

## LA SECULARIZACION DEL MATRIMONIO EN ARGENTINA

### 1. ANTECEDENTES

Desde la Revolución de Mayo (1810) hasta la sanción del Código Civil (1869), la legislación matrimonial heredada de España e inspirada en el concepto católico del matrimonio, siguió rigiendo a la familia argentina. Ni la revolución ni la inmediata y subsiguiente legislación patria alteraron el régimen legal heredado de España. En 1824, sin embargo, los juicios de separación y de declaración de nulidad, pasan a la jurisdicción civil. En 1857 se encomienda a los párrocos católicos y a los pastores de los cultos reformados llevar el registro del estado civil de los habitantes del Estado. Por un cuarto de siglo tales registros estuvieron en manos de las autoridades religiosas.

La legislación española fue reemplazada por el Código Civil que comenzó a regir simultáneamente en todo el país desde enero de 1871. El codificador, Dalmacio Vélez Sársfield, encuadró el derecho matrimonial dentro de la ortodoxia católica teniendo en cuenta las situaciones corrientes en aquel entonces. Quedó así determinado el matrimonio religioso, con doble régimen para los católicos y para los no católicos. El espíritu de este sistema se refleja en la famosa nota de Vélez Sársfield al art. 167 del Código: 'Las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas. Sería incitar a las personas católicas a desconocer los preceptos de su religión, sin resultado favorable a los pueblos y a sus familias. Para los que no profesan la Religión católica, la ley que da al matrimonio carácter religioso, no ataca en manera alguna la libertad de cultos, pues que ella a nadie obliga a abjurar de sus creencias, cada uno puede invocar a Dios en los altares de su culto'.

La sistemática secularización del matrimonio comienza de manera inequívoca en las últimas décadas del siglo XIX. Por la ley Roca del 31 de octubre de 1884 se laicizaron totalmente los registros de nacimiento y defunción. Aparentemente la ley no iba más allá de la creación de una oficina registradora del estado civil de las personas. Sin embargo, ya entonces se hizo notar que con ella se adelantaba un paso más hacia la secularización del matrimonio.

El sistema religioso del Código Civil fue modificado por la ley 2393, sancionada en 1888 y vigente desde el 1 de diciembre de 1889. Se estableció el matrimonio civil obligatorio y se desconoció validez civil al matrimonio religioso. La codificación de Vélez Sársfield tenía sus lagunas pero no fueron éstas las motivaciones de la nueva legislación. El motivo real que animó y consumó la sanción del matrimonio civil no fue otro que el afán de eliminar toda influencia religiosa en la vida social. Era otra

etapa del proyecto laicista que ya había logrado precedentemente la secularización de los cementerios y de la escuela pública y que se proponía como objetivos ulteriores el divorcio vincular y la separación de la Iglesia y el Estado<sup>1</sup>.

El matrimonio civil de 1889 ha preparado el camino al divorcio por haber desconocido que el matrimonio es una realidad cuyo contenido y cualidades esenciales escapan a la competencia civil. La ley 2393 ha desconocido el matrimonio de los cristianos, aunque se apoya todavía sobre un concepto substancialmente católico del matrimonio. Con aquel desconocimiento ha comenzado un lento proceso de erosión. Numerosísimos han sido los proyectos divorcistas presentados en nuestras cámaras legislativas, ya a partir del mismo 1888. Desde entonces y hasta 1954 ha habido 40. En 1954, en medio de una conflictiva situación entre el gobierno y la Iglesia, fue aprobada y promulgada la ley 14.394, que en su art. 31 sancionaba la posibilidad de declarar disuelto el vínculo matrimonial en dos hipótesis: en la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento y con posterioridad de un año al juicio de separación. Fue éste el primer asomo del divorcio vincular en la legislación argentina. No duró mucho tiempo. En marzo de 1956 el gobierno de facto dictó el decreto-ley 4.070 suspendiendo la disposición del citado art. 31 hasta tanto se adoptase una posición definitiva sobre el problema. Desde entonces y hasta nuestros días fueron presentados otras 43 proyectos para implantar el divorcio vincular<sup>2</sup>.

Dos instrumentos legislativos recientes perfeccionan las tendencias laicistas decimonónicas sancionando un derecho de familia cada vez más alejado del derecho natural y de la doctrina católica. Se trata de las leyes 23.264 (1985) y 23.515 (1987) a cuya presentación, sintética y crítica, dedicamos las siguientes páginas.

## 2. LEY 23.264: FILIACION Y PATRIA POTESTAD

### a) *Eliminación del concepto de legitimidad*

El Código Civil argentino legislaba en sus arts. 240-263 sobre 'los hijos legítimos' (libro 1º, sección 2ª, título 2º). La nueva ley 23.264, promulgada el 16 de diciembre de 1985, sustituye completamente dicho título 2º con una orientación doctrinal que se evidencia ya en su epígrafe: 'de la filiación'. Los artículos se dividen en 9 capítulos y legislan sobre determinación de la maternidad y de la paternidad, sobre determinación y prueba de la filiación matrimonial, determinación de la paternidad extramatrimonial, sobre el reconocimiento de la filiación y sobre las acciones de filiación. Nos interesa recoger aquí el art. 240:

*'La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código'.*

1 Cf. R. Iribarne, *El matrimonio civil comparado con el canónico* (Buenos Aires 1965) pp. 65-89.

2 Cf. D. H. D'Antonio, *Régimen legal del Matrimonio civil. Ley 23.515. Separación personal. Divorcio vincular. Nulidad del matrimonio. Acciones* (Santa Fe 1987) pp. 16-29. En 1968 la ley 17.711 completó y modificó las normas sobre el matrimonio y la separación pero sin restablecer la aptitud nupcial.

La ley expresa con claridad que se quiere prescindir de toda diferencia en los derechos de los hijos. Dicha igualdad, en todos los aspectos salvo el hereditario, se encontraba ya disciplinada por la ley 14.367. La novedad consiste ahora en que es indiferente a los efectos hereditarios, que los padres estén casados entre sí, o no lo estén, o estén casados con terceras personas. Esto sería impugnabile en cuanto implica una visión meramente individual y no institucional del derecho sucesorio. Pero la novedad mayor y la más objetable es la supresión del concepto de legitimidad o ilegitimidad. Jorge A. Mazzinghi, reconocido especialista en Derecho de Familia, lo ha indicado con particular incisividad<sup>3</sup> al afirmar que la idea clave de la reforma emprendida es la igualdad absoluta entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Este es despojado así de una de sus consecuencias principales que consiste en privilegiar a la filiación procedente de él. Al establecer este privilegio la ley pretendía indicar la conveniencia de que la procreación de las nuevas generaciones se produzca a través de la unión conyugal y no de cualquier tipo de ayuntamiento. La igualdad que se propone en la nueva ley hace abstracción de la valoración ética y tiene como único fundamento la identidad del proceso biológico que engendra una nueva vida<sup>4</sup>. Parecería imponerse una mentalidad conforme a la cual la ley es indiferente a la procreación en el seno de la familia, o a campo traviesa, o en los laboratorios con que la técnica moderna pretende sustituir el amor de los padres. 'El reemplazo de la familia por este concepto puramente biológico demuestra un olvido de las categorías morales y de las normas que ordenan la conducta humana, siendo ésta una característica de la visión marxista del derecho'.

La autoridad eclesiástica argentina lo había advertido: 'El proyecto, en cuanto equipara en todos sus efectos a los hijos legítimos con los extramatrimoniales, concluye con el concepto de familia que tiene el matrimonio como base y fuente de legitimación. Se sustituye su unidad e indisolubilidad por la simple convivencia de las parejas. Declara a todos los hijos iguales, con lo que se priva de efectos en cuanto a la filiación a la familia legítima. Se modifica sustancialmente todo el ordenamiento vigente respecto del Derecho de Familia. La circunstancia de que existan hijos legítimos y extramatrimoniales y la diferencia entre ellos, es una consecuencia de la organización de la familia. La legítima, sustentada en el matrimonio, que debe ser alentada como célula básica de la sociedad, y la otra, que debe ser desalentada, ya que no genera vínculos estables ni con fundamento jurídico de ninguna especie' (27 de febrero de 1985).

Es sabido que la doctrina canónica mantiene firme el concepto de legitimidad indicando sus raíces (CIC, can. 1137), las presunciones (can. 1138), la legitimación de los ilegítimos (can. 1139) y la supresión de toda diferencia en cuanto a los efectos jurídicos, salvo expresa indicación contraria (can. 1140). Se mantiene el concepto no solamente por las aplicaciones que pueda tener en el derecho particular sino porque 'a su modo pone en evidencia la santidad del matrimonio'<sup>5</sup>. Pues no se trata de discriminar ya que todos los hijos son un don de Dios, como lo expresa el nombre del más famoso de los ilegítimos (Adeodatus, hijo de San Agustín): 'Todos los niños,

3 'Filiación, normas, clave y trasfondo de un proyecto de ley' en *La Ley* del 11 de octubre de 1985.

4 Que el concepto de 'legitimidad' deriva del orden moral lo indica Santo Tomás al responder a quien le objetaba que todo hijo es 'legítimo' por el hecho de nacer según la ley biológica. El santo doctor aclara que la ilegitimidad no proviene de la oposición a la ley biológica, que es común al hombre y a todos los animales, sino por oposición a la ley moral, es decir, a la ley de la naturaleza 'que es propia de los hombres': *Summa Theologiae*, Supplementum, q. 68, a. 1, ad 1m.

5 *Communicationes* 10 (1978) p. 106.

nacidos dentro o fuera del matrimonio, gozan del mismo derecho a la protección social para su desarrollo personal integral<sup>6</sup>. Se trata más bien de manifestar la dignidad del pacto conyugal: 'El valor institucional del matrimonio debe ser reconocido por las autoridades públicas, la situación de las parejas no casadas no debe ponerse al mismo nivel que el matrimonio debidamente contraído'<sup>7</sup>.

#### b) *Reforma de la patria potestad*

La misma ley substituye los arts. 264-310 del Código Civil que tratan sobre la patria potestad. El largo art. 264 es desde luego el más importante y tras definir la patria potestad como '*el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado*', determina que su ejercicio corresponde '*en el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado*'. Para determinados casos de especial importancia la ley prescribe '*el consentimiento expreso de ambos padres*': autorización para contraer matrimonio, habilitación, autorización para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad, para salir de la república, para estar en juicio civil, para disponer de bienes, ejercer actos de administración de sus bienes (art. 264 quater). '*En todos estos casos, si uno de los padres no diere su consentimiento o mediara imposibilidad para prestarlo, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar*'. En los demás casos '*se presumirá que los actos realizados por uno de los padres cuenta con el consentimiento del otro*' a menos que mediare expresa oposición (264 § 1). Finalmente, '*en caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente*' que deberá resolver por el procedimiento más breve (264 ter).

En realidad, existe marcada dificultad para encasillar el régimen adoptado por la reforma. Aún cuando parezca menos irritante denominar al ejercicio como conjunto, común o compartido, cierto es que el sistema implementado responde a las características del ejercicio indistinto. Mas al requerirse el consentimiento de ambos progenitores para realizar determinados actos, se complementa la calificación diciendo que es un régimen de ejercicio indistinto con requerimiento parcial de intervención conjunta<sup>8</sup>. Cualquiera de los progenitores puede cumplimentar por sí mismo y con suficiente legitimación todos los actos que se encuentran dirigidos al logro del pleno desarrollo personal del hijo. La presunción de asentimiento, establecida expresamente por la ley, no implica una concurrencia del otro progenitor, antes bien, parece favo-

6 *Carta de los Derechos de la Familia* (Vaticano 1983) art. 4 § e.

7 *Carta de los Derechos de la Familia* (Vaticano 1983) art. I, § c. Pocos días antes de la ley que comentamos había sido promulgada la ley 23.226 sobre Derecho a Pensión del Cónyuge en Matrimonio de hecho, según la cual tiene derecho a pensión quien hubiere convivido en aparente matrimonio con el causante por un plazo de dos años, cuando ambos fueran solteros, o aun siendo uno o ambos casados, si tuviesen descendencia. En caso de no tener descendencia y ser casados con terceras personas, la convivencia adulterina por cinco años es causa eficiente de los derechos previsionales. El cónyuge legítimo se ve así desplazado por el concubino o la concubina, total o parcialmente, esto último si le hubiera pasado alimentos o si el causante fuese culpable. Se advierte, pues, que tanto los casados cuanto quienes conviven establemente con otro, tienen derechos previsionales equivalentes.

8 D. H. D'Antonio *Nuevo régimen legal de la Patria Potestad. Ley 23.264* (Santa Fe 1985) pp. 89-90.

recer al progenitor más veloz. Trátase entonces del cumplimiento de aquellos actos por uno u otro de los padres, es decir, en forma indistinta o indiferenciada<sup>9</sup>.

La ley no parece haber recogido las inquietudes de la autoridad eclesiástica: 'La titularidad de la Patria potestad compete en forma conjunta a ambos progenitores... en los casos de los matrimonios que viven en armonía, los sistemas de ejercicio indistinto o compartidos no sólo ofrecen inconvenientes prácticos, sino que, además, institucionalizan la intervención habitual de órganos extraños a la familia, para decidir cuestiones que hoy sólo requieren tal intervención en supuestos excepcionales'. Es que la reforma rechaza cualquier vestigio de jefatura del hogar por parte del marido. Sin embargo, 'como todo orden, el familiar exige una jerarquía que robustezca su unidad, medio indispensable para la formación de la prole. Ello no limita a la madre en lo que hace a la intermediación permanente y la habilita de hecho a asumir y tomar decisiones respecto de los hijos en los actos cotidianos de la vida. Obviamente no está en tela de juicio la absoluta igualdad ante la ley de ambos cónyuges, sino que se trata del reconocimiento de los diversos roles que desempeña cada uno en el seno de la familia' (27 de febrero de 1985). El tema era delicado y de gran repercusión pública por la irritación que podía provocar en algunos sectores la desigualdad en el ejercicio de la potestad, en aparente perjuicio de la mujer. Pero el objetivo de la ley no era la igualdad de los progenitores sino el bien de la prole: 'si se olvida que los principales beneficiarios del sistema son los menores, no se legislará eficazmente. Hay diferencias fisiológicas y funcionales, que la naturaleza impone, y que no vulneran la igualdad ontológica ni jurídica de sexos...'<sup>10</sup>.

Sistemáticamente, la nueva ley establece la igualdad entre padre y madre en todos los casos en que el Código civil privilegiaba la función paterna. Pero este debilitamiento de la función paterna tiene una consecuencia que va más allá de la reivindicación de los derechos femeninos: la intervención indebida del Estado. Dentro del concepto natural y católico existe siempre una primera instancia familiar y la intervención del juez sólo cabe cuando la madre reputara abusivo, injusto o perjudicial lo decidido por el padre. Al equiparar el poder de decisión de ambos, la primera instancia es ahora la judicial, es decir, exterior a la familia. Por un afán de simetría se ha establecido un sistema que iguala sin matices a los progenitores, estableciendo una diarquía familiar que no aprovecha ni a los menores ni a la familia<sup>11</sup>. Al contrario, puede neutralizar al padre y a la madre que pierden así jerarquía en la con-

9 Ya en 1974 la legislatura había aprobado la ley 21.182 que establecía el sistema de ejercicio indistinto de la patria potestad. Pero esa ley fue vetada por el Poder Ejecutivo (octubre 1975) por considerar que tal sistema 'se traduciría en un elemento disociador de la familia'.

10 A. J. Gowland, 'Comentarios al proyecto de la ley de reformas al instituto de la patria potestad elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional' en *La Ley* del 1 de abril de 1985.

11 Esta tendencia se agudiza en la ley 23.515 que comentaremos a continuación. Así, por ejemplo, se deja sin efecto el carácter imperativo de la adición del apellido del marido a la mujer casada (art. 4º modificatorio el art. 81 de la ley 18.248). El mismo principio de igualdad absoluta en cuanto a los deberes conyugales: 'Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos' (art. 198), criticado por A. Belluscio: 'es dudoso el acierto de un principio absoluto de igualdad, que so pretexto de poner a la mujer en la misma condición que el hombre, en realidad la perjudica al privarla de las ventajas que la ley le concedía, fundamentalmente el derecho de ser mantenida por el esposo y la situación más favorable que tenía en cuanto al derecho alimentario en la antigua legislación' ('Observaciones al proyecto de ley de matrimonio civil aprobado por diputados' en *La Ley* 1986-E-1200). Otro ejemplo: 'Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia', así comentado por el ilustre profesor de derecho de familia y miembro de la Suprema Corte de Justicia: 'Es inconcebible que, en casos de desacuerdo, resuelva el juez. Resultaría ridículo que los esposos acudieran a solicitar al juez que determine dónde deben convivir' (l. c.).

ducción de la familia y el centro de gravedad se desplaza hacia la intervención del Estado<sup>12</sup>. Esta tendencia es peligrosa. Incumbe al Estado por naturaleza evitar los abusos de la patria potestad. No debe intervenir en la vida familiar sino cuando sea necesario para defender el orden y el bienestar de la sociedad o el derecho y el sosiego de uno de los consortes contra una grave injusticia. Hay mucha diferencia, básicamente y en sus consecuencias, entre intervenir el Estado solamente para corregir una injusticia comprobada o inmiscuirse en el matrimonio cada vez que los consortes no están de acuerdo. Esto último conduciría a numerosas interferencias del Estado en la esfera íntima de la vida familiar. 'En tanto el derecho positivo atiende satisfactoriamente a esta función de defensa contra las situaciones de injusticia, nada tenemos que objetar como defensores de una estructura jerárquica del matrimonio a esta facultad de decisión del marido, puesto que, de este modo, no perturba el Estado la estructura de la familia'<sup>13</sup>.

### 3. LEY 23.515: INTRODUCCION DEL DIVORCIO VINCULAR

Con esta ley de reforma al régimen de la familia se consuma la substancial modificación del derecho familiar vigente en Argentina. Sus 80 artículos ocupan ahora el título 1º de la sección del Código Civil referente a los derechos personales en las relaciones de familia, y se dividen en los siguientes capítulos:

- 1.—*Régimen legal aplicable al matrimonio* (159-164).
- 2.—*De los esponsales* (165).
- 3.—*De los impedimentos* (166-171).
- 4.—*Del consentimiento* (172-175).
- 5.—*De la oposición a la celebración del matrimonio* (176-185).
- 6.—*De la celebración del matrimonio* (186-196).
- 7.—*De la prueba del matrimonio* (197-200).
- 8.—*Derechos y deberes de los cónyuges* (198-200).
- 9.—*De la separación personal* (201-205).
- 10.—*De los efectos de la separación personal* (206-212).
- 11.—*De la disolución del vínculo* (213).
- 12.—*Del divorcio vincular* (214-216).
- 13.—*De los efectos del divorcio vincular* (217-218).
- 14.—*De la nulidad del matrimonio* (219-220).
- 15.—*Efectos de la nulidad del matrimonio* (221-226).
- 16.—*De las acciones* (227-239).

La ley lleva como título: 'Modificaciones introducidas al Código Civil. Régimen legal aplicable al matrimonio'. Pero la inclusión del divorcio como causa de disolución del matrimonio 'constituye sin lugar a dudas la primicia destacable en esta ley, a tal punto que el proyecto fue conocido vulgarmente como «ley de divorcio»'<sup>14</sup>. Fue sancionada el 3 de junio de 1987 y promulgada cinco días después por el presidente Alfonsín, dos meses después que el Papa advirtiera a los argentinos que 'no

12 Cf. O. Barbero, 'Patria potestad compartida o patria potestad virtualmente transferida al Estado' en *La Ley* del 18 de septiembre de 1985.

13 B. Häring, *El matrimonio en nuestro tiempo* (Barcelona 1964) pp. 161-162.

14 M. E. Lloveras de Resk y N. Lloveras, *Divorcio vincular: características generales de la nueva ley* (Córdoba 1987) p. 17.

admitir que el amor conyugal puede y exige durar hasta la muerte supone negar la capacidad de autodonación plena y definitiva, equivale a negar lo más profundamente humano: la libertad y la espiritualidad. Nada tiene de extraño que la difusión del divorcio en una sociedad vaya acompañada de una disminución de la moralidad pública en todos los sectores' (Homilía en Córdoba, el 8 de abril).

Una análisis exhaustivo de este texto legal supera las posibilidades de esta nota. Nos limitaremos entonces a presentar y comentar algunos de los aspectos que más pueden interesar al derecho y a la teología de la Iglesia.

a) *El consentimiento*

*'Es indispensable para la existencia del matrimonio del pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo' (art. 172).*

Se trata del artículo que más se aproxima a una definición del matrimonio pero sin precisar el objeto del consentimiento. Los civilistas tratan de suplir esta laguna y así, por ejemplo, la doctora Méndez Costa dice que 'el consentimiento matrimonial es la convergencia de dos voluntades internas y manifestadas, en la entrega y aceptación mutua de hombre y mujer para generar el consorcio vital que es el matrimonio'<sup>15</sup>. Pero el concepto ya no es católico porque se excluye la indisolubilidad como propiedad esencial. Más aún, se anula la posibilidad de un consentimiento indisoluble, como luego veremos.

'Pleno y libre', posiblemente para adecuarse a la Convención de Nueva York de 1962 y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de Costa Rica. Hasta dónde el marco de la ley permita un consentimiento pleno y libre es discutible. Habría que añadir aquí la norma del art. 193, ubicada fuera de contexto, y según la cual 'la declaración de los contrayentes de que se toman respectivamente por esposos no puede someterse a modalidad alguna. Cualquier plazo, condición o cargo se tendrán por no puestos, sin que ello afecte la validez del matrimonio'.

Al requerirse que el consentimiento sea expresado 'personalmente' por los contrayentes queda claramente suprimido el matrimonio por poder. Coherentemente han sido derogadas las normas que autorizan las nupcias con intervención de mandatarios. En cambio, la nueva ley organiza el matrimonio a distancia.

'Hombre y mujer' fue introducido a último momento para evitar suspicacias. Sucede que al haber optado por el lenguaje inclusivo y excluido toda referencia a 'marido y mujer' por la equiparación de roles y situaciones, la mención a los dos sexos se hacía necesaria.

La mención del oficial público completa las condiciones de existencia del matrimonio. La legislación actual admite decididamente la distinción entre inexistencia (matrimonios inexistentes que nunca pueden producir efectos jurídicos) y nulidad (matrimonios viciados aptos para producir efectos jurídicos en ciertos supuestos). Los supuestos de inexistencia serían, entonces, la falta de consentimiento<sup>16</sup>, la expresión

<sup>15</sup> M. J. Mendez Costa, *Régimen legal del Matrimonio civil, ley 23.515* (Santa Fe 1987) p. 73.

<sup>16</sup> Los vicios del consentimiento configuran causales de anulación y no de inexistencia. La ley enumera: la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente. También el error acerca de la persona del otro contrayente 'si se prueba que, quien lo sufrió, no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía' (art. 175).

no personal del consentimiento, identidad de sexos y no presencia del oficial público competente. Obviamente, el matrimonio canónico es inexistente.

La legislación canónica pone especial cuidado en la determinación del consentimiento porque es el consentimiento lo que produce las nupcias. De allí su interés en definirlo (can. 1057) y determinar sus condiciones de validez (cáns. 1095-1107). Admite la posibilidad del matrimonio por procurador (can. 1105), permite en determinadas circunstancias un consentimiento condicionado (can. 1102) y exige un *mínimum* de identificación con la esencia de la institución matrimonial (can. 1101).

La legislación civil se preocupa menos por el tema. Quizás porque se cree que no caben dudas ni hay necesidad de explicar lo que quieren dos personas cuando declaran querer unirse en matrimonio. Quizás porque subyace la idea de la Ley como causa eficiente del matrimonio: 'el oficial público... pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio' (art. 188). Quien produciría el vínculo sería la misma ley, en cuyo nombre el oficial declara a las partes unidas en matrimonio. Tal pronunciamiento aportaría un elemento verdaderamente necesario que se relaciona, no ya con la sola forma, sí que también con la substancia del negocio jurídico. 'En nombre de la Ley' recuerda demasiado directamente la idea del Estado ético que tiene el poder de consagrar los vínculos matrimoniales y de reconocer a la familia<sup>17</sup>.

#### b) *Los impedimentos*

El desencuentro entre la legislación civil y la canónica es casi permanente en este tema. Al no reconocerse al matrimonio canónico trascendencia civil tenemos matrimonios válidos delante de la Iglesia pero nulos en el fuero civil y viceversa, con las graves secuelas prácticas de tal situación. Por otra parte, los dos sistemas no pueden coincidir porque cada impedimento se adecua a los principios últimos que informan la institución matrimonial. Y éstos son cada vez más divergentes.

Hay algunos impedimentos que son solamente canónicos: el de pública honestidad (can. 1093), el rapto y retención violenta de la mujer (can. 1089), la disparidad de cultos (can. 1086), el orden sagrado (can. 1087), y el voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso (can. 1088). Con respecto a estos últimos, empero, los civilistas admiten que la anulabilidad podría ser procedente por el ocultamiento de la cualidad de sacerdote o consagrado (art. 175).

También hay algunas prohibiciones solamente canónicas: los matrimonios mixtos (can. 1124), el matrimonio de vagabundos (can. 1071, 1, 1), el matrimonio desconocido o impedido por la legislación civil (can. 1071, 1, 2)<sup>18</sup>, el de quien tiene obligaciones naturales hacia otra persona (can. 1071, 1, 3), el de quien abandonó notoriamente la fe católica (can. 1071, 1, 4), el de quien está incurso en una censura (can. 1071, 1, 5), el que se va a contraer por procurador (can. 1071, 1, 7). Habría que añadir la prohibición del Ordinario del lugar en un caso particular (can. 1077) y la incluida en la sentencia o decreto o establecida por el Ordinario de lugar (can. 1684).

Por su parte, hay algunas prohibiciones solamente civiles: 1) El tutor y sus descendientes no pueden contraer matrimonio con quienes hubieran estado o estuvieran bajo su cuidado hasta tanto no concluya la tutela y se apruebe la cuenta de

<sup>17</sup> Iribarne, op. cit., p. 235.

<sup>18</sup> Observa F. Aznar: 'Se trata de evitar, dentro de lo posible y sin que suponga un reconocimiento de la superioridad de la legislación civil sobre la canónica en materia matrimonial, un conflicto entre ambas legislaciones, del que podría salir malparado el fiel cristiano, una tercera persona o la propia Iglesia', edición del *Código de Derecho Canónico* comentada por los Profesores de Salamanca, p. 513.

su administración (can. 171). Por el art. 475 del Código Civil esta razonable prohibición con sanción matrimonial se extiende a los curadores. 2) La prohibición dispuesta por la ley 12.331 que recae sobre los que padecen enfermedad venérea en período de contagio continúa en vigencia en virtud de la citada ley.

La prohibición a los menores de 21 años si carecen del asentimiento paterno o tutelar o judicial coincide con la disposición del can. 1071, § 1, 6.

Conviene ahora que nos detengamos en los impedimentos elencados en el art. 166 coincidentes, en buena parte, con la legislación canónica:

'1.—*La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación;*

2.—*La consanguinidad entre hermanos y medio hermanos*'.

El parentesco por consanguinidad es un impedimento dirimente y el matrimonio celebrado sería anulable de nulidad absoluta. La ley eclesiástica coincide en lo referente a la línea recta pero es más exigente en línea colateral (can. 1091).

'3.—*El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo del adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada*'.

La ley nacional 19.134 estableció dos formas de adopción y caracterizó la plena con la sustitución de la filiación de origen por la adoptiva, con la única excepción de la subsistencia de los impedimentos matrimoniales con la familia de sangre, y la simple con la producción de los efectos propios del hijo legítimo entre el adoptado y el adoptante. El derecho canónico no hace tales distinciones y al establecer el impedimento en línea colateral lo restringe al segundo grado (can. 1094).

'4.—*La afinidad en línea recta en todos los grados*'.

El impedimento coincide con la normativa canónica (can. 1092).

'5.—*Tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho años*'.

El can. 1083 establece como impedimento una edad dos años inferior. El legislador civil, sin embargo, establece la posibilidad de dispensa judicial 'con carácter excepcional' (art. 167). Es el único caso de prohibición legal matrimonial susceptible de 'dispensa'<sup>19</sup>. Una forma particular del impedimento de edad es la establecida por la nueva redacción del art. 133 del Código Civil, según la cual el menor de 21 años cuyo matrimonio haya sido disuelto no podrá contraer nuevo matrimonio hasta que alcance la mayoría de edad.

'6.—*El matrimonio anterior, mientras subsista*'.

Este impedimento, propio de la monogamia, no ha recibido ninguna modificación directa pero sí importantísima de manera indirecta, al introducir la ley el divorcio vincular.

19 J. Mazzinghi observa justamente que 'el uso de la palabra «dispensa» no es adecuado. Se trata de una palabra usada en derecho canónico cuya utilización no es habitual en derecho civil': 'Objeciones al proyecto de ley de matrimonio civil probado por Diputados' en *La Ley* 1986-E-1106.

'7.—*Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges*'.

El homicida debe ser autor de homicidio doloso o cómplice o instigador, consumado, con sentencia condenatoria en principio, siendo indiferente la existencia de relaciones adúlteras con el consorte de la víctima o del ánimo de celebrar nupcias con el mismo. Este impedimento de crimen tiene características diversas en la legislación canónica (can. 1090).

'8.—*La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere*'.

La fórmula legal es sumamente amplia: están impedidos de celebrar matrimonio el débil mental y el enfermo mental interdicto o no interdicto que carece de discernimiento en el momento del acto, el mentalmente sano que se encuentra privado de discernimiento por el efecto de una droga o de un accidente que le ha causado esa consecuencia. Correlativamente es hábil para contraer matrimonio el que padece una enfermedad mental, interdicto o no interdicto, pero que goza de discernimiento en el momento de la ceremonia<sup>20</sup>. En el derecho canónico la privación permanente o transitoria de la razón no es considerada impedimento sino incapacidad consensual (can. 1095).

'9.—*La sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera*'.

Esta disposición 'constituye un evidente error legislativo' pues el consentimiento inexpresado no es consentimiento y la falta de consentimiento determina la inexistencia del matrimonio y no su invalidez. La sordomudez a que alude este precepto 'no constituye un impedimento en sentido propio, sino un caso que revelaría la imposibilidad de prestar el consentimiento'<sup>21</sup>. Y así lo considera el derecho canónico (can. 1104 § 2).

Dejamos para el final de este párrafo la consideración del impedimento de impotencia porque se trata de un caso emblemático de la diversidad de encuadres doctrinales entre ambas legislaciones. Para la Iglesia la impotencia antecedente y perpetua, absoluta o relativa, dirime el matrimonio por derecho natural (can. 1084). Para la legislación civil argentina no se trata de un impedimento sino solamente de una causal de nulidad relativa:

'*Es de nulidad relativa: ... 3.—En caso de impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos*' (art. 220).

Entre impedimento dirimente y simple causal de nulidad media una diferencia conceptual que los efectos derivantes de uno y otra se encargan de evidenciar. Para el derecho civil se trata de nulidad relativa, ignorando así esta radical exigencia del derecho natural. En su sistema, el matrimonio celebrado con impotencia sexual no está viciado de nulidad absoluta, antes bien, producirá los efectos del matrimonio válido mientras no se impugne legalmente el matrimonio. Dicho en otros términos, al sistema no le repugna absolutamente la validez del 'matrimonio' contraído por un impotente. No es sorprendente si se tiene en cuenta la ambigua definición doctrinal del matrimonio de la que hablábamos en el párrafo anterior. El objeto del consenti-

20 Mendez Costa, op. cit., pp. 46-47.

21 E. A. Zannoni, *Régimen de Matrimonio civil y Divorcio. Ley 23.515* (Buenos Aires 1987) p. 25.

miento matrimonial no puede quedar indeterminado ni puede ser arbitrariamente elaborado: se trata de una institución natural confirmada por la sacramentalidad. La volición no será nunca suficiente, será necesaria la capacidad, la potencial.

c) *La separación personal*

La derogada ley matrimonial legisla sobre el 'divorcio' en estos términos: 'El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial' (ley 2.392, art. 64). La nueva disciplina, introduciendo el divorcio vincular, reserva para éste la palabra 'divorcio' y dedica algunos artículos a legislar sobre 'la separación personal' que 'no disuelve el vínculo matrimonial' (art. 201) pero dispensa del deber de cohabitación y permite la reconciliación de los esposos.

¿Por qué se ha mantenido la separación personal? Se ha sostenido que 'por la necesidad de conceder una solución para todos los matrimonios en dificultades cuando los esposos tienen escrúpulos de conciencia para acudir al divorcio. Es que en toda la materia del derecho de familia, al menos dentro de lo que podemos llamar la tradición liberal, se ha exteriorizado y profundizado un carácter no autoritario de su legislación que no se manifiesta sólo en la eliminación de relaciones de subordinación entre los miembros del grupo familiar, o en su funcionalización en atención al bien del sujeto de la potestad sino también en la renuncia razonable a imponer a los ciudadanos, diferentes en ideas y creencias, un modelo único de moral familiar, más allá de las estrictas exigencias del orden público'<sup>22</sup>. Se trata de una afirmación bastante sorprendente ya que la nueva legislación es tan autoritaria que convierte a la sentencia firme de separación personal en la puerta de un divorcio vincular compulsivo incluso para el cónyuge inocente. Porque transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal, ésta podrá ser convertida en divorcio vincular a pedido de cualquiera de los cónyuges (art. 238). Pero esto no es todo. El cónyuge inocente que por 'escrúpulos de conciencia' pidiese la separación personal puede encontrarse con una sentencia de divorcio en las manos, con un divorcio que ni pidió ni quiere. Porque el que demande por separación puede ser reconvenido por divorcio vincular y 'aunque resulten probados los hechos que fundaron la demanda o reconvenición de separación personal, se declarará el divorcio vincular si también resultaron probados los hechos en que se fundó su petición' (237). Cautela bastante insignificante, esta última, si se tiene en cuenta que las causales para solicitar separación personal o divorcio son prácticamente las mismas.

Existe una sola causal que aparentemente vale sólo para la separación y no para el divorcio. El art. 203 determina que 'uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos'. Podríamos dejar pasar esta norma que parece inspirarse en un principio hedonista en virtud del cual se libera del deber de asistencia a uno de los cónyuges precisamente cuando el otro más lo necesita<sup>23</sup>, ya que la misma disciplina canónica alude a una situación semejante en el can. 1153 § 1, aunque siempre en el marco de la subsistencia del vínculo y de la posible reconciliación. Lo que resulta decididamente inmoral es que por esta vía también se puede llegar al divorcio vincular por conversión de la sentencia. De esta manera se ha implementado 'un sistema intrínsecamente desvalioso

<sup>22</sup> Op. cit., p. 60.

<sup>23</sup> Belluscio, art. cit., p. 1201.

para el ordenamiento jurídico nacional, al sancionar al cónyuge que no sólo no ha dado lugar a inconductas que puedan fundamentar sanciones jurídicas sino que aparece como requirente de resguardo y asistencia' <sup>24</sup>.

d) *La disolución del vínculo*

'El vínculo matrimonial se disuelve:

1.—Por la muerte de uno de los esposos.

2.—Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento.

3.—Por sentencia de divorcio vincular' (art. 213).

La primera de las posibilidades no necesita mayor comentario.

En el segundo caso, el sistema seguido determina que la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento no produce la disolución del vínculo sino que habilita para contraer un nuevo matrimonio, el cual daría lugar a la disolución del vínculo anterior. Conforme a la ley 14.394, art. 31, el ausente que reapareciera no tiene derecho a demandar la nulidad del nuevo matrimonio del cónyuge presente.

La disciplina canónica es más exigente. La certeza moral de la ausencia de una persona no permite concluir con igual certeza que la misma haya fallecido y el Código exige tal certeza para la declaración de la muerte presunta (can. 1707 § 2). Por lo demás, también en este caso es la muerte de uno de los cónyuges y no el nuevo matrimonio (como en el privilegio paulino) la causa de la disolución del vínculo: si el presunto ausente apareciere vivo, el segundo matrimonio sería nulo.

No creo necesario repetir aquí los motivos, teológicos, jurídicos y filosóficos que hacen que la conciencia católica rechace cualquier pretensión de una 'potestad humana' (cf. can. 1141), legislativa o judicial, para disolver el vínculo matrimonial. Pero es útil reflejar la perplejidad de más de un observador cualificado: el interrogante que mayormente nos formulamos —dice D'Antonio— 'es el que versa sobre la legitimación de los representantes congresistas para avanzar sobre un aspecto de la magnitud del divorcio, que incide esencialmente sobre la familia y, por lo tanto, sobre la sociedad toda, cuando no mediara una exteriorización pública previa acerca de la posición asumida en tan delicado tema. Ello adquirió palmaria evidencia cuando se registraron diversidad de opiniones entre los componentes de una misma bancada, dejando la impresión que la resolución del problema quedaba exclusivamente supeditada a la circunstancial y eventualmente mutable voluntad individual de los congresales, impregnada como es lógico de subjetividades y prejuicios' <sup>25</sup>.

e) *El divorcio vincular*

1º. *Causas de separación y/o divorcio*

Son las que elenca el art. 202: 1) el adulterio, 2) la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador, 3) la instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos, 4) las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse, 5) el abandono voluntario y malicioso.

<sup>24</sup> D'Antonio, *Régimen legal...*, p. 76.

<sup>25</sup> Op. cit., pp. 16-17.

### 2°. *La separación de hecho*

La nueva ley otorga a la separación fáctica conyugal alcances que van mucho más allá de las previsiones de la doctrina y de la jurisprudencia al conceder rango de causal de separación personal y divorcio:

*'Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente'* (art. 204).

*'Son causas de divorcio vincular: 2.—La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el art. 204'* (art. 214).

De esta manera se considera causa suficiente de divorcio el abandono unilateral y culpable después de un cierto lapso de tiempo. Esta posición ha merecido severas y justificadas críticas de los civilistas que la consideran una injusticia que priva al inocente de derechos esenciales y que transforma al matrimonio en un facto temporal de convivencia que hace retroceder la institución hasta el repudio de la antigüedad, aunque más sofisticado<sup>26</sup>. «La ley parece pretender suavizar los alcances de esta posibilidad divorcista extendiendo el plazo requerido como presupuesto que, siendo dos años para la separación personal, es fijado en tres años. Por cierto que no es a través de tan nimia como fácilmente soslayable consagración de este requisito como se cumplimenta el deber estatal de protección a la familia de la cual el matrimonio constituye su basamento esencial'<sup>27</sup>.

### 3°. *Divorcio de común acuerdo*

Los cónyuges pueden, en presentación conjunta, manifestar al juez competente que existen 'causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común' (artículos 205 y 215) y pedir la separación personal (después de dos años de matrimonio) o el divorcio vincular (si han transcurrido tres años). De esta manera, el procedimiento llamado en la jerga habitual 'divorcio de común acuerdo' que hasta ahora era aplicable a la mera separación legal, se trasvasa al divorcio vincular<sup>28</sup>. Ya se sabe que la posibilidad del juez de cerciorarse sobre la existencia de tales causas prácticamente no existe. Debe pronunciarse de acuerdo al relato de las partes. Con lo cual no hace otra cosa que homologar la disolución sobre la base de un convenio de las partes. Dicha homologación, aunque sea cumplida por un funcionario judicial, tiene un alcance meramente administrativo, ya que el magistrado en este caso no ejerce su potestad de juzgar hechos y conductas<sup>28</sup>. En todo caso, 'la sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando las razones que la fundaren' (art. 236 in fine).

### 4°. *Divorcio por conversión de sentencia*

Una de las posibilidades de la actual legislación consiste en la conversión de la sentencia de separación personal en sentencia de divorcio vincular (art. 216). Esta posibilidad, que vale para todas las sentencias firmes de separación personal tiene también efecto retroactivo ya que la misma ley autoriza una solución semejante para las sentencias 'obtenidas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley' (art. 8°).

26 Op. cit., p. 78.

27 Op. cit., p. 139.

28 Mazzinghi, *Objeciones...*, p. 1111.

Esto significa que la ley ha convertido en disolubles todos los matrimonios contraídos en la República, no solamente los futuros sino también los anteriores a la entrada en vigencia de la nueva ley. Jorge Scala ha impugnado con singular acribia y vehemencia esta inusitada posibilidad acusándola de inconstitucional: la conversión de sentencia sería inconstitucional 'por violar el principio de la cosa juzgada afectando así la división de poderes y la defensa en juicio de la persona y sus derechos' y la retroactividad sería inconstitucional por violar 'los derechos adquiridos por ambos cónyuges, los hijos y la sociedad, y que integran el derecho de propiedad lato sensu según la actual jurisprudencia de la Corte Suprema'<sup>29</sup>.

#### f) *La indisolubilidad prohibida*

Todo lo dicho muestra suficientemente el impresionante vaciamiento de sustancia humana y cristiana que ha sufrido la legislación familiar argentina. Sus responsables se ajustan perfectamente a la descripción que hacía Chesterton de los divorcistas de su época: 'Hacen la labor que más a mano tienen: abrir agujeros en el fondo de una lancha, convencidos de que cavan en un jardín'<sup>30</sup>. Pero no se conforman con sustraer toda protección jurídica al vínculo indisoluble. En un giro más radicalizado, declaran valor jurídico la disolubilidad, propiedad esencial, desde ahora, del 'matrimonio' civil argentino:

'Es nula toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal o el divorcio vincular al juez competente, así como también toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlos' (art. 230).

De manera coherente, el art. 2º de la ley modifica el art. 531 del Código Civil incluyendo entre las condiciones prohibidas en los actos jurídicos la de 'no separarse personalmente o divorciarse vincularmente'. Según Scala estos artículos hacen imposible un consentimiento pleno y libre: 'La ley de divorcio, al establecer que todo matrimonio es disoluble por definición, impide a los contrayentes el pleno consentimiento matrimonial, ya que sujeta dicho consentimiento a la condición resolutoria de divorciarse en el futuro, es decir, que se trata de un consentimiento condicional: por tanto *no es pleno*. Por otra parte, en los casos en que los cónyuges deseen contraer un matrimonio indisoluble, no pueden jurídicamente hacerlo, ya que la actual ley de matrimonio civil lo impide. Esto significa que el consentimiento de los contrayentes *no es libre*'<sup>31</sup>.

En todo caso, la ley hace de la disolubilidad del matrimonio una cuestión de orden público ya que prohíbe, bajo pena de nulidad, que se contraiga un matrimonio indisoluble. Tratándose del derecho de familia, difícilmente un juez aceptaría un pacto de indisolubilidad que eventualmente pudieran celebrar los contrayentes. Pero 'el llamativo énfasis de la ley para asegurar la disolubilidad matrimonial, implica un avance sobre la conciencia de los argentinos, que sólo podría atenuarse si se instituyera una opción para casarse definitiva o provisoriamente'<sup>32</sup>. En el fondo, un régimen matrimonial divorcista, al expulsar la indisolubilidad del campo del derecho y recluirla en el de la moral individual, lo que hace es consagrar la prohibición de contraer

29 J. Scala, 'Inconstitucionalidad de los arts. 216, 230 y 238 del Código Civil y art. 8º de la ley 23.515' en *El Derecho* del 25 de septiembre de 1987.

30 G. K. Chesterton, *La superstición del divorcio* (Buenos Aires 1952) p. 15.

31 Scala, art. cit.

32 Mazzinghi, *Objeciones...*, p. 1112.

un vínculo perpetuo: considera imprudente y antisocial un pacto con ese contenido. 'Por eso lo hace ilegítimo en el sentido de negarle tutela jurídica: no le parece razonable que alguien se obligue por toda la vida a ser fiel a otra persona' <sup>33</sup>.

g) *Un Estado claudicante*

La vieja ley del matrimonio civil era vejatoria para la Iglesia Católica al desconocer su potestad sobre el matrimonio de los católicos. Sus artículos más discriminatorios <sup>34</sup> han sido derogados pero el matrimonio de los católicos sigue siendo inexistente y la potestad de la Iglesia ignorada. Es verdad que se admite la posibilidad de bendecir las nupcias. Pero la Iglesia posee una potestad legislativa (can. 1059) y judicial (can. 1671) sobre el matrimonio de los católicos que va mucho más allá de la facultad de bendecir. En buena técnica jurídica, enseña Javier Hervada, el ordenamiento estatal debe reconocerse el matrimonio canónico, no como mera *forma de contraer*, sino como un *sistema matrimonial* con fuerza propia. El llamado sistema de matrimonio civil obligatorio, al desconocer la jurisdicción de la Iglesia, supone el desconocimiento de un ordenamiento jurídico primario —el canónico—, postura inaceptable desde el punto de vista jurídico. 'El desconocimiento del ordenamiento canónico no es una consecuencia necesaria de la aconfesionalidad del Estado, sino un corolario del agnosticismo del Estado, que es una forma de confesionalidad: la confesionalidad laicista. *El Estado aconfesional debe reconocer el hecho religioso, con todas sus consecuencias*, también —en el caso de la Iglesia católica— la existencia del ordenamiento canónico, pues es el reconocimiento de un hecho social, dotado de *juridicidad originaria*' <sup>35</sup>.

En una sociedad pluralista el Estado no puede renunciar a su legislación matrimonial, pero tiene el deber de configurar su derecho matrimonial de modo tal que evite cualquier ataque a las convicciones religiosas de los ciudadanos. El sistema del matrimonio civil obligatorio, desarrollado en lucha contra la Iglesia, no tiene en cuenta este criterio y es incompatible con una verdadera libertad democrática porque *lesiona la libertad religiosa y la libertad de conciencia* constriñendo a los ciudadanos a actuar contra su conciencia y a someterse a una ficción celebrativa vacía y externa. 'La ley estatal constriñe a la hipocresía, menosprecia la dignidad del hombre y pone en peligro la autoridad del Estado' <sup>36</sup>. Correspondiendo al Estado la protección del matrimonio y la familia, es lógico que se interese en que la forma de contraer matrimonio sea regulada y oficialmente verificada. En una sociedad pluralista no sería equitativo pretender que el Estado reconociese solamente el matrimonio eclesiástico. Pero el interés del Estado no requiere en modo alguno que prive al matrimonio canónico de su carácter público y oficial, exigiendo que, además del matrimonio eclesiástico, se efectúe el matrimonio civil. El católico creyente, plenamente consciente de que cuando realmente se casa es en el matrimonio sacramental efectuado en la Iglesia, forzosamente ha de sentir como un intento de disminuir la solemnidad del acto eclesiástico

<sup>33</sup> H. Von Ustinov, 'El Derecho fundamental al reconocimiento jurídico positivo del vínculo matrimonial perpetuo e irrevocable' en *La Ley* 1984-B-977.

<sup>34</sup> Ley 2393, art. 102: 'El conocimiento y decisión de las causas sobre divorcio o nulidad del matrimonio celebrado antes o después de la vigencia de esta ley, corresponde a la jurisdicción civil' y art. 110: 'Los ministros, pastores y sacerdotes de cualquier religión o secta, que procedieran a la celebración de un matrimonio religioso sin tener a la vista el acta de la celebración del matrimonio, estarán sujetos a las responsabilidades establecidas por el art. 147 del Código Penal, y si desempeñasen oficio público, serán separados de él'.

<sup>35</sup> En el comentario de la edición del *Código de Derecho Canónico* preparada por la Universidad de Navarra, p. 630.

<sup>36</sup> K. Mörsdorf, 'Zivilehe' en *Lexikon für Theologie und Kirche* 10 (1965) col. 1391.

el verse obligado a acudir antes a una oficina del Estado y celebrar solemnemente el matrimonio civil en presencia de un funcionario y de dos testigos, de modo que le es impuesto por la fuerza proceder como si se casase ante el Estado<sup>37</sup>.

Por último, no es propio del Estado vigilar la moral familiar de un modo inmediato, pero le corresponde *defender a la familia contra todo ataque público a su moral*. 'Una democracia que conceda a una literatura que ultraja el orden fundamental de la familia y corrompe a la juventud, iguales derechos y libertades que a las fuerzas defensoras de la familia, cava su propia sepultura'<sup>38</sup>. Es función de la política no solamente respetar las legítimas libertades individuales sino también favorecer las condiciones que posibilitan el bien de las personas y particularmente la moralidad pública. Esta preocupación ha de reflejarse en los instrumentos institucionales y legales que ordenan la vida ciudadana. Un Estado que es negligente en el fomento incansable de la moralidad pública es un Estado claudicante: 'Un deterioro progresivo de la moralidad pública crea peligro más o menos latentes contra los derechos y libertades del hombre, incluso contra la seguridad ciudadana; además pone en entredicho importantes valores de la educación y de la cultura común y, en definitiva, debilita los ideales que dan cohesión y sentido a la vida nacional' (Juan Pablo II al Presidente, autoridades y mundo político argentino en la Casa Rosada, el 6 de abril de 1987).

LUIS ALESSIO

37 De ahí que el Prof. J. Mazinghi llege a considerar la opción del matrimonio religioso, *con prescindencia del vínculo civil* (el subrayado es nuestro) como la más atractiva para quienes quieran casarse con la hondura y trascendencia del Sacramento: '«Matrimonio» civil o «concubinato» religioso' en *El Derecho* del 8 de septiembre de 1986.

38 Häring, op. cit., p. 497.