



MATRIMONIO Y ESTADO DEMOCRATICO. ASPECTOS DE LA LIBERTAD IDEOLOGICA EN EL SISTEMA MATRIMONIAL VIGENTE EN ESPAÑA*

Carlos Larrainzar

SUMARIO: § 1.—Introducción. § 2.—Sistema matrimonial y libertad civil. § 3.—Las fuentes positivas del sistema vigente. § 4.—Valoración técnica: aspectos de la libertad ideológica constitucional. § 5.—Conclusión crítica.

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. ¿Cuál es el *sistema matrimonial* vigente en España según los datos positivos del ordenamiento español? He aquí una cuestión —sencilla en apariencia, pero técnicamente compleja— que ha inquietado a la doctrina jurídica de nuestro país (civilistas, canonistas y eclesiasticistas) en estos últimos años, objeto ya de numerosos trabajos desde las más diversas perspectivas; tal vez la monografía del profesor López Alarcón —un excelente trabajo de síntesis— no hace mucho publicada¹ puede ahorrar aquí una extensa cita de estudios parciales (los más sobre aspectos técnicos o históricos) acerca de esta cuestión.

Por mi parte vuelvo a replantear el tema ahora no para reiterar opiniones ya discutidas sobre aspectos locales de esta amplia proble-

(*) Texto de la lección magistral pronunciada en las oposiciones a la cátedra de Derecho Canónico de la Universidad de La Laguna (Islas Canarias) en noviembre de 1982. En este estudio resumo mi posición personal sobre el tema. He limitado al mínimo imprescindible las referencias de bibliografía —particularmente abundante en los aspectos técnicos de la cuestión— para evitar una erudición supérflua en este momento y sugerir a la doctrina científica —de manera abreviada— una nueva perspectiva para la valoración del problema.

1. Cfr. M. LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español. Nulidad, reparación y divorcio* (Madrid 1983). En las pp. 451-453 ofrece una relación de bibliografía sobre las más recientes reformas del Derecho matrimonial en el panorama internacional; por otra parte la monografía integra los estudios parciales del autor publicados en diversas revistas nacionales, sobre todo en la revista jurídica «La Ley».

mática, técnicamente compleja, sino para sugerir a la doctrina científica algunos interrogantes de fondo que —entendiendo— todavía no han sido suficientemente valorados; tal vez por la maraña de cuestiones técnicas en que se ha enredado la doctrina jurídica, como si los árboles impidiesen ver el bosque.

Desde luego interesa responder la cuestión planteada desde una perspectiva estrictamente *positiva*, pero sin rehuir una crítica de fondo desde sus mismos aspectos positivos más radicales; de ahí la conexión del problema —subrayada en el título— con los temas constitucionales, esto es, la configuración del Estado y el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona.

Para su desarrollo el punto de partida más adecuado quizá sea aludir a la noción de *sistema matrimonial* y a los temas que en sí misma encierra; entre otras ventajas, abrirá un camino para el análisis del derecho positivo también a la luz de la experiencia histórica.

§ 2. SISTEMA MATRIMONIAL Y LIBERTAD CIVIL

2. La situación del matrimonio en el Derecho español, contemplada desde la noción técnica de *sistema matrimonial*, parece encontrar su obligado punto de partida en la *Ley Provisional de Matrimonio Civil* de 18 de junio de 1870, pues con ella —se dice— hace su aparición en el ordenamiento español la figura moderna del *matrimonio civil*. A partir de ese momento, queda planteado el problema de delimitar la vigencia que —dentro del ordenamiento del Estado— ha de tener el *matrimonio religioso*: en España, en concreto, el matrimonio canónico; he aquí la cuestión, el tema y el problema nuclear de los sistemas matrimoniales.

¿En qué consiste? Según Navarro Valls, por *sistema matrimonial* hay que entender «el criterio con que cada ordenamiento civil regula la institución matrimonial teniendo en cuenta el evidente dato de la existencia de unas precisas convicciones religiosas en buena parte de los ciudadanos»². El problema por tanto de compatibilizar la doble exigencia que nace del derecho del Estado a regular el matrimonio

2. R. NAVARRO VALLS, *El matrimonio* en «Derecho Eclesiástico del Estado Español» X (Pamplona 1980) pp. 407-489 y el texto citado en p. 409. Este excelente capítulo décimo ha sido objeto de nueva redacción, actualizada, en la segunda edición del manual *Derecho Eclesiástico del Estado Español* (Pamplona 1983) donde ocupa pp. 405-491 y sistemáticamente aparece como capítulo undécimo.

civil y su deber de respetar las convicciones religiosas de los ciudadanos.

La problemática del sistema matrimonial se centra —según esto— en la conjugación del binomio *matrimonio civil-matrimonio religioso*. Y efectivamente Alberto Bernárdez resume en este sentido la doctrina más común sobre esta noción. «En la doctrina civilística —dice— se denominan sistemas matrimoniales a las distintas fórmulas que se han adoptado por los legisladores estatales para conjugar la viabilidad y eficacia civil de los matrimonios contraídos en forma distinta de la regulada por el propio ordenamiento»³, esto es, el grado de obligatoriedad con que se exige el matrimonio civil en relación a otras formas posibles de celebración.

A partir de definiciones como éstas que acabo de mencionar, la clasificación más común de posibles *sistemas matrimoniales* viene a ofrecer cuatro grupos —cuatro grandes géneros— que admiten dentro de sí diversidad de soluciones. A saber: sistema de matrimonio *civil obligatorio*, sistema de matrimonio *religioso obligatorio*, sistema de matrimonio *civil facultativo* y sistema de matrimonio *civil subsidiario*.

3. Pues bien. También el estudio de la evolución histórica del sistema matrimonial español hasta la situación actual tiende a encuadrarse en esas elementales coordenadas de conceptos tan clarificadores como simples⁴. Suele decirse —a grandes rasgos— que, hasta la más reciente Ley de 7 de julio de 1981 (que modifica el Título IV^o sobre el matrimonio del Libro I^o del Código Civil), el sistema matrimonial español se encontraba básicamente fijado por el derogado artículo 42 de ese cuerpo legal.

«La Ley —decía— reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los

3. A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Elementos de Derecho Eclesiástico Español* en «Derecho Canónico» XXI (Pamplona 1975) pp. 769-811 y el texto citado en pp. 800-801. Ha vuelto recientemente sobre esta noción I. IBÁN PÉREZ, *Sistemas matrimoniales en «Ius Canonicum»* XVIII-2 (1977) pp. 213-247 y también —estando este estudio en pruebas de imprenta— el mismo A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *La «declaración de ajuste» en el contexto del sistema matrimonial español* en «Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado» (Madrid 1983), pp. 23-56.

4. Como excepción, ha valorado esta problemática de manera técnicamente más profunda y original JOSÉ M.^a GONZÁLEZ DEL VALLE, *El sistema matrimonial español. Situación actual y perspectivas de reforma* en «Anuario de Derecho Civil» XXXI (1978) pp. 71-110.

contrayentes profesa la religión católica». Se diseñaba, pues, en este precepto un sistema de matrimonio civil subsidiario.

Fue transformado de hecho en sistema *facultativo* —como es sabido— a través de la reforma del Reglamento del Registro Civil del año 1969 o también por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado del año 1974 y sobre todo por la más reciente reforma del Reglamento del Registro Civil del año 1977. Al facilitar al máximo la prueba de la *no profesión* (mas aún: al ser la declaración misma del interesado en contraer civilmente *prueba* de la no profesión) se daba paso de hecho a un sistema de matrimonio civil facultativo.

Ahora bien. Esta manera de enfocar la historia y la problemática del sistema matrimonial español —general por lo demás en la doctrina civil y canónica— adolece de ciertas deficiencias que conviene señalar. A mi modo de ver: se deben distinguir en esta materia siempre —claramente— dos cuestiones que encuentran solución además desde perspectivas jurídicas diversas. Una, la perspectiva propia del Derecho privado; otra, la perspectiva propia del Derecho constitucional. Dado que la doctrina más común no subraya netamente esta diferencia, conendrá detenerse un momento en la explicación de estos aspectos del tema y asimismo en sus consecuencias cara al estudio del derecho positivo español sobre la materia.

4. En primer lugar: una cuestión técnica de Derecho privado.

¿Cuál es ésta? Sencillamente la *delimitación técnica* de la obligatoriedad y eficacia de los diversos regímenes matrimoniales. Se contraponen así la noción de *régimen matrimonial* a la de *sistema* para designar con ella la regulación global de la institución o bien esa regulación de sus aspectos básicos como son la capacidad, la forma o las características e incidencias jurídicas del vínculo conyugal.

En esta dialéctica la noción de *sistema* puede ser definida en efecto como la fórmula jurídica del legislador que delimita los términos de la obligatoriedad y eficacia de los diversos regímenes matrimoniales concurrentes en el seno de un ordenamiento: sean éstos civiles, religiosos o civiles y religiosos a un tiempo. En definitiva: un problema técnico-jurídico de Derecho privado conflictual.

Pero se puede añadir entonces algo más. Y es: que esa noción —así descrita— no limita su problemática propia al binomio *matrimonio civil-matrimonio religioso*, se da también en el seno del mismo matrimonio civil cuando se reconoce una pluralidad de regímenes civiles. Y bastarán algunos ejemplos para ilustrar esta idea.

Cuando una unidad política nacional comprende diversos departamentos o distritos territoriales dotados de autonomía legislativa en

materia matrimonial —como sucede por ejemplo en los Estados Unidos de Norteamérica (donde cada uno de los diversos Estados posee su propio régimen matrimonial) o bien en el Estado Federal de México, en el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte o en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas entre otros— en estos casos: es necesario que el legislador fije unos criterios por los que determinar cuál de los diversos regímenes matrimoniales civiles vigentes en esa nación será aplicable a los ciudadanos; sea por razón de vecindad, domicilio, lugar de celebración del matrimonio o bien otros diversos puntos de conexión.

Por tanto: en estos casos no existe un único régimen matrimonial civil para todos los ciudadanos de una nación. Como ha señalado Lenart Pealsson: en tales países nos encontramos ante un sistema matrimonial civil compuesto⁵, es decir, ante *una única clase de matrimonio* (el matrimonio civil) dentro de la cual caben *pluralidad de regímenes*.

Otro tanto cabría decir del Derecho Canónico, de utilizar la terminología de Lenart Pealsson. También ha de ser calificado como ordenamiento con un sistema matrimonial *compuesto*: dos son al menos los regímenes matrimoniales reconocidos por el legislador canónico (el latino y el oriental), de ahí la necesidad de fijar unos criterios para delimitar la obligatoriedad y eficacia de tales regímenes —por ejemplo— en cuanto a forma, impedimentos o jurisdicción.

En suma. La pluralidad de regímenes matrimoniales dentro de una misma nación o en el seno de un mismo ordenamiento plantea múltiples problemas técnicos, de Derecho privado conflictual, que desde luego ponen a prueba la pericia jurídica del legislador para determinar con exactitud qué concreto régimen debe aplicarse en cada caso.

5. En segundo lugar: un tema de Derecho constitucional.

¿Cuál es éste? Nada menos que la posibilidad *civil* (derecho subjetivo civil) de optar o no por concepciones diversas del matrimonio: sea la alternativa *matrimonio canónico-matrimonio civil* o, en general, la alternativa entre matrimonios religiosos y matrimonio civil. Este segundo sería más exactamente *matrimonio estatal* porque, si la opción se reconoce, también el matrimonio *religioso* puede ser calificado entonces de matrimonio *civil*.

Pues bien. No estamos aquí ante un mero problema técnico-conflictual de Derecho privado sino, más bien, ante un problema de

5. Cfr. L. PEALSSON, *Marriage and divorce. Comparative conflict of Laws* (Leiden 1973), en especial pp. 95-105.

fondo que roza la concepción misma de la *libertad civil* y por ende también la concepción del Estado. Una cuestión, pues, de estricta naturaleza constitucional que —por ejemplificar ahora con algunos interrogantes— podría ser enunciada en estos términos: ¿acaso el Estado o la soberanía popular pueden diseñar la institución matrimonial como tengan oportuno e imponer luego a *todos* sus ciudadanos esa configuración como *único matrimonio válido*?; más concreto, por ejemplo: ¿podría acaso el Estado Español diseñar un *matrimonio poligámico* y determinar que éste fuese el único régimen matrimonial dotado de relevancia civil para todos los españoles? Tal vez pueda ser útil razonar ahora —hipotéticamente— con las alternativas de la respuesta.

Cabría en efecto responder que sí: que el Estado tiene ese poder de diseñar un matrimonio civil poligámico, único con relevancia civil para todos los ciudadanos españoles... porque a ningún ciudadano se le obliga a celebrar tal matrimonio; nada impide que los españoles, si lo desean, celebren —por ejemplo— matrimonio *monógamo*. Ahora bien: ¿qué decir entonces de *esa libertad* (la de celebrar matrimonio monógamo) si luego resulta que el contrato o el negocio jurídico como tal —con sus precisas características y notas esenciales— carece de relevancia jurídica, pues no puede ser objeto de tutela por parte del ordenamiento del Estado?

La otra alternativa. Cabría sin embargo responder que no: que el Estado carece de una facultad ilimitada para diseñar el matrimonio. Pero entonces ¿cuáles son los límites a la soberanía?, ¿de dónde provienen?, ¿acaso de las corrientes sociales de pensamiento mayoritarias en la sociedad y reflejadas en las urnas? o acaso ¿no se deberá pensar aquí —más bien— en una eficacia inmediata de los derechos fundamentales de la persona humana, de su libertad civil natural?

En definitiva. La sola formulación de estos interrogantes muestra con evidencia que la noción de *sistema matrimonial* encierra un tema de fondo *específico del Derecho constitucional*. A saber: una concreta toma de posición ante los contenidos propios a los que alcanza o no la libertad civil natural. Problemática ésta, pues, netamente diferenciada de las meras cuestiones técnico-conflictuales a que da lugar todo sistema legal compuesto.

6. Volvamos ahora al hilo inicial de estos comentarios: la formación histórica del sistema matrimonial español. Sucede en este punto que la regulación del *sistema* no se ha planteado —históricamente— como una cuestión de naturaleza constitucional que incide sobre los derechos fundamentales de la persona. Apenas ha merecido otro tratamiento que el de una opción técnica ante un problema con-

flictual de conexión de ordenamientos, tras el cual —eso sí— quedaba envuelta una problemática social conflictiva de raíces religiosas.

Como es sabido: desde el Decreto de 9 de febrero de 1875 (completado por una Instrucción del 19 y una Real Orden del 27 del mismo mes, que derogan de hecho la Ley de 1870) la pieza clave de todo el sistema matrimonial español ha sido la interpretación del término *profesar* o no la religión católica. La Base 3.^a de la Ley de 1888, el artículo 42 del Código Civil en su redacción de 1889 y también en su redacción reformada de 1958: toda esta normativa hace girar siempre la calificación del sistema matrimonial sobre el eje de la *profesión* o no de la religión católica.

El sistema se concibe formalmente como de matrimonio *civil subsidiario* para quienes no profesan; pero se hará más o menos rígido, flexible e incluso abierto a su transformación en sistema de matrimonio civil facultativo, según las diversas interpretaciones administrativas o reglamentarias del término *profesar* recogido en el artículo 42 del Código Civil.

Así un punto de tanta trascendencia como es la fijación de la obligatoriedad y eficacia de los regímenes matrimoniales (canónico y civil) se fue resolviendo —salvo el paréntesis de la II^a República— no por normas constitucionales, ni siquiera por leyes ordinarias, sino a través de normas de rango bien inferior: decretos, órdenes ministeriales, simples circulares o instrucciones. No deja de ser un hecho llamativo pero, a fin de cuentas, un hecho histórico.

7. Hago gracia de referirme ahora a cada una de estas disposiciones en particular porque nos distraerían del tema central de este discurso y es además una historia bien conocida, agotada prácticamente por la bibliografía⁶. Sobre este cúmulo de disposiciones tan sólo quisiera formular una observación, quizás exterior al tema en sí mismo. Y es: que los cambios más fundamentales que se suceden en la historia del sistema matrimonial español hasta nuestros días corren parejos con los cambios constitucionales o —al menos— con cambios políticos importantes para la configuración del Estado: la Revolución gloriosa de 1868, por ejemplo, la II^a República española o la misma

6. Cfr. por ejemplo el estudio casi exhaustivo hasta su fecha de I. IBÁN PÉREZ, *Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)* en «Anuario de Derecho Civil» XXXII (1978) pp. 83-175. Puede completarse con otros trabajos del autor como *El término «profesar la religión católica» en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado* en «Ius Canonicum» XX-2 (1980) pp. 125-147, donde se encuentra también una amplia referencia a sus trabajos sobre esta materia.

Reforma Política de las Leyes Fundamentales elaboradas bajo el régimen del general Franco.

He aquí, pues, cómo la historia muestra también de una manera singular la conexión de los sistemas matrimoniales con los temas de fondo propios del Derecho constitucional, aun cuando su regulación jurídica no haya merecido ese tratamiento. ¿Por qué esta conexión? Sencillamente porque la normativa del sistema matrimonial connota *siempre* una toma de posición ante los contenidos constitucionales de la libertad civil.

En consecuencia. Al estudiar la *regulación positiva* de los sistemas matrimoniales, en el análisis no cabe eludir esa dimensión constitucional del problema y por ello se ha de preguntar siempre por los contenidos que la Constitución del Estado atribuye a la libertad civil de los ciudadanos. Sin embargo, antes de pasar a comentar las *fuentes positivas* del sistema matrimonial vigente en España, desearía añadir algunas consideraciones sobre este aspecto de la cuestión.

8. Como resultado de la conflictiva historia de nuestro sistema matrimonial, quizás estamos hoy más acostumbrados a las imposiciones autoritarias que al respeto a las libertades fundamentales; imposiciones además no ya por vía de ley ordinaria sino incluso a través de órdenes ministeriales o disposiciones de menor rango aún. Por contraste: la normativa del nuevo Estado democrático español (en ese clima de tolerancia y pacificación de la *cuestión religiosa*, potenciado además por la *transición* política) ha procurado afinar al máximo en su sensibilidad hacia la tutela de las libertades ciudadanas.

Desde esta perspectiva de respeto a la *libertad civil*, tal vez sea posible replantear lo que en tantos sectores se acepta como dogma apriorístico en esta materia, a saber: la *exclusiva* soberanía o competencia del Estado para regular —entre los diversos aspectos de la vida social— el matrimonio y la familia. ¿Qué decir —por ejemplo— de la libertad ciudadana para optar o no por *concepciones diversas del matrimonio*, no sólo por *regímenes* diversos dentro de la única clase de matrimonio?, ¿cuál ha de ser su tutela jurídica?

El tema tiene enorme interés porque en no pocos sectores de la doctrina se invoca precisamente la *libertad civil* para su efecto contrario, es decir: para una limitación de la eficacia de los ordenamientos religiosos o simplemente de la *lex privata* contractual (de la autonomía de la voluntad) en el ámbito del orden jurídico estatal. Esta alegación se hace siempre, además, en beneficio de una normativa estatal uniforme para todos los ciudadanos, a la cual —no se sabe exactamente por qué— se concede gratuitamente el título de promotora de las libertades.

¿Cuál ha de ser, pues, el alcance reconocido a la libertad civil

de los ciudadanos frente a la normativa estatal en tema de matrimonio y familia? He aquí en definitiva la cuestión de fondo al regular los sistemas matrimoniales, cuestión que lleva a preguntar —más en concreto— por cuál sea la normativa máximamente respetuosa con las libertades ciudadanas y también —como consecuencia— por la naturaleza jurídica del llamado *matrimonio civil*.

9. Pues bien. Entraré directamente en el examen de tales cuestiones al final de esta exposición, al hacer una valoración del sistema matrimonial vigente en España y una vez hayan sido comentados los datos positivos del ordenamiento; en este momento bastará con destacar dos aspectos generales del problema.

Primero. Que a pesar de la infinita variedad de *regímenes* que pueden ser admitidos en un *sistema legal compuesto* substancialmente son tres las concepciones diversas sobre el matrimonio que pueden advertirse en la cultura universal. A saber: 1.^a) La del *matrimonio canónico* basada en los principios de unidad e indisolubilidad. 2.^a) La del *matrimonio poligámico* propio de las culturas no cristianas. 3.^a) La del llamado *matrimonio civil* (fruto del proceso europeo de secularización) basada en la monogamia y la posibilidad de divorcio. Estas tres concepciones responden al menos a tres diversos modos generales de entender el sentido de la vida y del hombre en el mundo, sistemas globales de pensamiento sobre el hombre y el mundo, que la doctrina alemana designa con el término de *Weltanschauung*.

Segundo. Según doctrina común de los constitucionalistas, la libertad ideológica de los ciudadanos (libertad de poseer una propia *Weltanschauung* y de vivir en coherencia con ella) aparece como uno de los derechos fundamentales básicos para la configuración del Estado *democrático*; de alguna manera viene a ser el marco general y paradigma de todas las libertades fundamentales: en este sentido la *libertad religiosa* no es sino un peculiar aspecto de la libertad ideológica, aparece como una *Weltanschauung* de carácter religioso y por ello recibe idéntica protección del Estado desde la perspectiva constitucional.

Si esto es así, conviene destacar entonces que no se puede confundir esta *libertad ideológica* con la *libertad de opinión*: una libertad concreta esta segunda frente a toda acción de censura arbitraria en la difusión de las propias ideas, pensamientos y opiniones; en este segundo caso el Estado, precisamente por ser democrático, no tiene más deberes que impedir esa acción de censura y —desde luego— no tiene la obligación de dictar normas jurídicas acordes con la diversidad de opiniones de sus ciudadanos, salvo aquellas que resultaran mayoritarias en las urnas. Ahora bien. Esta acción política estatal de las Cámaras Parlamentarias —que lleva a la imposición de las opiniones

mayoritarias— encuentra su límite precisamente en la operatividad de la libertad ideológica o de *Weltanschauung*, al pertenecer ésta esencialmente al *orden público constitucional* del Estado democrático. Sobre el tema volveré más adelante.

§ 3. LAS FUENTES POSITIVAS DEL SISTEMA VIGENTE

10. Con estas observaciones a la vista es momento de recoger la cuestión central de esta disertación: ¿cuál es el sistema matrimonial vigente en España?, ¿se reconoce alguna libertad de opción sobre las distintas concepciones del matrimonio?; desde la perspectiva constitucional ¿se tutela la libertad ideológica y religiosa o de *Weltanschauung* en los términos que exige un Estado democrático?

Es evidente que toda indagación sobre el régimen jurídico *vigente* encuentra su punto de partida en el análisis de la Constitución española de 1978. Sobre todo porque no estamos sólo ante un problema técnico-conflictual de Derecho privado sino ante una cuestión netamente constitucional, en la que interesa examinar la actitud adoptada por la Constitución del Estado ante los contenidos de la libertad civil.

La primera tarea, pues, para responder cumplidamente la cuestión será reconstruir —desde la norma constitucional— el núcleo de *datos positivos* del ordenamiento español que han de estar a la vista para una *calificación* del sistema matrimonial vigente; es decir, el estudio de las *fuentes positivas* del sistema vigente. Comencemos entonces por el examen de la Constitución española de 1978.

11. Una norma ésta ciertamente original, cuya promulgación inaugura una etapa peculiar en la historia de nuestro Derecho Público; a partir de ese momento los datos del ordenamiento pueden ya ser sometidos a una *calificación formal* (según su jerarquía normativa) con las técnicas más exigentes del Estado de Derecho elaboradas por la doctrina jurídica contemporánea.

En el apartado tres de su artículo 9.º reconoce —entre otros— «el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la publicidad de las normas». Existe, pues, un imperativo constitucional de jerarquizar los datos positivos del ordenamiento para su integración en un *sistema* que proporcione certeza y seguridad jurídicas a los ciudadanos. Por tanto: se hace necesaria una valoración formal de cada norma para determinar su posición en el conjunto del sistema y también, por ello, el marco concreto de su vigencia y eficacia.

Ahora bien. Esta calificación jurídica de las normas, con ser *formal*, incide directamente en su naturaleza; de ahí, por qué dicha calificación debe hacerse tomando en consideración el *contenido sustantivo* de cada norma en relación con las libertades fundamentales tuteladas por la Constitución: no sólo, pues, los *aspectos formales* de su elaboración o el cómo de su presencia en el ordenamiento.

La Constitución ha previsto una eficaz garantía para la vigencia efectiva de estos principios: la jurisprudencia de ese Tribunal Constitucional diseñado en los artículos 159 a 165 y cuya norma orgánica fue promulgada por Ley de 3 de octubre de 1979. Esta jurisprudencia es —a mi entender— una pieza clave para la *estabilidad del sistema jurídico* en un régimen político democrático, sometido —por necesidad— a los bandazos electorales de la política: elabora una doctrina orgánica que da contenidos concretos a las genéricas fórmulas de los preceptos constitucionales y actúa así como *límite* autorizadamente declarado frente a la «arbitrariedad» de las ideologías políticas o bien como *garantía jurídica* de libertades públicas reales (no sólo formales).

12. En este orden de cosas entiendo, pues, que es necesaria y urgente una jurisprudencia constitucional sobre el Derecho de familia: el matrimonio y la familia han demostrado ser —en el desarrollo legislativo de la Constitución— uno de los temas más polémicos (junto con las autonomías y el régimen de la educación) para el cual el Parlamento español dista mucho de haber encontrado soluciones pacíficas y satisfactorias; ¿cuáles son éstas?, he aquí el tema. De momento bastará con preguntar por los datos positivos *constitucionales* a partir de los cuales puede ser calificado el género de *sistema* y el tipo de régimen o de regímenes matrimoniales vigentes en España.

A grandes rasgos enumerados, estos datos son: 1.º) Los artículos 14 y 16 en los cuales se reconocen el principio y el derecho de libertad ideológica y religiosa o, en general, la libertad de *Weltanschauung*. 2.º) El artículo 32 dedicado al régimen del *ius connubii* y en general del matrimonio. 3.º) El artículo 39 como precepto específico que sanciona un deber constitucional de protección a la familia y a la infancia.

Hay acuerdo unánime en afirmar que éstos son los datos que principalmente afectan a nuestro tema. Sin embargo la conexión de tales preceptos constitucionales entre sí y su mismo contenido han sido diversamente valorados por la doctrina, sobre todo a la vista de ese «original» desarrollo legislativo del que —desde su promulgación— han sido objeto. Interesa, pues, detener ahora la atención más en este segundo aspecto del tema: el desarrollo legal de las precitadas normas de la Constitución española de 1978.

13. a) *Desarrollo de los artículos 14 y 16.*

El artículo 14 sanciona un principio genérico de *igualdad* de todos los ciudadanos ante la ley al establecer que: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social». Sobre este precepto interesa distinguir —como sugiere el profesor Viladrich— tres matices⁷: la igualdad genérica de todos los ciudadanos ante la ley, la igualdad religiosa y la no discriminación por motivos religiosos.

La igualdad genérica ante la ley significa que en la base misma del Estado se reconoce la existencia de una única y común condición (paritariamente poseída por todos y cada uno de los españoles) que es la cualidad de *ciudadano*: en este plano no hay ni puede haber diferencias de calidad de ciudadanos ni de posesión de títulos jurídicos; toda discriminación iría en menoscabo de la *igualdad de titularidad* de los derechos fundamentales.

Aplicación concreta de este principio genérico es la *igualdad religiosa* ante la ley. Dista mucho de ser ésta —como ha destacado el profesor D'Avack entre otros— uniformidad de legislación para todos los ciudadanos⁸. Significa al contrario —dice el profesor Viladrich— «que forma parte del común y radical patrimonio jurídico del ciudadano español la titularidad, en igualdad de calidad y trato ante la ley, del derecho de libertad religiosa»⁹. Por tanto: la igualdad religiosa ante la ley consiste en ser *iguales titulares del mismo derecho* de libertad religiosa; asimismo su correlato específico es la no discriminación por motivos de religión.

Pues bien. De manera general el artículo 14 encuentra su desarrollo y contenido substancial —en este aspecto— a través del artículo 16 de la misma Constitución: aparece ahí una concreta regulación del

7. P. J. VILADRICH, *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico Español en «Derecho Eclesiástico del Estado Español» V* (Pamplona 1980) pp. 211-317 y en especial pp. 283-288. En la segunda edición del manual interesan especialmente las pp. 224-230 y en ella ese capítulo quinto ha sido objeto de una nueva redacción —abreviada— que sistemáticamente aparece como capítulo cuarto en las pp. 169-261.

8. Cfr. por ejemplo el manual de P. A. D'AVACK, *Trattato di Diritto Ecclesiastico italiano* (Milano 1978) y otras publicaciones clásicas como los estudios de A. FUENMAYOR, *La libertad religiosa* (Pamplona 1974), P. FEDELE, *La libertà religiosa* (Milano 1963) y F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso* (Milano 1958).

9. P. J. VILADRICH, *o.c.* nota 7, pp. 284 de la 1.ª edición y 225 de la 2.ª edición. En este sentido cfr. también los estudios de A. DE LA HERA, *Pluralismo y libertad religiosa* (Sevilla 1971), F. ONIDA, *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense* (Milano 1970) y A. C. JEMOLO, *I Problemi pratici della libertà* (Milano 1961).

derecho (no sólo el principio) de libertad religiosa, reconocido además tanto a las personas físicas como a los grupos religiosos (comunidades o confesiones) institucionalmente considerados.

Pero en ese artículo 16 —junto a la libertad religiosa— se encuentra algo más; a saber: todo un expreso reconocimiento de la *libertad ideológica*, la libertad propia de cada ciudadano para poseer una «propia» *Weltanschauung* y vivir en coherencia con ella. El número primero de dicho precepto afirma textualmente: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

14. No será necesario detenerse ahora en la exégesis concreta de este párrafo ni en los dos números siguientes que completan el precepto. Para los efectos de nuestro tema bastará con aludir a un sólo aspecto de su desarrollo normativo, por vía legislativa, ampliamente comentado por el profesor Lombardía entre otros autores. Veamos.

La Ley de 5 de julio de 1980 reguladora del *derecho de libertad religiosa* aparece —desde un punto de vista *sistemático*— como su desarrollo normativo primero. Una ley de carácter *orgánico* —a tenor del artículo 81 de la Constitución— por regular uno de los derechos fundamentales incluidos en la sección primera del capítulo segundo del Título 1.º. Esta norma se concibe, pues, como el *texto marco* que sienta las bases para el estatuto jurídico de las Confesiones religiosas ante el Derecho español, incluida la Iglesia Católica como una entre otras varias.

En su artículo 7.º se prevé la posibilidad de concluir acuerdos entre el Estado y las Confesiones religiosas (a fin de concretar las *relaciones de cooperación* a que alude el número tres del artículo 16 de la Constitución) y así esta norma se presenta como el marco general de todos los posibles acuerdos de este género.

Ahora bien. Con anterioridad a la promulgación de esa Ley de 1980 el Estado Español y la Santa Sede habían suscrito los Acuerdos jurídicos de 3 de enero de 1979 y, además, conforme a las normas constitucionales previstas para los tratados internacionales. Esta normativa aparece así como *derecho interno* del ordenamiento español, en cuanto desarrollo del artículo 16 de la Constitución española de 1978, pero cronológicamente anterior al *marco legal general* previsto en 1980 para dicho precepto constitucional.

Pues bien. Dada la naturaleza jurídica *supralegal* de los Acuerdos con la Confesión Católica y a la vista del principio constitucional de *igualdad religiosa* del artículo 14, se debe concluir que los posibles

acuerdos con Confesiones distintas de la Católica —que en un futuro puedan hacerse conforme al citado artículo 7.º de la Ley de 1980— sólo pueden tener una naturaleza *pacticia*, dice el profesor Lombardía¹⁰. Y ¿qué se indica en esta calificación? Sencillamente que el Estado reconoce personalidad originaria soberana a los grupos religiosos para la regulación de la materia eclesiástica y, en consecuencia, por imperativo constitucional el Derecho Eclesiástico Español posee un sistema de *fuentes bilaterales* en sentido estricto.

Un dato éste, pues, que muestra la amplitud del reconocimiento que la Constitución española hace —en su artículo 16— al principio y al derecho de libertad ideológica y religiosa o, en general, de poseer cada ciudadano su propia *Weltanschauung* y de vivir en coherencia con ella.

15. b) *Desarrollo de los artículos 32 y 39.*

Como es sabido, uno y otro han sido objeto de sendas *leyes ordinarias* —minuciosas y complejas— que han modificado buena parte del Código Civil; en concreto: la Ley de 13 de mayo de 1981 sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (que desarrolla substancialmente el artículo 39) y la tan polémica Ley de 7 de julio de 1981 por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

¿Por qué precisamente *leyes ordinarias*? Porque existe una gradación interna entre los derechos y libertades del *Título Primero* de la Constitución que determina un rango jerárquico concreto a su desarrollo normativo. Esta ordenación jerárquica aparece entonces como un criterio hermenéutico irrenunciable, impuesto además por imperativo del artículo 9.º, 3) de la Constitución.

Es en efecto opinión de la más reciente doctrina que ya existe sobre la Constitución española de 1978 que —en su *Título Prime-*

10. P. LOMBARDÍA, *Fuentes del Derecho Eclesiástico Español* en «Derecho Eclesiástico del Estado Español» IV (Pamplona 1980) pp. 175-209 y en especial pp. 198-201; este capítulo cuarto aparece como tercero en la segunda edición del manual, en las pp. 135-168, y especialmente interesan ahí las pp. 157-160. Más ampliamente ha escrito también en *Los Acuerdos entre el Estado y las Confesiones religiosas en el nuevo Derecho Eclesiástico Español* en «Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica. Atti del II.º Convegno nazionale di Diritto ecclesiastico» (Siena 1980) pp. 413-431.

ro— se pueden distinguir tres grupos de normas o preceptos¹¹ con diversa entidad jurídica. A saber.

Primero. Los derechos y libertades fundamentales de la sección primera del capítulo segundo. Aparecen éstos como *fundamentales* en sentido estricto, es decir: inmediatamente vinculantes para el juez pero además objeto posible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Para su desarrollo normativo se hace además expresa reserva de ley orgánica (que debe respetar siempre su *contenido esencial*) y su modificación significaría la revisión total de la Constitución por el rígido procedimiento del artículo 168. A este género de derechos, pues, pertenece la libertad ideológica y religiosa de los artículos 14 y 16.

Segundo. Los simplemente *derechos de los ciudadanos* de la sección segunda del capítulo segundo. Aparecen como inmediatamente vinculantes para el juez pero no objeto del recurso de amparo (cabe únicamente recurso de inconstitucionalidad). Su desarrollo normativo debe hacerse por ley ordinaria (no por ley orgánica) y además su posible modificación no implica reforma total de la Constitución sino la revisión simple por el procedimiento flexible del artículo 167.

Finalmente tercero. Los *principios rectores* de la política social y económica recogidos en el capítulo tercero que —a diferencia de las normas del capítulo segundo— no son vinculantes sino a través de su desarrollo normativo ordinario.

Así las cosas, desde la perspectiva de la Constitución el *ius conubii* del artículo 32 no es una libertad o derecho fundamental sino un *simple derecho de los ciudadanos* y —por otra parte— el imperativo constitucional del artículo 39 no pasa de ser mero *principio programático* que no alcanza la categoría de derecho subjetivo; en consecuencia: esta posición sistemática de ambos preceptos determina de manera incuestionable una gradación jerárquica de los *datos positivos* que afectan a nuestro tema.

¿Cuál en concreto? Supuesta la interna jerarquización de los preceptos constitucionales ya citados, la gradación del conjunto de datos positivos que integran su desarrollo normativo es ésta: 1.º) Los Acuerdos de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y el Estado Español: al margen de su naturaleza supralegal, aparecen como una primera concreción del *contenido esencial* del artículo 16 de la Consti-

11. Nada mejor que una lectura detenida de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuya compilación y edición oficial ha iniciado recientemente la *Secretaría General* del alto Tribunal. Cfr. los dos tomos publicados con el título de *Jurisprudencia Constitucional* (Madrid 1982) que contienen todas las resoluciones dictadas (autos y sentencias) hasta la fecha de 31 de diciembre de 1981.

tución. 2.º) La Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980. 3.º) Las leyes ordinarias de 1981 sobre matrimonio y familia que dan contenidos concretos a los artículos 32 y 39 de la Constitución.

Desde luego la armónica integración de esta normativa se ha de hacer partiendo siempre del grado superior al inferior: por ello la exégesis de las citadas *leyes ordinarias* de 1981 viene condicionada tanto por los artículos 14 y 16 de la Constitución como por aquellas otras normas que han concretado los contenidos esenciales de estos preceptos.

16. Por este camino, una primera conclusión parece clara. El punto central para la calificación del sistema matrimonial vigente en España se encuentra en este dato: la conexión que debe establecerse entre el artículo 32 de la Constitución y el *contenido esencial* de los artículos 14 y 16 de la misma norma fundamental.

El tema además debe examinarse a la luz de los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español (en cuanto normativa interna del ordenamiento civil) y también de la misma Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Toda esta normativa aparece en una posición jerárquicamente superior al desarrollo que (por vía de ley ordinaria) ha recibido —por ejemplo— el artículo 32 tan comentado por la doctrina.

Así no es aceptable ninguna exégesis de ese artículo 32, por ejemplo, desde la perspectiva sin más de la Ley de 7 de julio de 1981: sería ésta una visión parcial del problema y además desenfocada desde la óptica del Derecho constitucional; no se puede aceptar por ello el razonamiento que propone Suárez Pertierra¹²: acusa de ambigüedad a los preceptos constitucionales, también a los Acuerdos de 1979 y pretende luego resolver la cuestión por vía de ley ordinaria.

A mi entender: es ésta una exagerada simplificación del problema que hace supérflua incluso la misma norma constitucional. Al vaciar de significado sus formulaciones y desconocer el *contenido esencial* de sus preceptos —en que tanto insiste la más reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional— elude la cuestión de fondo que ya he comentado: esa toma de posición de la Constitución del Estado ante los contenidos concretos de la libertad civil ciudadana.

12. G. SUÁREZ PERTIERRA, *Matrimonio religioso y divorcio en el Derecho Español* en «Revista Española de Derecho Privado» LXV (1981) pp. 897-1011.

§ 4. VALORACIÓN TÉCNICA: ASPECTOS DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA CONSTITUCIONAL

17. Enunciados, pues, los datos positivos del tema ¿cómo calificar el sistema matrimonial hoy vigente en España?, ¿hasta dónde llega la tutela de la libertad ideológica de los ciudadanos, tan propia de los Estados democráticos? Responder la cuestión exige ciertamente una valoración crítica de los datos positivos en el intento de su integración o coordinación técnica. De manera breve y sumaria, veamos la cuestión para dar paso luego a algunas conclusiones críticas de fondo.

Desde una perspectiva técnica estricta, bastará ahora con atender a la exégesis de aquellos datos positivos que más directamente afectan a nuestro tema; en concreto: el artículo 32 de la Constitución, el Artículo VI.º del Acuerdo Santa Sede-Estado Español sobre asuntos jurídicos del año 1979 y, finalmente, la tan discutida ley del divorcio española de 7 de julio de 1981.

18. a) *El artículo 32 de la Constitución.*

La cuestión principal reside en determinar el alcance de la expresión *formas de matrimonio* de su párrafo segundo. Textualmente dice: «La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Se ha de preguntar —por tanto— si con el término *formas* únicamente se alude a las *formas de celebración* (civil o religiosa) o más bien es sinónimo del término *clases* de matrimonio.

No desconozco la diversidad de opiniones que la doctrina ha vertido sobre este punto ni que, por lo general, se acepta la equivocidad del precepto¹³. Pero sobre esta pluralidad de puntos de vista un aspecto —apenas puesto de relieve— me parece claro. Y es: la

13. Abundantísima es la bibliografía española acerca del sistema matrimonial. A título de ejemplo cfr. ahora los estudios más recientes del volumen *El hecho religioso en la nueva Constitución* (Salamanca 1979) donde se recogen las ponencias de la XVI.ª Semana Española de Derecho Canónico, o bien los trabajos de A. FUENMAYOR, *El marco del nuevo sistema matrimonial español* en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» LXXIX (1979) pp. 261-303 y de F. SANCHO REBULLIDA, *El matrimonio canónico en el sistema matrimonial español* en «Ius Canonicum» XX-2 (1980) pp. 15-37 o los estudios de R. NAVARRO VALLS citados más adelante en la nota 17.

necesidad de hacer la exégesis del artículo 32 —como anteriormente he dicho— en conexión con el alcance que la misma Constitución otorga a la libertad ideológica y religiosa de sus artículos 14 y 16.

Coincido con el profesor Ibán Pérez en que «el único sistema matrimonial que garantiza la libertad religiosa es aquél en el que se reconozcan como válidos a todas las *clases* de matrimonios (civiles o confesionales) con una remisión plena a los distintos ordenamientos, tanto en lo que se refiere a la forma de aparición del vínculo como en la regulación de la relación matrimonial, con el único límite del orden público»¹⁴. Sin embargo, la libertad religiosa de los artículos 14 y 16 de la Constitución española ¿tiene efectivamente ese contenido?

La respuesta afirmativa me parece tan clara que, a decir verdad, me sorprende la negativa propuesta por algunos autores como Víctor Reina¹⁵; tal vez porque en él pesa más la tradición del Estado confesional —cuya crítica pretende— que las exigencias de un moderno Estado democrático.

19. Un Estado democrático es aquél que no impone a sus ciudadanos ninguna concepción religiosa, ética o cosmofilosófica (ninguna *Weltanschauung* estatal) porque *todas* —por variadas que puedan ser— son legítimas para el Estado. Por ser democrático arbitrará éste los medios para que los ciudadanos puedan vivir conforme a sus concepciones del mundo y de la vida y —por imperativo constitucional— diversificará su legislación, cuanto sea necesario, dentro del marco formal de respeto a las libertades fundamentales. En este sentido, pues, el *orden público constitucional* no posee otros contenidos ideológicos que la *libertad civil* en sí misma ya que ninguna *Weltanschauung* «estatal» puede ser opuesta como *límite* a la libre acción ciudadana.

Si esto es así, cuando la soberanía popular redacta artículos como el 14 y 16 de la Constitución española de 1978 y en ellos se reconoce la libertad ideológica y religiosa para configurar un Estado democrático, se ha de concluir que —por este cauce— se abandona a la libre

14. I. IBÁN PÉREZ, *El matrimonio en la Constitución* en «Revista de Derecho Privado» LXIV (1980) pp. 135-145 y el texto citado en p. 142. Cfr. también los estudios del autor que se citan en la nota 6 y también su artículo *Matrimonio canónico, divorcio y Constitución (Comentarios a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 1979)* en «Revista de Derecho Privado» LXIII (1979) pp. 768-771.

15. V. REINA, *El sistema matrimonial español* en «Los Acuerdos Concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano. Actas del simposio celebrado en Barcelona en marzo de 1984» (Barcelona 1980) pp. 295-386.

iniciativa ciudadana la regulación de cuantos aspectos inciden en la *Weltanschauung* de los ciudadanos españoles.

Un ejemplo, referido al *factor religioso*: al reconocer la libertad ideológica, el Estado *democrático* abandona a los sujetos natos del fenómeno religioso —dice el profesor Viladrich— la regulación del *contenido material* de la norma *jurídico-civil* «eclesiástica»¹⁶. Nada impide que el Estado posea una regulación propia o *estatal* sobre estas materias. Pero poseerá necesariamente un carácter residual o *supletorio* frente a la normativa aportada por la libre iniciativa de los ciudadanos en ejercicio de su libertad ideológica o religiosa fundamental; de ahí que no pueda prevalecer —caso de conflicto— sobre esta segunda, que también merece el calificativo de norma *civil* —a través del ejercicio de los derechos fundamentales— y no sólo de norma *religiosa, ideológica o confesional*.

La regulación estatal, pues, posee necesariamente un carácter residual o *supletorio* frente a la norma privada o confesional, porque no puede prevalecer sobre esta segunda salvo cuando protege contenidos del mismo orden público constitucional. Ahora bien. En un Estado *democrático* este orden público se reduce —sobre el supuesto de una efectiva tutela de la libertad ideológica— a compatibilizar el ejercicio de las libertades fundamentales por todos los ciudadanos y, en consecuencia, a hacer operativo el máximo despliegue de la libertad civil.

20. Avocados entonces a la exégesis del artículo 32 desde esta perspectiva de libertad, no veo manera de sostener que el término *formas de matrimonio* pueda significar *unidad de clase* (matrimonio *civil* entendido como *estatal*) bajo *pluralidad de formas* (la estatal y las otras religiosas o confesionales).

Esta interpretación restringe sin fundamento el reconocimiento hecho en la Constitución al principio de libertad ideológica y religiosa. En unos preceptos además (los artículos 14 y 16) que poseen una entidad jurídica —en la gradación de derechos del Título Primero— de orden superior al mismo artículo 32. Si éste en sí mismo puede resultar tal vez equívoco, no lo es —desde luego— a la luz de los principios sancionados por los artículos 14 y 16 de la Constitución.

En suma. Entiendo que una correcta exégesis *sistemática* del ar-

16. Cfr. P. J. VILADRICH, *o.c.* nota 7, especialmente pp. 213-240 de la 1.^a edición o bien pp. 171-190 de la 2.^a edición. Sobre la naturaleza del *Staatskirchenrecht* o *Diritto Ecclesiastico* —esto es, las normas *eclesiásticas* en sentido técnico— cfr. la clásica monografía del L. DE LUCA, *Il concetto di Diritto Ecclesiastico nel suo sviluppo storico* (Padova 1946).

título 32, desde la *perspectiva global* de la Constitución, conduce al menos a tres conclusiones.

Primera. Que el legislador constitucional al regular las *formas de matrimonio* ha tenido *in mente* un sistema matrimonial compuesto, pero del tenor literal del artículo 32 no se deduce inequívocamente que este sistema sea subsidiario o facultativo, facultativo de tipo latino o de tipo anglosajón.

Segunda. A la vista de los artículos 14 y 16 de la Constitución —donde se reconoce el principio de libertad ideológica y religiosa para configurar un Estado democrático— el sistema será *facultativo de tipo latino*, es decir: un sistema donde se reconoce eficacia a los ordenamientos confesionales con la sola limitación del orden público constitucional.

Tercera. Esta conclusión segunda se confirma también por argumentos colaterales que, por sí solos, tal vez no bastarían para su formulación. Por citar ahora algunos ejemplos. Ese deliberado silencio respecto de la *nulidad* matrimonial: parece apuntar «a la intención del legislador —según decía Navarro Valls— de no colisionar con una posible reserva jurisdiccional concedida a la Iglesia Católica sobre las causas matrimoniales»¹⁷. También la corrección hecha por la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre las cinco redacciones anteriores del precepto donde se decía «formas *del* matrimonio», como si se tratara de una única clase de matrimonio. Y ahí está finalmente la sólida tradición del Derecho español sobre la materia, cuyo respeto parece exigido más todavía por una norma fundamental de convivencia que pretende pacificar la cuestión religiosa y en modo alguno resucitar viejas polémicas.

21. b) *El Artículo VI.º del Acuerdo Santa Sede-Estado Español sobre asuntos jurídicos de 1979.*

Es en este precepto donde se contienen los aspectos relativos al

17. R. NAVARRO VALLS, *o.c.* nota 2, p. 420 de la 1.ª edición o bien p. 417 de la 2.ª edición. Cfr. también sus estudios *El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978* en «El hecho religioso en la nueva Constitución española» (Salamanca 1979) pp. 135-162 y *Los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado Español* en «Ius Canonicum» XIX-1 (1979) pp. 107-154. Más recientemente —estando este estudio en pruebas de imprenta— ha publicado un nuevo trabajo, de gran interés, donde reelabora sus puntos de vista, con el título de *La posición jurídica del matrimonio canónico en la ley de 7 de julio de 1981* en «Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado» (Madrid 1983) pp. 491-553, que también se incluye en su última publicación sobre esta materia *El matrimonio religioso ante el Derecho Español* (Madrid 1984).

matrimonio canónico juntamente con el Protocolo Final del Acuerdo y el párrafo segundo de su Disposición Transitoria. ¿Cuál es el contenido de esta normativa?

A grandes rasgos, según la misma estructura sistemática de los preceptos, se consideran cinco aspectos. Primero: El reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico. Segundo: La fuente de producción de tales efectos y los requisitos legales de su reconocimiento, fundamentalmente la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Tercero: La eficacia del matrimonio no inscrito. Cuarto: La eficacia de los pronunciamientos de la jurisdicción eclesiástica en el ordenamiento español. Y quinto: Una declaración de principios sobre el respeto debido a la exigente normativa de la Iglesia (en especial, las propiedades esenciales del matrimonio) cuando se celebra matrimonio canónico.

No será necesario considerar detenidamente cada uno de estos aspectos pues desviarían de la cuestión principal. Bastará con señalar que han sido objeto de una bibliografía cada vez más técnica y mejor orientada que coincide en afirmar —a grandes rasgos— la complejidad jurídica de los problemas prácticos planteados por esta normativa.

El Acuerdo en sí mismo «resulta particularmente difuso —ha dicho Juan Fornés— a la hora de tratar de delimitar, con un mínimo de precisión, el sistema matrimonial que se pretende diseñar»¹⁸. Tal vez sea exacta esta observación. Sin embargo pienso que no puede aceptarse esa pretendida ambigüedad cuando se considera el Acuerdo no aisladamente sino *en conexión* con los preceptos constitucionales ya comentados y, por tanto, como desarrollo del artículo 16 de la Constitución.

La Santa Sede defendió en sus negociaciones un sistema con pluralidad de clases de matrimonio. Si alguna duda hubiera de que el Estado Español pudiese compartir ese punto de vista, el contenido esencial de la libertad ideológica reconocida por la Constitución bastaría para disiparla inmediatamente. Entiendo, pues, que nada impide interpretar el Acuerdo jurídico de 1979 desde la perspectiva del *sistema matrimonial facultativo de tipo latino*; más aún: a la vista de

18. J. FORNÉS, *El nuevo sistema concordatario español. Los Acuerdos de 1976 y 1979* (Pamplona 1980) p. 40. Es abundantísima la bibliografía sobre la materia, a pesar de los pocos años transcurridos desde la ratificación en 1979 de los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español; entre las publicaciones conjuntas y de síntesis cfr. C. CORRAL - L. DE ECHEVERRÍA, *Los Acuerdos entre la Iglesia y España. Comentario patrocinado por las Universidades Pontificias Comillas (Madrid) y Salamanca (Madrid 1980)* y C. CORRAL - J. G. MARTÍNEZ DE CARVAJAL, *Iglesia y Estado en España. Régimen jurídico de sus relaciones* (Madrid 1980).

los preceptos de la Constitución española sobre la materia debe hacerse esta interpretación.

22. Por otra parte, también se iluminan así algunos preceptos del Artículo VI.º comentados contradictoriamente por la doctrina. Por ejemplo: la declaración de principios que —en su párrafo tercero— recuerda la vigencia de la normativa canónica sobre el matrimonio.

Para muchos apenas pasa de ser una norma *pastoral* carente de todo valor jurídico vinculante. Claro que podría preguntarse: entonces ¿para qué se incluye en el Acuerdo?, ¿acaso la Iglesia Católica no posee medios más aptos y adecuados para desarrollar su acción pastoral?

A mi entender: la presencia de esa declaración en el Acuerdo tiene la virtualidad de enunciar *expresamente* una normativa básica para la constitución de los matrimonios canónicos pero que puede entrar en conflicto con otras *clases* de matrimonio. Por ello: cuando en ejercicio de la libertad ideológica constitucional se contrae canónicamente (por tanto: con asunción expresa de la normativa canónica) no será posible alegar luego esa libertad fundamental para evadir *en fraude de ley* los compromisos libremente adquiridos conforme al ordenamiento confesional; de lo contrario se estaría negando la libertad civil para celebrar contratos como el matrimonio canónico.

Este es, pues, el valor vinculante para el Estado Español del párrafo tercero del Artículo VI.º del Acuerdo, aceptado además en plena coherencia con los preceptos de su Constitución democrática.

23. c) *La Ley española del divorcio de 7 de julio de 1981.*

El juicio sobre esta norma —que es de *rango ordinario*— viene predeterminado ya por cuanto se lleva dicho. Para su ponderación conviene sin embargo comentar —previamente— algunos problemas prácticos que ha originado su aplicación. Uno de los casos —por ejemplo— que más ha inquietado a los Tribunales de Justicia y a los profesionales del Derecho donde se muestran, además, las incongruencias técnicas e ideológicas de esta normativa; en concreto: la indefensión del cónyuge inocente a que conduce la causa 3.ª del nuevo artículo 86 del Código Civil caso de oposición a la demanda de divorcio.

Pensemos en términos reales: un cónyuge católico defraudado por su consorte quien además hace gala por su parte de una vida irregular y deshonesta. Sería lógico que el cónyuge inocente —aun siendo fiel

a su religión católica— mantuviera alejado de sí al adúltero, quizás a veces por el mismo bien de la prole habida en el matrimonio. Pues bien. De seguir este lícito comportamiento: cuando el adúltero pretenda la disolución de su matrimonio conforme a la causa tercera del artículo 86 del Código Civil, toda oposición a la demanda (por parte del cónyuge inocente) será necesariamente temeraria y llevará a la condena en costas.

Obsérvese, pues, cómo el consentimiento en el hecho de la separación es ya (desde la perspectiva legal) un consentimiento tácito en el divorcio. Ciertamente es ésta una peculiar y «original» justicia: se protege al «libertino casanova», incluso frente al modelo heroico de la fidelidad en el sufrimiento y el sacrificio (!).

24. Volviendo directamente a nuestro tema, el sistema matrimonial vigente, ¿cuál es la raíz del problema? Sencillamente la pretensión de la tan discutida *ley del divorcio* de aplicarse a *todo* matrimonio que despliega su eficacia en el ordenamiento español, «cualquiera que sea su forma de celebración» según el tenor literal de su articulado; cuando se ha celebrado matrimonio religioso: la normativa estatal —en caso de conflicto— ha de prevalecer frente a toda otra de los ordenamientos confesionales.

Y los conflictos no dejan de plantearse, al menos por el diverso régimen matrimonial que esta Ley ofrece frente al régimen del matrimonio canónico. Bastarán algunos ejemplos.

La diferente regulación del impedimento de edad en el nuevo artículo 46 del Código Civil, el error en cualidad como causa de la nulidad matrimonial (en el párrafo cuarto del nuevo artículo 73), las diferencias de régimen sobre la condición en el consentimiento (en el artículo 44); la diversa concepción —frente a la legislación canónica— de las causas de separación (artículos 80 a 84) que se abren, por definición, a las causas de divorcio de los artículos 86 y 87. Y finalmente la misma pretensión de retroactividad de su Disposición Transitoria segunda que viene a ser como el último *gesto de descaro* frente a la normativa canónica, hasta ese momento aplicada a la generalidad de los matrimonios españoles.

¿Qué decir entonces de los matrimonios canónicamente válidos pero nulos para el Derecho civil por la existencia de error en cualidad? ¿Qué de los matrimonios canónicos válidos pero disueltos conforme a la legislación civil? Son tan graves estos conflictos que sorprende cómo ha podido decirse que esta Ley viene a resolver problemas reales de la sociedad española cuando —a decir verdad— no ha hecho sino crear otros nuevos, más complejos, cuyo resultado menos malo sólo puede ser agrandar una honda fisura entre la sociedad y su

realidad jurídica, desde luego nada beneficiosa para la estabilidad de la norma ni de la vida social.

25. En suma. Parece resurgir a través de esta norma el viejo y anacrónico sistema de matrimonio civil obligatorio de la Ley de 1870 (una única clase de matrimonio para todos los ciudadanos) pero —eso sí— con algunas particularidades. En concreto: 1.^ª) Que la norma civil se ha elaborado ahora haciendo caso omiso del peculiar régimen del matrimonio canónico, tan hondamente arraigado en la tradición jurídica de la sociedad española. 2.^ª) Que en la práctica la celebración religiosa se reconoce como *forma civil* de celebración porque en realidad —para el Estado— se celebra un único matrimonio (civil o estatal) substancialmente bajo un único régimen matrimonial.

Por ello, a la vista de estos datos y de cuanto se ha dicho sobre el artículo 32 en conexión con los artículos 14 y 16 de la Constitución o también del Acuerdo Santa Sede-Estado Español sobre asuntos jurídicos, no carecen de fundamento las reservas que pueden y deben hacerse sobre la constitucionalidad de esta norma. A mi entender, muestra claros indicios de estar violando la norma constitucional por hacer un desarrollo del artículo 32 contradictorio con otras normas del Derecho interno de rango jerárquicamente superior. Sin embargo este juicio sobre una eventual inconstitucionalidad de la norma debe ser matizado.

La Ley de 7 de julio de 1981 es *constitucional* en cuanto desarrollo ordinario del artículo 32 de la Constitución que crea un *régimen matrimonial estatal* (propio del Estado) llamado a concurrir con aquellos otros específicos de las Confesiones religiosas. No existe en efecto precepto alguno de la Constitución española que prohíba una regulación del régimen matrimonial tal como —en concreto— se ha hecho en la ley española «del divorcio»; es verdad que tampoco viene exigido por ningún otro.

Ahora bien, la ley es *inconstitucional* —a mi entender— en su pretensión de aplicarse por encima de los ordenamientos confesionales allí donde se ha reconocido eficacia civil a los matrimonios religiosos, contraídos —conforme a su peculiar Derecho— en ejercicio de la libertad ideológica y religiosa tutelada por la Constitución del Estado. El específico régimen matrimonial *estatal* no puede prevalecer —en estos casos— sobre la normativa canónica o cualquiera otra ideológica y religiosa, precisamente por ese deber constitucional de tutelar la libertad de los ciudadanos de poseer una propia *Weltanschauung* y de vivir en coherencia con ella.

§ 5. CONCLUSIÓN CRÍTICA

26. Hasta aquí cuanto se deduce de una aproximación a los datos positivos que regulan el sistema matrimonial vigente en España. Sin embargo una crítica de fondo exige —como insinuaba al comienzo de estas líneas— el análisis de ese tema *constitucional* que connota *toda* regulación positiva de los sistemas matrimoniales, por más que sea éste un aspecto descuidado por la generalidad de la doctrina jurídica.

En tema de matrimonio y familia —decía— la cuestión de fondo puede enunciarse de esta manera: ¿existe o no libertad para optar por concepciones diversas del matrimonio?, ¿hasta qué punto se protege la *libertad civil* incluso frente a la normativa misma del Estado?

Si es verdad que los Padres de la Patria redactores de la Constitución española de 1978 no se pronunciaron más que ambiguamente sobre el específico tema del *sistema* matrimonial (basta leer el artículo 32), no cabe duda de que sí se pronunciaron con rotundidad (en el artículo 16) sobre la incapacidad del Estado para imponer a sus ciudadanos una determinada *Weltanschauung* estatal. Ambas cosas además no dejan de ser congruentes.

No determinaron en efecto si el matrimonio debería ser disoluble o indisoluble, monógamo o poligámico: no es propio de un Estado *democrático* imponer una concepción —por ejemplo— sobre el matrimonio y la familia. Ahora bien. Dado que alguna —en concreto— existirá en su legislación, la imposición se produce cuando —de hecho— se impide la eficacia de otras posibles concepciones sobre lo que substancialmente es el matrimonio o la familia; por más que se alegara la excepción del *orden público constitucional*, este hecho no dejaría de ser una directa violación de la libertad ideológica fundamental, desde luego nada democrática.

Desde esta perspectiva, pues, carecen de sentido las limitaciones a la *libertad civil* que en cierto modo se detectan en la Ley de 7 de julio de 1981. Son ciertamente un claro dato para la prueba de su inconstitucionalidad.

27. Ahora bien. Aparte esta cuestión de fondo, la presencia misma de un *régimen estatal* sobre el matrimonio (una normativa no sólo conflictual sino sustantiva) plantea —a mi entender— serios interrogantes que tal vez puedan ser valorados en una consideración, más detenida, sobre la naturaleza del llamado *matrimonio civil*. Con unas líneas más sobre este aspecto del tema cerraré esta exposición.

El matrimonio civil diseñado en la reciente Ley española del «divorcio» no es el antiguo matrimonio civil de la Ley de 1870, matri-

monio basado en las notas de unidad e indisolubilidad con expresa asunción incluso de los impedimentos de orden sagrado y profesión religiosa; por tanto, un matrimonio *canónico* pero —eso sí— *civilizado* o estatalizado.

En la nueva Ley de 1981 se da tal amplitud a la posibilidad de divorcio —a través de una coordinación técnica de la separación conyugal con las causas de disolución— que, en esta normativa, late en cierto modo una estrecha equiparación de las situaciones matrimoniales con aquellas otras de convivencia marital sin vínculo jurídico. ¿Para qué entonces el matrimonio civil?, ¿para qué su consideración entre el género de los contratos? Veamos de encontrar una respuesta, acudiendo una vez más a la experiencia histórica.

28. La generalidad de los autores comienzan la historia del sistema matrimonial español en la Ley de 1870. Y tal vez sea acertada esta elección si la problemática del *sistema* se reduce a un tema conflictual. Sin embargo: al entrar en los temas de fondo que encierra esa cuestión, el punto de partida deberá situarse siglos atrás. Nada menos que en las *Novelas 22 y 74* del emperador Justiniano porque en ellas se modifica substancialmente la clásica concepción romana del matrimonio y se configuraba éste como un *synalagma*, es decir, como un *contrato*; esta calificación irá así estrechamente unida al principio de la indisolubilidad matrimonial.

Hasta la publicación por Carlo Manenti —a finales del siglo XIX— de su clásica monografía sobre la aposición de condiciones en el matrimonio¹⁹, la generalidad de los romanistas —incluido Federico Savigny entre los maestros alemanes— venía considerando el matrimonio romano como uno de los *contratos legítimos* reconocidos por la Jurisprudencia. Fue en efecto aquel maestro italiano quien demostró que el matrimonio —en las fuentes de la Jurisprudencia romana— era una *situación de hecho* con relevancia jurídica; dos eran sus elementos esenciales: uno la *individua consuetudo vitae*, otro el consentimiento. Pero este *consensus* no era un acto inicial creador de un vínculo jurídico, sino un consentimiento continuo y continuado en el tiempo; de ahí su consideración como *affectio*.

Los maestros Orestano y Volterra junto con Giuseppe D'Ercole mostraron²⁰ —años después— que la peculiaridad del Derecho justi-

19. C. MANENTI, *Dell'inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici e in specie delle condizioni apposte al matrimonio* (Siena 1889).

20. Cfr. por ejemplo los estudios de R. ORESTANO, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano e matrimonio romano nell'età postclassica* en «Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini» I (Milano 1946) pp. 343-382 y *La struttura giuridica del matrimonio romano del diritto classico al diritto giustiniano*

niano estaba en la nueva interpretación del viejo aforismo *consensus facit nuptias*. Al afirmar que el matrimonio es indisoluble —o disoluble sólo en contados casos— se sigue que lo relevante es el consentimiento inicialmente prestado: el matrimonio en cuanto tal no puede depender de otros acontecimientos fácticos. El *consensus* de las *nuptiae* pasa entonces a ser una voluntad inicial de compromiso interpersonal que —siglos después, bajo los principios de la ética cristiana— necesariamente se configura como *contrato*.

En suma. La caracterización del matrimonio como compromiso de donación total e interpersonal que engendra un vínculo intrínsecamente indisoluble (además con una significación sagrada) es una herencia específicamente *canónica*, que el Derecho moderno recibe a través de la ciencia jurídica del *utrumque ius* medieval.

29. Sobre esta *concepción religiosa* del matrimonio incide el proceso de secularización, activamente potenciado por la Reforma protestante. Uno de sus resultados será la aparición de un *matrimonio civil contractual*, basado en la monogamia y la posibilidad de divorcio. Ahora bien. Desde la perspectiva histórica, el matrimonio civil —así caracterizado— registra una singular paradoja.

Aparece de hecho, bajo una mítica concepción de la libertad secular enfrentada al poder espiritual, como un matrimonio religioso *secularizado*. Pero la secularización no consiste en volver a la libertad del antiguo matrimonio romano clásico. Al contrario: se conserva toda una compleja regulación cuyo sentido estaba sólo en lo que precisamente suprime el proceso secularizador, es decir: el contenido del matrimonio religioso, la concepción sobre sus fines y propiedades esenciales.

Así las cosas, de la institución matrimonial diseñada por el cristianismo —distinta de las antiguas nupcias romanas— sólo queda hoy el ropaje jurídico formal, cada vez más inadecuado. ¿A qué exigir —por ejemplo— una celebración sumamente solemne y formalista, cuando luego se puede deshacer sin mayores dificultades (por un fácil divorcio) lo tan formalmente establecido? ¿Para qué hilar tan fino en tema de consentimiento si luego —de hecho— lo que cuenta no es la voluntad inicial sino el consentimiento continuado?

(Milano 1951). También las publicaciones de E. VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes romains* (Padova 1940) y G. D'ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa* en «*Studia et Documenta historiae et ius*» V (1939) pp. 18-35. Más recientemente han vuelto sobre el tema O. ROBLEDA, *El matrimonio en el Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad* (Roma 1970) y los numerosos autores del volumen *La definizione giuridica del matrimonio* (Roma 1980).

Más aún. ¿Para qué mantener un vínculo que —de hecho— no vincula?, pues precisamente goza de protección el incumplimiento del contrato. Desde luego resulta difícil caracterizar el matrimonio civil como *contrato*, cuando su contenido es un compromiso que —en realidad— no compromete.

Ante este hecho, por tanto, cabe replantear con todo fundamento el sentido de las competencias del Estado *democrático* sobre estas materias. ¿Por qué el régimen matrimonial no ha de ser objeto de libertad civil? ¿Qué impide reconocer el derecho de los ciudadanos a concluir matrimonios según sus propias convicciones y que estos se rijan luego por la *ley contractual pactada*? Además: si la idea de la legislación estatal en esta materia es la *permisividad*, ¿para qué supe- ditar la admisión de las diversas *clases* de matrimonio a su ajuste al Derecho del Estado?

30. A mi entender: en un Estado *democrático* —en el cual la tolerancia del pluralismo ideológico es como uno de sus principios paradigmáticos— la presencia de un régimen matrimonial *estatal* encuentra difícil justificación. Podrá ser ofrecido únicamente con carácter *supletorio* de la iniciativa libre de los ciudadanos. La libertad de éstos sin embargo debe ser plena, también en este campo.

Por otra parte, esta protección a ultranza de la *libertad civil* —entendida entonces como principio del orden público constitucional— se abre hacia un proceso de reforma política y social, urgente —a mi modo de ver— y de gran importancia en nuestros días. Y es: la efectiva devolución del poder del Estado a la Sociedad; se ha de reconocer a la persona y a los grupos sociales su propia e inmediata capacidad de autonormación soberana, tras décadas en las que el proceso contrario ha puesto en riesgo la autonomía de la persona y sus derechos naturales.