

MATRIMONIO Y LIBERTAD DE CONCIENCIA

Josep M. MARTINELL
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Lleida

SUMARIO:

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- EL SUPUESTO COMPROMISO CONSTITUCIONAL DE ASUMIR LA EFICACIA CIVIL DE LA CELEBRACIÓN MATRIMONIAL EN FORMA RELIGIOSA.

III.- EL PROBLEMA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS RITOS MATRIMONIALES ÉTNICOS.

IV.- AMBIVALENCIA DE LA EXPRESIÓN MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL.

V.- SIGNIFICACIÓN ACTUAL DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL Y EXIGENCIAS METODOLÓGICAS EN EL MARCO DEL DERECHO DE FAMILIA. 1.- *El matrimonio y el nuevo Derecho de Familia.* 2.- *Principio personalista y principio institucionalista.* 3.- *Las uniones de hecho.*

VI.- EL LLAMADO SISTEMA MATRIMONIAL. 1.- *Previo.* 2.- *La autonomía de las Confesiones ante la eficacia civil de la celebración religiosa.* 3.- *La autonomía de las contrayentes ante la eficacia civil.* 4.- *Inscripción registral.*

VII.- LA JURISDICCIÓN CANÓNICA Y SU INCIDENCIA CIVIL.

VIII.- CONSIDERACIÓN FINAL.

I.- INTRODUCCIÓN

Las leyes procuran trascender del caso particular y regular, en su conjunto, mediante conceptos más o menos generales, una determinada materia; pero son fruto de las necesidades y de las inquietudes sociales y políticas de cada momento, de suerte que las motivaciones concretas a que obedecen pueden condicionarlas hasta el punto de que las exigencias metodológicas y sistemáticas queden relegadas a un segundo plano. En lo que aquí interesa, la radical y apremiante necesidad de superar

sin traumas y por la vía del consenso la vieja *cuestión religiosa* constituyó, durante nuestra transición política, uno de esos condicionantes. De ahí, el énfasis puesto, desde la propia Constitución, en la libertad religiosa, cuando hubiera podido primar una perspectiva más general, basada en la libertad de conciencia, presente pero no explícita en nuestra Carta Magna¹. Y de ahí también que la LOLR² resulte radicalmente insuficiente para abordar cuestiones derivadas de la libertad de conciencia que no tengan explícitamente que ver con lo religioso, como inequívocamente se desprende, no sólo del enunciado de la ley, sino también de la expresa cláusula excluyente contenida en el art. 3.2.

Lo anterior guarda relación, asimismo, con una cuestión hermenéutica de primer orden: los criterios de interpretación de las normas jurídicas en general, y de las constitucionales, en particular. Sin necesidad de detenernos ahora en la oportunidad de que el Código civil, en la reforma de 1974, elevara los criterios de interpretación a categoría formal (art. 3.1) -siendo así que para algunos esta cuestión pertenece al ámbito de los criterios científicos³-, y, en conexión con ello, en si se trata de una ley directa y vincularmente aplicable, o simplemente la expresión de lo que ya era doctrina común, una mera guía, que en nada perjudica la libertad (que no arbitrariedad) del intérprete⁴, lo cierto es que en la práctica no se han opuesto razones

¹ La libertad de conciencia no está reconocida, con estos términos, en la Constitución, pero la doctrina admite que se contiene implícitamente en ella. Así, SOUTO PAZ, JOSÉ ANTONIO, *Derecho Eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, Madrid, 1993, pp 121 y ss. Por su parte, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO, *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, Madrid, 1997, p. 17, distingue entre "derecho de libertad de conciencia", en cuanto derecho subjetivo de toda persona a tener creencias, ideas u opiniones (religiosas o no), a expresarlas o silenciarlas y a adecuar la conducta a sus convicciones, y "Derecho de la libertad de conciencia" como Derecho objetivo, o conjunto de normas que tutelan, fomentan y establecen las condiciones de ejercicio del citado derecho subjetivo. El citado autor considera la libertad de conciencia como la primera y más básica de las libertades (op. cit. p. 227), y, como "principio supremo del ordenamiento", y la entiende implícitamente consagrada en el art. 16.1 y 2 de la Constitución, en relación con los arts. 10.1 y 1.1. de la misma (op. cit. pp. 232 y 233). Como explica CONTRERAS MAZARIO, JOSÉ MARÍA, *Algunas consideraciones sobre la libertad de conciencia en el sistema constitucional español* (I), en "Derecho y Libertades", año II, mayo-diciembre 1994, nº 3, p. 135, dentro de la pluralidad terminológica utilizada tanto por el Tribunal Constitucional como por la doctrina para referirse a los derechos reconocidos en el artículo 16 de la Constitución, la fórmula "*libertad de conciencia*" se ha empleado principalmente a propósito de la protección del derecho a la objeción de conciencia. Es claro, no obstante, que el concepto incluye otras dimensiones, además de la últimamente citada.

² Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE núm. 177, de 24 de julio).

³ Cfr. TORRALBA SORIANO, VICENTE, en AA. VV., *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título preliminar del Código civil y la ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid 1977, p. 153 y sus citas a DÍEZ-PICAZO y a COBO, MANUEL.

⁴ Nuestro legislador se ha alienado con la solución de aquellos países que regulan legalmente la

de fondo para que los criterios legales recogidos en el citado artículo sean aplicados también a las normas constitucionales, ya que en última instancia se trataría de criterios científicos no excluyentes de otros, y habida cuenta el criterio sistemático implícito, que en todo caso supedita la interpretación de las normas a lo que establece la Constitución⁵.

Así las cosas, pugnan en la interpretación de las normas las doctrinas subjetivas, que tratan de averiguar cuál fue la voluntad del legislador, con la las objetivas, que aluden a la voluntad de la propia ley⁶. Contra las primeras, está la dificultad de determinar cuál fue esa supuesta voluntad del legislador, si es que un órgano colegiado la tiene, asunto que se complica más si cabe por la diferencia fundamental entre la situación política del año 1974 (al que corresponde la aprobación del art. 3.1 del Código civil) y la situación presente; la actual vigencia del principio de pluralismo, dimanante de la Constitución e inherente al Estado de Derecho, contrasta con el anterior régimen y la negación de dicho pluralismo; es más, la propia composición del constituyente ya reflejaba, como no podía ser de otro modo, ese pluralismo, propiciando fórmulas imprecisas, a veces de ambigüedad calculada, que fueran válidas para distintas concepciones. Por ello, en cuestiones de determinado

interpretación, pero que lo hacen con un carácter marcadamente flexible, lo que ha llevado a parte importante de la doctrina a afirmar que permanece intacta la amplia libertad del intérprete, *"el cual podrá continuar interpretando en la misma libertad con que venía haciendo"* (Vid. TORRALBA SORIANO, VICENTE, en AA. VV., *op. cit.*, p. 165).

⁵ Por ejemplo, la sentencia de la Sala 3ª, Sección 3ª, del Tribunal Supremo, de fecha 26.09.1989 (ARANZADI, Repertorio de Jurisprudencia, Marginal RJ 1989/6499, dice que *"toda interpretación de las normas jurídicas ha de acomodarse a las reglas o sistema establecido en el artículo 3º.1 del Código civil, es decir, atendiendo al sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, así como a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquéllas, y, por ende, sin olvidar el conjunto del Ordenamiento jurídico vigente del que es cúspide la Constitución Española de 1978"*. Con un matiz distinto, que subraya aún más la supeditación a la Constitución, escribe SALVADOR CODERCH, PABLO, en la obra publicada por el Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, Tomo I, Madrid 1991, p. 22: *"Después del Título Preliminar de 1974 la innovación legislativa más importante en materia de reglas sobre interpretación de las leyes ha sido consecuencia de la CE: 'La Constitución', dice el art., 5º L.O.P.J., 'es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos'. Esta exigencia de interpretación o de reinterpretación de los enunciados legales en función de la jurisprudencia constitucional limita de manera notable el alcance de la interpretación lingüística (o, en cualquier caso, histórica) en la aplicación judicial del Derecho (...), pero no permite prescindir de ella a la hora de conocer la jurisprudencia constitucional que funge de criterio de decisión"*.

⁶ Para más detalle, puede verse SALVADOR CODERCH, PABLO, *op. cit.*, p. 24.

calado, esa supuesta voluntad del legislador presenta mayores dificultades de determinación que en el pasado.

Por su parte, contra el objetivismo se erige la evidencia de que la ley no está dotada de voluntad; pero, en su auténtico sentido, dicha doctrina trata de hallar el significado *actual* de la norma, a cuyo efecto se sirve del significado que tuvo cuando se dictó, pero sólo como medio para alcanzar el citado fin; cabe señalar, a mayor abundamiento, que incluso desde posturas cercanas al subjetivismo se admite que la norma escrita es capaz de producir consecuencias muy por encima de las previsiones del legislador. En fin, este proceso hacia la objetivación culmina con el criterio de que las normas han de ser interpretadas teniendo en cuenta la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, lo que supone un paso cualitativo importante, por cuanto no se trata sólo de interpretar lingüísticamente la norma conforme al significado actual de las palabras, sino también atendiendo a la realidad social del momento⁷.

Bajo las anteriores premisas, se está en condiciones de afrontar con las debidas garantías una de las cuestiones clave de nuestro sistema matrimonial: el grado de compromiso asumido constitucionalmente por el Estado en materia de eficacia civil del matrimonio en forma religiosa. Aún a costa de aplazar para más adelante cuestiones de carácter metodológico, que han quedado pendientes, parece conveniente detenernos, de inmediato, en esta cuestión.

II. EL SUPUESTO COMPROMISO CONSTITUCIONAL DE ASUMIR LA EFICACIA CIVIL DE LA CELEBRACIÓN MATRIMONIAL EN FORMA RELIGIOSA

Por de pronto, debe descartarse cualquier interpretación que pretenda derivar un hipotético compromiso, en ese orden, extraído del principio o del derecho de libertad religiosa. Ya lo anticipó REINA con estas palabras: *“ni siquiera un sistema de matrimonio civil obligatorio clásico hubiera conculcado tal principio, puesto que sería inaudito considerar que el matrimonio civil obligatorio -tan usual en tantos partidos democráticos que han constitucionalizado desde hace tiempo la libertad religiosa, incluso contra los postulados seculares de la Iglesia Católica- se opone a tal principio y derecho fundamental”*⁸. En este sentido, el art. 2.1 b) de la LOLR se

⁷ SALVADOR CODERCH, PABLO, *ibid.*

⁸ REINA, VÍCTOR, *El sistema matrimonial español*, en “Los Acuerdos concordatarios españoles y la

limita a reconocer, en este punto, que la libertad religiosa y de culto comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a celebrar sus ritos matrimoniales, sin que en ningún momento se aluda a que la celebración de dichos ritos haya de ir acompañada de eficacia civil.

Lo anterior no excluye la posibilidad de que, en virtud de otras normas constitucionales, exista algún compromiso, siquiera sea implícito, de otorgar eficacia civil a la celebración matrimonial en forma religiosa. Y es aquí donde entre en liza la interpretación del art. 32.2 CE, en lo que se refiere a que la ley regulará las formas de matrimonio. Es cierto que sobre la expresión “forma” pesaban los antecedentes históricos del antiguo art. 42 del Código civil, y su reforma por Ley de 24 de abril de 1958, que sustituyó la expresión “formas” por “clases”, para subrayar lo que ya era un hecho en su aplicación práctica, es decir, que los matrimonios civil y canónico eran instituciones matrimoniales distintas, cada una con su propia identidad, y que por consiguiente la asunción civil del matrimonio canónico tenía lugar con este carácter institucional, y no meramente formal. Desde esta perspectiva, no cabe duda que la fórmula constitucional⁹ ha podido utilizarse como argumento para una concepción del sistema matrimonial basada en una pluralidad meramente formal, pero plural a fin de cuentas (matrimonios civil y religioso(s)).

Sin embargo, acudiendo a una interpretación subjetiva (voluntad del legislador) sobre el sentido de la fórmula constitucional que analizamos, se puede constatar que, por más que en el trasfondo del debate estuviera presente, por obvias razones, el problema de un sistema matrimonial plural, en modo alguno puede decirse que la voluntad del legislador -al menos como voluntad compartida por el constituyente, en su conjunto- fuera la de que, con la expresión “formas”, se pretendiera vincular al legislador ordinario a establecer necesariamente formas de matrimonio civil y de matrimonio religioso. Resulta ilustrativa, a este respecto, la intervención del diputado Sr. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MÍNÓN, correspondiente a la sesión plenaria de 11 de julio de 1978, que no por socorrida ha sido siempre interpretada como creemos que ha de serlo. Decía el citado diputado: *“En cuanto a la expresión «formas del matrimonio», ésta, en opinión de UCD, es la correcta. Si se dijera en su lugar «formas civiles del matrimonio», se estaría prejuzgando que sólo se reconoce la*

revisión del Concordato italiano” (Actas del simposio celebrado en Barcelona los días 29 de febrero y 1 de marzo de 1980), p. 316.

⁹ La, a nuestro modo de ver, desafortunada alusión del art. 149.1 8ª de I Constitución a la “formas” (“relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”), con que el Estado se reserva la competencia en la materia frente a las Comunidades autónomas, conecta con otro precedente distinto al que aquí tratamos: el del art. 15 1ª de la Constitución de la II República, y su no menos confusa alusión a la forma de matrimonio, también como materia reservada a la legislación del Estado.

*forma civil del matrimonio en sus diversas modalidades; y otro tanto si se emplea el singular 'forma'; pero al decir que se regulan las formas del matrimonio se abren todas las posibilidades, entre ellas, por supuesto, el mantenimiento de una situación en la que, junto a la forma civil, se reconoce la posibilidad de formas religiosas de matrimonio"*¹⁰.

La conclusión, si no entendemos mal las anteriores palabras, es obvia: la relevancia civil del matrimonio en forma religiosa aparece como una posibilidad no excluida, pero no como una solución necesaria. Eso, ateniéndonos, insistimos, a una perspectiva subjetiva del legislador, ejemplificada en la posición de UCD, que obviamente no puede confundirse con la supuesta voluntad del legislador en su globalidad, pero que, en todo caso, favorecía la pluralidad de formas civil-religiosas. Nada digamos, pues, si nos atenemos a la doctrina objetiva sobre la interpretación.

Pese a todo, es posible que la aplicación de la norma a la realidad social inmediatamente post-constitucional requiriera, por los antecedentes históricos que se arrastraban, y para no reavivar la cuestión religiosa, otorgar eficacia civil a la celebración del matrimonio en forma canónica y, por extensión, en otras formas religiosas; pero, afortunadamente superado el riesgo de división traumática en el seno de la sociedad española por razones religiosas, y atendiendo, pues, a la actual realidad social en que la norma debe ser aplicada, la citada solución pierde el posible carácter necesario que pudiera haber tenido con anterioridad, pese a que la pluralidad formal civil-religiosa continúe siendo perfectamente admisible.

Cosa distinta es que entre la Constitución y su desarrollo posterior se hayan interpuesto unos Acuerdos Concordatarios con la Iglesia Católica, negociados en plena transición política y en medio de fuertes tensiones, de los que aquí nos interesa el relativo a Asuntos Jurídicos¹¹, que en nuestra opinión distorsiona el sistema, pero del que procede recordar que fue aprobado con una amplísima mayoría¹². En virtud del principio de jerarquía, el Acuerdo sólo puede ser interpretado de acuerdo con la Constitución. Aún así, y presuponiendo que lo acordado sea constitucional -al menos en la interpretación que se haga de sus cláusulas- no deja de ser significativa la dificultad de derogación, ya que, teniendo el Acuerdo carácter asimilable al de

¹⁰ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 107, Sesión Plenaria de fecha 11.07.1978, p. 408. Resulta ya clásica la alusión a este texto. Lo reproduce, por ejemplo, GÁLVEZ, JAVIER, en AA. VV., Comentarios a la Constitución, Madrid, 1980, p. 418 (nota 1).

¹¹ Acuerdo de 03.03.1979, entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos. Instrumento de ratificación de 04.12.1979. (BOE núm. 300, de 15 de diciembre).

¹² Fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en fecha 13.09.1979 con 293 votos favorables, dos abstenciones y 2 votos en contra; y el Senado lo aprobó en fecha 30.10.1979 por 186 votos favorables, una abstención y 1 voto en contra.

tratado internacional, la derogación sólo es posible, conforme al art. 96.2 de la Constitución, por lo previsto en los propios acuerdos, o de conformidad con las normas generales del Derecho internacional. Lo cual supone, de hecho, una gravosa hipoteca, en la medida que reduce indefinidamente las posibilidades que ofrece el marco constitucional para optar por un sistema matrimonial determinado.

A nuestro modo de ver, tampoco es posible alcanzar una conclusión favorable al supuesto carácter constitucionalmente necesario de la eficacia civil de las celebraciones matrimoniales religiosas, ni en virtud del principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), ni en virtud del principio de favorecimiento, promoción y remoción de obstáculos para la real y plena efectividad de las condiciones de libertad y de igualdad de los individuos y de los grupos (art. 9.2), ni en virtud de ningún otro precepto constitucional. La solución, en un sentido u otro -siempre que se respete el derecho a la celebración de ritos matrimoniales religiosos- entra plenamente en el marco de lo constitucional, que es abierto, y en cuyo ámbito se ofrecen al legislador distintas opciones, entre las que prudentemente podrá optar.

En todo caso, a nuestro entender, no existen argumentos definitivos para sostener como más ajustado a la Constitución un sistema de pluralidad formal, o el principio de matrimonio civil obligatorio (no ya en lo institucional, lo que es una exigencia que cabe dar por supuesta, sino en lo formal). El primero favorece, al menos en apariencia, la libertad, pero a costa de cierta seguridad jurídica y de cierta confusión entre los ámbitos civil y religioso. La segunda opción proporciona un carácter mucho más nítido a la celebración y a la naturaleza que la misma tiene, subraya la separación de los ámbitos civil y religioso y ello redundante, entre otras cosas, en una mayor seguridad jurídica, ya que no es preciso el trasvase entre distintas jurisdicciones; en su contra tiene la duplicidad de celebraciones para quien quiera quedar casado religiosa y civilmente.

El anterior planteamiento se ciñe, insistimos, a lo estricta y directamente constitucional, y es sin perjuicio, por tanto, de las exigencias que puedan derivar de los acuerdos con la Iglesia católica, o con otras confesiones, suscritos al amparo del art. 7 LOLR, que los prevé como forma o instrumento de cooperación (obviamente, no como única modalidad de la misma). A través de estos Acuerdos, determinadas celebraciones religiosas adquieren eficacia civil; a propósito de ello -o de otros contenidos de los Acuerdos- se afirma en ocasiones que estamos ante el desarrollo del principio de libertad religiosa. Pero sólo en parte tal afirmación es admisible, ya que el artículo determinado ("el desarrollo") adquiere una cierta dimensión excluyente, como si fuera la única opción de desarrollo constitucionalmente posible, cuando no pasa de ser, en el mejor de los casos, una de las jurídicamente admisibles. Por lo demás, es claro que la hipoteca que asume el Estado es mucho mayor en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos (y, en general, en los Acuerdos con la Iglesia

Católica), que en los Acuerdos suscritos con las confesiones protestante, judía e islámica, ya que estos últimos son de Derecho público interno y pueden ser derogados por ley posterior.

III. EL PROBLEMA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS RITOS MATRIMONIALES ÉTNICOS

Más allá de los concretos contenidos que la institución matrimonial civil ha tenido, tiene actualmente, o pueda tener en un futuro, interesa reparar aquí en algunos perfiles de carácter más general que presenta el ordenamiento a propósito de esta institución. Comenzando por lo más extrínseco, cabe señalar que el inevitable reduccionismo legal frente a la riqueza de las realidades sociales hace que el legislador se ocupe del matrimonio en sus diversas variedades formales, civil y religiosas, inclusive las que carecen de eficacia civil (derecho a celebrar ritos matrimoniales religiosos), pero haya omitido toda referencia al matrimonio étnico, que ni es matrimonio civil, ni religioso, aunque pueda ir acompañado de determinados ritos o símbolos de dicho carácter. Precisamente por no ser religioso queda fuera del ámbito específico de protección del art. 2.1 b) LOLR, pero no por ello puede decirse que no haya norma que le sea aplicable, ya que estamos ante una exigencia del principio de integridad del sistema.

En este orden, y sin ánimo de ser exhaustivos, cabe hacer referencia, a diversos principios y derechos constitucionales: así, el principio de promoción de condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos (art. 9.2 de la Constitución), en cuyo compromiso se incluye, como mínimo, el reconocimiento del derecho a realizar los actos de la propia etnia o raza a la que se pertenece, sin que pueda prevalecer discriminación alguna (art. 14); así también, el derecho de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), que conecta directamente con el concepto libertad de conciencia, y a su vez con el de libertad ideológica a que se refiere el art. 16.1.

Pero frente al derecho implícitamente reconocido, se erige el límite del orden público, entendido no sólo en su sentido negativo, estrictamente limitativo, sino también en su acepción positiva, de contenido tuitivo, y de respeto a los derechos de los demás. El art. 10.1 de la Constitución sitúa en el fundamento del orden político y de la paz social el respeto a la ley (comenzando por la propia Constitución) y a los derechos de los demás; el art. 16.1 hace expresa referencia al orden público protegido por la ley como única limitación al derecho de la libertad ideológica (religiosa y de

cultos); y el art. 3 LOLR, a pesar de su estilo un tanto retórico, establece a este respecto determinados parámetros que son perfectamente aplicables, por extensión, no sólo a libertad religiosa y de cultos, sino a la generalidad de derechos y libertades, al fijar como único límite “*la protección de los derechos de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática*”.

Llegados a este punto el principal conflicto puede consistir en que la celebración de ritos matrimoniales de carácter étnico lleven consigo determinadas actuaciones que contradigan elementos constitutivos del orden público, por ser contrarios a la dignidad de la persona, al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, o por cualquier otra causa. Y la dificultad no se refiere tanto a la posibilidad de que la persona afectada en sus derechos denuncie la situación y solicite la tutela del derecho, sino al supuesto de que no lo haga, bien porque carezca de libertad para ello, bien porque, teniéndola (supuestamente) asuma y considere como normal, o incluso reivindique, lo que es contrario a los valores constitucionales y legales. Es entonces cuando, como en otros tantos ámbitos, hay que elegir entre la tutela de la supuesta libertad individual y de los grupos en que las personas se integran, y los valores dominantes en la sociedad democrática, consagrados constitucionalmente.

IV. AMBIVALENCIA DE LA EXPRESIÓN MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL

No es nuevo el problema semántico con que se enfrenta el legislador español, al tener que referirse con la expresión *matrimonio* (o sus adjetivos, *matrimonial*, o *matrimoniales*), tanto a la institución que el propio ordenamiento califica y reconoce como tal, como a aquella otra que carece de eficacia civil, y que por tanto es la negación, desde la perspectiva jurídico-civil, de dicha institución¹³. En concreto, cuando el repetido art. 2.1 b) de la LOLR se refiere al derecho de toda persona a “*celebrar sus ritos matrimoniales*”, por mucho que eluda expresiones como *celebración*, el sustantivo *matrimonio*, etc., en última instancia está reconociendo

¹³ El problema ni siquiera es exclusivo del ámbito civil. También el Derecho canónico se encontró, en sentido inverso, con semejante contradicción. Por ejemplo, MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, LORENZO, Comentarios al Código de Derecho canónico, II, Madrid, 1963, p. 669, marginal 511, aludía, desde la perspectiva confesional, al “mal llamado matrimonio civil”.

implícitamente la existencia de unas realidades social-religiosas en las que pueden tener lugar unos determinados matrimonios, al margen del control y del reconocimiento civiles. Las contradicciones que este hecho comporta son evidentes, comenzando por la posibilidad de que el individuo o la confesión digan de que existe matrimonio donde el Estado dice que no lo hay, o que hay otro. Aunque en cada caso sea posible aclarar en qué sentido dice el Estado, o el individuo, o la Confesión, que hay o no hay determinado matrimonio, esta superposición de conceptos puede llegar a crear serias confusiones en la sociedad -alentadas algunas veces por los propios grupos religiosos y por algunos medios de comunicación-, por lo que cabe concluir que esta situación no es la óptima para una institución que se dice tan capital para el Derecho de familia, y en la que tradicionalmente tanto han venido incidiendo las razones de orden público.

Ante estas consideraciones podría plantearse la hipótesis de que la LOLR sea contradictoria en sí misma, pues el reconocimiento del derecho a celebrar ritos matrimoniales religiosos (art. 2.1 b)) choca, casi necesariamente, con los límites del orden público del art. 3. En efecto, salvo en el caso de que la celebración tenga eficacia civil (supuesto que es netamente distinto al que aquí venimos contemplando), en todos los demás casos no hay coincidencia entre la calificación jurídico-civil y la religiosa. Así, y aún en el supuesto de que la celebración religiosa coincidiera con otra civil entre las mismas partes, se trataría de dos matrimonios distintos, porque se habrían celebrado en momentos distintos. Si, además de esto, se toman en consideración otras posibilidades nada infrecuentes como celebración religiosa de matrimonio que no se pueda celebrar civilmente, disolución religiosa sin correspondencia civil, disolución civil sin correspondencia religiosa, etc., y sus correspondientes calificaciones antitéticas, podría llegarse al resultado dialéctico de que el art. 3 invalida, prácticamente, el derecho reconocido en el art. 3.2 b).

Ya se comprende que la anterior interpretación es maximalista, contraria a los criterios sistemáticos de la ley, y en todo caso desechable. Pero un esfuerzo por ahondar en las razones por las que hay que descartar semejante interpretación nos lleva a concluir que no es que no haya razones para entender que el derecho a celebrar ritos matrimoniales religiosos puede perjudicar el orden público, sino que existan otros principios constitucionales y otras dimensiones del orden público de mayor calado, como son la Libertad de conciencia, y la Libertad de religión y de cultos, que deben prevalecer.

**V. SIGNIFICACIÓN ACTUAL
DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL Y
EXIGENCIAS METODOLÓGICAS
EN EL MARCO DEL DERECHO DE FAMILIA**

1.- El matrimonio y el nuevo Derecho de Familia

Parece claro que el matrimonio, tal como lo concebimos actualmente, es decir, con origen consensual pero formal -requerimiento de una forma *ad validitatem*- puede ser interpretado como una respuesta de la autoridad ante la desconfianza en sus propios súbditos. Al margen de otras razones teológicas de fondo, la Iglesia fue propiciando la celebración formal hasta su definitiva exigencia (Trento), para que nadie pudiera falsear su situación personal, ya que alrededor del matrimonio se fueron concentrando un cúmulo de principios, derechos y deberes de hondo significado religioso, jurídico y moral (sacramentalidad, legitimación del ejercicio de la sexualidad en relación con el *ius in corpus*, fundamentación de la familia, de la descendencia legítima, fidelidad, indisolubilidad, etc.). La secularización y una concepción más personalista del Derecho (las instituciones al servicio de la persona, y no a la inversa) atenuaron progresivamente los contenidos institucionales del matrimonio, de suerte que, con independencia de las fluctuaciones propias de todo proceso, se ha ido constatando, en el ámbito civil, un progresivo vaciado de los valores institucionales clásicos. Los remedios desvinculatorios llevan camino de liberalizarse definitivamente, para admitirse incluso por voluntad unilateral, como de hecho ya sucede con la separación y, diferidamente, con el divorcio. Los deberes de convivencia y fidelidad han quedado diluidos, y sus incumplimientos o infracciones, y, en general, el criterio de culpabilidad, apenas encuentran eco en la ley, y menos aún en su aplicación, ni en relación con el remedio desvinculatorio, ni en relación con las medidas que proceda fijar. Se ha impuesto la reivindicación del legítimo ejercicio de la sexualidad al margen del cauce del matrimonio, el cual, por otra parte, ya no se entiende necesariamente orientado a la procreación. Mientas tanto, las reformas legislativas europeas de las últimas décadas se han caracterizado, entre otras cosas, por una mayor atención a las consecuencias y cargas derivadas de la familia, sobre todo cuando, a raíz de la ruptura conyugal, éstas ya no se presumen espontáneamente cumplidas y deben adecuarse a una nueva realidad; y ello, tanto en el ámbito del orden público (en especial, protección de menores), como del derecho dispositivo (por ejemplo, prestaciones y compensaciones entre cónyuges).

Vaciado el matrimonio de los contenidos institucionales clásicos, o muy avanzado el inexorable proceso en cuestión, su protección institucional específica

(artículo 32 de la Constitución) habrá que ir interpretándola de manera distinta, acorde con la realidad social que vivimos, en un sentido más instrumental que de fondo, donde su relevancia se encuentre no ya en sus supuestos valores intrínsecos (cada vez más diluidos), sino en su función pre-constitutiva de pruebas y de creación de presunciones, que en el Derecho de familia son de la mayor importancia para hacer justicia, en especial cuando la pareja entra en crisis. Sobre las anteriores bases, una vez quede definitivamente desprovisto el matrimonio de los agregados históricos y dogmáticos que ha ido acumulando a lo largo de los siglos, y recuperada su esencia originaria¹⁴ -aunque manteniendo, por las razones antedichas, su origen consensual, pero formal- buena parte de la polémica sobre la regulación orgánica de las uniones de hecho perderá su sentido. Sobre este punto volveremos después. Procede aclarar ahora que no propugnamos la equiparación de estas uniones de hecho al matrimonio, sino que reivindicamos la construcción de un Derecho de Familia menos referencial de la institución matrimonial, basada en unos principios generales, en los que no se pierda de vista la realidad social en que vivimos -incluido el fenómeno de la llamada familia *proteiforme*-, y en cuya virtud las equiparaciones vengan dadas por la aplicación de un mismo criterio de justicia a supuestos materialmente idénticos, y donde el matrimonio ocupe el lugar que le corresponde por las razones operativas e instrumentales que hemos venido señalando.

La anterior exigencia metodológica es ya una exigencia perentoria, incluso teniendo en cuenta que ese proceso de vaciado de contenidos institucionales no está culminado. La regulación sustantiva -y, reflejamente, también la procesal, aunque la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil haya supuesto algún modesto progreso- es un claro ejemplo de la *vis atractiva* que ejerce el matrimonio en el espectro del Derecho de familia, lo que produce, como resultado, un tratamiento legal discriminatorio, que debe enmendarse por la vía de la interpretación.

Como se ha dicho, ante la crisis matrimonial y el correspondiente juicio (separación, divorcio, nulidad), el legislador desconfía de que sigan cumpliéndose espontáneamente las obligaciones familiares indispensables, por lo que impele a establecer en cada caso, de forma cuasi imperativa, una reordenación fiscalizada judicialmente de la forma con que habrá que cumplir a partir de entonces con los deberes familiares. De ahí que, aparte de las medidas provisionales, se prevea, en línea de principio, que no haya *solución desvinculatoria* sin que, a la vez, no haya pronunciamiento sobre las medidas definitivas o efectos derivados (entre ellos, las medidas respecto a los hijos). Por eso se contempla como preceptivo, en las

¹⁴La idea de redimensionar el matrimonio, y de equiparar el matrimonio a las uniones de hecho, y no las uniones de hecho al matrimonio, la desarrolla REINA, VÍCTOR, Uniones de hecho: perspectiva histórica, "Uniones de hecho". "XI Jornades Jurídiques. Universitat de Lleida", 1996, pp. 15 a 19.

demandas de mutuo acuerdo, la presentación de un convenio regulador (art. 81 1º del Código civil); y por eso también el Código civil dedica nada menos que un capítulo entero (el IX del Título IV Libro Primero) a las medidas de la sentencia, bajo la rúbrica “*de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*”, a pesar de que algunos de dichos efectos, como las medidas respecto a los hijos, tengan más que ver con el ámbito de las relaciones paterno-filiales que con el del matrimonio.

Cierto es que, excepcionalmente, por cuestiones del sistema matrimonial mal resueltas, pueden darse supuestos de desvinculación sin determinación, en el mismo juicio, de efectos derivados. Tal ocurre con la eficacia civil de sentencias eclesiásticas de nulidad o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, para lo que se prevé (art. 778 LEC¹⁵) el proceso de eficacia civil sin adopción de medidas, o con adopción de las mismas. También debemos constatar que, fruto de su imprecisa redacción, puede tener lugar una errónea interpretación del art. 91 del Código civil -afortunadamente ya superada y que será aún menos verosímil a partir de la entrada en vigor de la nueva LEC-, en cuya virtud los efectos derivados de la separación, divorcio o nulidad se reserven para fase de *ejecución de sentencia*¹⁶. También la separación de hecho puede suponer un cierto desamparo. Pero lo relevante -en contraste con lo que a continuación se expondrá- es que, como principio, y advertidas las anteriores excepciones, la ley pretende que la solución desvinculatoria vaya acompañada de la determinación de efectos derivados¹⁷, en pro de la protección de una serie de intereses, principalmente de los hijos.

En cambio, tratándose de filiación no matrimonial, el legislador presta menor atención a los supuestos de crisis entre los progenitores y a las correspondientes medidas de protección de los hijos. Podrá alegarse que en los supuesto de filiación no matrimonial no siempre hay convivencia, ni, si la hay, existe un dato externo -como lo hay en caso de matrimonio, con la demanda de separación, divorcio o nulidad- indicativo de la crisis y de que deja de presumirse el cumplimiento

¹⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. (BOE nº 7, de 08 de enero).

¹⁶ Nos referimos al art. 91 del Código civil, que, en sus literales términos, parece ser indiferente a que las medidas o efectos derivados se dicten en la propia sentencia de nulidad, separación o divorcio, o “*en ejecución de las mismas*”. Pero esta alusión a la ejecución ha de ponerse en relación con el uso equívoco de esta expresión, proveniente de épocas pasadas, en que, a propósito de la incidencia civil de las resoluciones canónicas, se solicitaba la adopción de determinadas medidas civiles -en rigor, objeto de un proceso declarativo-, que quedaron impropriamente insertas en la idea de fase de ejecución (civil), expresión, a mayor abundamiento, igualmente impropia, incluso puesta en relación con la misma eficacia civil de sentencias canónicas.

¹⁷ Esta simultaneidad se refiere al juicio, aunque no necesariamente a la unidad de resolución. Puede haber una resolución que resuelva la solicitud de separación o divorcio, y otra distinta, que resuelva las medidas o efectos derivados. Así, arts. 774.5 y 777 8 de la nueva LEC.

espontáneo y no conflictivo de los deberes familiares. Pero ni ello justifica las lagunas legales existentes, ni que, habiéndose abordado ya, en algunas Comunidades autónomas, la regulación de las uniones estables de pareja no matrimoniales¹⁸, haya faltado la sensibilidad suficiente para tutelar el interés de los hijos de manera más consecvente¹⁹.

La diferencia de tratamiento es evidente. Por poner un ejemplo, nuestro Código civil omite, en supuestos de filiación no matrimonial, la medida de atribución de uso de domicilio familiar por razón de hijos menores; y aunque la doctrina y los Tribunales de Justicia entienden que cuando tiene este fundamento es una medida de orden público, y por tanto también aplicable -si hay convivencia y por ende domicilio familiar compartido- a la filiación no matrimonial, lo cierto es que se hace necesaria cada vez -en esa y en otras muchas medidas- una argumentación explícita para evitar la discriminación. En cuanto a los cauces procesales, los que se refieren a supuestos de filiación no matrimonial siguen siendo sustancialmente insuficientes. Baste recordar, en lo referente a los procesos matrimoniales y de menores, la escueta referencia a las medidas “que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores” (art. 748, 4º, en relación con el 770 6ª de la nueva LEC²⁰).

2.- Principio personalista y principio institucionalista

La legislación matrimonial española sólo en parte ha sido fiel al principio personalista que debiera inspirarla, consagrado en nuestra Constitución²¹. No cabe

¹⁸ Es el caso, en Cataluña, de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. (DOGC nº 2687, de 23 de julio).

¹⁹ El art. 15 de la citada ley catalana se limita a decir que, cesada la convivencia, los miembros de la misma pueden (sic) pactar quién de los dos ostentará la guarda y custodia, así como el régimen de visitas con el otro progenitor (sin referencia alguna a la aprobación judicial). Si no hay acuerdo, se prevé la decisión judicial, pero ésta requiere petición de parte.

²⁰ Se ha debatido cómo encajar procesalmente otras muchas medidas respecto a los hijos, especificadas y detalladas en la regulación sustantiva, que pueden adoptarse en cualquiera de los juicios llamados matrimoniales, pero que no tienen expreso cauce procesal en supuestos de filiación no matrimonial. En cuanto a los alimentos reclamados por un progenitor al otro, en nombre de los hijos menores, supone otra restricción respecto a las posibilidades que ofrece esta medida alimentaria en los juicios matrimoniales, pues, en este último caso, los progenitores también puede solicitar alimentos por razón de hijos mayores de edad (art. 93.2 del Código civil).

²¹ Este principio derivado de la Constitución puede verse desarrollado en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO, *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Madrid, 1995, pp. 28 y ss.

duda de que la gran reforma de 1981 supuso un paso adelante de enorme trascendencia, sobre todo porque veníamos de donde veníamos. Pero la regulación sustantiva, en especial por lo que se refiere a las causas de separación y divorcio, se debate entre la proyección de este principio personalista (admisión, en distintos niveles, del elemento del mutuo acuerdo, introducción del divorcio, etc.) y el substrato del más rancio proteccionismo de la estabilidad jurídica del vínculo, en forma de una excesiva casuística legal, en gran parte inútil y por momentos hasta pueril, que ya entonces no se avenía con los tiempos que corrían, y que la fuerza de la realidad ha acabado desbordando por todas partes.

Si del ámbito sustantivo pasamos al procesal, observaremos que la reforma de 1981 refuerza esta idea de protección de la estabilidad jurídica del matrimonio por encima de lo que puedan ser los intereses reales en juego. La Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1981, de 7 de julio proporciona algún ejemplo enormemente ilustrativo. El apartado e) de dicha disposición dice: *“no se admitirá reconvencción que no esté fundada en alguna de las causas que puedan dar lugar a la separación, al divorcio o a la nulidad...”*. La norma responde a una visión arcaica del juicio matrimonial, centrada en la idea de *concesión* por la autoridad judicial del remedio jurídico, desvinculatorio de la vida en pareja o de la misma relación matrimonial, y deja sin protección al demandante (porque a falta de reconvencción no hay contestación a la misma) contra peticiones del demandado de carácter económico-patrimonial de derecho dispositivo. En su letra i), la misma disposición establece que *“el juez a quien se le ofrezcan dudas sobre la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código civil para decretar la nulidad, separación o divorcio podrá acordar, para mejor proveer, cualquier prueba, incluida la testifical”*. La norma destila de nuevo un interés exclusivo por la concurrencia de la causa desvinculatoria, cuando, en realidad, la mayor parte de las veces estas diligencias se acuerdan para fijar, con mayor fundamento de causa, las medidas o efectos derivados, que es en donde suele centrarse el interés real del pleito.

Esta dependencia legal de una visión excesivamente institucionalista del matrimonio se ha ido corrigiendo a través de la praxis judicial y de la llamada jurisprudencia menor, y la nueva LEC, sensible a esta necesidad de cambio, ha mejorado notablemente estas deficiencias procesales. Así, y continuando con los mismos ejemplos, entiende que hay reconvencción no sólo cuando ésta se funda en otra causa legal, sino también cuando existe una pretensión del cónyuge demandado sobre medida definitiva que no se hubiera solicitado en la demanda y sobre la que el tribunal no deba pronunciarse de oficio (art. 770 2ª). Y, en cuanto a las diligencias para mejor proveer, alude tanto a aquellas que sean necesarias para comprobar la concurrencia de causa legal, como a aquellas otras que se refieran a hechos de los que dependan el pronunciamiento sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados (art. 770 4ª).

3.- Las uniones de hecho

Ya se ha apuntado que, una vez el matrimonio quede despojado de las sucesivos agregados dogmáticos e históricos que lo han ido engrosando, el debate sobre la institucionalización y regulación orgánica de las uniones de hecho heterosexuales prácticamente perderá su razón de ser. Las consecuencias de la protección constitucional genérica del art. 39 CE se acercarán aún más a las consecuencias de la protección constitucional específica del art. 32. El contrasentido que ahora supone institucionalizar estas uniones, al hurtarles el rasgo más característico (su carácter fáctico), será innecesario, de forma que las parejas de convivientes que tengan acceso al matrimonio y no hagan uso de esta posibilidad sencillamente estarán renunciando a la preconstitución de prueba, de presunciones y del sistema de garantías, previsto a través del matrimonio, para que los derechos familiares queden mejor garantizados. Lo que no es lo mismo que la renuncia a estos derechos.

Al hilo de lo anterior, surge otra consideración de interés. El enfoque institucionalista con que a veces se contempla o se propone contemplar la unión de hecho, que implica una visión monolítica; porque se produce el efecto de que, al menos potencialmente, a la pareja se le reconocen efectos o no se le reconocen, en bloque (sean éstos entre partes, frente a terceros, o frente a la Administración)²². Por eso, una ley de uniones estables de pareja como la catalana deja totalmente fuera de su ámbito de aplicación un gran número de parejas, por ejemplo, todas aquellas en las que alguno de sus miembros está incurso en impedimento matrimonial. La pregunta inmediata es qué tratamiento hay que dar a esas otras parejas de hecho no reconocidas ni reconocibles jurídicamente. (La historia vuelve a empezar). Es probable, pues, que, contra lo que parece una evidencia, la mejor forma de proteger los intereses de una pareja de hecho sea no previendo legalmente su institucionalización, la cual comporta, casi necesariamente, importantes exclusiones.

Sin perjuicio de todo lo anterior, parece obligado abrir la ley al reconocimiento institucional de la pareja homosexual, precisamente porque, en contra lo que sucede con la heterosexual, aquélla carece de medios para oficializar en Derecho tales uniones. Si esta apertura debe hacerse a través del propio matrimonio, o mediante la creación de un nuevo modelo de unión nos parece aquí una cuestión de segundo orden, aunque no exenta de importantes implicaciones.

²² Sólo por razón de evitar fraudes frente a la Administración, la ley catalana prevé la posibilidad de segregar del ámbito global de reconocimiento los beneficios respecto a la función pública, si la unión de hecho no se acredita de determinada manera (art. 9, Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella).

Aun constituyendo este reconocimiento un innegable avance, aludir a uniones heterosexuales y homosexuales presupone la previa identificación por sexo de las personas. Y sin negar la importancia que en muy diversos órdenes y para la inmensa mayoría de los ciudadanos tiene la identificación sexual como hombre o como mujer, ha llegado el momento de comenzar a cuestionar si tal identificación en uno de estos dos sexos es una exigencia jurídicamente ineludible y si no puede constituir un ataque al libre desarrollo de la personalidad y a la propia conciencia. No nos referimos tanto al cambio de sexo y al derecho de acceso al matrimonio, tal como ha venido planteándose jurisprudencialmente²³, cuanto al hecho de que una persona puede no estar o no sentirse identificada con ninguno de los dos sexos. Así, pues, entendemos, de una parte, que la constancia en el Registro civil de la condición de varón o de mujer no debiera ser imprescindible; y por otra, que la previa definición de la identidad sexual (y nada digamos, de la llamada orientación sexual) de cada uno de los miembros que componen la pareja no debiera ser condición indispensable para identificarla como tal pareja, ni como núcleo afectivo-familiar ni, en su caso, para que ese núcleo pueda quedar jurídicamente institucionalizado.

Con referencia a las uniones de hecho heterosexuales, no será ocioso concluir con algunas consideraciones acerca de los graves riesgos de inconstitucionalidad en que incurren o pueden incurrir las leyes que regulan o lleguen a regular institucionalmente tales uniones. En este sentido, dado que las categorías e instituciones tienen la naturaleza que tienen, y no la del nombre con que se las conozca, y en la medida, pues, que las uniones de hecho queden perfiladas como una suerte de matrimonio, -aunque sea de segunda clase y con menos contenidos que el matrimonio convencional-, se estará lesionando el art. 32.2 de la Constitución, que permite al legislador regular formas, pero no clases de matrimonio²⁴.

²³ Entendemos que en este punto ha habido, como en tantas otras cosas, un desencuentro entre las estructuras jurídicas y la realidad social. La admisión del cambio sexo compatibilizada con el criterio la ausencia de capacidad matrimonial ha venido siendo una orientación doctrinal refrendada por la jurisprudencia, como críticamente expone TOLDRA ROCA, M. DOLORS, *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La Transexualidad*, Barcelona, 2000, pp. 171 y ss. Puede verse también el estudio jurisprudencial de HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO, *La transexualidad*, en AA. VV., "Libro homenaje a Jesús López Medel", Tomo II, Madrid 1999, pp. 2367 a 2398. Lo que no es tan seguro es que dicha orientación se vea correspondida en la práctica. Hay indicios que indican lo contrario, entre otros, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Lleida núm. 7, de fecha 21.09.1999 (autos 31/1999), que ha admitido el cambio de sexo sin otras limitaciones que las impuestas por la ley (por tanto, sin apreciar la ausencia de capacidad para contraer). ¿Supone dicha sentencia un punto de inflexión en la materia, o responde a un criterio que de hecho ya venía aplicándose?

²⁴ Argumento esgrimido por VALLADARES RASCÓN, ETELVINA en su ponencia Uniones de hecho en España, IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, "Derecho de Familia y libertad de

Un segundo riesgo de inconstitucionalidad, por lesión del derecho de libre desarrollo de la personalidad, con lesión del principio de la autonomía de la voluntad, puede venir dada por el hecho de que queden sometidas a la ley no sólo las parejas que expresamente lo convengan, sino también otras, como consecuencia de que así quede establecido por la propia ley, en función de determinados presupuestos. Este es el caso, en la ley catalana, de la convivencia durante dos años, o convivencia sin tiempo predeterminado, si hay descendencia común. Es decir, decantada la ley por la posibilidad de institucionalizar las uniones de hecho (sobre lo que ya nos hemos mostrado críticos), parece que la misma libertad de opción que toda persona tiene para acceder o no a la condición de casada -reiteradamente reconocida por nuestro Tribunal Constitucional- debiera aplicarse también a la opción de institucionalizar o no dichas uniones.

De otra parte, dada la competencia exclusiva del Estado en la regulación del matrimonio, la institucionalización por parte de las Comunidades Autónomas de las uniones de hecho puede presentar también problemas de inconstitucionalidad, si, como antes se ha expuesto, lo que en realidad se regula es una clase de matrimonio. El artículo 149.1.8º de la Constitución fija como competencia exclusiva del Estado la regulación sobre las “*relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*”. La expresión es confusa y no acaba de superar la imprecisa redacción del artículo 15 de la Constitución de 1931²⁵; pero parece claro que la fórmula empleada excluye la competencia de las Comunidades autónomas sobre la regulación de fondo del matrimonio.

conciencia en la unión europea y el Derecho comparado”, Universidad del País Vasco, San Sebastián, junio de 2000. (Pendiente de publicación). Vid. también su remisión a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, Parejas de hecho en AC, 1998-II, p. 11.

²⁵ Vid. Nota 9. Esta reserva de la competencia del Estado sobre la forma de matrimonio propició que en Cataluña se dictaran dos Decretos, de 18.09.1936 y de 23.12.1936 que incidían en la configuración de las causas legales de divorcio (y en cuestiones de procedimiento), y cuya constitucionalidad era más que discutible, por más que no afectaran a la forma de matrimonio propiamente dicha. No parece razonable, puestos a reconocer competencias exclusivas del Estado en materia matrimonial, que sólo se pretenda reservar para éste lo más accidental como es la regulación de la forma (entendida como simple forma de recepción del consentimiento) y que, en cambio, no se quiera incluir, en esta reserva de competencias, lo más esencial, que son los contenidos del negocio y de la relación jurídica matrimonial (derechos y deberes, capacidad, causas desvinculatorias, etc.).

VI. EL LLAMADO SISTEMA MATRIMONIAL

1.- Previo

En punto a sistema matrimonial -entendido aquí en su sentido tradicional, es decir, como resultado de la tensión histórica civil-religiosa sobre la materia, visto desde la perspectiva del Derecho del Estado- sólo se comprenderá el actual estado de cosas si se parte de la base de que el legislador ordinario no ha venido siendo del todo consciente (o no ha querido serlo) del radical cambio de presupuestos jurídicos que a raíz de la Constitución entró en juego. En este sentido, el legislador, tanto en lo que se refiere a las normas pactadas, como en lo que se refiere a las unilaterales, ha venido actuando con cierto continuismo, un tanto acomodado a la inercia del pasado, incorporando las modificaciones más apremiantes en cada momento, pero sin ningún sentido sistemático, y sin preguntarse por cuestiones fundamentales, a las que, en consecuencia, no da respuesta, o a las que proporciona soluciones inadvertidas e inconexas. Es por tanto, dudoso que pueda hablarse en propiedad de sistema matrimonial. Si hay sistema, lo hay en un sentido histórico, es decir, como normativa que va reflejando un determinado proceso, y que ha ido regulando la materia al socaire de determinados acontecimientos; pero no en sentido jurídico estricto, esto es, desde una reflexión global y serena en el marco constitucional, que trate de dar una solución congruente y de conjunto.

Partimos del esquema básico existente, que consiste en una pluralidad formal, en la que entran en juego el matrimonio civil, por una parte, y los matrimonios religiosos, por otra, debiéndose subrayar, además, la peculiaridad que presenta la jurisdicción canónica, en cuanto a la posible eficacia civil de algunas de sus resoluciones matrimoniales (nulidad y disolución pontificia *super rato*).

2.- La autonomía de las confesiones ante la eficacia civil de la celebración religiosa

Los derechos que entran en liza se refieren primariamente a los ciudadanos y sólo reflejamente a las Confesiones. Pero desde un punto de vista operativo, es evidente que la eficacia civil de una determinada celebración religiosa comporta la existencia de una Confesión en cuyo seno tenga lugar la celebración. No se concibe una celebración religiosa, desligada de una estructura confesional, a la que el Estado pudiera otorgar eficacia civil. La reflexión puede comenzar, pues, con una valoración sobre la autonomía de la Confesión ante la posibilidad de que se otorgue eficacia

civil a las celebraciones que tengan lugar en su seno y según las normas por ella establecida. No tratamos aquí de una supuesta autonomía -que negamos- en orden a que, una vez prevista la eficacia civil de una determinada forma religiosa de celebración, la Confesión pueda intervenir para impedir dicha eficacia, sino que nos referimos a la cuestión previa de si la Confesión tiene derecho, *a priori*, a impedir que el Estado determine como una de las formas de matrimonio con eficacia civil la propia de dicha Confesión. O, dicho de otra manera, si el Estado puede imponer la eficacia civil de una forma matrimonial religiosa contra la voluntad de la Confesión.

Ya avanzamos que el legislador no se detiene explícitamente en esta cuestión, probablemente porque ha dado por hecho que el interés de la Iglesia Católica por conseguir el reconocimiento civil de su matrimonio, y el de otras confesiones en sentido análogo, era extensivo a todas las confesiones. Lo cual sería una deformación derivada del sistema confesional, ya que puede concebirse, perfectamente, que una determinada confesión no tenga interés alguno en la eficacia civil de su matrimonio (ni en su dimensión material, ni en su dimensión formal), precisamente para no contaminarse con una regulación civil que acaso puede considerar contraria a sus principios.

En nuestra opinión, sí existe esa especie de *derecho de veto* de la Confesión, porque lo contrario supondría permitir que el Estado se inmiscuyera en el ámbito de intereses y de actuación propia de las Confesiones. En este sentido, cuando el art. 59 del Código civil establece que el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una Confesión inscrita, no sólo en los términos "*acordados con el Estado*" (que es la modalidad que hasta ahora se ha seguido), sino también en los términos "*autorizados por la legislación de éste*", lo que se está permitiendo es que el Estado, sin necesidad de un Acuerdo formal, pueda prever esta eficacia civil, pero no que pueda unilateralmente imponerla, sin previamente pulsar el interés de la Confesión, y sin concederle trámite de audiencia. Es más, lo procedente y normal será la Confesión formule su aspiración y el Estado, en su caso, autorice la eficacia civil de la forma religiosa.

3.- La autonomía de los contrayentes ante la eficacia civil

Supuesto que la forma religiosa tenga prevista la eficacia civil, y supuesto también que el matrimonio religioso cumpla todos los requisitos que serían necesarios para contraerlo civilmente, la siguiente cuestión a plantear es si debe reconocerse a los contrayentes del matrimonio religioso el derecho de opción de otorgar o no eficacia civil a su matrimonio. El problema queda plantado respecto exclusivamente de los contrayentes, ya que parece obvio que la Confesión -una vez

establecidas las reglas del sistema- no tiene derecho a discriminar en el orden civil entre los matrimonios que en su seno se celebren. Es una cuestión de conciencia individual, o, si se prefiere, de dos conciencias individuales: las de los contrayentes.

Antes de llegar a ninguna conclusión, parece claro que la respuesta ha de ser unitaria para todas las formas religiosas que tengan prevista la eficacia civil. No se ven razones para que pueda prevalecer en este punto un tratamiento diferenciado, sin incurrir en discriminación. Sin embargo, la respuesta del legislador es diferenciada, y no porque con ello se haya pretendido discriminar, sino como consecuencia, como antes se ha expuesto, de una legislación asistemática, hecho atropelladamente, en la que se alcanzan soluciones muchas veces no queridas, o cuando menos inadvertidas. Veamos, en todo caso, las *tres soluciones* que prevé el legislador:

En cuanto al matrimonio canónico, del art. VI del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos y de su Protocolo final, en relación con lo previsto en los artículos 44, 60, 63 y concordantes del Código civil, se desprende claramente que la celebración canónica -del matrimonio que reúna los requisitos civiles- tiene eficacia civil. No se reconoce el derecho de opción de los contrayentes, en lo que se refiere a otorgar o no dicha eficacia, ya que la inscripción en el Registro civil es obligatoria (Protocolo final del Acuerdo), y esta inscripción deriva de la eficacia civil que previamente tiene el matrimonio. En suma, desde la misma celebración, y aún antes de la inscripción, ya adquieren los contrayentes su condición de casados, que constituye el efecto mínimo e indispensable, pero a la vez el más importante, que debe ser reconocido; y ello sin perjuicio del pleno reconocimiento de los efectos (relaciones jurídicas derivadas frente a terceros), para lo que se requiere la inscripción.

En cambio, los términos en los que queda prevista la eficacia civil de la celebración en los Acuerdos con la FEREDE²⁶ y con la FCI²⁷ permiten afirmar que sí existe este derecho de opción. Cuando los respectivos arts. 7 se refieren a la personas que deseen contraer con arreglo a una de estas formas religiosas, están formulando una hipótesis en clave de eficacia civil sobreentendida. Por el contexto, la ley no se refiere a las personas que deseen contraer, sin más, en la forma religiosa, sino sólo a aquellas que deseen contraer en dicha forma, con eficacia civil. El legislador exige que se promueva expediente civil previo y que, certificada la capacidad civil, el matrimonio se contraiga dentro de los seis meses siguientes. De no hacerse así no habrá "*validez civil del matrimonio*" (art. 7.4), es decir, no se reconocerá la eficacia

²⁶ Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, de 28.04.1992, aprobado por Ley 24/1992, de 10 de Noviembre. (BOE núm. 272, de 12 de noviembre).

²⁷ Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España, de 28.04.1992, aprobado por Ley 25/1992, de 10 de Noviembre. (BOE núm. 272, de 12 de noviembre).

civil, pero en ningún caso se prohíbe contraer al margen de dicha eficacia. Los contrayentes que sólo desean contraer religiosamente, a efectos intra-eclesiales o de conciencia, basta que lo hagan sin promover el expediente matrimonial civil, ya que éste, aparte de constituir un instrumento de control previo de aptitud matrimonial, constituye el medio para determinar que la celebración religiosa en cuestión se hará, además, con vocación de eficacia civil, lo que deberá corroborarse después, con la celebración dentro de los seis meses, a partir de la certificación de capacidad. Obviamente, una vez celebrado el matrimonio en estas condiciones, el derecho de opción ya desaparece, en el sentido de que no es posible sustraer su eficacia civil ni la consiguiente adquisición de la condición de casados por parte de los contrayentes, que son consecuencias automáticas. A esta eficacia civil deberá seguir la inscripción, obligatoria, además de necesaria para el pleno reconocimiento de los efectos. Y si, por el contrario, la celebración ha tenido lugar sin que se haya promovido el expediente, sin contar con la certificación de capacidad, o fuera del plazo de seis meses a partir de la misma, el derecho de opción (aquí, en orden a pretender la eficacia) también habrá desaparecido, ya que dicha celebración queda al margen de los actos que el Estado puede reconocer como jurídico-civiles.

La tercera solución deriva del art. 7 del Acuerdo con la CIE²⁸. En propiedad, no se trata de una tercera solución legal, sino de una interpretación, a nuestro juicio *contra legem*, que ha proporcionado la Instrucción de la DGRN de 10.02.1993²⁹.

Dicha interpretación parte de la redacción irregular del art. 7 del Acuerdo con la CIE, en el que se omite toda expresa referencia al expediente matrimonial previo, y en el que, sorprendentemente, se alude “a las personas que deseen inscribir el matrimonio...”, como si la inscripción pudiera ser fruto del deseo, cuando en realidad es una consecuencia obligatoria a partir de la eficacia civil³⁰. Incurre la norma en una clara confusión entre inscripción registral y eficacia civil, como si aquella fuera la que da lugar a éste, y no a la inversa. La única manera, pues, de interpretar debidamente la expresión legal es traduciéndola por “las personas que deseen otorgar eficacia civil al matrimonio...”. A partir de aquí entendemos que, pese a la falta de referencia expresa al expediente, éste debiera exigirse, ya que es la única

²⁸ Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España, de 28.04.1992, aprobado por Ley 26/1992, de 10 de Noviembre. (BOE núm. 272, de 12 de noviembre).

²⁹ Instrucción de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre inscripción en el Registro civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa. (BOE núm. 47, de 24 de febrero).

³⁰ El art. 15 de la Ley del Registro civil establece que en el Registro civil “constarán”, o, lo que es lo mismo, habrán de constar, “los hechos inscribibles”, entre los que sin duda se halla el matrimonio. De donde cabe concluir que, supuesta la eficacia civil, deberá procederse a la inscripción, y supuesta su falta de eficacia, no procederá.

manera conocida de “acreditar previamente” la capacidad matrimonial (art. 7.2). Este previa acreditación lo es respecto a la celebración, y no sólo respecto a la inscripción, pues no tendría sentido que, celebrado el matrimonio, y antes de proceder a la inscripción, el Encargado del Registro tuviera que certificarse a sí mismo la capacidad de los contrayentes; lo que debería hacer -en la hipótesis, que negamos, de que el sentido de la ley fuera el de permitir la verificación de la concurrencia de los requisitos civiles después de la celebración- es constatar si existe o no tal capacidad, y, a partir de ello, proceder o no a la inscripción, sin necesidad alguna de certificación. En fin, el inciso final del propio art. 7.2 proporciona un argumento adicional a nuestra tesis: “no podrá practicarse la inscripción -dice- si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la expedición de dicha certificación”. Queda, pues, claro, que la certificación es previa a la celebración; que, en consecuencia, deberá tramitarse el correspondiente expediente previo, aunque la norma no haga referencia expresa al mismo; y que si el matrimonio no puede inscribirse (obviamente, por falta de eficacia civil) cuando el matrimonio no se celebra dentro de los seis meses siguientes a la certificación, con mucha menos razón podrá inscribirse (por falta de esa misma eficacia civil), cuando ni siquiera se ha expedido dicha certificación previa a la celebración.

Ello no obstante, la citada Instrucción de la DGRN, en su declaración Sexta, incurriendo, a nuestro juicio, en extralimitación y en interpretación contra legem dice que “tratándose de matrimonios celebrados en forma religiosa islámica, si excepcionalmente los interesados prescinden bajo su responsabilidad del trámite previo de expedición del certificado de capacidad matrimonial, la calificación, con vistas a su inscripción, de la certificación del matrimonio celebrado habrá de abarcar no sólo los requisitos formales de esta certificación, sino también la concurrencia de todos los requisitos de fondo exigidos para la validez del matrimonio³¹”.

Expuesta esta diversidad de soluciones, y siendo una exigencia sistemática dar una solución única para todas las formas religiosas admitidas con eficacia civil, entendemos que la que más protege la libertad individual y la que mejor se adecua

³¹ No nos parecen convincentes las razones que da la propia DGRN en el preámbulo de su Instrucción, que aluden vagamente a que la letra del artículo 7 del Acuerdo puede inducir a confusión, aduciendo, para su clarificación, los antecedentes de la negociación (sin decir exactamente cuáles). Porque una cosa es que la redacción sea incorrecta, como hemos denunciado, y, otra muy distinta, que origine confusión, en el sentido que se pretende. A nuestro entender, aun contando con que la CIE era contraria al preceptivo expediente matrimonial previo, eso sólo es una parte de los antecedentes. E incluso en el caso de que se admitiera que la interpretación auténtica debe adaptarse a la pretensión de la CIE, la solución que parecería más correcta -dentro de lo deficiente que resulta- sería la de aplicar a los supuestos de matrimonio

a las exigencias jurídico civiles, es la segunda (soluciones pactadas con FEREDE y FCI).

Ya ha quedado expuesto que pese a la distinta redacción del art. 7 del Acuerdo con la CIE, respecto al de los acuerdos con la FEREDE y con la FCI, la interpretación tendría que ser la misma. Por consiguiente, para aplicar al matrimonio islámico dicha fórmula entendemos que no sería necesario modificar la ley (salvo modificar, o dejar sin efecto, de derecho o incluso de hecho, la Instrucción de la DGRN).

Por lo que se refiere al matrimonio canónico, sería preciso establecer el expediente matrimonial civil previo, tal como está regulado en los Acuerdos con la FCI y con la FEREDE. ¿Supondría ello una transgresión del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos? Entendemos rotundamente que no. Si el legislador civil, y nosotros con él, ha entendido que la eficacia civil del matrimonio canónico se circunscribe a la celebración, pero que deben reunirse los requisitos civiles de fondo, no puede considerarse una extralimitación requerir un expediente civil previo ni la correspondiente certificación de capacidad, para que la celebración religiosa pueda celebrarse con efectos civiles. Estos trámites preparatorios, incluido el plazo para la celebración, además de la función de control, tendría, insistimos, la de demostrar que el matrimonio que se va a realizar y que se realiza, tiene vocación de eficacia civil; es (también) un acto civil.

Es evidente, por otra parte, que, una vez decantada la interpretación de los Acuerdos a favor de la eficacia no institucional y exclusivamente formal del matrimonio -único decantamiento constitucionalmente posible, a nuestro entender- ya debió haberse establecido este expediente previo. El legislador no lo previó por la inercia del sistema anterior, en que nunca fue necesario dicho expediente; no lo fue porque, hasta entonces, la asunción civil del matrimonio por parte del Estado fue institucional, y por tanto el expediente canónico era suficiente, ya que todo matrimonio canónico -salvo supuestos excepcionales insalvables, que conformaban la regla- tenía, en su integridad, eficacia civil. En el momento en que esto dejó de ser así y se pasó a la simple pluralidad formal, el expediente civil era una petición de principio, a la que, sin embargo, no dio respuesta el legislador, debido a la indicada inercia, y acaso también para no añadir requisitos que pudieran ser utilizados dialécticamente de manera polémica.

islámico sin expediente la solución que se aplica al matrimonio canónico (que no tiene previsto expediente civil), a saber, que, siempre que reúna los requisitos civiles de fondo, el matrimonio tiene eficacia civil, y por tanto debe inscribirse. Sin embargo, la DGRN no aclara este extremo. Dejar la eficacia civil al albur de que, en un momento dado, se promueva o no la inscripción (que es lo que parece decir literalmente, pero no puede ni quiere decir, el art. 7.2 del Acuerdo) supondría no sólo un atentando a la seguridad jurídica, sino también un error de base en la configuración del sistema.

4.- Inscripción registral

Veamos cómo, en punto a inscripción registral, el sistema es también manifiestamente irregular. Comenzando por la inscripción del matrimonio canónico, el Protocolo final del Acuerdo concordatario sobre Asuntos Jurídicos ordena al sacerdote ante el cual se celebró el matrimonio que inmediatamente entregue a los cónyuges la correspondiente certificación con los datos exigidos para su inscripción en el Registro civil.

La exégesis de la norma plantea, como primera cuestión, cuál haya de ser el contenido de la certificación eclesiástica³².

En la fórmula legal va implícito que la entrega de la certificación a los cónyuges es para que éstos promuevan la inscripción, como primeros obligados. Sólo así se entiende el inciso siguiente del Protocolo final, que obliga al Párroco para que dentro de los cinco días siguientes promueva la inscripción *“en el supuesto de que no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas”*. Ahora bien, esta normativa debe ser completada con la propia del Registro civil, que en nada contradice, sino que complementa, lo establecido en el Acuerdo. A tenor del art. 24 de la Ley del Registro civil, están obligados a promover sin demora la inscripción los designados en cada caso por la ley, aquéllos a quienes se refiere el hecho inscribible, o sus herederos y el Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta, asimismo, que las demás autoridades y funcionarios a quienes conste por razón de sus cargos los hechos no inscritos, están obligados a comunicarlos al Ministerio Fiscal. Pero el art. 71 de la misma ley aún va más allá, porque además de insistir en la obligación que tienen los contrayentes de promover la inscripción, añade que ésta podrá promoverla cualquier interesado, en cualquier momento, aun fallecidos los contrayentes.

³² El art. 69 de la Ley del Registro civil dice que la inscripción hace fe del acto del matrimonio y de la fecha, hora y lugar en que se contrae. Estos parecen, pues, los datos indispensables. Ahora bien, el art. 258 del Reglamento de la Ley del Registro civil dice que en la inscripción deben constar, además de la hora, fecha y sitio en que se celebre, menciones de identidad de los contrayentes, nombre, apellidos y cualidad del autorizante y la certificación religiosa (o el acta civil de celebración). Las menciones de identidad consisten (“a ser posible”) en nombre y apellidos, nombre de los padres, número del DNI, naturaleza, estado, domicilio y nacionalidad (art. 12 del Reglamento). Ya se comprende que llevadas estas exigencias hasta sus últimas consecuencias, se incurre en absurdos tales como requerir que la certificación religiosa determine el estado de los contrayentes conforme a criterios civiles y no canónicos. La Orden de 24.12.1958 por la que se dan distintas normas concernientes a la puesta en vigor de la Ley del Registro civil (BOE núm. 16, d 19.01.1959) contiene un modelo (2) para los Libros de Matrimonios (modificado por el art. 1 de la Orden de 10.12.1993, BOE núm. 305, de 22 de diciembre, que suprime la alusión a la profesión de los contrayentes), que incluye una serie de datos, algunos de los cuáles no es propio que deba incluirlos una certificación confesional, ya que es el la Administración del Estado la única que puede controlarlos.

En lo que atañe a la responsabilidad penal del Párroco y, en general, de cuantos representantes religiosos pudieran quedar implicados en la certificación y en promover inscripción del matrimonio en el Registro civil, el art. 390.2 del Código Penal castiga al responsable de cualquier confesión que incurra en alguna de las conductas referidas en el art. 390.1, que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil. Estas conductas consisten en alteración de documentos, su simulación, en todo o en parte, que induzca a error sobre su autenticidad, suponer en un acto la intervención de personas que no han intervenido, o atribuir a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones distintas a las que hubieran hecho, y faltar a la verdad de los hechos. Pero no se encuentra el supuesto de omisión de la obligación de promover la inscripción.

No existiendo expediente matrimonial previo, la calificación registral del matrimonio canónico queda aquejado de una notable insuficiencia e inadecuación de medios, ya que no cuenta con el soporte y la garantía que la certificación de capacidad previa aportaría. El art. 63.2 del Código civil establece unos medios muy modestos, consistentes en los documentos presentados y en los asientos del Registro, para un control tan amplio como es la concurrencia de los requisitos civiles para el matrimonio, conforme a las disposiciones del Código civil (art. 44). Se detecta aquí otro claro caso de falta de congruencia del sistema, pues, la inscripción del matrimonio islámico, en caso de falta de expediente y de certificación previa de capacidad -posibilidad que ya se ha criticado, pero que admite la DGRN- requiere una calificación que habrá de abarcar no sólo los requisitos formales de la certificación, sino también la concurrencia de todos los requisitos para la validez del matrimonio (Declaración Sexta de la indicada Instrucción de 110.02.1993), lo que implica una suerte de expediente matrimonial impropia a posteriori, no previsto para la eficacia civil del matrimonio canónico. Es más: la DGRN ni siquiera consideró aplicable el control completo previsto en el art. 65 del Código civil (resolviendo en favor del control tenue del art. 63.2) en el caso excepcional de que, por haberse celebrado el matrimonio canónico en el extranjero, parecía incuestionable la aplicación del art. 65 del citado Código³³.

Remitiéndonos ahora a las formas matrimoniales religiosas minoritarias con eficacia civil, cabe indicar que la certificación religiosa de la celebración del matrimonio³⁴ debe contener "*los requisitos necesarios para su inscripción*", que son sólo los datos indispensables, pues otros datos complementarios, y cuyo control

³³ Vid. Resolución de la DGRN de 02.11.1981, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 4.741, que hemos tenido ocasión de criticar en otro trabajo: Derecho a celebrar ritos matrimoniales y acuerdos de cooperación, en "Revista Jurídica de Catalunya", núm. 1. 1995, pp. 75 a 101, en especial, pp. 96 a 98.

³⁴ Modelo fijado por la Orden de 21.01.1993. (BOE núm. 29, de 3 de febrero).

compete más propiamente al Estado, ya se hacen constar en la certificación de capacidad matrimonial³⁵, fruto del correspondiente expediente civil.

Con relación a los Acuerdos con la FEREDE y con la FCI cabe hacer notar que entre los *Preacuerdos* suscritos en fecha 21.02.1990 entre el Ministro de Justicia y los respectivos Presidentes de dichas Federaciones confesionales y los Acuerdos definitivos, hay una diferencia de matiz en la redacción, que puede tener alguna trascendencia. En los *Preacuerdos* se decía que uno de los ejemplares de la certificación religiosa “*lo remitirá, acto seguido...*”, siendo el sujeto elíptico el representante de la Confesión. En la redacción definitiva, se utiliza, sin embargo, el impersonal “*se remitirá...*”, (arts. 7.4) lo que introduce dudas acerca de si el representante de la Confesión queda o no obligado. Caso distinto es el del matrimonio islámico, en que se dice expresamente (art. 7.3 del Acuerdo) que es el representante de la Comunidad Islámica en el que se hubiera contraído el matrimonio, quien enviará al Registro civil la certificación de matrimonio. Se constata, pues, de nuevo, un desajuste injustificado del sistema, en punto a inscripción registral civil.

VII. LA JURISDICCIÓN CANÓNICA Y SU INCIDENCIA CIVIL

La doctrina ha prestado especial atención al concepto de ajuste al Derecho del Estado, pero acaso no tanta en examinar de qué modo se integra la actividad jurisdiccional canónica en el conjunto del sistema matrimonial español. Vaya por delante que si bien, en dicho encaje, se aplican en ocasiones técnicas y criterios propios del Derecho internacional, no puede pretenderse una aplicación automática de los mismos. En pocas asuntos, como en éste, se percibe tan claramente la especificidad de lo religioso, por lo que no podemos compartir aquellas opiniones que aducen discriminación, al establecer una comparaciones entre fenómenos no comparables. Del mismo modo que todo el mundo comprende que la Iglesia, en legítima protección de los valores que reivindica, no aplique el principio de reciprocidad -y que, por tanto, las sentencias civiles sobre nulidad o divorcio no se reconozcan ni se ejecuten canónicamente-, así también se ha de comprender que el Estado establezca sus reservas, filtros y condiciones, para salvar los principios y normas constitucionales, e incluso su legislación ordinaria, a la hora de reconocer y dar eficacia a una resolución confesional, en el caso de que ello proceda.

³⁵ Según Modelo fijado por la misma Orden, pero en el que se suprime la referencia a la profesión, en virtud del art. 2 de la Orden de fecha 10.12.1993. (BOE núm. 305, de 22.12.1993).

Pero, como se ha dicho, la cuestión va más allá de la eficacia civil de determinadas resoluciones eclesiásticas o decisiones pontificias, de suerte que las distintas soluciones e interpretaciones hay que integrarlas en una explicación más global del estado de cosas. Desde esta perspectiva, es de singular importancia subrayar que uno de los cambios sustanciales que derivan de la Constitución (y posterior y derivadamente del Acuerdo concordatario sobre Asuntos Jurídicos) es que los Tribunales de la Iglesia (la Jurisdicción canónica) ha dejado de formar parte de la Jurisdicción del Estado. Este cambio tan radical parece no siempre haberse tenido en cuenta por el legislador, y surgen grandes incógnitas sobre calificaciones jurídicas de situaciones que en el anterior sistema eran incontestables. Una de las primeras cosas que debiera haberse aclarado legalmente es la relevancia (exclusivamente intra-eclesial, o también civil) de aquellos juicios o procesos canónicos cuya resolución es susceptible de eficacia civil. Al igual que hemos tratado, a propósito de la eficacia civil de la celebración religiosa, de la importancia y de la necesidad de fijar criterios para determinar si una determinada celebración se lleva a cabo sólo en su dimensión religiosa, o también en la civil, lo propio sostenemos ahora respecto a la actividad jurisdiccional canónica.

El art. 1.1 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos reconoce y garantiza a la Iglesia católica el derecho de ejercer libre y públicamente la actividad jurisdiccional. Pero eso no implica, necesariamente, que tal actividad se reconozca como jurisdiccional, en su sentido jurídico-civil. A partir de lo cual, las dudas son muchas. ¿Producen la demanda canónica de nulidad, o la solicitud de disolución “super-rato”, las medidas provisionales automáticas del art. 102 del Código civil. ¿Puede apoyarse una demanda de medidas previas (art. 104) en una subsiguiente demanda canónica? ¿Y puede una demanda de medidas provisionales coetáneas (art. 103 del Código civil) apoyarse en una de esas demandas o solicitudes canónicas? Si se tratara de una demanda de separación canónica, sin duda que nos pronunciaríamos negativamente, dado que la sentencia no tiene reconocida eficacia civil y la demanda se presentaría sólo a efectos intra-eclesiales. Pero ¿cómo sabemos que la sustanciación de una demanda canónica de nulidad, o de una solicitud de disolución “super-rato” se desarrolla o no en el exclusivo ámbito de lo intra-eclesial, siendo así que sólo después, una vez obtenida la sentencia o la decisión pontificia, se descubrirá, en su caso, la intención de alguna de las partes, que incluso puede ser sobrevenida, de solicitar la eficacia civil?

Otros muchos aspectos jurídicos se implican en estas oscuridades del sistema. Así, la posible incidencia en el ámbito civil de las excepciones de litis pendencia o de cosa juzgada, derivadas de juicios o sentencias canónicas. En nuestra opinión, mientras no se demuestre lo contrario (solicitud de eficacia civil) el proceso canónico debería considerarse un fenómeno jurisdiccional estrictamente canónico, justo lo

contrario que ocurría en el sistema confesional. Y una vez solicitada la eficacia civil, ya no sería el proceso canónico, sino el proceso de eficacia civil, el que surtiría los correspondientes efectos.

La inercia del viejo sistema (en que la eficacia civil de las resoluciones canónicas era automática, sin perjuicio de que se debieran inscribir civilmente) es la que ha llevado a legislador a no prever, al menos expresamente, la posibilidad de medidas provisionales apoyadas en una solicitud de eficacia civil de sentencia canónica o de decisión pontificia “super-rato”, que puede dar lugar en ocasiones a un juicio de cierta complejidad y de cierta dilación temporal. Y esa misma inercia, ese pensar que, en el fondo, nada ha cambiado sustancialmente, es también la causa de que el legislador no se haya preguntado por la inseguridad jurídica que supone el no establecimiento de plazo alguno para solicitar la eficacia civil de la correspondiente resolución o decisión. En relación con ello, cabe mencionar los problemas o falsas expectativas que puede ocasionar la determinación del momento a partir del cual se entiende disuelto o declarado nulo el matrimonio, si con efectos ex nunc, es decir, desde la resolución que da lugar a la eficacia civil, o con efectos ex tunc, o sea, desde el momento en que recayó la resolución o decisión cuya eficacia civil se ha obtenido; y todo ello con implicaciones jurídicas de la máxima importancia, por ejemplo, a propósito del momento a partir del cual cabe considerar disuelto el régimen económico del matrimonio.

Otra característica del sistema vigente es que las jurisdicciones civil y canónica no son excluyentes. En el sistema confesional sí lo eran (aunque en un sentido amplio, la jurisdicción eclesiástica se integrara en la civil). Así, pues, en punto a nulidad, a disolución (para los supuestos canónicos) e incluso a separación, la jurisdicción quedaba fijada por la clase de matrimonio contraído. Una vez la jurisdicción única es la estatal, a la que puede acudir la persona casada en cualquier forma de matrimonio con eficacia civil, y en solicitud de cualquier remedio civil (nulidad, divorcio, separación), es claro que el hecho de acudir a la jurisdicción canónica, incluso con expectativas de eficacia civil, representa una actividad acumulable (en el sentido de no excluyente) a la actividad procesal civil. Ante lo cual, nos preguntamos qué medias ha adoptado el legislador para aclarar en qué medida pueden también acumularse resoluciones de distinto ámbito. En orden a la naturaleza de las distintas categorías, podríamos decir que una nulidad puede operar respecto de un matrimonio carente civilmente de sanción desvinculatoria, o incluso de un matrimonio disuelto por divorcio; pero no respecto de un matrimonio ya declarado nulo. Y que una decisión disolutiva “super rato”, sólo puede operar sobre un matrimonio que civilmente no haya sido declarado nulo, ni haya sido disuelto previamente por cualquier causa. Pero, por lo que se refiere a la eficacia civil de la sentencia canónica de nulidad, si ésta se sobrepone a una sentencia de divorcio (o

incluso a una de separación), los problemas que puede ocasionar en materia de medidas o efectos derivados son muy complejos y acarrear grandes incertidumbres, comenzando por una hipotética imposición de una indemnización, acaso en sustitución de una pensión compensatoria y terminando por la pretensión de liquidar el régimen económico en función de la declaración de mala fe de alguno de los contrayentes (art. 95 del Código civil), que en su caso se hubiera sancionado. Somos conscientes de que el problema no viene determinado exclusivamente por la posibilidad de eficacia civil de sentencia canónica, sino que también puede ocurrir como consecuencia de resoluciones sucesivas en el propio ámbito estrictamente civil, y más en la situación actual que en la anterior, dada la facilidad con que es posible alcanzar la separación conyugal, y la introducción del divorcio, ignorado en el sistema confesional. Pero no cabe duda que la posible incidencia de sentencias canónicas de nulidad añade características propias al problema, y que, en todo caso, esta falta de previsiones legales confirma cuanto hemos venido diciendo acerca de la vieja inercia y del continuismo con que el legislador ha venido actuando en algunos aspectos, que no responden a los profundos cambios que ha introducido en otros.

No es éste el lugar para insistir en las diversas interpretaciones doctrinales a que ha dado lugar el concepto de ajuste al Derecho del Estado, pero si a alguna conclusión podemos llegar es o bien de que se admite una interpretación amplia, pero susceptible de ser atacada (en especial, pero no exclusivamente, por contraria al principio de igualdad) o que el compromiso concordatario sobre eficacia civil de resoluciones de nulidad o decisiones pontificas “super rato” es prácticamente inviable. En su día, nos unimos a la corriente doctrinal³⁶ que ha defendido una interpretación abierta del concepto de ajuste, que, como han puesto de relieve otros autores, incurre en dificultades de coherencia, pero que trataba de dar algún contenido al apartado final del Art. VI del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, sobre la base de un sentido genérico de la idea de desvinculación matrimonial, dentro del cual no debía importar demasiado al Estado si ésta se conseguía vía divorcio civil, o vía eficacia civil de nulidad o disolución canónica. Asumiendo los puntos débiles de esta formulación doctrinal³⁷, no creemos que se haya alcanzado ninguna interpretación satisfactoria. Los criterios restrictivos³⁸ sobre el ajuste conducen a nuestro juicio a la

³⁶ REINA, VÍCTOR y MARTINELL, JOSEP. M, Curso de Derecho matrimonial, Madrid, 1995, pp. 198 y ss.

³⁷ A nuestro modo de ver, la crítica mejor sistematizada es la de LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO, El sistema... cit., pp. 271 y ss.

³⁸ Estos criterios que calificamos de restrictivos lo son respecto a la interpretación abierta del concepto de ajuste, pero obviamente son defendibles no en su calidad de restrictivos, sino como consecuencia del sentido propio de la expresión “ajuste”.

inaplicabilidad práctica de la eficacia civil, al menos en la inmensa mayoría de los casos, incluso considerando que sea suficiente una coincidencia, siquiera sea parcial, de causas de nulidad (o disolución) entre el Derecho canónico y el civil³⁹.

Si una de las claves para desautorizar una interpretación abierta del ajuste es la transgresión del principio de igualdad, y por tanto se requiere del Juez civil que califique los hechos probados en sede canónica (sobre la base del principio de confianza) para intentar subsumirlos en algún tipo legal civil, de modo que la eficacia civil implique que con arreglo al Derecho civil (juicio civil de nulidad o disolución) se hubiera llegado al mismo resultado⁴⁰, no vemos, sinceramente, que esta actividad jurisdiccional civil garantice el principio de igualdad, así entendido. Estimamos que el principio de confianza se refiere a que el proceso canónico, y la actividad jurisdiccional de la Iglesia, observa, a juicio del Estado, las garantías jurisdiccionales y procesales indispensables (cosa, por cierto, harto discutible, por lo que se refiere al proceso para la consecución de la disolución "super rato"), pero en modo alguno garantiza que los criterios no sólo sustantivos, sino también probatorios, tenidos en consideración en el ámbito canónico, coincidan con los criterios civiles; bien al contrario, son suficientemente conocidas las diferencias sustanciales al respecto. Incluso la configuración de los procesos civil y canónico, los momentos y posibilidades probatorias, y un sin fin de particularidades más difieren entre un ordenamiento y el otro, por lo que nos parece algo artificioso relacionar el concepto de ajuste con la suposición de que el Juez civil hubiera llegado a idéntico resultado al que ha llegado la sentencia canónica.

Nos tememos, por otra parte que la eficacia civil pudiera quedar al albur de que, entre los hechos probados en la resolución canónica, se encontraran aquellos otros necesarios para configurar el tipo civil, circunstancia que por coincidencia puede darse, pero que en principio no tiene por qué producirse, ya que la sentencia canónica tiene su coherencia propia entre hechos y causa legal, estrictamente canónica como es obvio.

Además, no acabamos de ver cómo esta tesis (ni ninguna otra) pueda encajar adecuadamente en el conjunto del sistema, siendo así que, en relación con lo establecido en el art. 76 de la Ley del Registro civil, el art. 263 de su Reglamento requiere que se haga constar la correspondiente causa legal, previa la mal llamada ejecución acordada por el Juez civil (art. 265). Aunque la redacción de estas normas

³⁹ La tesis sobre esta coincidencia parcial ha sido reivindicada por LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO, *El sistema...* cit., p. 277.

⁴⁰ Esta es la tesis, si la entendemos bien, del citado autor, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO, *El sistema...* cit. p. 274.

reglamentarias no es la originaria, sino de 1986⁴¹, no parece -de nuevo- que se tuvieran muy en cuenta todas las exigencias del sistema matrimonial vigente. En todo caso, el objeto de la inscripción parece ser la sentencia canónica (o la decisión pontificia) y no la resolución que le otorga eficacia civil. Y la causa legal que ha de hacerse constar, parece que también⁴².

Lo que sí compartimos es la idea de que la posibilidad de eficacia civil de las sentencias canónicas no es una exigencia de la libertad religiosa y de la libertad de conciencia, pero que puede ser admisible bajo los principios de igualdad y laicidad del Estado, para facilitar el ejercicio de estas libertades⁴³. Las claves están en la interpretación del principio de igualdad, por una parte, pero también en que la protección de la libertad de conciencia del católico que desea la eficacia civil de la resolución canónica se haga compatible con la protección de la libertad de conciencia de quien no lo es, ha dejado de serlo, o no quiere verse involucrado civilmente por una resolución de origen confesional, por mucho que haya pasado por el indispensable filtro de la actividad jurisdiccional del Estado. Se plantea, así, cuáles debieran ser, desde un punto de vista constitucional, las consecuencias de la oposición del demandado en la solicitud de eficacia civil⁴⁴.

En lo procesal, son bien conocidas las disfunciones a que ha venido dando lugar la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981 de 7 de julio, sin que tampoco resulte satisfactoria la regulación prevista en el art. 778 de la nueva LEC, que, a nuestro juicio, y al menos en parte, incluso sustrae garantías. No es de recibo que se prevea únicamente la tramitación del juicio plenario (art. 770 LEC) para el supuesto de que el solicitante interese también adopción o modificación de medidas, siendo de aplicación, en los demás supuestos, un simple trámite de audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal, a lo que seguirá Auto resolviendo lo procedente.

Varias son las objeciones que oponemos a la norma. Una de ellas es que no vemos dónde están -aparte de la mera audiencia- los medios de defensa de la parte que se opone a la eficacia civil, en aquellos supuestos en que, por no haberse solicitado

⁴¹ RD 1917/1986, de 29 de agosto. (BOE nº 225, de 19 de septiembre).

⁴² De donde resulta el absurdo que consten inscritas declaraciones de nulidad por causas que nada tienen que ver con el Derecho civil, e incluso por incapacidades canónicas que no implican ningún tipo de incapacidad desde la perspectiva del Derecho del Estado.

⁴³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO *El sistema...* cit. p. 276.

⁴⁴ Tratamos aquí de una cuestión de libertad de conciencia y del principio de laicidad y no de la cuestión procesal, presente en la Disposición Adicional Segunda, Ley 30/1981 de 7 de julio, referente a que la oposición impide la eficacia civil en primera vía de solicitud (se supone que por falta de garantías jurisdiccionales para un proceso contradictorio), oposición que ya no es relevante por sí misma (salvo que se estime su fundamento) en el juicio plenario que puede seguir.

medidas, no es de aplicación el procedimiento del art. 770 LEC. Siendo muy generosos en la interpretación de la norma, acaso se podría aventurar que, a semejanza de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda, Ley 30/1981 de 7 de julio, el Juez, habiendo oposición, podría no resolver favorablemente sobre la eficacia civil (pero tampoco desfavorablemente), manteniendo el derecho de la parte interesada para que pueda reivindicar su pretensión el procedimiento plenario que correspondiera. Pero esto no es lo que dice propiamente dicha la norma, que ordena al Juez que dicte por medio de Auto lo procedente sobre la eficacia civil (es decir, si procede y, por tanto, se otorga, o si no procede y, por tanto, no se otorga).

Otra de las objeciones consiste en que hay un trato claramente diferenciado con respecto a otras soluciones desvinculatorias civiles, ya que éstas -en orden a la protección de intereses familiares en juego, y especialmente de los hijos- no se conciben sin la determinación de las oportunas medidas o efectos derivados, mientras que la eficacia civil puede operar por su cuenta, sin solicitud ni adopción de tales medidas.

Tampoco es explicable que sólo se prevea la solicitud de medidas por parte del *demandante* de la eficacia civil, y no sea prevea que también pueda interesarlas al *demandado* en estos trámites.

Por otra parte, entendemos que es la jurisdicción civil la única competente para declarar o no la mala fe de uno o ambos contrayentes (o incluso para acordar que civilmente no la hubo), ratificando, en su caso, lo dispuesto en la sentencia canónica, o realizando, si procede, una declaración *ex novo*⁴⁵, a la vista de las alegaciones y pruebas de las partes. Para ello, parece suficiente el procedimiento del art. 770 LEC, al que remite el 778.2, cuando en la demanda de eficacia civil se solicita adopción o modificación de medidas. Pero cuando los trámites aplicables sean los del art. 778.1 (simple trámite de audiencia), el procedimiento resulta a todas luces insuficiente. Ante la necesidad de encontrar alguna solución procesal coherente, cabrían, al menos, dos alternativas. Una, aplicar el procedimiento del art. 770, siempre que haya solicitud de medidas (incluida la solicitud de declaración de mala fe), aunque la parte solicitante sea la demandada en los trámites de eficacia civil (solución que

⁴⁵ En el concepto de mala fe no tienen por qué coincidir siempre los criterios civil y canónico. Siendo éste un punto del que pueden depender importantes medidas y efectos (indemnización, liquidación, efectos del matrimonio putativo) sobre los que tiene exclusiva competencia civil la jurisdicción del Estado -que no queda vinculada por la resolución o decisión eclesiástica, aún cuando se otorgue a la misma eficacia civil- parece claro que la declaración o no de la mala fe en la sentencia canónica no empece para que el Juez civil pueda entrar en la materia. De opinión contraria es PUENTE MUÑOZ, TERESA, comentario al art. 95 del Código civil, en AA. VV., Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV Libro Primero del Código civil, Madrid 1982, 1ª edición, p. 736.

entendemos como más lógica, aunque supone rebasar la literalidad de la normal); otra, admitir un procedimiento posterior de determinación de efectos o medidas, en el que pudiera tener cabida la solicitud de declaración de mala fe. Esta última solución tiene el inconveniente de que podría quedar muy desligada, incluso temporalmente, de la resolución que declare la eficacia civil.

VIII. CONSIDERACIÓN FINAL

A nadie escapa que la libertad de conciencia aplicada al Derecho de familia no sólo tiene que ver con el matrimonio (y por extensión con las uniones de hecho), sino también con gran parte de las instituciones familiares, guardando estrecha relación con problemas varios -que en este trabajo no hemos podido abordar- relacionados con la filiación, patria potestad y su ejercicio, relaciones paterno-filiales en general, criterios por las que se deben regir las instituciones tutelares, cuestiones educativas, minoría de edad, audiencia del menor (familiar, administrativa, judicial), progresividad en el ámbito de autonomía durante la minoría de edad, materias excluidas de dicha autonomía, consecuencias de la mayoría de edad, adecuación a supuestos de crisis familiar y a distintos tipos de núcleos familiares, etc. Para la justa solución de problemas, es claro que resulta escasamente útil, por razones ya expresadas al principio, la LOLR. La reivindicación del principio y del derecho de libertad de conciencia y la profundización en la misma, más allá del mero concepto de objeción -entendido, pues, como presupuesto que afecta de forma radical a las conductas de la persona-, así como el establecimiento de sus perfiles y sus límites, deben ser objeto de cuidadoso estudio y de soluciones razonables que la doctrina y la jurisprudencia deben ir aportando. Pero, junto a todo ello, debe reivindicarse, también, la adecuación e incluso la innovación legislativa, que en algunas materias se hace indispensable⁴⁶.

Tuvimos ocasión de referirnos a ello, en la ponencia *Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia*, IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, "Derecho de Familia y libertad de conciencia en la unión europea y el Derecho comparado", Universidad del País Vasco, San Sebastián, junio de 2000. (Pendiente de publicación). Una materia sobre la que requeríamos una legislación apropiada era la relativa al derecho a salir de la incertidumbre -previo al reconocimiento de los hijos, o a las acciones de filiación (reclamación o impugnación)- en supuestos de paternidad (o maternidad) dudosa, para poder actuar de conformidad con los dictados de la propia conciencia, todo ello sin perjuicio de otros valores, en su caso, también a proteger.