sortir de la incertesa sobre la paternitat, llevat que es pugui al·legar com una derivació de la llibertat de consciència, per tal d'actuar-hi després en conseqüència.

Aquest principi constitueix el criteri ètic principal d'una societat secularitzada, que ve a substituir, en l'ordre civil, els valors morals d'origen religiós que van impregnar la legislació sobre la família

Sense cap pretensió de ser exhaustiu, concludré l'apartat constitucional referint-me a la importància cabdal que ha tingut, amb relació a la persona però amb efectes molt directes en la concepció de la família, el principi personalista de l'article 10.1, el qual reconeix el desenvolupament lliure de la personalitat (juntament amb la dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents i el respecte a la llei i als drets dels altres) com a fonament de l'ordre polític i de la pau social. Aquest principi és susceptible de diversos graus de desenvolupament, com ha

La secularització es concreta, en el sistema matrimonial, en la previsió que l'eficàcia del matrimoni religiós en general, i la del canònic en particular, es reconduïx a allò merament formal, no als continguts institucionals del matrimoni

posat de manifest l'evolució de la legislació ordinària. Però, en darrera instància, considero que constitueix el criteri ètic principal d'una societat secularitzada, que ve a substituir, en l'ordre civil –deixant fora de perill la pròpia consciència– els valors morals d'origen religiós que van impregnar la legislació sobre la família.

L'Acord concordatari sobre assumptes jurídics de 1979

En el procés de substitució del Concordat obsolet de 1953 per acords parcials, té una importància especial l'Acord sobre assumptes jurídics, que regula, entre altres aspectes, l'eficàcia civil del matrimoni canònic. Aquest instrument no resol del tot clarament el grau d'assumpció civil del matrimoni religiós (si és *in totum*, com era fins llavors, o només com a *forma*, amb el compliment dels requisits civils), però la característica més

significativa del procés secularitzador és que la jurisdicció eclesiàstica deixa de formar part de la jurisdicció civil (entre d'altres, per raó del principi d'unitat jurisdiccional, reconegut a l'article 117.5 CE) i, encara que es reconeix, com a activitat intraeclesial, el dret de l'Església a exercir les funcions que li són pròpies, entre elles la jurisdiccional (article I,1 de l'Acord), l'eficàcia civil de les resolucions eclesiàstiques en matèria matrimonial deixa de ser automàtica i requereix la instància de part, si bé en queda exclosa (per mitjà del silenci) la que es refereix a la separació conjugal i es limita a sentències de nul·litat i de dissolució pontifícia del matrimoni rat i no consumat, amb la condició afegida que la jurisdicció civil ha de declarar si la resolució s'ajusta al dret de l'Estat (article VI.2).

La reforma de la Llei 30/1981, de 7 de juliol

Malgrat totes les seves mancances i que és fruit d'un estadi intermedi d'evolució, la Llei 30/1981, de 7 de juliol, mal anomenada «Llei del divorci», suposa, dins el grau de la legislació ordinària, una de les aportacions més importants per modernitzar el dret de família.

Pel que fa al *sistema matrimonial*, la llei reformadora del Codi civil obre la possibilitat que altres formes religioses, a més de la canònica, tinguin eficàcia civil, encara que aquesta obertura no es realitza fins més tard (l'any 1992), quan se subscriuen i s'aproven per llei ordinària els acords de cooperació amb les confessions minoritàries. Tot això es fa des d'una opció perfectament legítima

i respectuosa amb la laïcitat i que té l'avantatge que facilita l'exercici de la llibertat religiosa. (En canvi, l'opció del matrimoni civil obligatori, també legítima mentre no impedeixi la celebració religiosa, facilita menys l'exercici d'aquesta llibertat.) Ara bé, la secularització es concreta, en aquest àmbit, en la previsió que l'eficàcia del matrimoni religiós en general, i la del canònic en particular, es reconduïx a allò merament formal, no als continguts institucionals del matrimoni. Aquest punt va ser objecte de tensions greus amb el sector catòlic, que acusava l'Estat d'haver incomplert l'Acord sobre assumptes jurídics (si bé insistim que aquest acord va tractar de passada aquesta qüestió tan important). Amb tot, i potser per no enverinar més l'assumpte, la llei no va ser prou conseqüent. Per exemple, no es va preveure cap expedient civil per al matrimoni canònic amb eficàcia civil i, d'altra banda, el mecanisme de control d'aquest compliment és insuficient (article del 63.2 del Codi civil).

Pel que fa a la *regulació de fons* de la institució, es va procurar superar la inspiració catòlica confessional que llavors la caracteritzava (recordem que tenia l'origen en la llei provisional de 1870) i es va posar l'accent (fins a cert punt) en el *principi personalista*, concretat en qüestions tals com la simplificació dels impediments, la facilitació de la separació per mutu acord i la reintroducció del divorci. Tanmateix, el legislador es va quedar a mig camí. No es va afrontar directament el divorci per mutu acord (que passava per ser el *súmmum* de la llibertat, gràcies al referent francès), si bé es va admetre indirectament, amb efectes diferents (cessament efectiu de la convivència). D'altra banda, la regulació, potser sense adonar-se'n, va establir les bases de la separació i del divorci per voluntat unilateral. El sistema de causes legals previst per al cas de falta d'acord va ser superat per la realitat social i els jutges, per mitjà de diversos circumloquis jurídics, aviat es van adonar que havien de concedir la separació sense determinació de culpes, sempre que una de les parts la sol·licités. Quant al divorci, com que es basava en el cessament efectiu de la convivència i aquest es podia forçar sense conseqüències sancionadores, també es va acabar generalitzant, sense cap control excessiu de la causa legal. Tot el sistema pueril de la causalitat, que es basava en períodes de cessament efectiu de la convivència, amb els matisos de si la separació de fet s'havia consentit o no, si en iniciar-se aquesta una de les parts era culpable en una causa legal, si el judici previ de separació conjugal havia estat de mutu acord o bé, en cas d'haver estat contenciós, si la demanda o la reconvecció s'havien estimat (amb el premi que l'innocent tenia el dret anticipat al divorci), es va ensorrar com un castell de cartes. D'altra banda, l'experiència de l'aplicació de la llei posava de manifest la irracionalitat de la duplicitat de judicis: el de separació (gairebé obligat en la majoria dels casos) i el de divorci, i tot quan la separació, com a remei jurídic, té l'origen en la concepció que el matrimoni religiós és indissoluble, la qual cosa és molt discutible en un sistema de divorci civil (a Catalunya es va suprimir per Decret de la Generalitat de 23 de desembre de 1936 i en altres països, com a Suècia, el van suprimir fa molts anys).

Matèries com la separació de fet, que tradicionalment ni tan sols havien estat considerades una realitat social, van passar a tenir un cert reconeixement i efectes jurídics (com a causa legal de divor-

Moltes lleis i modificacions del Codi civil, com també de la legislació autonòmica, particularment la catalana, han anat perfilant els trets del nou dret de família

ci, com a presumpció contrària a la paternitat, etc.). Per la seva banda, l'autonomia *privada* no tan sols va tenir incidència (si bé amb certes limitacions) en la configuració de les causes de separació i en les solucions processals conseqüents (disposicions addicionals de la llei), sinó que també va afectar diverses matèries que tradicionalment s'havien considerat no transaccionables (mesures personals sobre els fills, aliments, ús de l'habitatge, pensions entre cònjuges), perquè eren susceptibles d'acord per mitjà del conveni regulador que s'havia d'aprovar judicialment.

A més, es començava a reconèixer efectes a les *unions de fet*, tant efectes negatius (la vida marital entre no casats passava a ser, igual que el matrimoni, causa extintiva de la pensió compensatòria *ex articulo* 101 del Codi civil), com efectes positius (d'acord amb la disposició addicional 10.2 de

la Llei 30/1981, de 7 de juliol, s'admetia el dret a percebre la pensió de viduïtat al supervivent de la parella de fet que no hagués pogut contreure matrimoni perquè la legislació no divorcista vigent fins llavors li ho havia impedit).

Per la seva banda, la *crisi del criteri de culpabilitat conjugal* no tan sols va repercutir en la interpretació i l'aplicació de les causes legals de separació i divorci, sinó també en les mesures que calia fixar. Aquest criteri va ser substituït pel de l'interès, la protecció i el benefici de la part més feble –fills menors, incapacitats, eventualment el cònjuge–, com una manifestació més del principi personalista. Només va quedar algun rastre de culpabilitat a propòsit de la mala fe en casos de nul·litat –si bé aquest és un tema diferent tècnicament del que s'entén per culpa conjugal–, i en alguns altres casos marginals (successions, aliments), més per desconexió legislativa que per altres

motius. Precisament, la irrellevància del criteri de culpabilitat conjugal amb relació a les mesures va ajudar a diluir el control de causalitat en la separació i el divorci. A més, aquests criteris substitutius s'implementarien i es completarien amb el d'audiència del menor prou madur o, en tot cas, a partir dels dotze anys.

Evolució legislativa en diversos àmbits

Des de la llei de 1981 fins ara s'han fet progressos importants en diversos àmbits. Pel que fa a les *unions de fet*, es va ampliant el reconeixement dels seus efectes i l'equiparació amb els del matrimoni en diferents matèries, de forma fragmentària,⁸ la qual cosa fomenta la creació de les futures lleis que tractaran de regular institucionalment aquestes unions, com han fet la majoria de les comunitats autònomes. En el marc d'aquest reconeixement sectorial, té una importància especial la disposició addicional tercera de la Llei 21/1987, d'11 de novembre, que reconeix la possibilitat d'adopció conjunta a les parelles no casades. Per la seva banda, s'obre una autèntica *guerra jurisprudencial* arran de l'equiparació de les parelles de fet al matrimoni, amb fortuna diversa, però amb la tendència general ja esmentada que aquesta equiparació és més fàcil quan implica relacions entre particulars que quan implica prestacions de l'Administració.

La mediació familiar, per una banda, i la potenciació de les mesures assistencials, preventives, penals i civils per l'altra, configuren una altra de les manifestacions més significatives de l'actual dret de família

Moltes lleis i modificacions del Codi civil –entre les quals cal destacar la ja esmentada Llei 11/1990, de 15 d'octubre, sobre reforma del Codi civil, en aplicació del principi de no-discriminació per raó de sexe–, com també de la legislació autonòmica, particularment la catalana –cosa que aquí és impossible de tractar detalladament–, aniran perfilant els trets del nou dret de família que s'han esbossat. El mateix es pot dir de la nova Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, que té una gran rellevància en la matèria que ens ocupa, pel que fa als procediments especials de família.

Les lleis 24, 25 i 26/1992, de 10 de novembre, per les quals s'aproven els acords de cooperació entre l'Estat i les confessions minoritàries (evangèlics, israelites i islàmics) reconeixen, als seus articles 7, l'eficàcia civil de les respectives formes matrimonials religioses. Però, tècnicament, com que no s'ha legislat amb una visió de conjunt, la solució resulta insatisfactòria. Hi ha tres sistemes diferents per a quatre formes religioses: un, aplicable al matrimoni canònic, el qual sempre tindrà eficàcia civil si compleix els requisits civils de fons; un altre, relatiu a les formes evangèlica i israelita, que requereix, amb l'expedient civil previ, la certificació de capacitat i la celebració en sis mesos, i un tercer sistema, híbrid, aplicable al matrimoni islàmic, en el qual hi ha una gran confusió entre inscripció civil i eficàcia civil.⁹

Entre l'abundant producció estatal i autonòmica que la *legislació sobre menors* ha generat, cal destacar, sens dubte, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, de modificació parcial del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil. Segons el meu parer, l'element fonamental d'aquesta llei és la consideració del menor com a titular de drets, entre els quals figura, tant substantivament com instrumentalment, el dret d'audiència (article 9), que s'ha d'interpretar en un sentit global (no exclusivament judicial).

Finalment, la *mediació familiar*, per una banda, i la potenciació de les *mesures assistencials, preventives, penals i civils* (en cas de situacions límit, especialment l'anomenada *violència de gènere i domèstica*) per l'altra, configuren una altra de les manifestacions més significatives de l'actual dret de família, encara que molt sovint el seu autèntic fonament cal buscar-lo en la dignitat de la persona, la seva inviolabilitat i la seva integritat física i moral.

Regulació institucional de les unions de fet i dret de família

Aquesta regulació planteja algunes perplexitats, a banda de la contradicció en termes que suposa dotar d'estatus jurídic una situació de fet, amb la qual cosa deixa de ser-ho. La primera és conceptual i metodològica i es refereix especialment a les unions de fet heterosexuales, ja que les homosexuals, com que no tenien reconegut el matrimoni, sí que tenien raó de reclamar alguna manera d'institucionalització. Respecte de les heterosexuales, en canvi, es pot pensar que hauria estat més lògic evolucionar des del concepte de matrimoni i ampliar-ne les vies d'accés, abans que institucionalitzar aquestes unions ja que, contràriament al que es digui, no són sinó unions de segon ordre, les quals, d'altra banda, no resolen el problema perquè, a l'hora d'institucionalitzar-

És possible que a llarg termini el matrimoni i la unió de fet –paradoxes de la història– es tornin a unificar

se, necessàriament es defineixen; en definir-se, s'imposen impediments, i, en haver-hi impediments, en queden excloses d'altres unions de fet que incorren en aquestes prohibicions, de manera que el problema torna a començar. Però, com que els corrents socials no entenen de mètodes i finalment s'imposa el que és políticament correcte, les lleis d'institucionalització de les unions de fet s'han prodigat, amb alguns efectes també plausibles, en què ha prevalgut l'aspiració d'aplicar per analògica les solucions matrimonials, encara que en el fons l'important no era tant l'equiparació com l'aspiració de justícia, que fa que, davant de situacions materialment iguals, calgui donar-hi solucions equivalents. Tanmateix, és possible que a llarg termini el matrimoni i la unió de fet –paradoxes de la història– es tornin a unificar.

Aquestes lleis també susciten dubtes sobre la seva constitucionalitat, tot i que fins ara no les ha impugnat ningú. Des del punt de vista del dret al lliure desenvolupament de la personalitat, a les unions de fet (almenys a les heterosexuales, regulades a l'estil de la llei catalana) no s'aplica

Des del punt de vista del dret al lliure desenvolupament de la personalitat, a les unions de fet no se'ls aplica el mateix règim de llibertat que al matrimoni

el mateix règim de llibertat que al matrimoni, ja que mentre el dret a casar-se es correspon amb el dret a no casar-se, contra el dret a establir unions de fet no es reconeix sempre el dret a no constituir-les, ja que la llei les dóna per fetes (per exemple, per convivència durant un cert temps) i estableix una normativa reguladora de caràcter imperatiu. Es poden fer dues objeccions més a la seva constitucionalitat, partint de la mateixa consideració: si la institució és el que és, més enllà del que el seu nom formal pretengui indicar, i s'arriba a la conclusió que es tracta de matrimonis de segon ordre, es podrien estar vulnerant –almenys hipotèticament i en el pla especulatiu– tant l'article 32 CE, que

permet regular distintes formes de matrimoni, però no distintes institucions matrimonials, com l'article 149.1.8 CE, pel que fa a la competència exclusiva de l'Estat en les «relacions jurídic-civils relatives a les formes de matrimoni», tal com s'està interpretant aquesta clàusula.

D'altra banda, és interessant assenyalar dues tendències legislatives bastant clares. Les lleis que preveuen aquestes unions fonamentalment des de la perspectiva dels serveis i les prestacions que puguin obtenir de l'Administració, amb poc contingut pel que fa a les relacions jurídic-privades, i les que s'elaboren atenent fonamentalment –encara que no de manera exclusiva– els drets i les obligacions privades i entre particulars. Les primeres, atès que l'Administració es protegeix de possibles fraus, requereixen una constitució explícita, de manera que la inscripció al registre creat *ad hoc* arriba a tenir caràcter constitutiu; d'aquesta manera, encara que sigui indirectament, es protegeix més l'autonomia privada. Un exemple d'aquest tipus de normativa és la Llei 2/2003, de 7 de maig, reguladora de les parelles de fet al País Basc. En canvi, les segones poden no requerir una constitució explícita i creen un estatus jurídic imperatiu i necessari, encara que, pel que fa als drets reconeguts davant l'Administració –que es torna a protegir–, se'n pot sol·licitar una prova qualificada. Aquest és el cas, a Catalunya, de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, pel que fa a les unions heterosexuales, que es consideren creades pel simple fet que no hi incorri cap impediment i que portin dos anys de convivència (o la mera convivència, sense cap temps mínim, si hi ha descendència comuna).

D'altra banda, cal assenyalar la resistència del legislador català a considerar que les unions estables de parella són família, malgrat que, almenys des de 1992,¹⁰ la doctrina constitucional ja havia acollit les unions de fet, àdhuc sense fills, dins el paraigua protector de la família. Aquesta resistència s'evidencia quan, en la mateixa data (el 15 de juliol de 1998) es van aprovar dues lleis: la 9/1998, del Codi de família, i la Llei 10/1998, d'unions estables de parella. Tot fa pensar que aquesta postura serà rectificada en el nou Codi civil de Catalunya.

LA REFORMA EN CURS I ELS REPTES PRINCIPALS

Exercici de la sexualitat, condició sexual, dret a formar una família i matrimoni homosexual

Els canvis que s'han produït en la consciència social sobre la sexualitat són molts i els paràmetres jurídics que actualment regeixen en la matèria són prou importants. L'exercici de la sexualitat es considera una més de les manifestacions del lliure desenvolupament de la personalitat; majoritàriament, aquest exercici es percep com a legítim, sense la necessitat que s'hagi establert un nucli familiar, matrimonial o no; l'edat mateixa a partir de la qual es considera una cosa natural –i que en els seus diversos graus de descobriment, desenvolupament i maneres de manifestar-se va pràcticament paral·lela al desenvolupament espontani de l'individu– és un reflex clar del canvi que hi ha hagut en els criteris morals més o menys dominants, tot i admetre que determinades concepcions ideològiques, religioses i culturals hi mantenen criteris estrictes. Aquests nous plantejaments han incidit fins i tot en la consideració favorable de l'exercici de la sexualitat per part dels discapacitats psíquics, com a part integrant del seu desenvolupament afectiu, encara que l'exercici d'aquest dret pot quedar matisat per les conviccions morals del representant legal del discapacitat i pels seus criteris morals sobre la conveniència d'evitar l'embaràs –basats no en raons eugenèsiques, sinó de protecció del discapacitat o la discapacitada– i sobre determinats mètodes (especialment, l'esterilització) susceptibles d'emprar-se a aquest efecte. Fins i tot podem parlar del dret del discapacitat –avaluable en funció del grau de discapacitat– a formar una família, amb possibilitat de descendència. Per exemple, l'oligofrènia, en segons quin grau, no s'ha considerat incompatible amb l'accés al matrimoni.

Però en el marc d'aquest canvi substancial de valors, el matrimoni homosexual és, sens dubte, una de les innovacions legals més notables i controvertides en curs. Prèviament, però, vull dir que contraposar la unió (o matrimoni) homosexual a l'heterosexual suposa incórrer en uns vicis similars als que es volen eradicar. Si hi ha dret a institucionalitzar una unió afectiva, amb independència de la condició sexual, és perquè així deriva de la dignitat de la persona i del dret al lliure desenvolupament de la personalitat. Per tant, estrictament, qualsevol persona, independentment de la seva condició sexual i de la de la seva parella, hauria de tenir dret a formalitzar

Mentre el dret a casar-se es correspon amb el dret a no casar-se, contra el dret a establir unions de fet no es reconeix sempre el dret a no constituir-les, ja que la llei les dóna per fetes

aquest tipus d'unions, i és a partir d'aquesta afirmació que s'hi poden incloure les unions heterosexuales, les homosexuals, les de persones transexualitzades, etc. I això ens porta a una altra reflexió. La distinció sexual entre home i dona –que jurídicament continua essent útil en la immensa majoria de casos i amb moltíssims efectes– és un reduccionisme que pot constituir un límit al lliure desenvolupament de la personalitat en aquells casos, excepcionals però existents, en què l'individu no té una definició o una identificació sexual determinada, o determinable, o assumida, cosa que requeriria que, des de la mateixa definició de persona, passant per la legislació del Registre civil i acabant per la normativa que fos necessària, hi hagués la possibilitat que l'ésser humà no fos identificat, inexorablement, amb algun dels dos sexes.

Al marge d'aquesta consideració, com ja he indicat abans, tenim molt de guanyat si hi ha un consens generalitzat que les unions homosexuals s'han d'admetre amb continguts anàlegs als del matrimoni –amb l'únic debat obert de l'adopció conjunta, que no es refereix tant als drets d'aquestes parelles, com als dels menors que puguin adoptar– i si la controvèrsia és si aquesta realitat s'ha d'anomenar matrimoni o no. En tot cas, amb relació a aquest conflicte, proposo alguns

Cal assenyalar la resistència del legislador català a considerar que les unions estables de parella són família, malgrat que tot fa pensar que aquesta postura serà rectificada en el nou Codi civil de Catalunya

elements de reflexió. En primer lloc, no em sembla exacte, com s'ha sostingut en alguns sectors, que els homosexuals hagin estat discriminats perquè no tenien accés al matrimoni. Ho han estat en altres ordres, i especialment per la impossibilitat, en molts casos, d'institucionalitzar les seves unions; però el que fins ara estava prohibit era el matrimoni homosexual, no el matrimoni d'homosexuals, que no és exactament el mateix; si el matrimoni és un concepte social i jurídic, la societat i la llei són molt lliures d'establir els perfils de la institució, entre els quals hi ha hagut fins ara el pressupòsit de l'heterosexualitat,¹¹ com també altres límits i impediments. D'altra banda, en principi semblaria més lògic que els col·lectius reivindicatius dels drets dels homosexuals haguessin defensat una institució pròpia i diferenciada del matrimoni, la qual ells mateixos haurien

dignificat. Però és molt comprensible que, després de tant d'obscurantisme i de discriminació, intentin ocupar un lloc en l'escena comuna de la institució familiar per excel·lència, el matrimoni, ja que aquest és un mitjà d'integració i d'acceptació social de la seva realitat. Per això, si una majoria social ho accepta, també hi ha raons per admetre com a matrimoni el de la parella homosexual.

Ara bé, la qüestió afecta tan directament determinats plantejaments ètics i, per a molts, de dret natural, que no és cap disbarat ni cal escandalitzar-se pel fet que els funcionaris o les autoritats competents puguin al·legar objecció de consciència per celebrar aquests matrimonis, si consideren que això els causa un conflicte seriós de consciència. És clar que si aquest plantejament es porta fins a les últimes conseqüències, també podria aduir objecció de consciència el jutge que ha de decretar un divorci que va contra la seva consciència, o qui ha d'autoritzar el matrimoni de l'impotent si li consta que un dels contraents ho és i aquest matrimoni va contra la seva consciència perquè contradiu el dret natural, com també ho afirma l'Església, i així successivament. Però ningú

no dubta que el matrimoni homosexual pot entrar en conflicte, d'una manera especial, amb la consciència de moltes persones. Entenc, però, que tampoc no és lícit, des de les postures contràries al matrimoni homosexual, dramatitzar la qüestió fins a extrems impropis. Perquè, en el fons, el que es debat aquí és una qüestió de tipus *jurídico-formal*, en la qual em sembla perfectament compatible el compliment d'una norma civil i la reserva de consciència, de la mateixa manera que un jutge catòlic, convençut de la indissolubilitat del matrimoni sacramental, pot dissoldre per divorci la dimensió civil d'aquest matrimoni, malgrat ser conscient que canònicament continua existint. Convé observar que la situació és relativament menys greu que si s'exigís una *conducta material* contra la pròpia consciència, *objectivament irreparable* (pràctica abortiva, eutanàsia activa, etc.).

El dret de l'Estat com a tal –independentment dels problemes de constitucionalitat que hi pugui haver, com han posat de manifest, entre d'altres, el Consell General del Poder Judicial i el Consell d'Estat– té legitimitat per tractar el matrimoni homosexual, però l'Església i els sectors contraris a aquestes unions també tenen tot el dret a expressar-hi la seva opinió contrària, ja que

es tracta de la seva llibertat de consciència, i d'expressar lliurement les seves opinions, sense que sigui admissible entendre que això és una ingerència en l'ordre civil, ja que la llibertat religiosa i de consciència no es pot reservar a l'esfera privada, sinó que ha d'incloure la possibilitat i l'intent d'influir socialment en la realitat social jurídica i material, sempre que sigui per mitjans democràtics. I l'exercici públic de la llibertat d'expressió, els arguments raonables de persuasió i, fins i tot, l'objecció de consciència ho són. Ara bé, cal tenir en compte que, segons una orientació del Tribunal Constitucional, el «dret a l'objecció de consciència [...] existeix i es pot exercir independentment que aquesta regulació s'hagi dictat o no. L'objecció de consciència forma part del contingut del dret fonamental a la llibertat ideològica i religiosa reconegut a l'article 16.1 CE i, com aquest Tribunal ha indicat en diverses ocasions, la Constitució és directament aplicable, especialment en matèria de drets fonamentals».¹² No obstant això, segons una altra orientació,¹³ l'objecció és merament un dret a ser declarat exempt d'un deure, dret que no deriva de l'article 16 CE, encara que hi tingui relació. Aquest canvi és important perquè disminueix la intensitat o la força de l'objecció, la qual, segons això, requereix de la *interpositio legislatoris*. Fins i tot en aquesta darrera hipòtesi, no seria estrany que el legislador admetés expressament, en el futur, l'objecció, encara que, en termes polítics, no em sembla que aquesta possibilitat sigui exigible *ab initio*. En tot cas, cal recordar que es tractaria d'una objecció de funcionaris (o de representants democràtics del poble), dificultat afegida per a alguns autors, però no insuperable, sempre que els drets del ciutadà quedin emparats.¹⁴

L'adopció per una parella homosexual

Deixant a banda el problema anterior, l'adopció per una parella homosexual és una altra de les grans novetats legals en curs en la legislació estatal, i que el legislador català ja ha incorporat en

L'exercici de la sexualitat es considera una manifestació més del lliure desenvolupament de la personalitat

el seu patrimoni legislatiu,¹⁵ prenent com a referents europeus les legislacions d'Holanda, Suècia i Anglaterra, que regulen l'adopció conjunta; de Dinamarca, Islàndia i Noruega, que la circumscriuen als fills de la persona que hi conviu, i, dintre de l'Estat espanyol, de Navarra, el País Basc i Aragó, que han aprovat lleis que eliminen les restriccions que hi havia per efectuar aquestes adopcions.

Els arguments a favor i en contra se centren fonamentalment en l'interès i el benefici dels fills. Els detractors afirmen que la qüestió s'ha de valorar des del punt de vista dels drets del menor, no com a dret de la persona que adopta en la parella homosexual; i que, des d'aquesta perspectiva, no és raonable admetre aquesta classe d'adopcions, pels perjudicis que es poden causar en els menors, els quals necessiten, per naturalesa, la complementarietat natural dels dos sexes oposats dels seus pares biològics o, si és el cas, adoptius. En canvi, els qui reivindiquen la bondat d'aquestes adopcions argüeixen que el que necessiten els nens que volen adoptar és amor, dedicació i afecte i que, *a priori*, això no ho garanteix ni ho exclou cap parella heterosexual ni homosexual pel fet de ser-ho, sinó que ho poden proporcionar totes dues, i això és el que s'ha d'examinar en cada cas concret. A més, afegixen que hi ha molts casos en què un menor es cria en una família monoparental (per exemple, per defunció d'un dels progenitors, o per via de fet), sense que hi hagi la complementarietat de sexes i que això comporti cap escàndol, com també que hi

ha parelles homosexuals que, de fet, ja estan exercint conjuntament com a pares o com a mares i, per tant, només es tracta d'eleva a la categoria juridicoformal el que ja és una realitat en el terreny dels fets. En fi, en cas que el nucli de la qüestió consisteixi a destriar si la naturalesa homosexual de la parella que adopta en qualitat de «pares» o de «mares» incorpora algun element nociu per al bé del nen, aquest risc es valora fonamentalment des de dues perspectives: una extrínseca, pel que fa a la possible exclusió social, fins i tot dels altres nens, i l'altra intrínseca, relativa a les possibles disfuncions que la duplicat de la identitat

sexual de dos pares o dues mares pugui arribar a implicar. Respecte a la primera perspectiva, els partidaris d'aquest tipus d'adopcions assenyalen que no és el factor decisiu i que, a més, la societat cada vegada és més tolerant i permissiva en aquest punt; respecte a la segona, la qüestió se centra en estudis científics, de signe molt distint, sovint desacreditats recíprocament per una presumpta falta de rigor. Per cert, entre els suposats efectes de l'adopció homosexual, es discuteix si hi ha més o menys possibilitats que l'adoptat sigui homosexual, qüestió que es debat no tan sols des del rigor dels pronòstics científics, sinó també si això s'ha de considerar un risc en si mateix. Finalment, en el debat també s'esgrimeixen arguments més o menys accidentals, com el que es refereix al fet que els països que no veuen amb bons ulls aquesta classe d'adopció estableixin vetos generalitzats per a l'adopció internacional a Espanya (i en altres països que prevegin l'adopció per part de les parelles homosexuals).

La Llei catalana 3/2005, de 8 d'abril, permet que tant un membre de la parella homosexual adopti els fills de l'altre, com que els dos adoptin conjuntament fills d'altri. La finalitat, en el primer cas, és donar dimensió jurídica al vincle afectiu preexistent, en interès del menor, com també

facilitar la solució de conflictes que puguin sorgir. En el segon cas, s'entén que l'interès superior del menor és, normalment, que convisqui com més aviat millor en una llar idònia i, per tant, abreujar tant com sigui possible el temps que hagi de passar en un centre d'acollida o en règim d'acolliment familiar sense adopció.

Divorci i separació per voluntat unilateral. Implicacions processals

El buidament progressiu de continguts institucionals ha anat provocant una *descontractualització*¹⁶ del matrimoni, a favor de la seva consideració com a «fet afectiu juridificat», en el qual no hi ha pròpiament obligacions concretes sinó comportaments que es van generant de manera lliure i espontània a cada moment,¹⁷ en una mena de *consentiment continuat*, que pot deixar d'existir en qualsevol moment, per simple voluntat de qualsevol de les parts. Això, que de fet ja era així pel que fa a la separació (malgrat la pervivència teòrica de causes legals), serà una realitat formal a partir de l'última reforma en curs i s'aplicarà no tan sols a la separació, sinó també al divorci. En matèria de permanència del vincle, és la culminació del principi personalista, tot i que caldrà fer atenció als problemes que pugui plantejar amb relació als matrimonis *blancs* o *fraudulents*, atesa la facilitat amb què es podran contraure i dissoldre matrimonis de manera successiva.

Després d'excloure definitivament tota possible valoració de fons per part del jutge respecte de la causa legal (només caldrà constatar que han transcorregut tres mesos des de la celebració), és molt probable que l'evolució en aquesta matèria tendeixi cap a la *desjudicialització* de la separació i del divorci, que és un dels aspectes en què hauria de consistir la simplificació processal. En efecte, si és la voluntat unilateral la que preval finalment, no serà lògic que es requereixi la intervenció judicial per sancionar-la. Una cosa distinta és que la intervenció judicial i la del Ministeri Fiscal siguin necessàries per resoldre determinades mesures, especialment les que afecten els fills menors o els incapacitats. Però això es podria fer al marge del que tècnicament és la separació o dissolució del matrimoni, de manera que la determinació de les mesures no continuï actuant, com fins ara, com un factor que retarda la consecució del divorci i que substantivament es regeix per unes causes (ben aviat, simplement per voluntat unilateral), però que processalment es veu entorpit i alentit pel judici sobre aquestes mesures. En definitiva, les causes de separació i divorci haurien de ser semblants a les d'extinció de les unions de fet, que operen per autoritat pròpia dels interessats, sense perjudici que hagin de constar necessàriament en el Registre civil.

D'altra banda, en aquest punt perdura una discriminació processal que ve de lluny. Si és imprescindible que la tutela dels fills requereixi la sanció o aprovació judicial, perquè es presumeix que, un cop trencada la convivència, hi ha més riscos de desprotecció dels menors, no s'acaba d'entendre per què això és vàlid només per als matrimonis i no ho és també per a les unions de fet.

En el marc d'aquest canvi substancial de valors, el matrimoni homosexual és, sens dubte, una de les innovacions legals més notables i controvertides

Majoritàriament, aquest exercici es percep com a legítim, sense la necessitat que s'hagi establert un nucli familiar, matrimonial o no

Custòdia compartida

Un altre assumpte estel·lar de la reforma imminent es refereix a la custòdia compartida, la qual, però, després de moltes pressions, ha quedat tan condicionada i diluïda que a la pràctica probablement no comportarà un canvi tan important com les expectatives inicials feien suposar. A més, cal tenir en compte que, si bé alguns aspectes de la reforma estatal del dret de família són aplicables a les comunitats autònomes amb competència per al dret civil propi, com Catalunya,

Ara bé, contraposar la unió (o matrimoni) homosexual a l'heterosexual suposa incórrer en uns vicis similars als que es volen eradicar

ja que afecten qüestions que –tal com s'ha interpretat l'article 149.1.8 CE fins ara– són de competència exclusiva de l'Estat (matrimoni entre persones del mateix sexe, o separació i divorci per voluntat unilateral), no succeeix el mateix amb la custòdia. Probablement, a Catalunya també es tractarà la custòdia compartida, però no ara, sinó en el marc del llibre corresponent del *Codi civil* de Catalunya, per a la conclusió del qual fa falta encara algun temps i, pel que sembla, fins llavors no es regularà, ni de forma provisional, el que ja serà aplicable en l'anomenat dret comú espanyol. Això pot crear una certa inseguretat jurídica, ja que mentre per a alguns es podrà aplicar perquè no estarà prosa legalment, per a d'altres una mesura com aquesta no es

podrà determinar, precisament per la falta de previsió, i aquesta negativa es pot fer extensiva també a supòsits d'acord explícit per compartir la custòdia, i fins i tot contra el que és normal en progenitors estrangers, d'acord amb la tradició jurídica dels seus països.

Penso, en definitiva, que és molt convenient que la llei admeti expressament aquesta possibilitat i que, lluny de dotar-la amb requisits excessius, es deixi un marge ampli a l'autoritat judicial perquè, en exercici de les seves funcions, *jutgi* d'acord amb les regles del sa judici, amb la intervenció de l'informe preceptiu del Ministeri Fiscal –però no vinculant en cap sentit, ni afirmatiu ni negatiu– i amb la pràctica de totes les diligències oportunes.

Règims econòmics i compensacions econòmiques

Les relacions familiars de parella (i del matrimoni com a paradigma) permeten, gràcies a l'avenç del principi personalista, una gran flexibilitat de conductes i opcions personals, lluny de l'encotillament i dels lligams per a tota la vida que el matrimoni tradicional exigia abans. Al costat d'això, hi ha el principi d'*autosuficiència* –consolidat des de fa temps en alguns països, com ara en el dret alemany–, que hauria d'actuar com a presumpció i que és la conseqüència de la igualtat de drets entre l'home i la dona i de l'equiparació progressiva de fet d'aquesta igualtat, ja aconseguida en l'àmbit jurídic formal. Segons aquest principi, s'ha de partir de la base que tant l'home com la dona són, *a priori*, autònoms en els afers personals i econòmics. Doncs bé, tot això hauria d'implicar un replantejament legal de les conseqüències econòmiques entre les parts de les relacions familiars de parella pel que fa als règims econòmics i a les compensacions econòmiques posteriors a la ruptura. En aquest sentit, i a grans trets, entenc que, d'una banda, cada vega-

da tenen menys sentit els règims econòmics de comunitat i, d'altra banda, que, sense excloure les compensacions econòmiques, aquestes s'haurien de reajustar d'acord amb el redimensionament que experimenta la realitat familiar, i en proporció amb el compromís més diluït que comporta. Tanmateix, com és lògic, això no ha de comportar, de cap manera, una disminució de les obligacions personals i econòmiques respecte als fills.

Sistema matrimonial i problemes d'adequació de la tècnica legislativa

El sistema matrimonial espanyol arrossega, malgrat la seva secularització, alguns hàbits i inèrcies del passat que han deixat seqüeles impròpies en la legalitat actual. A més, s'ha legislat segons les necessitats i les urgències del moment, i no de forma sistemàtica, com ho exigeix l'Estat de dret, i s'ha originat així una legislació que en ocasions és inconnexa i difícil de justificar. Sobre això proposo reflexionar principalment sobre els elements següents:

1. La conveniència d'establir un expedient matrimonial civil per a l'eficàcia civil del matrimoni canònic, amb la finalitat de controlar que hi concorren els requisits de fons civils, els quals, des de 1981, no són els mateixos que els canònics, a fi de proporcionar l'optativitat (prèvia a la celebració) referida a la vocació d'eficàcia civil que es vulgui donar (o no) a la celebració religiosa, com succeeix amb altres matrimonis en forma religiosa (el matrimoni sense expedient civil previ no tindria eficàcia civil), i de facilitar l'autorització i l'homologació civil de determinades modalitats formals, dins la forma ordinària (matrimoni per apoderat, matrimoni secret, amb interès...).

2. Mentre el matrimoni canònic continuï exonerant de l'expedient civil, convindria proveir-lo d'un sistema *a posteriori* (fase d'inscripció) de control especial de la concurrència dels requisits civils, semblant al que l'article 65 del Codi civil preveu per a situacions excepcionals (de les quals actualment queda exclòs el matrimoni canònic), o la declaració 6a de la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN), de 10 de febrer de 1993, per al matrimoni islàmic sense expedient previ.

3. La conveniència d'aclarir la qüestió relativa a la discutida eficàcia civil del matrimoni celebrat en forma canònica extraordinària.

4. La conveniència d'homologar la regulació de l'eficàcia civil del matrimoni islàmic a la dels matrimonis evangèlics i israelites, en el sentit d'excloure'n la interpretació, que la DGRN admet en la Instrucció esmentada –a partir d'un text acordat (article 7 de l'Acord de cooperació) tècnicament deficient, en el qual es confon eficàcia civil amb inscripció registral–, segons la qual es pot celebrar un matrimoni islàmic amb eficàcia civil sense que hi hagi un expedient previ. Si es manté la possibilitat anterior, caldrà establir taxativament que tot matrimoni islàmic que compleixi els requisits civils de fons tindrà eficàcia civil i, per tant, la seva inscripció no serà voluntària, sinó preceptiva. I, per al cas de celebració

El que es debat aquí és una qüestió de tipus jurídic-formal, en la qual em sembla perfectament compatible el compliment d'una norma civil i la reserva de consciència

sense expedient, s'ha de mantenir el control especial previst a la declaració 6a de la Instrucció esmentada.

5. La procedència d'establir que, si transcorren els sis mesos de vigència de la certificació de capacitat i no es rep al Registre la certificació que el matrimoni projectat s'hagi celebrat, l'encarregat corresponent s'hagi d'adreçar al representant de la confessió religiosa de què es tracti per tal que aquest manifesti si el matrimoni s'ha celebrat o no i, en cas afirmatiu, que en remeti la certificació corresponent. Aquesta mesura estaria encaminada a garantir, sempre que fos possible, que no es mantinguessin ocults als òrgans competents de l'Estat matrimonis que tenen eficàcia civil.

6. La conveniència d'homologar, per a tots els matrimonis en forma religiosa, el règim de les persones obligades a promoure la inscripció i el d'aquelles altres que tenen el dret de promoure-la, el termini legal per fer-ho (sense perjudici de la inscripció fora de termini) i les responsabilitats en què es pugui incórrer en cas de no fer-ho.

7. La conveniència de revisar el concepte jurisprudencial d'ajustar-se al dret de l'Estat, com a condició de l'eficàcia civil de les resolucions eclesiàstiques de nul·litat i dissolució pontificia del matrimoni rat i no consumat. Aquesta interpretació jurisprudencial vol dir, simplement, que la resolució eclesiàstica no contradigui els principis constitucionals i d'ordre públic. Això dona accés civil a sentències canòniques de nul·litat que la jurisdicció civil mai no hauria dictat. A més, com que segons el que estableix la legislació del Registre civil també se n'ha d'inscriure la causa legal corresponent, ens trobem que aquest Registre recull inscripcions totalment contradictòries amb el nostre ordenament: incapacitats psicològiques per contreure matrimoni que no comporten cap incapacitat civil per al ciutadà al qual es refereixen; exclusions de la indissolubilitat en el marc

d'una legislació divorcista, que fins i tot permetrà el divorci simplement per voluntat unilateral, etc.

8. En l'elaboració i la implementació d'aquests retocs del sistema matrimonial caldrà tenir en compte, pel que fa al matrimoni canònic, el compromís d'actuar de mutu acord en els casos de dubtes i de dificultat que puguin sorgir en la interpretació o l'aplicació de les clàusules de l'Acord (article VI de l'Acord sobre assumptes jurídics), per a la qual cosa és aconsellable activar la Comissió mixta Església-Estat corresponent, creada al seu moment. I, pel que fa a les altres formes religioses, s'hauran de tenir presents les respectives disposicions addicionals terceres dels acords concordataris amb relació a les comissions mixtes paritàries previstes per a l'aplicació i el seguiment dels acords, com també els articles 7.7 dels acords de cooperació amb evangèlics i israelites, i 7.5 de l'Acord amb la Comissió Islàmica d'Espanya, en virtut del qual les normes, per fer efectius els drets reconeguts, s'han d'ajustar a les modificacions que la legislació del Registre civil estableixi en el futur, per a la qual cosa es requerirà l'audiència de les confessions.

9. S'ha detectat que existeixen *matrimonis blancs* o fraudulents, absolutament simulats, que només persegueixen la consecució de fins extrínsecs, com el permís de residència, i que estan exempts de tota finalitat autènticament matrimonial, sobretot pel que fa a matrimonis d'estrangers

El dret de l'Estat com a tal té legitimitat per tractar el matrimoni homosexual, però l'Església també té tot el dret a expressar la seva opinió contrària, ja que es tracta de la seva llibertat de consciència

que s'hagin d'autoritzar a Espanya, al reconeixement i a la inscripció registral consegüent dels matrimonis celebrats a l'estranger i als matrimonis religiosos amb reconeixement civil. És difícil detectar aquests matrimonis i alhora garantir el dret a la intimitat i d'altres drets fonamentals i constitucionals. En el nostre dret, aquesta qüestió es tracta amb delicadesa a la Instrucció de la DGRN, de 9 de gener de 1995,¹⁸ la qual ha influït en la Resolució del Consell de la Unió Europea, de 4 de desembre de 1997, sobre les mesures que s'han d'adoptar en matèria de lluita contra els matrimonis fraudulents.¹⁹ Malgrat tot, eventualment es poden produir alguns abusos –qüestió que ja hem tractat en un altre lloc–, especialment en les preguntes que es fa als (futurs) contraents en la compareixença per separat. L'equilibri entre l'eficàcia d'aquests mecanismes de control i el respecte absolut als drets personals constitueix un altre dels reptes del legislador.

Metodologia i sistemàtica del dret de família davant dels nous models familiars

Em referiré breument a una qüestió metodològica i sistemàtica del dret de família perquè, malgrat els avenços evidents que ha fet, encara conté alguns paràmetres obsolets. Seria desitjable configurar un dret de família menys referencial del matrimoni, basat en principis i criteris generals i en el qual es proposessin solucions de justícia per a les situacions que ho exigeixin fàcticament, ja siguin formalment matrimonials o no. No és normal, per exemple, que encara avui, per aplicar determinades mesures concretes en benefici i interès dels fills, haguem d'acudir per analogia a allò que s'estableix per al matrimoni, quan hauria de ser tot el contrari: partir del general i, en cada institució en particular, afegir-hi el que aquestes puguin tenir d'específic. ?!

També s'observa que la legislació en matèria de família manté una certa inèrcia en la concepció de models familiars estables i llargament permanents, com si les solucions de ruptura fossin excepcionals i, quan es produïssin, no ho fessin més d'una vegada en l'iter vital de l'individu, i tot això quan la sociologia ens proporciona dades estadístiques molt interessants sobre el nombre de nuclis familiars que cada ciutadà estableix, segons els diversos països, i estudis d'evolució d'aquestes estadístiques en el futur. Així doncs, cal reflexionar més i proposar solucions sobre la interconnexió de nexes familiars, simultanis i successius, per tal de solucionar problemes de concurrència entre drets i obligacions corresponents a famílies distintes o a laços familiars diferents, i això tant pel que fa a les obligacions personals com a les de contingut econòmic.

El buidatge progressiu de continguts institucionals ha anat provocant una descontractualització del matrimoni, a favor de la seva consideració com a «fet afectiu juridificat»

NOTES

1. Cf. A. FERNÁNDEZ-CORONADO, *El proceso de secularización del matrimonio*, Madrid, 2004, p. 106.
2. *Vid.* A. FERNÁNDEZ-CORONADO, *op. cit.*, p. 107.
3. Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat, de 26 de desembre de 1978 (*BOE* núm. 312, de 30 de desembre de 1978).
4. La fórmula concordatària, que requereix, entre d'altres condicions, que la resolució eclesiàstica s'ajusti al dret de l'Estat, no exceptua el caràcter merament formal del sistema d'eficàcia civil del matrimoni religiós, si bé a la pràctica, d'acord amb la interpretació àmplia de la jurisprudència que s'ha fet d'aquesta condició, la qüestió planteja algunes paradoxes.
5. STC 222/1992, d'11 de desembre de 1992, Ple, sobre qüestió d'inconstitucionalitat (Publicació al *BOE* núm. 16, de 19 de gener de 1993). Ponent: Vicente Gimeno Sendra.
6. Durant algun temps, la jurisprudència del Tribunal Suprem es va mantenir constant en la seva interpretació que no eren aplicables a les unions de fet, per analogia, les solucions previstes per al matrimoni, en matèria de règim econòmic i de pensió compensatòria, encara que, en substitució d'aquesta i per pal·liar injustícies, el Tribunal Suprem va aplicar altres figures, com ara l'enriquiment injust, la liquidació de la societat, la compensació per gestió de treballs d'altri, etc. Aquesta línia jurisprudencial va canviar bruscament des del moment que algunes legislacions autonòmiques van començar a legislar sobre les unions de fet i van preveure, com en el cas de Catalunya, una pensió semblant (encara que menys important) a la compensatòria que s'estableix a l'article 97 del Codi civil (o a l'article 84 equivalent del Codi de família). Llavors, el Tribunal Suprem va començar a aplicar, per analogia, a les unions de fet la pensió compensatòria de l'article 97 del Codi civil, amb l'argument que altrament es produiria una discriminació entre espanyols, perquè uns podrien demanar aquesta pensió gràcies a la llei autonòmica que la regula, mentre que altres no ho podrien fer (*vid.* sentència del Tribunal Suprem, Sala 1a, de 5 de juliol de 2001, núm. 700/2001. Confesso que l'argumentació (no la conclusió en si mateixa) em sembla un autèntic disbarat. Si la falta de previsió del dret comú implica discriminació, llavors serien discriminatoris tots els drets autonòmics diferenciats del dret comú o, segons com es miri, ho seria tota norma del dret comú que es diferenciés de les autonòmiques, i també generarien discriminació les diferències entre les legislacions autonòmiques. Cal observar, a més, que si l'argument de la sentència es porta fins a les últimes conseqüències, es pot produir un efecte de rebot inacabable. Perquè ara podria ser el ciutadà subjecte a la legislació autonòmica el qui es considerés discriminat, atès que la pensió de la unió de fet pot ser menys important que la que legislació matrimonial estableix, aplicada per analogia.
7. El vot particular del magistrat Álvaro Rodríguez Bereijo a la STC 222/1992 esmentada encerta quan diu que «*es difícilmente discernible que en un corto espacio de tiempo [...] resulte constitucionalmente admisible (por no ser discriminatorio) que el legislador [...] no extienda el derecho a la pensión de viudedad a las uniones de hecho «more uxorio» (como así se declaró en la STC 184/1990) y en cambio no lo sea cuando se trata del derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento que prevé el art. 58.1 LAU aquí cuestionado*».
8. Heus aquí alguns exemples de reconeixement sectorial. En matèria penal, la consideració de circumstància atenuant o agreujant, o de causa d'exoneració del compliment de la pena imposada a l'encobridor, segons el cas, tant en la condició de cònjuge com de persona amb una relació d'afectivitat anàloga. En matèria processal, la possibilitat de plantejar recurs de revisió relatiu al penat mort, tant per al cònjuge com per al no casat que hi conviu, com també la legitimació del cònjuge o de la persona unida en una relació anàloga, amb vista a instar el procediment de l'*habeas corpus*. En l'ordre civil, a més del cas esmentat de vida marital com a causa extintiva de la pensió, hi ha d'altres equiparacions, com la de l'emancipació per concessió judicial quan el pare fa vida marital amb una tercera persona, les relatives a la legislació sobre reproducció assistida o la referida al text principal sobre adopció. En matèria política, la relativa al dret d'asil, que es fa extensiu al cònjuge o a la persona amb una relació anàloga; en matèria organicojudicial, es regulen les causes de recusació o la incompatibilitat dels jutges i els magistrats, tenint en compte la relació conjugal o la situació de fet assimilable. En matèria de seguretat social, es pot recordar el cas esmentat de la disposició addicional 10.2 de la Llei 30/1981, de 7 de juliol, etc.
9. La Instrucció general de la Direcció General dels Registres i del Notariat, de 10 de febrer de 1993, no ha contrbuït, al meu entendre, a aclarir la situació sinó que fins i tot l'ha complicat encara més.

10. Em remeto a la STC 222/1992, d'11 de desembre de 1992, citada a la nota 5.
11. És sorprenent que la legislació del Registre civil, entre les circumstàncies que cal esmentar per a la inscripció del matrimoni, no inclogui expressament la del sexe de cadascun dels contraents. Dic expressament perquè, indirectament, sí que en queda constància, tant per mitjà de la identificació del número del document nacional d'identitat, com pel nom, ja que estan prohibits els que indueixin a l'error respecte al sexe (article 54.2 LRC, en la seva redacció d'acord amb a Llei 40/1999, de 5 de novembre, sobre el nom i els cognoms i l'ordre d'aquests). Però, certament, no hi ha una indicació legal explícita que calgui indicar el sexe de cada contraent i ni tan sols que un hagi de ser un home i l'altra una dona. Al meu entendre, això és degut al fet que l'heterosexualitat era un pressupòsit tan assumit del matrimoni, tan integrat en el propi concepte i en la seva definició juridicosocial que ni tan sols se sentia la necessitat de protegir-lo legalment de forma especial en la certificació i la inscripció, com tampoc no ho era a propòsit dels impediments matrimonials (inexistència d'impediment d'identitat sexual entre els contraents). Per això, sempre m'han semblat de to menor les argumentacions favorables al matrimoni homosexual basades en la literalitat d'aquestes normes, o en la dicció de l'article 32 de la Constitució o de l'article 44 del Codi civil, que en reconèixer el dret de l'home i de la dona a contreure matrimoni permeten, segons alguns autors, que aquest també el puguin contreure dos homes o dues dones entre si. Per contra, l'admissió del matrimoni entre persones del mateix sexe s'ha de plantejar, al meu entendre, des de la plena consciència que es tracta d'una nova institució o, si es vol, que s'està ampliant substancialment la que ja existia.
12. STC (Ple) 53/1985, d'11 d'abril de 1985, *BOE* núm. 119, de 18 de maig de 1985, fonament jurídic 14è.
13. *Vid.* STC (Ple) 160/1987, de 27 d'octubre de 1987, *BOE* núm. 271, de 12 de novembre de 1987, i STC (Ple) 161/1987, de 27 d'octubre de 1987, *BOE* núm. 271, de 12 de novembre de 1987.
14. Així ho assenyala, per exemple, R. Navarro Valls quan al·ludeix al cas Haring (Cort nord-americana del Districte de Colúmbia), d'un funcionari del Servei Intern de Rendes Públiques (IRS) que es negava a qualificar les peticions d'exempció d'impostos d'organitzacions que practicaven l'avortament, i les passava a altres companys del Servei. L'IRS li va negar l'ascens perquè podria «seduir» d'altres funcionaris. El Tribunal va estimar la pretensió de Haring, ja que l'IRS, com tota empresa, s'ha d'ajustar a les raons de consciència dels empleats, si aquestes conductes no són nocives per a l'Estat, atès que les poden portar a terme altres funcionaris. En el mateix sentit, posa l'exemple de Dinamarca, que exonera els pastors luterans (que tenen una condició equiparada a la dels funcionaris) de la funció d'intervenir en les unions homosexuals. Sobre l'objecció de consciència, vegeu, entre altres obres d'interès, R. NAVARRO VALLS (coord.), *Derecho eclesiástico del Estado español*, 3a ed., Pamplona, EUNSA, 1993, p. 477-544.
15. Llei 3/2005, de 8 d'abril, de modificació de la Llei 9/1998, del Codi de família; de la Llei 10/1998, d'unions estables de parella, i de la Llei 40/1991, del Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya, en matèria d'adopció i tutela.
16. En sentit tecnicocivil, el matrimoni mai no ha estat un contracte, entre d'altres raons perquè la relació jurídica que s'hi estableix –referida aquí a la relació principal, i no a les relacions jurídiques que se'n deriven– no té continguts obligacionals de naturalesa economicopatrimonial. Però, en sentit impropï, s'ha encunyat el concepte de contracte matrimonial (especialment en el dret canònic), entès com a manifestació de la voluntat dels contraents que genera drets i obligacions (deures) entre ells. Aquesta és la idea subjacent en la legislació espanyola quan s'al·ludeix al dret de *contreure* matrimoni, al mateix article 32 de la Constitució, si bé l'evolució que la institució ha experimentat l'ha impregnat d'un caire diferent, com s'indica al text.
17. *Vid.* M. MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea*, Madrid, 2004 (tesi doctoral inèdita, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid), i la citació que se'n fa a L. H. CLAVERIA GOSÁLBEZ, *Hacia una nueva concepción del matrimonio*, La Ley, 1983, II, p. 1298.
18. *BOE* núm. 21, de 25 de gener de 1995.
19. *DOCE*, C 382, de 16 de desembre de 1997.

Josep Maria Martinell és catedràtic de Dret eclesiàstic de l'Estat a la Universitat de Lleida.