

# INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE CONFESIONALIDAD DEL ESTADO SOBRE EL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL \*

## INTRODUCCION

El Derecho de familia adquiere en el conjunto del ordenamiento jurídico un obvio carácter fundamental. Con él se trata de regular un conjunto de relaciones sociales localizadas en la base de la organización de las comunidades. Sus presupuestos básicos provienen del decurso histórico de la propia comunidad y se conforman a través de ideas éticas y religiosas, así como puramente naturales, que en mayor o menor medida son asumidas por la sociedad jurídicamente organizada en tanto que generadoras de modos de convivencia anteriores a la misma figura del Estado. Instituto fundamental del Derecho de familia, que da paso al nacimiento de las relaciones horizontales y verticales por él reguladas, es el matrimonio.

Los Derechos confesionales regulan la institución matrimonial con arreglo a los presupuestos teológicos que constituyen su punto de partida, siendo indudable su influencia en el Derecho secular de familia y, en concreto, en el matrimonio. Esta influencia se actúa a través de diversos caminos, pero especialmente por medio de la confesionalidad religiosa del Estado, que cumple la función de adaptar el ordenamiento jurídico secular a los presupuestos básicos del Derecho de una o varias confesiones religiosas.

La confesionalidad del Estado es hoy un principio en crisis, especialmente en el mundo occidental<sup>1</sup>. Con todo, el problema debe más propiamente plantearse —como enseña el Concilio Vaticano II— en la relación entre los principios de confesionalidad del Estado y libertad religiosa que en la subsistencia o no del principio de confesionalidad<sup>2</sup>. Por eso, un correcto planteamiento del Derecho secular de familia no exige la reacción directa contra

\* El presente estudio constituye la elaboración de la ponencia que con el mismo título fue presentada por el autor al *Seminario interdisciplinar sobre la reforma del Derecho de familia*, que se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo a lo largo del curso 1976-77 bajo la dirección de los Profs. Dres. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y V. MONTÉS PANADÉS (sesión de 18 de noviembre de 1976).

<sup>1</sup> Es necesario, sin embargo, sustraerse a la idea, tan extendida, de que son muy pocos los ejemplos de Estados confesionales. Por el contrario, existen casos de Estados confesionales en todos los continentes, católicos y no católicos, de confesionalidad única y múltiple. Cf. los textos constitucionales de casi todos los países del mundo, en materia de regulación del fenómeno religioso, con algunas importantes omisiones, en P. PAVAN: *La libertad religiosa y los poderes públicos*, Península, Madrid 1967, pp. 197 ss. Para una sistematización de estas normas, vid. C. CORRAL: *La libertad religiosa en las Constituciones de los Estados*, en "Razón y Fe", 175 (1967) 125 ss.

<sup>2</sup> Cf. Declaración *Dignitatis humanae* del Concilio Euménico Vaticano II, n.º 6. Las fuentes del último Concilio Euménico serán citadas por la publicación *Documentos conciliares completos*, Razón y Fe-Apostolado de la Prensa, Madrid 1967.

el fenómeno religioso a fin de lograr la total desaparición de las ideas religiosas en este ámbito; por el contrario, estas ideas pertenecen en muchos casos a la tradición cultural de una sociedad y del Derecho por la que se rige. Tan sólo sería necesario que el Derecho estatal, al tener en cuenta estas ideas religiosas, no lesionara los legítimos derechos de los demás. Esto equivale a decir que la confesionalidad del Estado nunca puede prevalecer sobre la libertad religiosa de los individuos y de las comunidades, libertad religiosa que se concreta tanto en la práctica de ideas religiosas diferentes cuanto en la no práctica religiosa. Así pues, un Derecho de familia correcto exigiría como presupuesto básico, entre otros, la integración del principio de libertad religiosa en un nivel fundamental.

Es precisamente una incorrecta comprensión de la confesionalidad lo que ha motivado multitud de tensiones en la relación entre Iglesia y Estado en España. Un autor ha puesto muy finamente de manifiesto cómo a lo largo de los últimos ciento cincuenta años se está operando en España con un concepto de esta relación que procede del siglo XVI<sup>3</sup>. Las circunstancias cambiantes de la moderna relación Iglesia-Estado en España hacen que una conflictividad latente en un determinado momento histórico salga a la luz con toda su crudeza, produciendo dos posturas contradictorias: una en favor de la relación Iglesia-Estado entendida al modo tradicional y ya histórico y otra, completamente opuesta, que intenta erradicar no sólo la confesionalidad, sino también cualquier tipo de interferencia religiosa<sup>4</sup>.

Si se hubiera tomado conciencia a lo largo de esta conflictiva historia de la contingencia del principio de confesionalidad para regir la relación Iglesia-Estado en el momento en que otros principios entran en contacto con él, sin duda esta relación habría sido en España menos dificultosa, pues se hubiera pasado desde el criterio tradicional a una libertad religiosa sin restricciones. España se habría evitado, así, más de un siglo de cambios bruscos que van desde una estricta confesionalidad a una tímida libertad religiosa supeditada a la confesionalidad del Estado, pasando por estadios de tolerancia de cultos y laicismo estatal.

Estas diferentes etapas dan idea de los sucesivos desplazamientos del centro de gravedad en las relaciones entre Iglesia y Estado, que no pueden menos de producirse, como muy correctamente han mostrado algunos canonistas, ante una relación dialéctica como la presente en que confluyen dos centros dinámicos de un poder que se ejerce sobre los mismos súbditos<sup>5</sup>.

Pues bien, el presente trabajo de investigación pretende conectar los

<sup>3</sup> Cf. A. M. ROUCO VARELA: *Antecedentes históricos de las relaciones actuales entre la Iglesia y la comunidad política en España*, en "Iglesia y comunidad política". Univ. Pont., Salamanca 1974, pp. 9 y ss. El eje central de estas relaciones, según el autor, lo constituye la idea política renacentista, que tiene como núcleo la tesis de la "soberanía del rey en que se encarna la soberanía del Estado", y la idea medieval de cristiandad. Para un estudio más pormenorizado de esta relación vid. del mismo autor: *Staat und Kirche im Spanien des 16. Jahrhunderts*, Münchener Theologische Studien, Kanonistische Abteilung, 23. B., M. Hueber, München 1965.

<sup>4</sup> Cf. A. M. ROUCO VARELA: *Antecedentes históricos...*, pp. 25-26.

<sup>5</sup> La expresión "dialéctica" aplicada a la relación Iglesia-Estado se debe al ilustre

principios rectores de la relación entre Iglesia y Estado con la institución fundamental del Derecho de Familia: el matrimonio y, más en concreto, con las diferentes posibilidades de contraerlo admitidas por el Derecho español, esto es, con lo que se ha llamado en la doctrina el “sistema matrimonial”.

Trato con éllo de establecer el grado de influencia del principio de confesionalidad católica del Estado sobre el sistema matrimonial —según se anuncia en el título del presente trabajo— partiendo de la hipótesis, que considero pacíficamente demostrable, de que el sistema matrimonial español, históricamente y en el presente, depende en muy notable medida de la autoobligación confesional decretada por el propio ordenamiento.

Para el desarrollo de esta hipótesis utilizaré dos niveles de análisis. En primer lugar, analizaré la conexión entre confesionalidad y sistema matrimonial a través de la sucesión de nuestro Derecho desde el momento histórico en que el clásico sistema matrimonial español entra en crisis. En un segundo momento pasaré al análisis del Derecho vigente, donde el sistema matrimonial español entra en contacto con una nueva forma de entender la relación Iglesia-Estado.

Indicaré, por último, que las conclusiones de este trabajo se dirigirán justamente a responder a la hipótesis anunciada, dejando de lado otros aspectos, interesantes sin duda, pero que, excediendo la pretensión fundamental de la presente aportación, serán estudiados por otros profesores participantes en el *Seminario*, como puede ser el carácter del nuevo sistema matrimonial que habrá de instaurarse en nuestro Derecho.

Quisiera, finalmente, señalar que la presente aportación quiere insertarse en el actual proceso de revisión del Derecho español en materia familiar, el cual, si llegara a constituir —como sin duda sucederá— Derecho vigente, afectaría al Derecho eclesiástico del Estado en todos sus niveles.

## I.—EL DESARROLLO DEL PROBLEMA EN EL DERECHO CONTEMPORANEO ESPAÑOL

El problema de la eficacia de un vínculo matrimonial de carácter exclusivamente civil no aparece en España hasta el siglo XIX, coincidiendo con

canonista evangélico E. WOLF (*Ordnung der Kirche*, Frankfurt a. M., 1961), quien la concibe como uno de los posibles momentos de la relación Iglesia-Estado, junto con las relaciones de identidad, exclusividad, utilidad y neutralidad. Esta formalización fue recogida por J. M. SETIÉN (*Relación dialéctica entre la Iglesia y el Estado*, en “Iglesia y Derecho”, X Semana de Derecho canónico, en “Revista Española de Derecho canónico” (en lo sucesivo “REDC”) XIX (1964), pp. 801 ss.), quien advierte la existencia de una tensión dialéctica entre los dos órdenes en cada una de las relaciones wolfianas. En fin, es A. PRIETO PRIETO (*Problemática contemporánea de la institución concordataria*, en “La institución concordataria en la actualidad”, XIII Semana de Derecho canónico, Inst. S. Raimundo de Peñafort, Salamanca 1971, pp. 157 ss.) quien, sobre la base de los estudios anteriores, define como dialéctica la relación Iglesia-Estado y formula la ley del movimiento dialéctico, representada por los brazos de una balanza en movimiento pendular.

el momento histórico en que se adquiere pleno convencimiento de la autonomía del Estado con respecto de la Iglesia y de su Derecho. Existió, en tiempos históricos, en España la posibilidad de un enlace matrimonial informal y, sin embargo, válido, pero que tenía un carácter no exclusivamente civil, sino general, pues también era reconocido como tal matrimonio válido por el Derecho canónico. Esta figura fue la que se llamó posteriormente por la doctrina "matrimonio presunto" o "clandestino"<sup>6</sup>.

Pronto surgió la reacción en contra de los matrimonios clandestinos que, según ha sido demostrado, proviene tanto del campo profano cuanto del eclesiástico<sup>7</sup>. En el Derecho español muchas fuentes históricas prohíben con importantes penas este tipo de matrimonios<sup>8</sup>. Desde el punto de vista eclesiástico, el Concilio de Trento, no sin violentas discusiones<sup>9</sup>, prohíbe al fin esta clase de enlace y establece una forma obligatoria para la validez del vínculo matrimonial<sup>10</sup>. Las disposiciones tridentinas fueron admitidas en España<sup>11</sup> y provocaron, a partir del momento de su admisión, la invalidez de todo matrimonio que no fuera contraído con arreglo a la forma canónica.

Esta situación se mantuvo en España hasta el año 1870, en que se promulga una ley de matrimonio civil. ¿Cuál fue la razón de este cambio de planteamiento? La respuesta a este interrogante y el desarrollo posterior del sistema matrimonial español puede estudiarse a través de las siguientes etapas, en cada una de las cuales distinguiremos: a) desarrollo y b) caracterización.

<sup>6</sup> Es conocido por la mayoría de los autores que SÁNCHEZ ROMÁN consideró el primitivo matrimonio "a yuras" de nuestro Derecho histórico como un matrimonio civil en oposición al matrimonio solemne religioso celebrado *in facie Ecclesiae*, lo que le lleva a la conclusión de que el matrimonio civil fue practicado en España aún antes de la fecha en que la doctrina fija la aparición de esta figura jurídica. Cf. *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. I, Madrid 1912, pp. 404-405. En contra de esta tesis se pronuncian la mayoría de los autores, negando la posibilidad de identificar esta figura con la clase matrimonial civil. Vid. por todos F. ESCUDERO ESCORZA: *Matrimonio de acatólicos en España*, Eset, Vitoria 1964, pp. 10-11, donde se cita la bibliografía más característica.

Sobre el origen del matrimonio civil como clase matrimonial específica vid. voz *Zivilehe*, en "Lexikon für Theologie und Kirche", herg. J. HOEFER y K. RAHNER, Herder, Freiburg, t. X, 1968, 2.ª ed., pp. 1389 ss. (K. MÖRSORF).

<sup>7</sup> La situación de inseguridad que producía el matrimonio clandestino era padecida por la Iglesia y por la sociedad civil. Prelados y representantes de los poderes laicos se dirigieron al Concilio de Trento en demanda de un pronunciamiento sobre la cuestión. Cf. A. KNECHT: *Derecho matrimonial católico*, ed. Rev. Der. Priv., Madrid 1932, pp. 481-482.

<sup>8</sup> Suelen citar los autores, como ejemplo de esta condena, el *Fuero Real, Las Partidas, Leyes de Toro*... Vid. F. ESCUDERO ESCORZA: *Matrimonio de acatólicos*..., pp. 9-10.

<sup>9</sup> Vid. al efecto J. BERNHARD: *A propos de la forme ordinaire du mariage*, en "Ius Sacrum. Klaus Mörsdorf zum 60. Geburtstag", Schöningh, München-Paderborn-Wien 1969, pp. 575 ss.

<sup>10</sup> Ses. XXIV, Cap. I *Tametsi*. Texto en *Conciliorum oecumenicorum Decreta*, Herder, Basilea 1962, pp. 731 ss.

<sup>11</sup> Por Real Cédula de 12 de julio de 1564. *Novísima Recopilación*, lib. I, tit. L, ley XIII, Madrid 1805, ed. facsímil.

A) *Hacia un nuevo sistema matrimonial*. Comprendería esta primera etapa todo el siglo XIX hasta la Restauración.

### 1. *El desarrollo del problema.*

La recepción de las normas canónicas en toda su amplitud no fue prácticamente cuestión discutida en España —si exceptuamos los problemas derivados del mantenimiento de las tesis regalistas por el poder civil— hasta entrado el siglo XIX. Las primeras constituciones españolas se encuadran dentro de los límites de la confesionalidad del Estado<sup>12</sup>. Hay que llegar al texto constitucional de 1837<sup>13</sup> para encontrar un primer paso en el proceso de admisión de una libertad mitigada de los cultos o tolerancia. En su art. 11, la Constitución se limita a consignar el hecho de que los españoles profesan la religión católica, lo cual supone no poco avance si se tiene en cuenta el estado del magisterio pontificio en la época<sup>14</sup>. La Constitución de 1845<sup>15</sup>, fruto de la coalición entre moderados y progresistas que sustituye a Espartero, vuelve a una declaración de confesionalidad, pero muy probablemente la utilización de los conceptos de “Nación” y “Estado” en el tenor de su art. 11 obedece a un intento de continuar en lo posible por el camino iniciado en el texto precedente.

Esta especie de tímido retroceso en el nuevo texto constitucional puede explicarse sin temor a dudas acudiendo al contexto político-religioso de la Constitución. Las relaciones con la Santa Sede se encontraban prácticamente rotas desde la muerte de Fernando VII y jurídicamente finalizadas desde el cierre de la Nunciatura Apostólica de Madrid en el año 1840<sup>16</sup>. Aún con cierta simplificación de las complicadas relaciones Iglesia-Estado del momento, puede decirse que las causas que habían dado lugar a esta situación son una legitimidad real discutida en el interior y en el exterior ante las pretensiones carlistas y los sucesivos atentados contra los bienes y las inmunidades eclesiásticas<sup>17</sup>. Todo ello provocó la declaración constitucional refe-

<sup>12</sup> Vid. los arts. 1 y 12, respectivamente, de las Constituciones de Bayona y Cádiz. Su texto en D. SEVILLA ANDRÉS: *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, ed. Nacional, Madrid 1969, 2 ts., I, pp. 49 ss. y 115 ss., respectivamente.

<sup>13</sup> Su texto en D. SEVILLA ANDRÉS: *Constituciones...*, I, pp. 325 ss.

<sup>14</sup> En 1832 había publicado Gregorio XVI la encíclica *Mirari vos*, que probablemente constituye el primer documento del magisterio papal en reacción directa contra el liberalismo y que niega la posibilidad de la libertad de conciencia, a la que califica de “delirio”. Este documento y los demás pronunciamientos del magisterio que en adelante se citen pueden verse en la obra *Colección de encíclicas y documentos pontificios*, ACE, Madrid 1962, 2 ts.

Para un estudio de los pronunciamientos pontificios del s. XIX en esta materia, con especial atención al entorno sociopolítico en que fueron publicados, vid. R. AUBERT: *L'enseignement du magistère ecclésiastique au XIX<sup>e</sup> siècle sur le libéralisme*, en “Tolérance et communauté humaine”, Casterman, Tournai-Paris 1952, pp. 75 ss.

<sup>15</sup> Su texto en D. SEVILLA ANDRÉS: *Constituciones...*, I, pp. 371 ss.

<sup>16</sup> Cf. J. POSTIUS Y SALA: *El Código canónico aplicado a España en forma de instituciones*, ed. Cor. de María, Madrid 1926, p. 248.

<sup>17</sup> A esta conclusión puede llegarse sin violencia alguna a través del análisis de los datos y documentos aportados por J. POSTIUS: *Ibid.*, pp. 248 ss.

rida, que se enmarca en un intento de acercamiento a la Santa Sede, como lo demuestra el inicio de negociaciones concordatarias.

En el transcurso de estas negociaciones, que no tuvieron más fruto que un conflictivo proyecto de Concordato de 1845<sup>18</sup>, claro antecedente del único concordato del XIX español, la Iglesia adoptó una postura de fuerza. El Estado pretende, por encima de todo, conseguir un reconocimiento por parte de la Santa Sede que respalde sus pretensiones de legitimidad en el interior y en el exterior<sup>19</sup>. Es curioso constatar cómo la situación de 1845 va a repetirse en 1953.

El Concordato ratificado en 1851 establece la confesionalidad católica del Estado en los términos tradicionales<sup>20</sup>. En el texto del art. 1.º se introduce una declaración de confesionalidad expresa y excluyente. Por más que en la letra del supuesto la exclusión se refiera a la imposibilidad de que un culto diverso del católico pueda ser confesado por el Estado, según ha puesto de manifiesto un autor<sup>21</sup>, lo cierto es que tal declaración tiene más fuerza que la simple constatación de un hecho sociológico. Se utiliza la expresión "única" aplicada al concepto de Nación y se recibe con la mayor amplitud el Derecho de la Iglesia católica. Que los negociadores civiles eran conscientes de este peligro se advierte en el intento —conseguido— de que la fórmula empleada tuviera un contenido *expositivo* y no *impositivo* como en los concordatos del siglo XVIII y asimismo en el proyecto de 1845<sup>22</sup>.

Poco tiempo más tarde —1856— se confeccionó un proyecto de Constitución que no llegó siquiera a votarse<sup>23</sup>. Recoge la línea de la constitución de 1837, que había dejado de lado una declaración expresa de confesionalidad, e introduce por primera vez en el Derecho constitucional español la tolerancia expresa de las confesiones religiosas no católicas sometidas —no puede extrañar tratándose de tolerancia— al ámbito de lo privado.

La conflictividad de la concordia convenida en 1851 se puso de manifiesto al entrar en colisión el art. 1.º del Concordato con el segundo párrafo del art. 14 del proyecto Constitucional, sancionador de la tolerancia religiosa. En este momento histórico se observa cómo la fórmula empleada en el texto concordatario no puede ser susceptible de una interpretación unitaria por parte de la Iglesia y del Estado. Para el Estado, el art. 1.º del Concordato

<sup>18</sup> Vid. sobre este proyecto F. SUÁREZ: *Génesis del Concordato de 1851*, en "Ius Canonium", III (1963) 119 ss.

<sup>19</sup> Cf. las condiciones de negociación entregadas al representante español en J. POSTIUS: *El Código canónico...*, pp. 249-250.

<sup>20</sup> Texto en A. MERCATI: *Raccolta di Concordati tra la Santa Sede e le autorità civili*, Typ. Pol. Vat., Roma 1954, I, p. 771.

<sup>21</sup> Cf. A. DE LA HERA: *Las confesiones religiosas no católicas en el Derecho español*, en "Pluralismo y libertad religiosa", Anales Univ. de Sevilla, n.º 10, 1971, p. 64.

<sup>22</sup> Fórmula *narrative* y no *dispositive*, señala POSTIUS. El autor se sorprende ante el argumento empleado por Pidal en favor de la primera de las expresiones durante las negociaciones del Concordato de 1851: "razones que se rozan con la plenitud de la soberanía de la Nación". El gobierno español consiente, sin embargo, en añadir el adverbio *siempre* a *conservará* en el texto del art. 1.º Cf. *El Código canónico...*, pp. 253 y 270.

<sup>23</sup> Fuente: D. SEVILLA ANDRÉS: *Constituciones...*, I, pp. 463 ss.

tanto va con la confesionalidad sin tolerancia cuanto con la tolerancia religiosa, que considera ya implícitamente sancionada en las anteriores constituciones y explícitamente en el Código penal de 1848<sup>24</sup>; para la Iglesia, el supuesto concordatario tiende a favorecer la unidad nacional en el terreno religioso, la cual unidad pelagra con la admisión del ejercicio de estos cultos en privado, máximo cuando ni la doctrina canónica ni la realidad sociológica del país justifican tal tolerancia<sup>25</sup>. He aquí una dialéctica que resultará básica para la comprensión de la relación Iglesia-Estado en adelante y, en concreto, para el entendimiento de los problemas que planteó un cambio en el sistema matrimonial.

La revolución septembrina puso sobre el tapete el tema de la confesionalidad. El art. 21 de la Constitución de 1869<sup>26</sup>, uno de los más discutidos, amplía las posibilidades de las constituciones anteriores admitiendo el ejercicio privado y público de los cultos católicos y haciendo desaparecer de su letra toda declaración de confesionalidad, si bien se obliga al sostenimiento del culto y clero a fin de no dar lugar —con mejor criterio que nuestra II República— a una ruptura de las relaciones diplomáticas con la Santa Sede. Sobre su entorno sigue pesando, con todo, la declaración concordada de confesionalidad.

Nada más promulgado este texto constitucional se vio la necesidad de revisar el Concordato vigente. Las posiciones adoptadas en 1856 volvieron a repetirse, con el agravante de que esta vez el texto había entrado en vigor<sup>27</sup>. Mas no pudo llegarse a ningún acuerdo en relación con la libertad de cultos, de enseñanza y otros temas. No por ello, sin embargo, se pasó a denunciar el Concordato<sup>28</sup>.

Ya antes había comenzado a pensarse en España en la codificación del Derecho civil<sup>29</sup>. Durante las discusiones sobre la Constitución se habían pre-

<sup>24</sup> El Código penal de 1848 no constituye precisamente un ejemplo de libertad religiosa. La única concesión que se observa en su texto es que los actos privados de otros cultos no serán castigados, más sí los públicos (art. 129). En definitiva, una regulación como la que constitucionalmente se discute. Cf. *Código penal de España*, comentado por D. J. S. y D. A. de B., Barcelona 1850, 3.ª ed.

<sup>25</sup> Cf. POSTIUS: *El Código canónico...*, pp. 286 ss.

<sup>26</sup> Su texto en SEVILLA ANDRÉS: *Constituciones...*, I, pp. 521 ss. Sobre las discusiones producidas en la Cámara a propósito de esta Constitución vid. P. A. PERLADO: *La libertad religiosa en las constituyentes del 69*, Univ. Navarra, 1970, y S. PETSCHEN: *Iglesia-Estado: un cambio político. Las Constituyentes de 1869*, Taurus, Madrid 1975.

<sup>27</sup> Cf. POSTIUS: *El Código canónico...*, p. 313.

<sup>28</sup> Es lógico pensar que el Concordato constituía para la Iglesia en este momento un mayor beneficio del que podría conseguir con un nuevo acuerdo, y no sólo en la materia más importante del Concordato anterior, la económica, sino incluso en el tema de la confesionalidad. Piénsese que a esta altura del siglo ya había sido formulada oficiosamente —oficialmente no lo será hasta la encíclica *Immortale Dei* de León XIII (1885)— la doctrina de la tesis-hipótesis, por cuya virtud se admitiría la tolerancia religiosa en aquellas situaciones sociológicas (hipótesis) en que fuera necesario para la obtención de un bien mayor o la evitación de un mal más grave. Cf. sobre este extremo R. AUBERT: *L'enseignement...*, p. 89.

<sup>29</sup> La idea codificadora empezó a arraigar en España ya en el siglo XVIII con el pensamiento ilustrado. Los intentos, sin embargo, fueron vanos hasta 1889. Cf. F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I.E.P., Madrid 1949, 2.ª ed., I, pp. 185 ss.

sentado a las Cortes unas bases para la redacción del libro I de un futuro Código. En tales bases se preveía el matrimonio civil como única clase matrimonial reconocida por el Estado. Todo ello dependía en su origen de los artículos 21 —ya conocido por nosotros— y 27 —que sancionaba la imposibilidad de discriminación de los españoles en sus derechos civiles y políticos por motivos religiosos— de la Constitución de 1869<sup>30</sup>. La presencia intermedia del citado texto constitucional, reflejo de las nuevas opiniones, es lo que determinó la variación en la regulación del matrimonio con respecto del proyecto de Código civil coetáneo al Concordato<sup>31</sup>.

Mas, en tanto se llegaba a la confección del nuevo Código, el 18 de junio de 1870 se promulga una *ley provisional de matrimonio civil* que recoge el espíritu del proyecto presentado a las constituyentes<sup>32</sup>. El matrimonio civil, único reconocido, habrá de celebrarse por todos los españoles que deseen contraer el vínculo. El conocimiento de todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio corresponderá a la jurisdicción civil y todas las providencias de los tribunales eclesiásticos sobre el particular no producirán efectos civiles.

Permanecen, sin embargo, curiosamente en esta ley —como único puesto de conexión con la legislación canónica<sup>33</sup>— los impedimentos de orden sagrado y profesión solemne, los cuales, además, son indispensables por la autoridad civil. No obstante, poco más tarde se restringe el alcance de estos impedimentos a través de la posibilidad de que puedan quedar sin efecto por medio de la declaración de acatolicidad en forma por parte del interesado<sup>34</sup>.

He aquí, pues, el primer ejemplo de sistema matrimonial civil obligatorio en nuestra historia jurídica.

## 2. Caracterización de esta etapa.

La España de 1870 asiste a la vez a una ruptura y a una evolución con respecto del régimen anterior. El primer fenómeno se produce en relación con el sistema matrimonial; el segundo el claramente observable en el tema de la relación entre Iglesia y Estado a nivel de principios.

La implantación del sistema civil obligatorio para el matrimonio tiene su explicación en el imperio de las ideas liberales, que ciertamente han tardado en abrirse camino en esta parcela del Derecho español. La cuestión matrimonial es considerada, a estas alturas del siglo, como un aspecto de la

<sup>30</sup> Cf. F. ESCUDERO ESCORZA: *Matrimonio de acatólicos...*, p. 13.

<sup>31</sup> El proyecto de Código civil de 1851 regula el tema de la siguiente manera: "El matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia católica admitidos en España" (art. 48). Texto en F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión a cargo de J. L. LACRUZ BERDEJO y equipo, Zaragoza 1974.

<sup>32</sup> Cf. M. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Diccionario de la Administración española*, Madrid 1894, 5.<sup>a</sup> ed., VII, pp. 984 ss.

<sup>33</sup> Así lo indica muy correctamente G. GARCÍA CANTERO: *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, C.S.I.C., Roma-Madrid 1959, p. 12.

<sup>34</sup> Por Decreto de 1 de mayo de 1873, loc. cit.

regulación interna de las relaciones sociales que depende directamente de la soberanía nacional.

La evolución de los principios rectores de la relación Iglesia-Estado ha cumplido la función de evitar los escollos para la implantación de este sistema matrimonial. Mientras permanece en los instrumentos jurídicos superiores —Constitución y Concordato— una inclinación hacia la confesionalidad, no es posible admitir una separación por parte del Derecho ordinario con respecto de los principios básicos de la religión confesada. La última declaración constitucional de la presente etapa realiza, pues, el cometido de permitir ese apartamiento dentro de la dialéctica general de la relación entre poderes.

Precisamente la conexión con la legislación eclesiástica, única si se quiere, pero conexión al fin y al cabo, a que he aludido anteriormente, se explica por la permanencia de un sentimiento confesional formalmente expresado en el concordato de 1851 e incluso recogido en una de sus derivaciones concretas, la económica, por la propia Constitución de 1869.

No puede hablarse, sin embargo, de verdadera libertad religiosa en el moderno sentido del concepto. Tan sólo se alcanza un *status* de tolerancia de los cultos no católicos en atención a las circunstancias históricas por las que atraviesa el país. La presente etapa constituye un curso decidido hacia la libertad religiosa, pero la meta final queda truncada por la Restauración. El proyecto constitucional de la I República —1873<sup>35</sup>— hubiera supuesto, de haber visto la luz, la separación entre la Iglesia y el Estado y la implantación de la libertad de cultos en España. Sin duda hubiera provocado la reforma del Concordato y concedido carta de naturaleza, de cara al futuro, al nuevo sistema matrimonial, sistema unitario, como el histórico, pero de signo diverso.

B) *La confluencia de los principios de confesionalidad y tolerancia en el sistema matrimonial español.* Comprende este segundo período el tiempo transcurrido entre la Restauración y la proclamación de la II República.

### 1. *El desarrollo del problema.*

La ley provisional de matrimonio civil y sus presupuestos informadores tuvieron una corta vigencia, hasta el extremo de poder hablarse de un paréntesis legislativo. Preparando el camino para una nueva regulación del matrimonio, se dicta el 9 de febrero de 1875 un Decreto<sup>36</sup> que, complementado por una disposición posterior<sup>37</sup>, ha sido calificado como de "evidente finalidad restauracionista"<sup>38</sup> del régimen anterior a 1870. Por su virtud queda derogada la ley provisional del matrimonio civil, salvo en una pequeña parte,

<sup>35</sup> Su texto en SEVILLA ANDRÉS: *Constituciones...*, I, pp. 558 ss.

<sup>36</sup> Cf. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Diccionario...*, VII, p. 988.

<sup>37</sup> Real Orden de 27 de febrero de 1875, no publicada. Cf. F. ESCUDERO ESCORZA: *Matrimonio de acatólicos...*, p. 20.

<sup>38</sup> Cf. G. GARCÍA CANTERO: *El vínculo de matrimonio...*, p. 14.

que solamente mejora disposiciones de carácter general<sup>39</sup>, en aquello que afecta al matrimonio canónico. El matrimonio canónico, incluso contraído durante la vigencia de aquella ley, producirá todos los efectos civiles que le reconocían las leyes anteriores a 1870, rigiéndose exclusivamente por la Iglesia.

Queda abierta, sin embargo, una nueva vía que ya no era posible desconocer después de la conciencia adquirida a propósito de la necesidad de una regulación civil del matrimonio. Así, la ley provisional de 1870 permanece vigente en lo que respecta al matrimonio de aquellas personas que, no profesando la religión católica, "están imposibilitadas de santificarlo con el sacramento", con una salvedad: la de aquellos que estuvieren ligados con voto solemne de castidad u ordenados *in sacris* en la Iglesia católica, aún cuando aleguen haber abjurado de su fe.

Se inaugura, pues, en España, un nuevo régimen matrimonial que distingue novedosamente dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. Vienen obligados al primero todos los españoles que, estando bautizados en la Iglesia católica, pretendan contraer matrimonio. Los no bautizados en la Iglesia católica, así como los bautizados que prueben su no pertenencia actual a esta confesión religiosa<sup>40</sup>, están posibilitados para contraer matrimonio civil.

Estas disposiciones del Derecho ordinario reflejan el espíritu de la Constitución de 1876<sup>41</sup>. Supone esta norma de rango fundamental una verdadera ruptura con respecto de la evolución de nuestro problema desde el primer tercio del siglo. El art. 11 de la Constitución fue trabajosamente negociado en la Cámara<sup>42</sup>. En su redacción definitiva se contiene nuevamente el planteamiento del Estado confesional católico y la tolerancia en privado de los cultos no católicos. Tanto en el primer aspecto cuanto en el segundo supone una ruptura de la evolución. El espíritu de transacción que se manifiesta a lo largo de toda la Constitución<sup>43</sup> también es claro en esta materia<sup>44</sup>. La Santa Sede de nuevo se encontraba, bajo su punto de vista, en una situación peligrosa y exigía, amparada en la fuerza de su reconocimiento, la abolición de la declaración de tolerancia establecida en la Constitución de 1869. Transigió por fin en la esperanza de que, a pesar de la tolerancia de cultos, serían respetadas las prerrogativas de la Iglesia<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>40</sup> Real Orden de 27 de febrero de 1875. Vid. *supra* nota 37.

<sup>41</sup> Su texto en SEVILLA ANDRÉS: *Constituciones...*, I, pp. 595 ss.

<sup>42</sup> Con respecto al problema religioso en la Constitución de 1876 pueden verse los siguientes estudios: J. BECKER: *Relaciones diplomáticas entre España y la Santa Sede durante el siglo XIX*, Madrid 1908; G. BARBERINI: *El artículo 11 de la Constitución de 1876. Controversia diplomática entre España y la Santa Sede*, en "Anthologica Annua", 9 (1961) 279-409; J. GORRICO: *La cuestión religiosa en las constituyentes de 1876. Debate sobre la tolerancia religiosa (art. 11)*, en "Miscelánea J. Zunzunegui", II (Estudios históricos II), Eset, Vitoria 1975, pp. 325-384.

<sup>43</sup> Cf. L. SÁNCHEZ AGESTA: *Derecho constitucional comparado*, Ed. Nacional, Madrid 1963, p. 472.

<sup>44</sup> Así lo demuestra J. GORRICO: *La cuestión religiosa...*, especialmente pp. 48 a 50 de la separata.

<sup>45</sup> Cf. POSTIUS: *El Código canónico...*, p. 315.

Ya se encuentra cercana, a la sazón, la ansiada codificación del Derecho civil, que debía establecer en su contenido una clara regulación del sistema matrimonial español. Parece claro en la bibliografía que el gobierno liberal consideraba la materia como de su exclusiva competencia, pero razones de peso sociológico, de política comparada y de respaldo político en el interior y en el exterior, aconsejaron una negociación con la Santa Sede del sistema matrimonial a codificar, señalándose como ideal una fórmula convenida con la Iglesia <sup>46</sup>.

Tras de accidentadas negociaciones y sucesivas fórmulas propuestas de una parte y de otra, se aprobó una base matrimonial <sup>47</sup> que, discutida en las Cortes, queda recogida posteriormente, de una manera casi literal, en el art. 42 del Código civil. El sistema matrimonial codificado en 1889 queda expresado así: *La ley reconoce dos formas de matrimonio: primero el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica; y segundo el civil, que se celebrará del modo que determina este Código* <sup>48</sup>.

Se instaure, así en España —en estrecha correspondencia con el decreto de 1875— un sistema dualista de matrimonio en el que el vínculo canónico es la clase principal y el civil la subsidiaria <sup>49</sup>. Es opinión comúnmente admitida que este sistema recibe en el Derecho español la regulación que del problema hace el ordenamiento canónico <sup>50</sup>. Sin embargo, esta recepción no es absoluta, pues el criterio de obligación de las leyes eclesiásticas utilizado por el *Codex Iuris canonici* no coincide con el civil. En el primero, lo determinante de la obligatoriedad de la forma matrimonial no es la profesión o no profesión actual de la religión, sino el dato objetivo del bautismo en la Iglesia católica <sup>51</sup>. Se produce aquí, efectivamente, una divergencia entre ambos ordenamientos que implica una limitación a la recepción del Derecho canónico en el Derecho civil español.

A mi modo de ver, la cuestión no es simplemente técnico-jurídica, como parece sostener un sector de la doctrina <sup>52</sup>, sino fruto de una transacción. Muy

<sup>46</sup> Cf. F. ESCUDERO ESCORZA: *Matrimonio de acatólicos...*, pp. 21 a 33.

<sup>47</sup> Cf., a propósito de la negociación de esta base, POSTIUS: *El Código canónico...*, pp. 315-316.

<sup>48</sup> Art. 42. El texto del Código civil que utilizo para este trabajo es la versión crítica realizada por J. LÓPEZ y C. MELÓN para apéndice al *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, I.N.E.J., Madrid 1947.

<sup>49</sup> Cf. L. PÉREZ MIER: *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, en "R.E.D.C.", XIV (1959) 152-153.

<sup>50</sup> Cf. J. MALDONADO y FDEZ. DEL TORCO: *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, en "Anuario de Derecho civil" (en lo sucesivo "A.D.C."), VII-I (1954), p. 150. En el mismo sentido G. GARCÍA CANTERO: *El vínculo de matrimonio civil...*, p. 15.

<sup>51</sup> Vid. cáns. 12 y 1099 del *Codex Iuris Canonici*.

<sup>52</sup> GARCÍA CANTERO considera que lo que se ha producido es una expresión literal no concordante con el espíritu de la ley, lo que fundamenta en la pretensión restauradora de la legalidad anterior a 1870 que animaba a las disposiciones posteriores (*El vínculo de matrimonio civil...*, pp. 14-15). El autor sigue en este extremo la tesis de J. MALDONADO (*La exigencia del matrimonio...*, p. 150) en el sentido de que el art. 42 del Código civil produce una verdadera recepción material del Derecho canónico.

probablemente el legislador del Código civil no pretendió llegar más allá, pues admitir la regulación del canon 1099 del Código de Derecho canónico en todo su sentido supondría la imposibilidad de contraer matrimonio civil válido para todo bautizado católico independientemente de que hubiera dejado de serlo de una manera activa. Ello hubiera sido en alguna medida incongruente con la admisión, siquiera subsidiaria, de una nueva clase matrimonial exclusivamente civil y hubiera supuesto un paso atrás excesivo en relación con la nueva situación socio-ideológica del país. Más bien considero que la letra del art. 42 del Código se corresponde justamente con el espíritu del legislador civil. De esta manera, el criterio de la no profesión de este supuesto legal sería simplemente una concreta derivación al tema del matrimonio del espíritu transaccionista que animó la Constitución y, en definitiva, del principio de tolerancia por ella admitido.

Sí es certera, sin embargo, la opinión del aludido sector en el sentido de que un tal criterio civil posibilitó el que en lo sucesivo se defendieran algunas posiciones que convirtieron el sistema matrimonial recogido en el Código en un sistema de tipo facultativo<sup>53</sup>, el cual no coincide con el espíritu de la Constitución, pues exige una base de libertad religiosa que no existe, según hemos visto, en 1876.

La norma interpretativa del art. 42 más importante de todo el período, a causa de la vigencia que ha llegado a tener, es la Real Orden del 28 de diciembre de 1900<sup>54</sup>. En su tenor se establece la suficiencia de la declaración de no profesión católica, al menos por uno de los interesados, para dar paso al matrimonio civil.

Pero este criterio interpretativo sufre una pronta variación a causa de las ideas político-religiosas de un nuevo gobierno liberal que, amparado en la imprecisión del criterio codicial, dicta la Real Orden del 27 de agosto de 1906<sup>55</sup>, una nueva disposición interpretativa que se aparta del propio supuesto interpretado. Esta norma, invocando la libertad de los católicos para acudir a cualquiera de las clases matrimoniales previstas en el Código, ordena la no exigencia de declaración alguna relativa a la religión que profesen con respecto de aquellas personas que pretendan contraer matrimonio civil. Esto supone la colocación en un plano de igualdad de los dos tipos de matrimonio, canónico y civil, por lo cual puede decirse que tal interpretación interesada del Código instaura un sistema matrimonial facultativo en abierta contradicción con el propio Código civil y los supuestos confesionales que constituyen su punto de partida.

Efímera vigencia obtuvo esta última norma. La Real Orden de 28 de febrero de 1907<sup>56</sup> vuelve al criterio que en 1900 se había establecido. Una nue-

<sup>53</sup> Cf. los estudios citados en la nota anterior, pp. 15 y 151, respectivamente.

<sup>54</sup> Vid. su texto en *Enciclopedia Jurídica Española* (en lo sucesivo *E.J.E.*), Seix, Barcelona, t. XXII, voz *Matrimonio civil*, pp. 33-34.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp. 34-25.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 35-36.

va disposición, de 28 de junio de 1913, confirma tal interpretación<sup>57</sup>. Las posibilidades que se abrían en 1906 quedan, así, relegadas a un mero paréntesis<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> E.J.E., apéndice de 1913, pp. 707-708.

<sup>58</sup> La más reciente aportación que sobre el tema conozco se debe al profesor A. DE LA HERA: *Matrimonio civil y revisión del Concordato. Cuestiones en torno al artículo 42 del Código civil*, en "A.D.C.", XXVIII-111 (1975) 639-682. El autor sitúa la cuestión sobre nuevas bases. En un intento de resolver el clásico problema de la configuración histórica de nuestro Derecho matrimonial para aplicar los resultados a la revisión del Concordato vigente, cualifica el sistema matrimonial español, a causa de la interpretación que sucesivamente recibe el Código civil, como facultativo.

No es la primera vez que la doctrina indica el acercamiento de la interpretación codicial de 1906 a tal sistema (Cf. A. DE FUENMAYOR: *El sistema matrimonial español. Comentario al artículo 42 del Código civil*, Reus, Madrid 1959, p. 18; G. GARCÍA CANTERO: *El vínculo de matrimonio civil...*, p. 17; L. PORTERO SÁNCHEZ: *Matrimonio civil en España*, en "Razón y Fe", diciembre 1973, p. 375). Sin embargo, sí es la primera vez que se sostiene la facultatividad del régimen matrimonial español en su conjunto a lo largo de toda su historia, desde 1889 a la actualidad, salvando el período de 1932 a 1956.

Tal postura se fundamenta, según su defensor, en la circunstancia de que en el sistema facultativo de matrimonio "los contrayentes pueden acudir a la celebración civil sin necesidad de someterse a requisito ni presentar prueba de ninguna clase" (*Matrimonio civil y revisión...*, p. 645). A tenor de ello, considera que la exigencia presente en la R.O. de 1900 no tiene la suficiente entidad para definir como subsidiario el régimen codicial así interpretado. En consecuencia, la diferencia entre tal interpretación y la otorgada por la R.O. de 1906 es simplemente de intensidad, mas no de naturaleza (Cf. pp. 645 y 647).

No obstante lo atractivo de esta posición, sí existe, en mi criterio, una diferencia de naturaleza entre los sistemas creados por la divergente interpretación del mismo supuesto codicial. Yo parto del convencimiento de que el art. 42 del Código civil está informado por el principio de tolerancia, según he indicado anteriormente. Es innegable que el Código instaura un sistema de matrimonio civil subsidiario de la clase principal, que es la canónica. La presencia de este sistema, por lo que supone de admisión de las normas canónicas, procede de la confesionalidad del Estado. No obsta a esta afirmación la circunstancia de que tal admisión no sea absoluta: se trata de una confesionalidad limitada por la tolerancia.

Pues bien, un sistema subsidiario exige la presencia de un requisito: el poder secular, en el caso español, sólo puede tolerar el matrimonio civil cuando le conste la no profesión católica de los contrayentes. Tal requisito se halla indudablemente expresado en una de las dos direcciones interpretativas: la constituida por las RR. OO. de 1900, 1907 y 1913. Es muy cierto que el requisito tiene poca entidad: por un lado, se exige simplemente la declaración de no profesión; por otro, esta declaración se exige tan sólo con respecto de uno de los contrayentes.

En relación con el primer problema, habría que preguntarse si la exigencia podría llegar mucho más allá. La no profesión actual de un convencimiento nunca puede quedar más clara que a través de la declaración del interesado. A estos efectos no advierto diferencia —desde el punto de vista del Derecho secular— entre tal declaración y un acto formal de apostasía. Pueden ayudar a este razonamiento las afirmaciones del profesor MALDONADO al respecto de una norma posterior, la O. M. de 10 de marzo de 1941, a que me referiré en su momento (*La exigencia...* pp. 159-160). En esta disposición, muy rigurosa, se exige precisamente el no haber recibido el bautismo para pasar a contraer matrimonio civil, previéndose como prueba principal de esta no recepción la documental y, subsidiariamente, la declaración jurada de falta de bautismo. Las evidentes dificultades de la prueba principal hacen que la declaración jurada se convierta en el medio ordinario de prueba, el cual, afirma el profesor MALDONADO, "no es... más que el antiguo sistema de la declaración subjetiva de no profesar la religión católica, algo más precisado en el contenido de la declaración y algo más reforzada ésta por el juramento en que se apoya..." (loc. cit.).

Efectivamente, el requisito exigido en 1900 y reafirmado con posterioridad es muy

Por lo demás, ni en el Derecho constitucional ni en el concordato se producen hasta el fin del período variaciones sensibles en relación con el sistema matrimonial<sup>59</sup>, que entronca, así, violentamente con la II.ª República.

## 2. Caracterización de la presente etapa.

Este período histórico señala con respecto del sistema matrimonial, al igual que en el plano político, una restauración. Surge por primera vez en nuestro Derecho un sistema doble de matrimonio, pero no por é ello deja de poder hablarse de restauración. Este sistema dualista es el resultado de la confluencia del principio de confesionalidad, constitucional y concordatariamente admitido en la tradición legislativa española y a la sazón vigente, con el principio de libertad religiosa que aún desconoce el magisterio católico<sup>60</sup> y que no ha sido integrado todavía en la legislación interna. El primero, obligando al Derecho español a admitir una regulación confesional, impide al segundo un desarrollo que implicaría separación entre Iglesia y Estado y, por consiguiente, la regulación del matrimonio por parte del Derecho secular con arreglo al modelo que se arbitrara.

suave. Pero, eso sí, constituye la exigencia de una determinada *actitud positiva* en el contrayente y no meramente pasiva. Es precisamente en la exigencia de esta actitud positiva donde radica —siempre según mi criterio— la cualificación de un sistema matrimonial como subsidiario o supletorio.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, es decir, el hecho de que la declaración se exija tan sólo para uno de los contrayentes, es indudable que se observa una suavización. Mas entiendo que el caso es perfectamente explicable a través del instituto de la tolerancia. Yo diría que es el punto máximo de la tolerancia en cuanto afecta al sistema matrimonial. Todo paso adelante ya habría de proceder de una base de libertad religiosa. Sigue, pues, presente, aún reducida al mínimo, la exigencia de una actitud positiva. De ahí que no pueda hablarse de un sistema facultativo.

Otra cosa es que el sistema subsidiario del Código civil se viole en alguna medida a causa de esta interpretación, que considero suavizadora, pero no desnaturalizadora. Ello posibilita que pueda hablarse de un acercamiento al sistema facultativo, lo cual suscribo plenamente, que bien podría llamarse, por ser *acercamiento* y no *conversión en*, sistema *cuasifacultativo* siguiendo a un sector de la doctrina (Cf. L. PORTERO SÁNCHEZ: *Régimen matrimonial español y Concordato*, en "La institución concordataria en la actualidad", cit., pp. 515-516).

El sistema matrimonial verdaderamente facultativo, a mi entender, es el que instaura la R. O. dictada por Romanones en 1906. En esta disposición se sanciona expresamente la no exigibilidad de una actitud positiva de los contrayentes por parte de la Administración. Se produce en este caso un claro apartamiento, incorrecto en cuanto a la jerarquía normativa, con respecto del Código civil y los presupuestos confesionales que lo informan.

<sup>59</sup> Para las disposiciones concordadas sucesivas, que no afectan al contenido de este trabajo, vid. J. POSTIUS: *El Código canónico...*, pp. 316 ss. La Constitución de 1876 fue suspendida durante la dictadura del general Primo de Rivera, quien redacta en 1929 un proyecto constitucional cuyo art. 11 es una copia idéntica del mismo supuesto de la Constitución de 1876. (Su texto en D. SEVILLA ANDRÉS: *Constituciones...*, II, pp. 21 ss.)

<sup>60</sup> Antes me he referido (cf. nota 28 de este trabajo) a que la doctrina de la tesis-hipótesis, exponente teórico de la tolerancia, no fue oficialmente admitida por el magisterio pontificio hasta la encíclica *Inmortale Dei*, anterior tan sólo en cuatro años al Código civil español. De su núm. 46 recojo el siguiente párrafo: "En verdad, aunque la Iglesia juzga no ser lícito que las diversas clases y formas de culto divino gocen del mismo derecho que compete a la religión verdadera, no por eso condena a los gover-

A tenor de lo que llevamos dicho, rompe esta etapa una línea de evolución; pero la restauración que se produce es relativa, pues al enlazar con el régimen anterior es imposible despreciar los hitos de una legislación en sentido contrario. La propia confesionalidad del Estado es relativamente restaurada, porque, a pesar de la vigencia del Concordato, el Derecho constitucional arroja su declaración de confesionalidad con las nuevas posibilidades de tolerancia.

El movimiento pendular en la dialéctica Iglesia-Estado, a que me he referido anteriormente, arroja así el resultado de un contraste lógico. Pero este movimiento pendular está corregido por la dialéctica propia de los tiempos, de tal modo que se queda a mitad de camino. En definitiva, desde la tolerancia pública de los cultos declarada en 1869, se produce un movimiento hacia la confesionalidad, contradictorio por tanto, que no puede sobrepasar el punto de la tolerancia privada. La presente etapa reacciona contra el punto culminante de la etapa anterior; puesto que este último no era extremo —permítase la expresión— tampoco el primero lo es. Algo diferente a lo que va a producirse en la siguiente etapa, donde las situaciones en conflicto son justamente la confesionalidad en sentido tradicional del Derecho histórico español y una reacción directamente dirigida contra la misma. En uno y otro caso se cumple la ley que rige la relación dialéctica entre el Estado y la Iglesia.

C) *Laicismo estatal y sistema matrimonial*. Comprende esta tercera etapa la legislación de la II República.

### 1. *El desarrollo del problema*.

La cuestión que nos ocupa sufre a lo largo de la presente etapa un desarrollo en dos frentes: la confesionalidad del Estado y el sistema matrimonial. El régimen jurídico de la II República recoge el hilo de la evolución interrumpida en 1876 y varía, con respecto a esta fecha, cada uno de los frentes indicados.

La primera intención legisladora de la República sobre el fenómeno religioso planteaba la nueva situación sobre la base de dos pilares fundamentales directamente inspirados por el régimen constitucional alemán: separación entre Iglesia y Estado y sometimiento de las confesiones religiosas al régimen de las corporaciones de Derecho público<sup>61</sup>. Esta idea, sin embargo, tan sólo constituyó un punto de partida que fue posteriormente desvirtuado durante las discusiones en Cortes<sup>62</sup>.

nantes de aquellos Estados que, ya para conseguir algún bien importante, ya para evitar algún grave mal, en la práctica toleran la existencia de dichos cultos en su Estado...”.

<sup>61</sup> Cf. *Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora*. Fuente: D. SEVILLA ANDRÉS: *Constituciones...*, II, pp. 147-148.

<sup>62</sup> Cf. J. M. CASTELLS: *Las asociaciones religiosas en la España contemporánea. Un estudio jurídico-administrativo (1767-1965)*, Taurus, Madrid 1973, pp. 375 ss.

El apartamiento de la idea inicial sigue la línea de una mayor exigencia de laicismo. En la Constitución de 1931 se prevé de una manera expresa la no confesionalidad del Estado por medio de la siguiente declaración: *El Estado español no tiene religión oficial* (art. 30). La laicidad del Estado se combina con un régimen que, pretendiendo ser de libertad religiosa, descansa exclusivamente en la idea de igualdad entre las diferentes confesiones con el sometimiento de todas ellas al régimen de las asociaciones del Derecho privado<sup>63</sup>.

Como consecuencia de los principios reflejados en la Constitución, sobrevendría un cambio en el sistema matrimonial. Nuevamente se produce un acercamiento, como primer hito, al sistema de matrimonio civil facultativo por medio del restablecimiento del vigor de la Real Orden de 1906, la cual, según hemos visto, había establecido la no exigencia de declaración alguna por parte de los contrayentes a propósito de sus creencias o de la religión que profesen<sup>64</sup>.

Pero esta vez el anuncio de un nuevo sistema matrimonial cumple su objetivo primario: la reforma del Código. La Ley de 28 de junio de 1932 declara que el matrimonio civil es la única clase matrimonial reconocida por el Derecho español y que la jurisdicción civil es la única competente para resolver las cuestiones que se deriven de la aplicación de esta ley. Los propios tribunales del Estado aplicarán la legislación canónica a las cuestiones relacionadas con la validez y nulidad de los matrimonios canónicos celebrados antes de la vigencia de esta ley<sup>65</sup>.

El contenido de esta ley es muy semejante a lo dispuesto en la ley provisional de 1870. Es de notar, sin embargo, que el único punto de contacto de esta última con el Derecho canónico desaparece en 1932, al evitarse toda mención de los impedimentos de orden sagrado y voto solemne. No se produce, pues, ninguna recepción del Derecho canónico en el civil en lo que atañe al sistema matrimonial.

Por lo demás, el espíritu constitucional se manifiesta en toda la regulación del fenómeno religioso por el Derecho ordinario<sup>66</sup>. Por lo que al Derecho matrimonial se refiere, el laicismo estatal legisla en sentido admisorio, por primera vez en España, sobre el divorcio vincular decretado por los tribunales civiles<sup>67</sup>. Este es el punto culminante en la evolución del problema a lo largo de la presente etapa histórica.

<sup>63</sup> Cf. arts. 26 y 27 de la Constitución. Su texto en D. SEVILLA ANDRÉS: *Constituciones...*, II, pp. 215 ss.

<sup>64</sup> Orden de 10 de febrero de 1932 (*E.J.E.*, apéndice de 1932, t. 2.º, p. 196). Este restablecimiento es, según el Prof. HERA, una medida provisional y urgente en aplicación del punto tercero del decreto de 14 de abril de 1931, que marcaba como principio programático el respecto a la conciencia individual por medio del respeto a la libertad de creencias, sin que el Estado pudiera solicitar del ciudadano "revelación de sus convicciones religiosas". Cf. *Matrimonio civil y revisión...*, pp. 647 y 649.

<sup>65</sup> Cf. texto de la ley en *Legislación española. Leyes religiosas según los textos oficiales*, Yagües ed., Madrid 1935, pp. 95 ss.

<sup>66</sup> La legislación republicana sobre el fenómeno religioso puede verse en J. SOTO DE GANGOITI: *Relaciones de la Iglesia católica y el Estado español*, Reus, Madrid 1940.

<sup>67</sup> Ley de 2 de marzo de 1932. Su texto en *Legislación española...*, pp. 157 ss.

En fin, la II República no reacciona de una manera expresa frente al Concordato de 1851, que aún permanecía vigente. Es indudable, no obstante, que se produce una denuncia implícita del Texto por parte del Estado e, incluso, muy probablemente por parte de la propia Iglesia<sup>68</sup>.

## 2. Caracterización de la presente etapa.

Ya anteriormente he indicado cómo la legislación republicana enlaza con el régimen español anterior a 1876. Teniendo presente este punto de referencia, no es difícil trazar una línea que, partiendo de la constitución de 1869 y pasando por el abortado proyecto de 1873 concluye en la Constitución de 1931. Supone una ruptura con el régimen político-jurídico inmediatamente anterior y desarrolla una idea previa. No es, por consiguiente, una restauración, según hemos visto con respecto de la segunda etapa, sino un paso más —extremo— en el movimiento pendular que rige la dialéctica Iglesia-Estado.

La legislación constitucional republicana reacciona frontalmente contra la confesionalidad del Estado. Mas esta reacción se produce no propiamente contra la confesionalidad de 1876, sino más bien contra la confesionalidad tradicional española generadora de la confesionalidad atenuada de la Restauración como único sistema viable de freno a las ideas septembrinas. El punto de referencia de este nuevo movimiento en la dialéctica Iglesia Estado es, en cierta manera, extremo: confesionalidad tradicional; lógicamente, el movimiento de respuesta también lo será. Esto es lo que explica que la II República reaccione directamente contra el fenómeno religioso y adopte una postura extrema frente a él. Esto es lo que explica, en definitiva, que durante esta etapa no pueda hablarse de una verdadera libertad religiosa, sino tan sólo, a mi modo de ver, de igualdad de trato para los cultos.

El sistema matrimonial vuelve al régimen de 1870 dando el paso adelante de evitar la interconexión de los ordenamientos por la vía de la admisión de algunos impedimentos canónicos. Se vuelve, pues, a un sistema unitario, de matrimonio civil obligatorio, dejando a un lado el sistema dualista del Código que no volverá a estar vigente hasta la derogación de las disposiciones republicanas por el nuevo régimen político nacido de la conflagración.

D) *La nueva etapa confesional.* Comprende este período el espacio de tiempo que transcurre entre las primeras normas del nuevo régimen y la modulación de la confesionalidad producida por la legislación sobre un nuevo principio: la libertad religiosa.

<sup>68</sup> La discusión en torno a la vigencia del Concordato de 1851 provocó muchas aportaciones doctrinales. Vid. L. PÉREZ MIER: *Iglesia y Estado nuevo. Los Concordatos ante el moderno Derecho público*, Fax, Madrid 1940, pp. 105 ss. Vid. asimismo las noticias de E. FERNÁNDEZ REGATILLO: *El Concordato de 1953*, Sal Terrae, Santander 1961, p. 115, y J. M. CASTELLS: *Las asociaciones religiosas...*, p. 155. Interesantes noticias en J. GORRICO: *El Concordato español de 1953*, en "Lumen", 23 (1974) 6 ss.

### 1. *Desarrollo del problema.*

El régimen político surgido de la guerra civil, de ideología completamente opuesta al anterior, se aplica, aún antes de finalizar aquélla, a dejar sin efecto la legislación republicana en materia religiosa y matrimonial. En 1938 se deroga la ley de matrimonio civil y en 1939 la de divorcio<sup>69</sup>. En tanto se acomete la reforma del Derecho matrimonial, se restablece el vigor del Código civil y sus normas complementarias<sup>70</sup>.

Los autores han insistido en que la más moderna disposición interpretativa del régimen de 1900 la constituía precisamente una norma republicana: la Orden de 10 de febrero de 1932 que derogaba a su vez la Real Orden de 1900. Esta disposición republicana no había sido derogada, pues la ley derogatoria del matrimonio civil únicamente deja sin vigor la ley de 12 de marzo de 1938 y sus disposiciones complementarias<sup>71</sup>.

Esta subsistencia de una norma jurídica sobre aspecto tan esencial procedente de la etapa republicana fue lo que motivó, en mi opinión, el que muy poco tiempo después, el 22 de marzo del mismo año, se dictase una nueva disposición dirigida al restablecimiento de la interpretación concedida al caso en 1900 y confirmada en 1907 y 1913<sup>72</sup>.

Pero la interpretación clásica del Código civil cede con la postguerra. La

<sup>69</sup> Por leyes de 12 de marzo de 1938 y 23 de setiembre de 1939. Sus textos en J. A. BERNÁRDEZ CANTÓN: *Legislación eclesiástica del Estado (1938-1964)*, Tecnos, Madrid 1965, párgfs. 1 y 14.

<sup>70</sup> Por ley de 12 de marzo de 1938, cit., disposición transitoria. Estas disposiciones derogatorias originaron importantes problemas de Derecho transitorio en la confluencia de los ordenamientos canónico y civil para la regulación del matrimonio. Vid., bajo un punto de vista general, la monografía de L. DEL AMO: *Los matrimonios civiles durante la República. Problemas que plantean*, ed. Rev. Der. Priv., Madrid 1954; para los problemas registrales vid. F. VIVES RECASÉNS: *Legislación canónico-civil sobre algunos asuntos matrimoniales*, Tarragona 1944, pp. 27 a 31.

<sup>71</sup> Cf. A. DE LA HERA: *Matrimonio civil y revisión...*, pp. 650 ss.

<sup>72</sup> O.M. de 22 de marzo de 1938 (cf. su texto en A. DE FUENMAYOR: *El sistema matrimonial*, pp. 22 y 23, nota 32). Una interpretación diversa da al caso, según su punto de partida personal, el profesor DE LA HERA (Vid. *Matrimonio civil y revisión...*, pp. 650 ss.). El legislador de 1938 no se preocupó, al derogar la ley de matrimonio civil, de hacer lo mismo con respecto de la Orden republicana de 1932 que deroga la R. O. de 1900, pues si no hay diferencia cualitativa (se trata de un único sistema facultativo) entre las RR. OO. de 1900 y 1906, tampoco existirá, según lo dicho en el texto, entre la R. O. de 1900 y la O. M. de 1932.

El discurso lógico es correcto, mas el problema consiste en determinar si el sistema de 1900 es facultativo, lo que, en mi opinión y tal como he indicado anteriormente, no puede sostenerse. El nuevo argumento aducido por el profesor DE LA HERA al tratar estas disposiciones (no hay diferencia entre una declaración bajo palabra de no profesión y la declaración de desear contraer matrimonio civil) no me parece que cualifique el problema, pues la manifestación del deseo de contraer matrimonio no es un requisito jurídico, sino la esencial manifestación de una intención personal, necesaria en todo caso, tanto si se pretende contraer matrimonio civil cuanto si se pretende contraer matrimonio canónico o realizar cualquier acto jurídico positivo.

La O. M. que resuelve el problema dejando sin efecto la disposición de 1932 se explica por razones ideológicas. Como ha indicado el citado autor, el nuevo Estado no puede dejar subsistente ninguna norma republicana sobre el matrimonio, independientemente de su contenido. Mas ello no quiere decir que no existiera un defecto técnico-jurídico que tiene la misma raíz que, según mi criterio, tuvo la R. O. de 1906.

poderosa reacción en contra de la República, unida al estrechamiento de la relación Iglesia-Estado —clara reacción frente a la separación republicana—, dan lugar, por lo que aquí nos interesa, a una nueva Orden interpretativa que lleva fecha de 10 de marzo de 1941<sup>73</sup>. El preámbulo de esta disposición es extraordinariamente sugerente para la comprensión de la relación entre la Iglesia católica y el Estado español en lo que al sistema matrimonial atañe.

El legislador reacciona en contra de la defectuosa redacción del art. 42 del Código civil que ha dado lugar a interpretaciones contradictorias entre sí; reacciona contra el “espíritu anticatólico de la República” que “ha originado una lamentable confusión en la aplicación de los textos legales”; denuncia la exigencia de una “revisión meditada” de las disposiciones codiciales y, en tanto ésta se produzca, interpreta nuevamente el art. 42 en el siguiente sentido: *Los Jueces municipales no autorizarán otros matrimonios civiles que aquellos que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la Religión Católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes, o, en el caso de que esta prueba documental no fuera posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios.*

He aquí una recepción material del ordenamiento canónico por parte del Derecho español<sup>74</sup>. Tal espíritu receptor se apoya expresamente, según el preámbulo de la disposición, en una referencia expresa al Código de Derecho canónico.

A partir de este momento, el matrimonio civil queda reservado para los no católicos. Estos habrán de probar documentalmente su falta de bautismo y, con carácter supletorio a esta prueba negativa e indefinida<sup>75</sup>, una declaración jurada sobre el mismo requisito por parte de cada uno de los contrayentes. Esta es, sin duda, la más rígida interpretación que el art. 42 ha recibido en toda su vigencia. Es también el punto máximo de recepción del Derecho canónico en nuestro ordenamiento con respecto del sistema matrimonial.

Ni el Código civil ni los presupuestos constitucionales de que procede autorizan a defender la existencia de una regulación conforme con la libertad religiosa, pero sí son fruto, uno y otros, de la tolerancia. En atención a este criterio, podría decirse que la Orden de 1941 va más allá de lo que admitiría

<sup>73</sup> Texto en A. BERNÁRDEZ: *Legislación...*, párf. 29.

<sup>74</sup> Se ha indicado por la doctrina que incluso se produce una recepción “por exceso”, puesto que el Código de Derecho canónico excluye a los bautizados no católicos, mientras que la O. M. de 1941 obliga al matrimonio canónico a todos los bautizados. Vid. A. DE FUENMAYOR: *El sistema matrimonial...*, p. 26. En el mismo sentido A. DE LA HERA: *Matrimonio civil y revisión...*, p. 658. Niega el último autor la posibilidad de que pueda entenderse un cierto defecto en la recepción mencionada a causa de la admisión al matrimonio civil de los apóstatas de la religión católica (*ibid.*, pp. 658-659). En efecto, al menos hasta el año de 1954 no puede hablarse de esa posibilidad. Así lo ha mostrado F. ESCUDERO ESCORZA (*Matrimonio de acatólicos...*, pp. 132 a 134) citando varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

<sup>75</sup> Así define esta prueba el profesor J. MALDONADO: *La exigencia...*, pp. 158 ss.

el espíritu del art. 42<sup>76</sup>, o, cuando menos, que marca el límite de la tolerancia en el sentido de que todo paso adelante que se dé en orden a una mayor recepción jurídica sería contradictorio con el espíritu que anima esta legislación.

A su vez, los primeros convenios concordatarios del nuevo Estado declaraban la vigencia de la confesionalidad concordada en 1851<sup>77</sup>, con lo cual se produce un cambio fundamental en este nivel normativo si tomamos como punto de referencia la etapa inmediatamente anterior. Por su parte, uno de los primeros textos constitucionales del nuevo Estado, el *Fuero de los Españoles*, regula las relaciones entre la Iglesia y el Estado en estrecha correspondencia con la letra y el espíritu de la constitución de 1876, puesto que de su art. 11 procede directamente sin duda alguna el art. 6.º del nuevo texto: confesionalidad del Estado y tolerancia en privado de los cultos no católicos<sup>78</sup>.

Pero el nuevo Concordato, que aún hoy permanece vigente en su parte esencial<sup>79</sup>, no se hace esperar. Es curioso constatar cómo en 1953 se repite en España aquella situación política que, al igual que en otros tiempos, concedía una extraordinaria importancia al reconocimiento —en este caso, a la pública reafirmación de tal reconocimiento— de un régimen político nacido por parte de la Santa Sede a través de un medio técnico de carácter internacional cual es el concordato. El Concordato de 1953<sup>80</sup>, como otros pactos internacionales concluidos en el transcurso del mismo año, supuso un espaldarazo al régimen del general Franco.

La declaración de confesionalidad del art. 1 del Concordato constata el hecho de que la religión católica “sigue siendo la única de la Nación Española” —lo que supone una respuesta a la obligación contraída en 1851— y recibe ampliamente en el ordenamiento jurídico español el Derecho de la Iglesia católica<sup>81</sup>. Como es natural, no se recoge en el texto ningún supuesto

<sup>76</sup> De la misma opinión es A. DE LA HERA: *Matrimonio civil...*, p. 657. L. PÉREZ MIER, por su parte, considera que la O. M. de 1941: “sobrepasa y excede la intención o voluntad de las partes en el momento de formar el Código civil, si bien no se puede decir que violente los términos del art. 42. Cf. *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, en “REDC”, 40 (1959) 167-168.

<sup>77</sup> Cf. art. 9 del *Acuerdo sobre el modo de ejercicio del Privilegio de presentación entre el Gobierno español y la Santa Sede*, de 7 de junio de 1941 (en A. BERNÁRDEZ: *Legislación...*, párgf. 146); art. 10, pár. 2 del *Acuerdo de la Santa Sede y el Gobierno español para la provisión de beneficios no consistoriales*, de 16 de julio de 1946 (*ibid.*, párgf. 147).

<sup>78</sup> “La profesión y práctica de la religión católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la religión católica”. *B.O.E.* de 18 de julio de 1945.

<sup>79</sup> Salvo en lo relativo al nombramiento de arzobispos y obispos y en lo referente al artículo XVI del Concordato de 1953, cuestiones modificadas por el convenio entre la Santa Sede y España de 28 de julio de 1976 (*B.O.E.* de 24 de setiembre).

<sup>80</sup> Su texto en A. BERNÁRDEZ: *Legislación...*, párgf. 145.

<sup>81</sup> “La Religión Católica, Apostólica, Romana sigue siendo la única de la Nación española y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la Ley Divina y el Derecho canónico”.

alusivo a la libertad religiosa, ausente a la sazón de todo nuestro Derecho, si bien está presente un régimen de tolerancia que afecta exclusivamente a los territorios coloniales africanos<sup>82</sup>.

Por lo que se refiere al matrimonio, el concordato reconoce los plenos efectos civiles del vínculo canónico<sup>83</sup>, así como la competencia exclusiva de la jurisdicción eclesiástica sobre los enlaces de esta clase<sup>84</sup>.

La regulación concordataria no toca de una manera expresa el sistema matrimonial establecido en el Código civil ni su interpretación de 1941, a la sazón vigente. Tal actitud es lógica, pues el Derecho concordatario no puede entrar a regular una cuestión exclusivamente civil<sup>85</sup>. Es indudable, sin embargo, que el texto del Concordato parte implícitamente de la idea de conformidad entre las legislaciones canónica y civil en orden a los sujetos obligados a la forma canónica matrimonial, afirmación que puede fundamentarse en varios preceptos del nuevo instrumento<sup>86</sup>. De ahí que a raíz de su promulgación comenzara un movimiento doctrinal dirigido a la reforma del Código civil<sup>87</sup>, a fin de adecuar sus disposiciones a las del Derecho canónico.

Otros autores, sin embargo, discutieron la necesidad de adecuar plenamente el Derecho civil a la legislación canónica en esta materia por diversas consideraciones<sup>88</sup>. Es una postura a la que modernamente se ha dado un nuevo giro, sosteniéndose por un autor la opinión de que, si bien el concordato reconoce plenos efectos civiles al matrimonio canónico, no niega la posibilidad de idénticos efectos al matrimonio no canónico contraído por bautizados, lo que pertenece a la regulación unilateral por parte del Estado<sup>89</sup>.

Esta postura resulta atrayente para el canonista preocupado por los temas concordatarios, aunque existan ciertos puntos conflictivos para su plena admisión. Por un lado, se encuentra la recepción del Derecho canónico producida a través de varios supuestos del Concordato que, por lo que aquí puede interesar, confluyen en el art. XXXV, 2: *Las materias relativas a personas y cosas eclesiásticas de las cuales no se ha tratado en los artículos prece-*

<sup>82</sup> Protocolo final en relación con el art. I: "En el territorio nacional seguirá en vigor lo establecido en el art. 6.º del Fuero de los Españoles. Por lo que se refiere a la tolerancia de los cultos no católicos, en los territorios de soberanía española en Africa continuará rigiendo el "statu quo" observado hasta ahora".

<sup>83</sup> Art. XXIII: "El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico".

<sup>84</sup> Art. XXIV; 1: "El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino".

<sup>85</sup> Cf. A. DE LA HERA: *Matrimonio civil...*, p. 660.

<sup>86</sup> Cf. A. DE FUENMAYOR: *El sistema matrimonial*, pp. 32-33, que se refiere al art. 1.º y 35, 2.º del Concordato.

<sup>87</sup> Cf. una buena exposición en A. DE FUENMAYOR: *El sistema matrimonial...*, pp. 33 ss.

<sup>88</sup> Así, L. PÉREZ MIER: *Matrimonio canónico...*, p. 193 y otros autores.

<sup>89</sup> Cf. A. DE LA HERA: *Matrimonio civil...*, pp. 661-662, en contra de GARCÍA CANTERO: *Matrimonio civil de acatólicos*, en "A.D.C.", VII-I (1954) 144-145. La opinión expresada en el texto ya había sido expuesta también por L. MIGUÉLEZ: *Los matrimonios civiles durante la República*, en "REDC", IX (1954) 510.

*dentes, serán reguladas según el Derecho canónico vigente.* Entre estas materias se encuentra la de los sujetos obligados a la forma canónica, punto sobre el que el Concordato guarda silencio. Es probable, sin embargo, que el espíritu de tal supuesto no se dirija directamente a la regulación de este problema, aun con su amplia redacción. Así, un precepto de idénticos caracteres está contenido en el Concordato de 1851<sup>90</sup>, fecha en que el problema que comentamos aún no había comenzado a discutirse.

Otro punto conflictivo de indudable entidad, a mi parecer, lo constituye la regulación contenida en el protocolo al art. XXIII, C) del Concordato. Por su virtud, *en materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas, el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho canónico.* No parece muy descabellado pensar que si se pacta la obligatoriedad de la forma canónica para el caso de que uno sólo de los contrayentes sea bautizado católico, se está presuponiendo igual obligatoriedad en el caso de que los dos cónyuges hubieran sido bautizados, aunque después se hayan apartado de la fe. Sin embargo, también puede interpretarse el supuesto en el sentido de que la obligatoriedad que se impone afecta tan sólo a los bautizados que continúen en perfecta comunión con la Iglesia católica. Sigue, además, en pie el problema del silencio concordatario, especialmente cualificado por la circunstancia de que en el protocolo al art. XXIII se distinguen tres apartados que afectan sucesivamente al matrimonio canónico, al matrimonio mixto y al matrimonio civil.

Así pues, el problema sobre la absoluta recepción del Derecho canónico por el Concordato quedaría en pie desde el terreno doctrinal si no fuera porque la legislación ha optado por una solución determinada. Y, de esta manera, una nueva disposición interpretativa, que esta vez adquiere el rango de Decreto, deroga la conflictiva Orden de 1941. Provocada por decisiones jurisprudenciales contrarias a lo dispuesto por la línea interpretativa anterior<sup>91</sup>, el Decreto de 26 de octubre de 1956 modifica varios artículos de Reglamento del Registro civil<sup>92</sup> disponiendo, por lo que aquí interesa, que el matrimonio civil podrá autorizarse cuando ambos contrayentes prueben que no profesan la religión católica.

Es evidente la novedad que esta disposición entraña con respecto del régimen anterior. Queda desechado el criterio objetivo del bautismo en la Iglesia católica, utilizado por el can. 1099 del Código de Derecho canónico y recibido por la Orden de 1941, en favor del restablecimiento del criterio subjetivo —la no profesión— recogido por la más genuina interpretación del Código civil que se remonta a la Real Orden de 1900.

Sin embargo, este criterio no se repone plenamente, puesto que la prueba de no profesión requerida afectará a ambos contrayentes y no a uno sólo, como en la interpretación anterior. Este apartamiento de la dirección noven-

<sup>90</sup> Vid. art. 43.

<sup>91</sup> Vid. F. ESCUDERO ESCORZA: *Matrimonio de acatólicos...*, pp. 134 a 136.

<sup>92</sup> Vid. en A. BERNÁRDEZ: *Legislación...*, párgf. 195.

centista procede sin duda de la Orden de 1941, así como del propio Concordato. A su vez, el apartamiento del criterio de 1941 se debe probablemente a una clarificación del principio de confesionalidad en su declaración unilateral por el Estado e incluso es posible que sobre el caso haya influido también el Concordato<sup>93</sup>.

El contenido de esta regulación permanecerá vigente hasta el final del presente período, pues adelanta el sentido de la reforma que, al fin, sufre el texto del Código civil. La ley de 24 de abril de 1958<sup>94</sup>, en directa correspondencia con el Decreto de 1956, regula la cuestión de la siguiente manera: *La ley reconoce dos clases de matrimonios: 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 contrayentes profesa la religión católica.* Ningún cambio, como se ve, con respecto de la norma inmediatamente anterior. Rota la interpretación que permitía el matrimonio civil en el caso de que uno sólo de los contrayentes declarara no profesar la religión católica, el único punto de divergencia con la legislación canónica —básico, por otra parte— lo constituye el empleo de criterios de obligación diversos por el Código de Derecho canónico —bautismo o conversión a la Iglesia católica— y el Código civil español —no profesión de la fe—.

Las normas del Derecho ordinario que en lo sucesivo se dictan tienen menos importancia para este estudio. Lo mismo sucede con las diferentes normas concordadas. Mas, por lo que toca al Derecho constitucional, el mismo año de la reforma del Código civil se dicta la Ley fundamental que contiene el precepto que, a mi modo de ver, se alza con la presidencia de la re-

<sup>93</sup> Para A. DE LA HERA el cambio de criterio se debe exclusivamente al Concordato, que habría cumplido así la función de obligar al Derecho español a "suavizar y no endurecer" su normativa sobre el matrimonio civil (*Matrimonio civil...*, p. 663). Esto tendría que ser así porque a partir de 1954 comienza a producirse un cambio jurisprudencial en el tratamiento del problema; puesto que no hay otra norma que directamente incida sobre el particular entre 1941 y 1956, forzosamente habrá de buscarse en el Concordato tal suavización. Esta idea ya había sido tímidamente expuesta por F. ESCUDERO ESCORZA: *Matrimonio de acatólicos...*, p. 134, nota 22.

Esto habría exigido por parte de las autoridades civiles una toma de postura con respecto de la interpretación del Concordato. Tal toma de postura parece estar presente en el preámbulo del Decreto de 1956, donde se dice que el Código civil debe ser interpretado "dentro del espíritu que anima el Concordato vigente entre la Iglesia católica y el Estado".

Téngase en cuenta, sin embargo, que por la misma razón —para interpretar más fielmente el art. 42 del código— se recorta el criterio interpretativo de la Real Orden de 1900. En consecuencia, el Concordato ha producido un avance con respecto de 1941 y un retroceso con respecto de 1900.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en este momento histórico ya se encontraba vigente el *Fuero de los Españoles*, cuyo art. 6.º, según se ha indicado en el texto, es fiel retrato del art. 11 de la Constitución de 1876 y un claro ejemplo de tolerancia religiosa. No estaría falta de lógica la opinión de que en la suavización del régimen de 1941 habrían influido también, y quizá en medida no menor que el propio Concordato, los presupuestos tolerantes vigentes a la sazón en nuestro Derecho constitucional, de la misma manera que influyeron los presupuestos constitucionales de 1876 en la confección del Código civil.

<sup>94</sup> Vid. en A. BERNÁRDEZ: *Legislación...*, par. 228.

gulación del fenómeno religioso en el Derecho español: la *Ley de Principios del Movimiento Nacional* y, en concreto, su principio II<sup>95</sup>.

Este precepto de la Ley de Principios —la cual contiene en síntesis en sentido más genuino del Derecho constitucional español concebido a la luz de la ideología del Movimiento Nacional— establece un rígido sistema de confesionalidad. El Estado español se declara confesionalmente católico de una manera expresa sobre la base de que la religión confesada es la única verdadera y la única acorde con el espíritu nacional, insustituible, por tanto, en la conciencia de los españoles y en su Derecho, el cual promete, a su vez, inspirarse en los principios de aquélla.

He aquí el estado de la legislación constitucional, concordada y ordinaria hasta la entrada en nuestro Derecho, con caracteres conflictivos, del principio de libertad religiosa.

## 2. *Caracterización de la etapa.*

El nuevo régimen político se encuentra al comienzo de su andadura con una regulación del fenómeno religioso que resultaba contraria a sus pretensiones de apoyo en la Iglesia católica. Esta idea tiene como fruto una reacción frente al entendimiento republicano de la relación Iglesia-Estado.

Tal reacción provoca la admisión del Derecho canónico de una manera rígida, como lo demuestra la interpretación del Código civil impuesta por la Orden Ministerial de 1941, que olvida las raíces tolerantes de la regulación codicial. La conexión con el Derecho canónico, casi absoluta<sup>96</sup>, provoca la vuelta al régimen confesional anterior, pero de una manera restrictiva.

Han de pasar algunos años para que la relación Iglesia-Estado encuentre el punto contra el que la II.ª República había reaccionado y la confesionalidad del Estado se vea mínimamente limitada por la tolerancia religiosa. Con el Fuero de los Españoles, el Derecho eclesiástico del Estado consigue una posición similar a la de 1876 y comienza la lenta evolución hacia una correcta comprensión del mismo en su sentido moderno. Ello se manifiesta con la suavización del sistema matrimonial, que de nuevo se encuentra en el nivel de principios del siglo.

En alguna medida, sin embargo, ha afectado el movimiento de reacción al Derecho matrimonial, pues el régimen de 1889 se muestra más tolerante que el instituido por la moderna reforma del Código civil.

El sistema previsto en el Código reformado permanece aún hoy vigente.

<sup>95</sup> B.O.E. de 19 de marzo de 1958. Principio II: "La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento de la Ley de Dios según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación".

<sup>96</sup> No es completamente absoluta, pues hemos visto la diferencia entre los criterios matrimoniales de obligación de que parten uno y otro ordenamiento. Sin embargo, no parece lógico pensar que ya en los años cuarenta pudiera prohibirse en España el matrimonio civil a todos los católicos que, por lo demás, eran formalmente la casi totalidad de los españoles.

Ni tan siquiera se ha avanzado por el camino de su interpretación a través de normas inferiores al rango de ley —tal parece ser el camino propuesto por la historia del problema en España— hasta casi los años setenta. En todo éllo ha estado presente la concepción confesional del principio II de la Ley de Principios del Movimiento.

En suma, se asiste a lo largo del período a una reacción frente a la etapa inmediatamente anterior, por lo que el principio rector de la relación Iglesia-Estado se sitúa, con algunas cortapisas, en el otro extremo de la balanza. La marcha de las ideas provoca una tímida oscilación que todavía no ha alcanzado el nivel de la segunda etapa. Sin duda ha sido muy fuerte el impacto producido por el período intermedio.

## II.—CONFESIONALIDAD Y SISTEMA MATRIMONIAL EN EL DERECHO VIGENTE

A) *Las líneas generales de admisión del principio de libertad religiosa en el ordenamiento español.*

No fue fácil empresa integrar en el Derecho español el principio de libertad religiosa. Varias campañas internacionales en favor de los protestantes españoles<sup>97</sup> y un estatuto de acatólicos proyectado por el ministro Castilla<sup>98</sup> fueron empresas infructuosas. En 1965 finaliza el Concilio Vaticano II, cuya declaración *Dignitatis humanae* consideró el principio de libertad religiosa como criterio rector de la relación entre la Iglesia y el Estado. El Estado español no podía menos de integrar en su legislación un principio capital defendido por la confesión religiosa de la cual se declara tributario.

Era necesario revisar la Constitución. Así lo comprendió el legislador y la *Ley Orgánica del Estado* aprueba la reforma del *Fuero de los Españoles* en el sentido de sustituir en su artículo 6.º el segundo párrafo (tolerancia en privado de los cultos no católicos) por una nueva expresión (declaración formal de libertad religiosa) respetando el principio de confesionalidad, cuyas exigencias motivaron la negociación oficiosa con la Santa Sede de la reforma introducida. El nuevo artículo 6.º queda redactado así: *La profesión y práctica de la Religión católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. El estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público*<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Vid. la obra de E. GUERRERO y J. ALONSO: *Libertad religiosa en España*, Fe Católica, Madrid 1962, pp. 108 ss., con abundante bibliografía.

<sup>98</sup> El Estatuto no ha recibido, a mi conocimiento, publicación alguna.

<sup>99</sup> *Ley Orgánica del Estado*, de 10 de enero de 1967 (B.O.E. de 11 de enero), disposición adicional primera.

Esta es la única novedad de nuestro Derecho constitucional. Permanecen en plena vigencia otros preceptos constitucionales, como el artículo 33 del propio Fuero<sup>100</sup>, que impone la «unidad espiritual, nacional y social de España», y, sobre todo, permanece intacto el principio II de la *Ley de Principios del Movimiento Nacional*.

Como desarrollo del nuevo precepto constitucional, se promulga en el Derecho ordinario una *Ley sobre el ejercicio del Derecho civil a la libertad en materia religiosa*<sup>101</sup>, que afecta a los acatólicos prácticamente de manera exclusiva sometiéndoles al Derecho privado por medio de la creación de la figura de las «asociaciones confesionales»<sup>102</sup>. Bajo un punto de vista general, la ley reconoce el derecho a la práctica y profesión, privada y pública, de cualquier religión y declara que el derecho a la libertad religiosa *ha de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus Leyes Fundamentales*<sup>103</sup>.

Por lo que se refiere al matrimonio, la ley de libertad religiosa insiste en la regulación del sistema matrimonial en los siguientes términos: *Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, se autoriza el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica...*<sup>104</sup>, reafirmandose asimismo la regulación codicial sobre los impedimentos de orden sagrado o voto solemne contenida en el art. 83, 4.º del Código<sup>105</sup>. Por lo demás, “los ritos y ceremonias propios de las distintas confesiones no católicas” podrán celebrarse “antes o después del matrimonio civil” con el límite de la moral y las buenas costumbres<sup>106</sup>.

La regulación de sistema matrimonial realizada por este texto legal es paralela a la dispuesta por el Código civil. Comparando el art. 42 de este último con el artículo 6.º de la nueva ley se observa, no obstante, la ausencia del mandato de prueba de la no profesión<sup>107</sup>. Podría ésto interpretarse en el sentido de que la ley de libertad religiosa no exige prueba alguna de no profesión católica para los miembros de esta confesión que deseen contraer matrimonio civil, siendo suficiente la declaración de la intención de acudir a esta clase matrimonial.

No puede olvidarse, sin embargo, que la *Ley de libertad religiosa*, en lo que afecta al sistema matrimonial, es directamente dependiente del art. 42 del Código civil, al cual recibe expresamente de manera muy amplia. De ahí que la propia ley prevea todo un sistema de prueba en otro lugar de su articulado<sup>108</sup>. El hecho de que para los bautizados en la Iglesia católica se

<sup>100</sup> “El ejercicio de los derechos que se reconocen en este Fuero no podrá atentar a la unidad espiritual, nacional y social de España”.

<sup>101</sup> Ley 44/1967, de 28 de junio (B.O.E. de 1 de julio). Se citará en lo sucesivo LLR.

<sup>102</sup> LLR, art. 13 ss.

<sup>103</sup> *Ibid.*, art. 1.º

<sup>104</sup> *Ibid.*, art. 6.º, 1.

<sup>105</sup> *Ibid.*, art. 6.º, 2.

<sup>106</sup> *Ibid.*, art. 6.º, 1, 2.º inciso.

<sup>107</sup> Contenido en el art. 42, párf. 3.º del Código civil.

<sup>108</sup> El art. 32 LLR dice así: “1. La adscripción a una determinada confesión religiosa no católica se acreditará mediante certificación del ministro competente para

exija en adelante la simple prueba de *comunicación* del abandono a la autoridad eclesiástica correspondiente y no la prueba de *no profesión*, no quiere decir que la prueba desaparezca en cuanto tal, sino justamente que se ha visto suavizada. Por otra parte, tal exigencia sigue afectando a los dos contrayentes si estuvieran bautizados en la Iglesia católica, con lo que parece que se abre una nueva línea de suavización —comunicación del abandono— definitivamente separada del criterio que para el mismo efecto emplearon la Orden de 1900 y normas concordantes.

Este nuevo criterio se confirma por una norma posterior. El Reglamento a la Ley de Registro civil<sup>109</sup>, avanza aún más por este camino, estableciendo la posibilidad de que la comunicación requerida pueda realizarse a través del Encargado del Registro o por correo certificado con acuse de recibo<sup>110</sup>. Una norma posterior insiste en el mismo aspecto<sup>111</sup>.

Hasta aquí la situación de nuestro Derecho vigente. Según hemos visto, la integración del principio de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico ha afectado al Derecho constitucional y al Derecho ordinario. El Concordato

extenderla. 2. La no adscripción a una confesión religiosa se acreditará mediante declaración expresa del interesado. 3. El abandono de una confesión religiosa exigirá la prueba de que el mismo ha sido comunicado al ministro competente de la religión que hubiere sido abandonada”.

Creo que, al estudiar las actas de discusiones en Cortes del proyecto de *LLR*, no puede suscribirse más que un cierto grado de apartamiento —al que me refiero en el texto— entre el art. 42 del Código civil y el art. 6.º *LLR*. (Tanto el proyecto de *LLR* cuanto las enmiendas a él presentadas y la contestación de la ponencia a las mismas, son fácilmente accesibles para el investigador en la obra de A. DE LA HERA: *Pluralismo y libertad religiosa*, cit., pp. 95 ss.).

A pesar de que el art. 6.º del proyecto es más abierto que su paralelo de la ley promulgada (su número 1 contemplaba una declaración de igualdad y no discriminación de los españoles por sus creencias para contraer matrimonio), las enmiendas a él interpuestas —casi todas dirigidas a dar un mayor alcance al derecho a la libertad religiosa dentro del supuesto— son rechazadas en su gran mayoría por la ponencia, y luego no reflejadas en la ley. Entre estas enmiendas se encuentran algunas que defienden la supresión de ciertos elementos del art. 6.º del proyecto en orden a la no exigencia de prueba. De esta manera, la enmienda n.º 40 propone eliminar del n.º 2 del art. 6 la locución “cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica”. Como fundamento de tal pretensión se aduce el argumento de que “el hecho de que quieran contraer matrimonio civil ya es una demostración de que no aceptan la misma (la religión católica) y, por tanto, debe ser tomado ya como una prueba demostrativa de ello” (*ibid.*, p. 162). La ponencia rechaza la enmienda porque tal supresión “privaría de claridad al precepto que, por otra parte, reproduce el correspondiente del Código civil” (*ibid.*, p. 211). Otros argumentos empleados por la ponencia en rechazo de las pretensiones de los procuradores son también ilustrativas al respecto. Se habla, así, de la “transcendencia de la recepción del ordenamiento matrimonial canónico en el Derecho civil interno” (loc. cit.). Se aduce el “especial reconocimiento de la Iglesia católica” (loc. cit.) para rechazar la enmienda que pretende la desaparición del n.º 3 del art. 6.º del proyecto, relativo a los ordenados “in sacris” y ligados con voto solemne de castidad, que pasará luego a la propia ley, etc.

<sup>109</sup> Decreto de 22 de mayo de 1969, que reforma los arts. 244, 245 y 246 del Reglamento a la ley de Registro civil (*B.O.E.* 17 de junio).

<sup>110</sup> Art. 245: “Si se tratase de personas que hubieren abandonado la religión católica, se exigirá que, a la mayor brevedad, se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encargado por correo certificado con acuse de recibo”.

<sup>111</sup> Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 1974 (*B.O.E.* 15 de abril).

de 1953 no se ha visto reformado en lo que se refiere a la cuestión matrimonial. Se han emprendido, sin embargo, los estudios para la revisión de su texto y una de las comisiones formadas al efecto tratará de la materia matrimonial dentro del apartado general de "temas jurídicos". No ha llegado a mi conocimiento que piense revisarse la declaración de confesionalidad de su artículo I.

B) *Libertad religiosa, confesionalidad y sistema matrimonial.*

1. *Los principios constitucionales.*

El problematismo actual de las relaciones entre libertad religiosa y confesionalidad en nuestro Derecho constitucional estriba en la reforma introducida por la *ley Orgánica del Estado*. El principio II de la *Ley de Principios del Movimiento Nacional* participa del espíritu que inspiró la antigua redacción del *Fuero de los Españoles*: confesionalidad del Estado más tolerancia en privado de otros cultos. La nueva redacción del artículo 6.º del Fuero puede, en principio, estimarse correcta, pues no está justificado extremar el análisis crítico. No sucede así, en mi opinión, con el principio II de la Ley de Principios, cuya redacción plantea varios problemas <sup>112</sup>.

Es claro, en primer lugar, que el supuesto contiene una declaración de confesionalidad cualificada por un marcado carácter doctrinal: el Estado español es confesional porque la Iglesia católica es la verdadera. Ello supone desconocer el hecho de que el Estado no puede realizar un juicio de valor sobre el fenómeno religioso, para lo cual la persona física, individualmente o reunida en grupos religiosos, es la única facultada. Tal juicio de valor no puede ser realizado por la sociedad civil, la cual únicamente puede apoyar su hipotética declaración de confesionalidad en un hecho sociológico cuantitativo. Esta doctrina es comúnmente admitida y constituye exactamente el punto de vista del Concilio Vaticano II <sup>113</sup>.

<sup>112</sup> Una gran parte de la doctrina adopta la postura asumida por el legislador español de 1966 de que el art. 6.º del *Fuero de los Españoles* es el texto esencial de la confesionalidad del Estado español. Entre los autores extranjeros es muy significativo que un especialista en los temas de la relación entre Iglesia y Estado como es Mons. Pietro PAVAN —uno de los autores de la primitiva redacción del documento presentado al Concilio que luego adquirió la forma de declaración *Dignitatis humanae*— no incluya en el interesante apéndice de su obra *La libertad religiosa y los poderes públicos* (cit.) el principio II de la *Ley de Principios del Movimiento Nacional*, sino tan sólo los arts. 6 y 29 del *Fuero de los Españoles* y el art. 9 de la *Ley de Sucesión* (p. 278).

Entre los canonistas españoles que entienden el principio II como norma capital de nuestro ordenamiento en materia de regulación del fenómeno religioso se encuentra el profesor P. LOMBARDÍA, quien considera este precepto como "el texto fundamental de la confesionalidad del Estado Español" (Cf. *La confesionalidad del Estado hoy*, en "Escritos de Derecho canónico", Eunsa, Pamplona 1973, I, pp. 428-429; también *Iglesia y Estado en la España actual*, *ibid.*, III, pp. 515-516).

En el mismo sentido se pronuncia el cardenal N. JUBANY, quien considera que el principio II de la Ley de Principios establece en España una confesionalidad de carácter formal y doctrinal. Vid. *La función profética de la Iglesia y los concordatos. Reflexiones en torno a los artículos II y XXXIV del Concordato español de 1953*, en "Ecclesia", n.º 1573 (1972), pp. 19-36.

<sup>113</sup> Cf. Declaración *Dignitatis humanae*, n.º 6, par. 3.º, donde se invierte la tradicional doctrina de la tesis-hipótesis.

La confesionalidad doctrinal que emerge del principio II implica, en segundo lugar, la relegación de los cultos distintos al oficialmente confesado a un terreno de menor valor, ésto es, propende a la confesionalidad excluyente del ejercicio de los mismos. No otro sentido parece tener la declaración de que la religión católica es "fe inseparable de la conciencia nacional", fórmula que en 1958 se mostraba perfectamente de acuerdo con el resto de la legislación española, tanto con el Derecho constitucional cuanto con el recientemente concordado.

Si tenemos en cuenta este precepto aisladamente considerado, puede observarse una incongruencia interna al mismo. En efecto, el supuesto está urgiendo la acomodación de todo el Derecho español a los principios de una confesión religiosa y, sin embargo, él mismo se aparta de tales principios declarando un tipo de confesionalidad que no coincide con los presupuestos de la religión confesada, al menos desde el último Concilio ecuménico.

Uno de los preceptos que se ven obligados a variar su tenor por influencia de la confesionalidad es el propio artículo 6.º del *Fuero de los Españoles*. Pues bien, si en un principio ambas normas fueron concordantes, no puede hoy ya defenderse tal concordancia. El precepto reformado responde a un nuevo espíritu que el principio II no comparte. De ahí que pueda sostenerse una nueva incongruencia, esta vez externa al principio II e interna al conjunto del Derecho constitucional español.

La doble dirección en el campo del Derecho constitucional, que hemos señalado, genera una conflictividad en todo el ordenamiento que se resuelve en favor del principio II, como lo demuestra el carácter minimista con que se ha introducido el derecho a la libertad religiosa en el ordenamiento español y que se manifiesta:

a) En el carácter de la reforma a que se ha visto sometido el Derecho constitucional. El legislador siente la necesidad de revisar uno de los preceptos constitucionales que se refieren al caso. Pero esta exigencia tan sólo alcanza, en términos estrictos, a la *integración* de la libertad religiosa en un precepto que declara la confesionalidad del Estado, la cual permanece vigente aún a pesar de la novedad.

Por otra parte, el legislador siente la necesidad de revisar tan sólo uno de los supuestos del Derecho constitucional entre todos los que toman en cuenta la confesionalidad del Estado antes de su modulación por la libertad religiosa<sup>114</sup>. Permanecen, así, vigentes en nuestro Derecho, no sólo el principio II, ya estudiado, sino también aquellos supuestos que, por citar algunos, definen como «católico» al Estado español<sup>115</sup>, imponen la obligación de

<sup>114</sup> Vid. *Discurso de S. E. el Jefe del Estado en la sesión extraordinaria de las Cortes españolas del día 22 de noviembre de 1966* (presentación de la *Ley Orgánica del Estado*), en *Referendum 1966. Nueva Constitución*, S.I.E., Madrid 1966, p. 46.

<sup>115</sup> Cf. art. 1 de la *Ley de Sucesión*, de 26 de julio de 1947 (*B.O.E.* de 27 de julio).

ser católico para ostentar determinados cargos<sup>116</sup> y prevén la presencia de la jerarquía en altos organismos del Estado<sup>117</sup>. El más importante de todos ellos, a causa de sus consecuencias con respecto del ejercicio del derecho de libertad religiosa, es el artículo 33 del *Fuero de los Españoles*<sup>118</sup>, que considera la unidad espiritual de España como parte de la unidad política. Este último precepto era el fundamentalmente aludido por la jurisprudencia anterior a la ley Orgánica cuando se trataba de sancionar conductas contrarias a la religión católica oficial por causa del proselitismo de otros cultos<sup>119</sup>. Una vez reformado el *Fuero de los Españoles*, sin duda hubiera sido necesario revisar asimismo su artículo 33, no sea que en un momento dado pueda aducirse este precepto de rango constitucional para limitar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Esta es precisamente la función que, a mi modo de ver, cumple el estudiado principio II: situar la confesionalidad del Estado en el ámbito del orden público, relegando a la libertad religiosa al campo más amplio del bien común, de manera que el segundo de los principios podrá ser limitado por el primero y no a la inversa, cual sería lo correcto<sup>120</sup>.

b) La misma solución de la conflictividad entre las dos normas constitucionales se manifiesta en la comprensión de la *Ley de libertad religiosa* a propósito de las relaciones entre los principios de libertad religiosa y confesionalidad. El artículo primero de la ley considera el principio de libertad religiosa supeditado al de confesionalidad católica del Estado en los siguientes términos: *El ejercicio del derecho a la libertad religiosa, concebido según la doctrina católica, ha de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus leyes fundamentales*. Están aquí presentes los dos elementos del principio II que nos han obligado a destacar su incongruencia intrínseca. Está claro cómo la ley de libertad religiosa deriva hacia la regulación del fenómeno religioso contenida en este supuesto constitucional.

## 2. *El sistema matrimonial.*

El Derecho ordinario no es más que un reflejo del Derecho constitucional. Según se ha visto a lo largo del repaso histórico, que constituye la primera parte de este trabajo, las variaciones del sistema matrimonial vienen estrechamente ligadas a la postura adoptada por el Derecho constitucional a propósito del fenómeno religioso.

<sup>116</sup> Como la Jefatura del Estado (art. 9 de la *Ley de Sucesión*) y la tutela de personas reales menores de edad llamadas a la sucesión (art. 12 de la *Ley Orgánica del Estado*).

<sup>117</sup> Como en los Consejos de Regencia y del Reino (arts. 3 y 4 de la *Ley de Sucesión*) y en las Cortes, según ha puesto de manifiesto I. MARTÍN MARTÍNEZ: *Estado y Religión en España*, en "Lex Ecclesiae", Univ. Pontificia, Salamanca 1972, p. 583.

<sup>118</sup> Vid. nota 100 de este trabajo.

<sup>119</sup> Vid. al efecto L. MARTÍN RETORTILLO: *Libertad religiosa y orden público. Un estudio de jurisprudencia*, Tecnos, Madrid 1970.

<sup>120</sup> Cf. *Dignitatis humanae*, n.º 7.

El vigente sistema del Derecho matrimonial contempla, aún, dos clases de matrimonio, canónico y civil, con preferencia de una de ellas: la canónica. Tal preferencia procede, naturalmente, de la confesionalidad del Estado.

La *Ley de libertad religiosa*, al insistir sobre el problema, no varía en esencia lo dispuesto en el Código civil. Se produce, sin embargo, una novedad con respecto del sistema codicial: la prueba directa de no profesión queda convertida en prueba de comunicación del abandono y tan sólo se dirige indirectamente a lo primero. La exigencia de prueba, como he dicho anteriormente, se ve suavizada, primero por la propia *Ley de libertad religiosa* y luego por el Reglamento de registro civil. La posibilidad ofrecida por esta última norma hay que juzgarla beneficiosa por cuanto contribuye a evitar el contacto personal —muchas veces problemático— entre el interesado en contraer matrimonio civil y la autoridad confesional de la religión abandonada.

Así pues, el sistema matrimonial de la *Ley de libertad religiosa* y sus normas de desarrollo conserva la raíz del sistema codicial desvirtuándole en alguna medida. Insistiremos al efecto en una nueva idea, ya anteriormente expresada. Estimo que el nuevo régimen jurídico que regula el sistema matrimonial no es un sistema plenamente facultativo. Bajo mi punto de vista, tal conceptualización exigiría dos elementos fundamentales:

a) La ausencia de un requisito que, por mínimo que fuere, afectara únicamente a determinadas personas y no a todas. Curiosamente, en el caso español, la propia confesionalidad limita la libertad religiosa de los católicos, desde el momento en que un correcto juego de la libertad religiosa en el campo del Derecho canónico posibilitaría la dejación de la fe en cuanto pertenencia activa a la comunidad eclesial. El Derecho español, al no considerar como radical esta posibilidad, está obligando a los católicos a un especial requisito —la prueba de comunicación del abandono— que no exige para todos aquellos que no hayan sido bautizados en esta confesión religiosa. Es un requisito mínimo, pero un requisito al fin y al cabo que supone un cierto grado de discriminación.

La cuestión es más evidente y tiene consecuencias más serias en el caso de los ligados a la Iglesia católica por el orden sagrado o el voto solemne de castidad. Estas personas no podrán contraer matrimonio civil en tanto no demuestren plenamente —habría que entender que mediante la presentación del correspondiente rescripto— que han sido dispensados de la obligación que les ligaba por una autoridad confesional, a la cual, en uso de su legítima libertad, ya no se consideran personalmente sujetos. Es un supuesto claro de discriminación en disfavor de los católicos<sup>121</sup>.

b) El hablar de discriminación nos conecta con la segunda de las condiciones que, a mi entender, es necesaria para que pueda conceptuarse como

<sup>121</sup> Lo mismo puede concluirse del análisis del art. 5.º 2 *LLR* con respecto de los dos supuestos que contempla: Fuerzas Armadas y régimen penitenciario.

facultativo un concreto sistema matrimonial, la cual podría indicarse así en un plano general: la admisión de todas las exigencias de la libertad religiosa. A estos efectos, sería necesario no sólo que desaparecieran los requisitos discriminatorios que un determinado sistema matrimonial pudiera contener, sino también que los enlaces religiosos de cualquier signo —con el límite del orden público interno restrictivamente considerado— causaran igual efecto civil. Si esta igualdad pudiera suponer que todos los vínculos causaran efectos en igualdad de condiciones con el vínculo civil (sistema verdaderamente facultativo en el que los polos ya no serían matrimonio civil — matrimonio católico, sino matrimonio civil — matrimonio religioso) o que tan sólo el vínculo civil causara efectos de validez en el orden interno, es un problema en el que no puedo entrar desde estas páginas. En definitiva, la cuestión habría de depender de una decisión política secular libremente asumida.

Por todo ello, creo dudoso que pueda hablarse de matrimonio facultativo. Es, sin embargo, indudable que el nuevo régimen introducido por la *Ley de libertad religiosa* y desarrollado por normas posteriores, suaviza el régimen matrimonial que tiene su clave de arco en el artículo 42 del Código civil. Nuevamente nos encontramos, como en la historia del problema se ha visto, con que, a pesar de la permanencia en vigor del Código civil, reconocida como suprema<sup>122</sup>, se dictan una serie de disposiciones, situadas muchas veces en los escalones jerárquicos más bajos de la jerarquía normativa<sup>123</sup>, que están acercando violentamente el régimen codicial de matrimonio subsidiario a un sistema facultativo, sin conseguirlo del todo<sup>124</sup>.

Sin duda este acercamiento lo ha producido el parecer del legislador en relación a que el sistema del Código entraba en colisión, en mayor o menor medida, con el nuevo principio fundamental integrado en nuestro Derecho. Así pues, algo impidió una revisión correcta de todo el sistema matrimonial español. ¿Qué pudo ser ello?

De lo dicho anteriormente creo poder destacar sin violencia alguna la dependencia de nuestro sistema con respecto del principio de confesionalidad entendido en aquella de las direcciones constitucionales que alcanza una mayor fuerza: la del principio II de la *Ley de Principios del Movimiento*

<sup>122</sup> No otro sentido tiene la referencia al art. 42 del Código civil introducida en el art. 6 LLR.

<sup>123</sup> Decía en 1954 el profesor MALDONADO, a propósito de las interpretaciones que el art. 42 del Código civil había recibido desde su promulgación, que "su alcance ha venido a estar..., en un movimiento de avance y retroceso, como en vaivén de marea, determinado por simples Ordenes ministeriales" (*La exigencia de matrimonio...*, p. 149).

<sup>124</sup> De ahí que considere preferible la conceptualización de este sistema como "cuasi-facultativo", para diferenciarle de algún modo tanto del sistema facultativo cuanto del sistema subsidiario, puesto que no coincide plenamente con ninguno de ellos. Con todo, a partir de la irrupción del principio de libertad religiosa, quizá fuera preferible dejar de emplear la terminología tradicional y fijarse en si el sistema matrimonial previsto por el ordenamiento asegura o no la libertad religiosa, puesto que es en este terreno donde se centra propiamente el juicio valorativo del jurista sobre el sistema matrimonial y la postura del Estado con respecto de él. Sólo considerando como criterio fundamental el principio de libertad religiosa podrá resolverse, por otra parte, el problema del carácter del nuevo sistema matrimonial a implantar en nuestro Derecho.

*Nacional*, verdadero punto culminante de la relación Iglesia-Estado en el Derecho español. Este supuesto constitucional obliga a la *Ley de libertad religiosa* a regular un sistema matrimonial sobre la base de dos pilares fundamentales: sus artículos 1.º, 3, ya citado, y 2.º, 1, que introduce, en directa derivación del primero, el “respeto a la Religión católica, que es la de la Nación española”, entre los límites al ejercicio del derecho a la libertad religiosa, integrado, junto con otros elementos, en el orden público.

En consecuencia, ante la presente regulación constitucional y ordinaria como punto de partida en la regulación del fenómeno religioso, sólo cupo la posibilidad de suavizar el sistema matrimonial por medio del procedimiento que se ha adoptado.

### III.—CONCLUSION

Del estudio anterior, ya finalizado, se destaca la siguiente conclusión: la implantación de un nuevo sistema matrimonial en España, cuyos primeros pasos ya se anuncian, habrá de ser precedida por una revisión a fondo de la posición del principio de confesionalidad en el Derecho constitucional, a fin de impedir su incorrecto juego limitativo de la libertad religiosa, ya se adopte el criterio de su desaparición, ya el de adecuar estrictamente sus exigencias a la realidad sociológica española, problema que, según he indicado, es radicalmente político y excede a un tratamiento jurídico de la cuestión como el presente. Sólo así podría evitarse:

- 1) La implantación de un nuevo sistema matrimonial que resultara igualmente limitativo de la libertad religiosa;
- 2) La posibilidad de que normas de rango jerárquico inferior produjeran, amparadas en la Constitución, la limitación de un hipotético sistema matrimonial correcto por medio de criterios restrictivos de interpretación, según ha venido sucediendo en la historia.

GUSTAVO SUÁREZ PERTIERRA

*Departamento de Derecho canónico  
Universidad de Valladolid*