



UNIVERSITAT DE BARCELONA

La secularización del matrimonio en España

Lluís Griñó Ódena

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

Doctorado en Derecho y Ciencia Política

LA SECULARIZACIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA

Lluís Griñó Ódena

Directora: Dra. Rosa María Satorras Fioretti

**Línea de investigación: Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado
Departamento de Historia del Derecho, Derecho Romano y Derecho
eclesiástico del Estado**

Universitat de Barcelona
Barcelona, 2015

*A mi esposa,
perla preciosa que la vida me ha regalado,
y a mi madre,
a quien Dios tendrá muy cerca,
sin su esfuerzo, ayuda y generosidad
me hubiera resultado imposible
llegar hasta aquí.*

*“Itaque iam non sunt duo,
sed una caro;
quod ergo Deus coniunxit,
homo non separet.”*

Mt, 19, 4-6

*“Et die tertio nuptiae factae sunt in Cana Galilaeae,
et erat mater Iesu ibi;
vocatus est autem et Iesus
et discipuli eius ad nuptias.”*

Io, 2, 1-11

Título de la tesis: La secularización del matrimonio en la ley española

Resumen o Abstract

Esta tesis está orientada al estudio de la secularización del matrimonio, es decir, cómo la legislación estatal española incorporó a su ordenamiento jurídico el matrimonio que hasta el siglo XIX había sido recogido por el derecho canónico. En su origen, y después en determinados momentos históricos, ésta consistió en un trasvase de jurisdicción total, sin alterar su contenido primigenio. Este objeto inicial de trasvase se superó y se ha visto cómo se da un viraje en clave divorcista desprendiéndose de un elemento definitorio como es la indisolubilidad por lo menos en su sentido formal ya que se ha demostrado en el estudio que el matrimonio tiene una vocación de perennidad. El último paso legislativo en esta secularización ha sido el permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, produciendo una crisis de identidad en la institución. El objetivo de esta tesis ha sido el demostrar de qué manera, después de perder la nota de la indisolubilidad y de un debilitamiento de la heterosexualidad, acompañado de una mentalidad individualista, nos encontramos con un modelo matrimonial erosionado, con un proceso de desjuridificación y privatización fuerte y evidente fruto de una revolución social y cultural, pero dando respuesta a los retos de nuestra sociedad postmoderna. En la investigación se desvela cómo después de su deconstrucción es el matrimonio quien inquirirá cada uno de sus elementos esenciales y volverá a edificarse en su solidez innata manteniendo su papel vertebrador en la sociedad de los siglos venideros.

Títol de la tesi: La secularització del matrimoni en la llei espanyola

Resum o Abstract

Aquesta tesi està orientada a l'estudi de la secularització del matrimoni, és a dir, com la legislació estatal espanyola va incorporar al seu ordenament jurídic el matrimoni que fins al segle XIX havia estat recollit pel dret canònic. En el seu origen, i després en determinats moments històrics, aquesta va consistir en un transvasament de jurisdicció total, sense alterar el seu contingut primigeni. Aquest objecte inicial de transvasament es va superar i s'ha vist com es dona un viratge en clau divorcista desprenent-se d'un element definitori com és la indissolubilitat, almenys en el seu sentit formal, donat que s'ha demostrat en l'estudi que el matrimoni té una vocació de perennitat. L'últim pas legislatiu en aquesta secularització ha estat el fet de permetre el matrimoni entre persones del mateix sexe, produint així una crisi d'identitat a la institució. L'objectiu d'aquesta tesi ha estat demostrar de quina manera, després de perdre la nota de la indissolubilitat i d'un debilitament de l'heterosexualitat, acompanyat d'una mentalitat individualista, ens

trobem amb un model matrimonial erosionat, amb un procés de desjuridificació i privatització forta i evident fruit d'una revolució social i cultural, però que dóna resposta als reptes de la nostra societat postmoderna. En la investigació es desvetlla com després de la seva deconstrucció serà el matrimoni qui inquirirà cadascun dels seus elements essencials i tornarà a edificar-se en la seva solidesa innata mantenint el seu paper vertebrador en la societat dels segles venidors.

Title of the thesis: The secularization of marriage in Spanish law

Summary or Abstract

This thesis aims to study the secularization of marriage, that is, how the Spanish state has added to its national law the figure of marriage, which until the nineteenth century was only part of the canon law. Originally, and later at certain historical moments, this addition consisted of a pure jurisdiction transfer, not implying any change in its primal content. However, this initial approach shifted to a clear pro-divorce view getting rid of a defining element as the indissolubility, at least in its formal sense, as this study demonstrates that marriage pursues perpetuity. The last legislative step in this secularization process was to allow same-sex marriage causing an identity crisis in the institution. The purpose of this research is to demonstrate how, in a clearly more individualistic environment, the fact of losing the indissolubility nature together with a weakening of heterosexuality, have caused that we now face an eroded marriage model and a strong process of dejuristifying and privatization which are obviously the result of a social and cultural revolution responding to the challenges of our postmodern society. This research also reveals how after its deconstruction, the marriage figure should inquire each of its essential parts and be rebuilt on its innate strength maintaining its unifying role in the society for centuries to come.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	13
1. DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO DE 1870 HASTA LA II REPÚBLICA ...	17
1.1. <i>El matrimonio civil obligatorio: su primera etapa. Ley provisional de matrimonio civil</i>	17
1.1.1. Las formas de ser y de pensar de la sociedad	18
1.1.1.1. La raíz cristiana de nuestra sociedad	18
1.1.1.2. Las diferencias regionales	19
1.1.1.3. La dispersión de la documentación eclesiástica.....	19
1.1.2. El componente secularizador	20
1.1.3. El matrimonio civil obligatorio: sus precedentes	24
1.1.3.1. La proposición de ley de Ríó y Ramos	24
1.1.3.2. El “Proyecto de Ley del Libro Primero del Código Civil” presentado por Romero Ortiz.....	30
1.1.3.3. La retirada del proyecto por Martín de Herrera y el anuncio de leyes especiales sobre matrimonio y registro civil	36
1.1.3.4. ¿El proyecto de ley de Ruiz Zorrilla?	40
1.2. <i>La “ley provisional de matrimonio civil de 1870” presentada por Eugenio Montero Ríos ...</i>	45
1.2.1. El nombramiento de Eugenio Montero Ríos Ministro de Gracia y Justicia	45
1.2.2. Secularización de la legislación matrimonial canónica.	45
1.2.3. Perpetuidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial	49
1.2.4. Otros asuntos secularizados	54
1.2.5. Disconformidades respecto al derecho canónico	54
1.2.6. Diversas incidencias después de la presentación del proyecto en Cortes: la postura del Episcopado español y la Comisión de legislación nombrada por el Congreso.....	54
1.2.7. El nombramiento por el Congreso de una Comisión de legislación especial	58
1.2.8. Los debates parlamentarios	64
1.2.9. El proceso de aprobación del Proyecto de ley.....	76
1.3. <i>El matrimonio canónico y civil subsidiario: su primera etapa.....</i>	79
1.3.1. La etapa de la Restauración	79
1.3.2. Decreto de 22 de enero de 1875	82
1.3.3. Características del Decreto de febrero 1875	84
1.3.4. Real Orden de 27 de febrero de 1875	88
1.4. <i>La Ley de 11 de mayo de 1888: base tercera.....</i>	89

1.4.1.	Los diferentes proyectos de Código Civil	89
1.4.2.	Negociación por Alonso Martínez con la Santa Sede de la base tercera del Código Civil	93
1.4.3.	El Código Civil de 1889	97
1.4.4.	La Real Orden 28 de diciembre de 1900	100
1.4.5.	La Real Orden de 27 de agosto de 1906	102
1.4.6.	La Real Orden 28 de febrero de 1907.....	107
1.4.7.	El Real Decreto De 9 de enero de 1908	111
1.4.8.	Orden de 28 de julio de 1913	112
2.	LA II REPÚBLICA	117
2.1.	<i>El matrimonio civil obligatorio: su segunda etapa</i>	<i>117</i>
2.1.1.	La evolución política	117
2.1.1.1.	La conspiración republicana.....	117
2.1.1.2.	La proclamación de la República	120
2.1.1.3.	La quema de conventos	122
2.1.1.4.	El bienio de izquierdas	134
2.1.1.5.	El bienio de derechas	137
2.1.2.	La situación de la Iglesia	139
2.1.2.1.	Ante la proclamación de la República.....	139
2.1.2.2.	Las Cortes constituyentes y la Iglesia	142
2.1.2.3.	El papel de la Iglesia ante la legislación antirreligiosa de los años 1932 y 1933	146
2.1.2.4.	La situación interna de la Iglesia	149
2.1.2.5.	Hacia un acuerdo entre la Iglesia y República. Imposibilidad de un acuerdo con la Santa Sede.....	150
2.2.	<i>La legislación matrimonial de la II República</i>	<i>151</i>
2.2.1.	La Constitución de la República de 1931	151
2.2.2.	Orden Ministerial de 10 de febrero de 1932.....	159
2.2.2.1.	La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado.....	169
2.2.2.2.	El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos	170
2.2.2.3.	... y podrá disolverse.....	170
2.2.2.4.	Disolución por mutuo deseo, por libre voluntad de la mujer o a solicitud del marido, con alegación en este caso de justa causa	171
2.2.2.5.	Los padres están obligados, respecto de sus hijos, a alimentarlos, asistirlos, educarlos e instruirlos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución.....	172
2.2.2.6.	Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.....	172
2.2.2.7.	Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad	172

2.2.2.8.	No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna	173
2.2.2.9.	El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la "Declaración de Ginebra" o tabla de los derechos del niño.	173
2.2.2.10.	Consideraciones al hilo del texto	174
2.2.3.	La Ley de divorcio 2 de marzo de 1932	176
2.2.4.	La Ley de Matrimonio Civil 28 de junio de 1932	193
3.	EL RÉGIMEN FRANQUISTA.....	201
3.1.	<i>La derogación de la legislación republicana y la Ley de 12 de marzo de 1938</i>	<i>203</i>
3.2.	<i>La Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941</i>	<i>221</i>
3.3.	<i>El Concordato de 1953.....</i>	<i>228</i>
3.4.	<i>Reglamento del Registro civil de 26 de octubre de 1956</i>	<i>230</i>
3.5.	<i>Ley de 24 de abril de 1958.....</i>	<i>241</i>
3.6.	<i>Ley de 28 de junio de 1967 de libertad religiosa.....</i>	<i>252</i>
4.	LA CONSTITUCIÓN DE 1978	265
4.1.	<i>El proceso constituyente de la regulación del matrimonio</i>	<i>265</i>
4.1.1.	Enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados	266
4.1.2.	Enmiendas presentadas en el Senado	269
4.1.3.	Consideraciones doctrinales de la regulación del matrimonio en la Constitución	273
4.1.4.	La regulación del matrimonio en relación con la normativa internacional	275
4.2.	<i>La regulación constitucional del matrimonio</i>	<i>276</i>
4.2.1.	Reconocimiento constitucional del matrimonio	276
4.2.2.	Sistema de protección jurídica	276
4.2.3.	Opiniones doctrinales sobre la inclusión del matrimonio en la Constitución	278
4.3.	<i>Los principios informadores del matrimonio en la Constitución de 1978: la libertad y la igualdad. La monogamia</i>	<i>280</i>
4.3.1.	La libertad y la igualdad en la Constitución española.....	280
4.3.2.	La monogamia.....	283
4.3.3.	El carácter religioso o cultural del matrimonio	289
4.3.4.	El orden público.....	295

4.4. <i>El divorcio en la etapa constitucional. Ley de 1981. Ley de 2005</i>	299
4.5. <i>Los derechos de secularización de segunda generación. Leyes 1 y 8 de julio de 2005.</i>	307
4.5.1. La regulación jurídica de la heterosexualidad	308
4.5.1.1. Efecto dominó y efecto blindaje	308
4.5.1.2. Europa, América y Estados Unidos	309
4.5.2. El caso de España.....	310
4.5.2.1. Ley 13/2005 de 1 de julio	310
4.5.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.....	316
4.6. <i>Aplicaciones de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en materia de familia</i>	323
4.6.1. Algunos de los cambios en materia matrimonial.....	323
4.6.1.1. Cuestiones generales.....	323
4.6.1.2. Cuestiones relativas a la forma de contraer o de solucionar las crisis matrimoniales	324
4.6.1.3. La torpe supresión del impedimento de parentesco	327
CONCLUSIONES	331
BIBLIOGRAFÍA	339

INTRODUCCIÓN

El contenido esencial de esta tesis constituirá un estudio exhaustivo de lo que ha sido en España el *iter* legislativo de la recepción de la figura del matrimonio canónico, la llamada “secularización”, para transformarlo en una institución propia del derecho español.

La institución del matrimonio en nuestro país, desde tiempos inmemoriales, había sido recogida exclusivamente por el derecho canónico y éste se había hecho fiduciario de la legislación civil. En ningún momento a lo largo de los siglos la legislación civil se había planteado sustituir, completar o asimilarse al derecho canónico ya que éste, como un *corpus* legislativo de gran entidad, actuaba de forma secundaria en nuestros territorios sin ninguna otra pretensión por parte del legislador civil.

Sin embargo, llegado el siglo XIX, y entrado el siglo XX, el *status quo* establecido empieza una mudanza y las mentalidades de los pueblos sufren un proceso de cambio centrífugo al que no es ajena la institución jurídica del matrimonio. Y es aquí cuando aparece la razón de ser de esta tesis: una vez asimilada esta institución matrimonial dentro de la legislación civil, y moldeada ésta según sus necesidades o ideologías, me planteo las siguientes preguntas ¿La podemos seguir considerando verdadero matrimonio? ¿Hasta qué punto la secularización ha dejado inerte al matrimonio? ¿Después de haber perdido la nota de la indisolubilidad, cómo sobrevive un matrimonio? ¿La vocación de permanencia y de trascendencia de la institución superará esta crisis o incluso saldrá reforzada? ¿Hasta qué punto se mantiene en pie la institución matrimonial cuándo carece de la nota de la heterosexualidad? Y manejo, entonces, la hipótesis de que acaso la secularización que ha operado en el matrimonio haya podido alterar la más pura esencia de la institución en cuestión y la haya desnaturalizado hasta el mismo punto de perder su contenido nuclear, o si, por el contrario, estoy errado y ha contribuido a su purificación y a propiciar una vuelta a sus orígenes más genuinos erigiéndose de nuevo como pilar principal de nuestra sociedad postmoderna.

Un pormenorizado recorrido cronológico por la historia del matrimonio civil en España nos dará respuesta a tales interrogantes y esta hipótesis será confirmada o desmentida. Para abrir este camino llevaré a cabo un profundo análisis jurídico, con una exégesis legislativa pormenorizada y sin olvidar las cuestiones éticas que se van planteando a lo largo de todo este proceso. Toda esta disertación aparecerá ilustrada con gruesos trazos de carácter de tipo antropológico y sociológico para entender de forma completa la vía recorrida, sin olvidar la aportación valiosamente insustituible del derecho canónico a lo largo de las generaciones.

En una primera etapa, se analizará desde la Revolución de 1868, la “Gloriosa”, hasta 1931, es decir, comprende toda la época conocida como la Restauración Borbónica. Esto abarcaría la primera parte del estudio. En esta fase se considerará cómo la sociedad decimonónica española posee una clara raíz cristiana con evidentes diferencias regionales, acusadas por la dispersión de la documentación eclesiástica. Se observa que la secularización es un proceso imparable en la evolución jurídica de este país, y que opera en todas las instituciones, reafirmada por una independencia cada vez mayor entre la vida cívica y la eclesiástica; este proceso, que comienza con la Reforma Protestante de forma incipiente, en los países católicos como España se introduce a través de las autoridades seculares en los asuntos de la Iglesia. En el ámbito matrimonial son las legislaciones estatales las que van insertando el matrimonio civil, copiándolo del matrimonio canónico. El análisis que se observará es que, llegados a este punto, se van a relajar las obligaciones esenciales del matrimonio con insospechadas transformaciones hasta el momento. A partir de esta etapa, el Código Civil dará entrada a la institución del matrimonio civil, que ya no desaparecerá hasta la actualidad.

La segunda fase de la investigación tendrá la intención de cubrir la época desde la II República española hasta la más reciente actualidad democrática. Su vocación es la de, uniéndose al resultado de la primera etapa, convertirse en el cuerpo de la tesis doctoral. En ella, siguiendo la línea marcada en la parte anterior, se irá desgranando la legislación matrimonial civil española, poniéndola en relación con su contexto histórico, y muy en especial, con los acontecimientos políticos y las relaciones con la Iglesia Católica que vayan teniendo cada uno de los gobiernos que se sucedieron. Se trata, no sólo de ver qué va modificando el ordenamiento jurídico, sino de entender por qué lo hace, qué motiva los cambios y, sobre todo, qué consecuencias irá teniendo sobre el derecho y sobre la sociedad, en todo momento tratando de dar respuesta a la hipótesis inicial.

El estudio tratará de comprender las profundas modificaciones que el concepto de familia ha ido sufriendo en la realidad social. La aportación de esta investigación se encaminará a analizar que, si bien hasta hace pocos años el matrimonio-institución era el centro neurálgico del Derecho de Familia, la sociedad ha hecho evolucionar al ordenamiento jurídico, haciendo que sea en la actualidad la institución de la familia la que centre la propia rama del derecho que lleva su nombre.

El *leit motiv* que irá apareciendo será proporcionar una respuesta coherente de hacia dónde se dirige la institución matrimonial después de ese vendaval secularizador que no ha cesado, desde que un día no muy lejano empezó y hasta qué punto la dinámica de desinstitucionalización y su progresiva desjuridificación será soportable, o incluso dinamizadora, del potencial que lleva la institución familiar. El enfoque o la perspectiva de trabajo ha sido en todo momento la de una visión

trascendente del ser humano dotado de alma y cuerpo, así como de las más altas capacidades de relaciones interpersonales. Una visión propia y personal tomada del humanismo cristiano es la que informará toda la tesis y cualquier apreciación o valoración para entenderla de forma absoluta y total se tendrá que manejar en estos parámetros. Una apasionada búsqueda de la verdad y del conocimiento llevada con total honestidad hará concluir de la forma más cercana a la realidad de los acontecimientos.

1. DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO DE 1870 HASTA LA II REPÚBLICA

1.1. El matrimonio civil obligatorio: su primera etapa. Ley provisional de matrimonio civil

El período cronológico que se tratará en este epígrafe es realmente extenso. Desde el punto de vista de las periodificaciones podemos dar cabida a dos lapsos desiguales:

- a) La Revolución, o etapa revolucionaria (1868-74).¹
- b) La Restauración (1875-1931).

La Revolución la podemos colocar más “cerca” de la Restauración que del tramo central del siglo XIX, ocupado con casi total exactitud por el reinado de Isabel II.

El sexenio revolucionario prolonga la inestabilidad política de la época isabelina, hasta llevarla a sus últimos ejemplos imaginables. Se prolonga también una tendencia a la radicalización de las posturas, que como muy bien se definió en la prensa de la época, la podemos calificar como «estúpida bandera del todo o nada», criticada con posterioridad por el mismo Cánovas.

¹ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm.10, 22 de febrero de 1869, pág. 108. El 18 de septiembre de 1868, con la presencia del general Prim, la escuadra concentrada en la bahía de Cádiz al mando del almirante Topete anunciaba a la nación el destronamiento de Isabel II. Se iniciaba así la Revolución de septiembre - la Gloriosa - , que culminaría con la entrada del general Serrano en Madrid. Desde San Sebastián, donde se encontraba, Isabel II cruzó la frontera el 30 de septiembre. Asumido inicialmente el poder por la Juntas Revolucionarias que se constituyeron en todas las ciudades importantes, el 3 de octubre acordó la de Madrid encomendar “al capitán del ejército don Francisco Serrano, Duque de la Torre, la formación de un Ministerio provisional que se encargue de la gobernación del Estado hasta la reunión de las Cortes Constituyentes. El Gobierno provisional, nombrado el 8 de octubre, era una coalición entre progresistas (Juan Prim, Ministro de la Guerra; Laureano Figuerola, de Hacienda; Práxedes Mateo Sagasta, de Gobernación; Manuel Ruiz Zorrilla, de Fomento) y unionistas (Antonio Romero Ortiz, de Gracia y Justicia; Juan Álvarez de Lorenzana, de Estado; Juan Bta. Topete, de Marina; Adelardo López de Ayala, de Ultramar, además del propio Serrano, que lideraba la Unión Liberal tras la muerte de su fundador, O’Donnell). El partido demócrata - que en agosto de 1866 había acordado con los progresistas en Ostende el programa revolucionario, al que sólo a la muerte de O’Donnell se sumó la Unión Liberal – quedó fuera de la coalición gubernamental. Más adelante, Cristino Martos, uno de sus máximos dirigentes, señalaría que esta exclusión fue sólo “un accidente” y “una ventaja para los hombres de procedencia democrática, que han acreditado una vez más que combaten por el triunfo de las ideas, y no por la posesión del poder”.

La Restauración se nos presenta, en cambio, como una realidad histórica mucho más estable y tal estabilidad parece asociada precisamente al hecho de que, uno de los puntos clave de su filosofía política, consiste en que cada grupo en el poder ha de comprometerse a contar con el contrario².

1.1.1. Las formas de ser y de pensar de la sociedad

Para analizar el siglo XIX resulta imprescindible establecer una panorámica sobre las formas de ser y de pensar de aquella sociedad. No creamos que la producción legislativa recorre un camino paralelo a la sociedad, por lo menos no debería hacerlo.

Tenemos que ser muy conscientes que los sistemas filosóficos del momento y los demás idearios penetran en lo más hondo de las sociedades y sus consecuencias éticas son inevitables.

La sociedad de España era tradicional; en el sentido etimológico de la palabra, del *tradire* -entregar, dar, transmitir- latino; esto es: aquellas concepciones de las que la misma sociedad se hallaba imbuida.

Algunos aspectos claves de la sociedad decimonónica española, para nuestro estudio, son los que a continuación enumero, para desarrollar después: la raíz cristiana de nuestra sociedad, las evidentes diferencias regionales que existían y a dispersión en la documentación eclesiástica.

1.1.1.1. La raíz cristiana de nuestra sociedad

No cabe duda de que, si hubiera que buscar una nota común, un calificativo que fuera válido para la mayoría de las maneras de pensar entonces vigentes y que a la vez hiciera referencia al conjunto de principios por sí solos subsistentes, nadie dudaría de que la sociedad española seguía, a su modo, perteneciendo, como siglos atrás, al universo cristiano.

Había, por de pronto, una prueba formal: según el censo de 1870, apenas uno de cada mil españoles decía profesar creencias no católicas, y todos los demás, y también una buena parte de aquéllos, habían sido formalmente incorporados por sus padres a la Iglesia católica a los pocos días, si no a las pocas horas de nacer³.

² COMELLAS GARCÍA-LLERA, José Luis, *Historia General de España y América, Revolución y Restauración, (1868-1931)*, tomo XVI, Introducción XXII, Madrid, 1984, Editorial Rialp, Introducción XII.

³ ANDRÉS-GALLEGO, José, *Historia General de España y América, Revolución y Restauración, (1868-1931)*, tomo XVI, Introducción XXII, Madrid, 1984, Editorial Rialp, Introducción XII.

Esto no significa que fueran otros tantos los que consciente y expresamente procuraban adecuar su vida a la religión; ni mucho menos, con un propósito explícito de sentido trascendente. Las creencias se hallaban, además, deformadas no pocas veces por la superstición, que constituía una vieja herencia, de testimonios inagotables.

Así, no sorprenden comentarios como el que aparece en la revista *El Mensajero* de 1870 y que insiste en que en España, “todavía los corazones en su inmensa mayoría viven de la fe, y se nutren y se sustentan con las verdades de la Religión y del Evangelio”.

1.1.1.2. *Las diferencias regionales*

Se deben hacer notar también las diferencias regionales de nuestro país, que eran del todo evidentes. Puedo afirmar, sin miedo a equivocarme, que todo lo dicho era cierto y bien cierto: había heterodoxos, como se ha visto y se verá. Y en las mayoritarias filas católicas, se percibían las posturas más variopintas: la confesión por rutina, por presión o por convicción.

Todo lo cual variaba, como he anunciado, de manera notable no sólo entre los diversos individuos de un nivel cultural parejo, sino entre las distintas zonas. Muy significativo era el ejemplo de religiosidad de Vascongadas. En las Cortes Constituyentes de 1869 el canónigo Manterola había asegurado que la mayoría de los campesinos guipuzcoanos seguía pagando diezmos, ¡nada menos que treinta años después de que hubieran sido abolidos!

Por las mismas fechas, Díaz del Moral calculaba que los hombres que en la campiña cordobesa asistían cada domingo a misa no llegaban a uno de cada cien. Obsérvese que la distinción no se reducía a la reiterada oposición entre industria y agricultura.

1.1.1.3. *La dispersión de la documentación eclesiástica*

Este análisis resulta complicado de realizar con las técnicas habituales en la historia, por la escasez de medios:

- ✓ La documentación eclesiástica es muy pobre en España, al menos desde la primera mitad del siglo XIX, en que la tradición burocrática parece quebrarse.
- ✓ Se añade la dispersión, característica de estos fondos (los archivos parroquiales siguen localizados *in situ*).
- ✓ El intenso proceso de destrucción, total en bastantes casos, a que los ha sometido el tiempo y la última guerra civil.

Todos estos elementos nos limitan el retrato de la religiosidad española de estos tiempos. No obstante, las diferencias regionales de la sociedad española debieron responder a un cúmulo muy complejo de factores, sobre el que debo rehuir de simplificaciones.

1.1.2. El componente secularizador

Sin duda, en la cultura decimonónica había un componente secularizador relevante, que por su propia naturaleza, podía penetrar mejor allí donde era superior el nivel cultural en conjunto. Pero no es de ningún modo trivial la influencia que pudo tener la propia y respectiva forma de la religiosidad, empezando por la mera implantación del clero en los diferentes territorios. Este elemento no es nada desdeñable. Al contrario, las estadísticas son del todo reveladoras de este retrato.

Se puede afirmar sin exagerar que un punto de partida importante para la secularización del matrimonio, en la época moderna, lo constituye el principio de matrimonio civil obligatorio. En nuestro país, como muy bien sabemos, conocemos dos ocasiones importantísimas donde tal principio actúa con fuerza. El contexto es realmente distinto, tanto ideológico como histórico. Estas dos ocasiones corresponden a la Revolución liberal-burguesa española –la “Gloriosa”- y la etapa de la II República española.

Quizás antes de continuar convendría analizar muy bien el significado de “secularización” ya que no es un concepto de fácil trato. Por secularización se entiende ordinariamente la acción de hacer secular lo que era sagrado o eclesiástico. Esa definición nominal no nos aclara muy bien el significado real de la palabra; más aún: se presta a una considerable ambigüedad ya que los términos por relación a los cuales la secularización resulta definida (secular, sagrado, eclesiástico) son susceptibles de múltiples acepciones.

El ámbito de la secularización nace, pues, en un contexto jurídico; presupone, sin embargo, un trasfondo amplio y complejo que explica la diversidad de usos y significados que ha recibido posteriormente. Esta idea de secularización, como proceso jurídico implica, en efecto, la posibilidad de que existan estados de vida que se definan por su relación a la comunidad cristiana, y objetos, edificios, etc. que se destinen exclusivamente a usos eclesiales, ya que eso constituye el requisito previo imprescindible para que pueda darse un proceso de vuelta de esas personas o cosas a su situación precedente. Por tanto, secularización, connota la realidad de la Iglesia capaz de un ordenamiento jurídico propio, y por consiguiente, de unas relaciones con el resto de las instituciones humanas.

Los diversos problemas nacidos en torno a la idea de secularización presuponen, de una manera o de otra, un juicio sobre el lugar que la Iglesia y el cristiano ocupan en el mundo; o al menos, conducen a él.

El matiz de secularización que necesitamos lo podemos hallar datado históricamente con precisión, ya que se consagró con ocasión de la Paz de Westfalia (1648) en la que el delegado francés habló de secularización para referirse a la confiscación de los señoríos eclesiásticos a fin de atribuirlos al poder civil⁴.

Cuando nosotros empleamos el término lo hacemos en un sentido muy cercano al anterior, pero ampliando considerablemente su alcance: ahora, en efecto, se hace referencia no ya al simple cese en un caso concreto de la competencia de una jurisdicción, que permanece, sin embargo, intacta en cuanto tal, sino a la limitación intrínseca de esa jurisdicción.

Secularización sería el proceso histórico, en virtud del cual, las instituciones civiles afirman su autonomía frente a las autoridades eclesiásticas. Es un proceso que, además resulta claramente caracterizado cronológicamente, ya que tiene un punto de partida definido: la Edad Media. En cuanto proceso de afirmación de la autonomía de las instituciones cívicas, se identifica, pues, con el proceso de liquidación de las estructuras medievales, y más aún, de la superación de la interdependencia que reinó entre ambas estructuras.

Secularización implica la consideración de la Edad Media como una época que tendía hacia una fusión entre los principios civiles y eclesiásticos además tendríamos una interpretación de los hechos históricos con una clara diferenciación entre lo cívico y lo religioso.

En realidad lo que es verdaderamente importante de todo este proceso, y lo que está en juego, no son sólo datos históricos sino las concepciones de fondo sobre el ser del hombre y su destino.

El problema que planteo no es nada fácil de exponer y de resolver. En Occidente a lo largo de los siglos precedentes se han adoptado varias posiciones, irreductibles entre sí, que me gustaría sintetizar a continuación:

Por un lado se puede considerar el fenómeno histórico de la separación entre Iglesia y Estado, es decir, la afirmación de la independencia de la vida cívica con respecto a la autoridad eclesiástica, como una de las primeras etapas de un proceso más profundo que terminaría reivindicando la autonomía de la mente humana frente a la autoridad del Magisterio, y finalmente frente a Dios.

⁴ ILLANES MAESTRE, José Luis, Gran Enciclopedia Rialp, tomo XXI, págs. 89-96, Madrid, 1975, Editorial Rialp, 25 tomos.

A la par, este acontecimiento sería el inicio de una crisis de la actitud religiosa que implicaría la desvinculación absoluta entre religión y política, y por tanto, la pura “profanidad” de la historia y la pérdida del sentido inmediato de lo divino. Sería pues el desarrollo de una mentalidad caracterizada por juzgar el mundo desde fines puramente humanos y temporales.

De forma sintética se podría decir ahora que de secularización se habla a dos niveles diversos:

1º La asunción por parte de la autoridad civil, a fines de la Edad Media, de competencias que hasta entonces estaban en manos de la autoridad eclesiástica, o de algún modo vinculadas a ella.

2º Y a nivel de la filosofía otras interpretaciones teoréticas de ese proceso⁵.

Como podemos intuir, hablar de secularización no es un asunto pacífico porque reviste graves peligros de interpretación. El tema ha sido motivo de reflexión a lo largo del tiempo; el mismo Concilio Vaticano II lo aborda y presenta su culminación en la documentación⁶. Al exponer esta doctrina se suelen subrayar tres temas fundamentales:

- a) La autoridad eclesiástica no debe inmiscuirse indebidamente en cuestiones temporales;
- b) Toma de conciencia de la vida cívica;
- c) Cada orden de actividades tiene sus leyes propias y requiere una competencia específica con la consiguiente crítica de todo intento de manipulación de tipo clerical.

Así pues hablar de “la secularización del matrimonio” sólo es posible a partir de la necesidad de establecer una forma para la validez del matrimonio; ⁷y este punto iría perfectamente entrelazado con el advenimiento de la Reforma protestante, que intentó negar, y de hecho lo consiguió, el carácter sacramental del matrimonio; como consecuencia básica es la consideración del matrimonio como un mero contrato civil.

De ahí que en los países donde la Reforma protestante consiguió colarse elaboraran una completa normativa matrimonial que poco tenía en cuenta la tradición matrimonial católica. Por el contrario, en los países católicos, esta

⁵ *Ibidem*.

⁶ Const. Dog. *Lumen Gentium*, 31-36; *Gaudium et spes*, 36,40-43,76,89; Decr. *Dignitatis humanae*, 1-3,13-14).

⁷ CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, www.iustel.com

tendencia secularizadora se produjo a través de una introducción de las autoridades seculares en los asuntos de la Iglesia católica. Sobra decir que la cuestión del matrimonio es uno de los asuntos que chirría en mayor medida esta fricción.

El bombardeo secularizador no se producirá de forma efectiva hasta el siglo XIX, como fruto tardío de la Revolución francesa y su posterior introducción en la legislación napoleónica, donde se llega a promulgar el matrimonio civil como obligatorio. ¿Qué ocurrió entonces? Nada más y nada menos que los Estados gustarán monopolizar, y esto en numerosas ocasiones significará excluir todas las cuestiones relativas a la institución jurídica del matrimonio desde su instante constitutivo al extintivo. Así, con este nuevo planteamiento a lo largo de los siglos XIX y XX las legislaciones estatales van incorporando a sus ordenamientos jurídicos el matrimonio civil.

Pero este proceso no encuentra aquí el final. Se puede afirmar que el matrimonio, después de ese vendaval secularizador, entra en una dinámica de desinstitucionalización que conlleva lo que la doctrina ha venido en llamar su “desjuridificación”, consecuencia de su “privatización”.

Como una gran manifestación de esta secularización, que viene operando desde el propio Concilio de Trento, y continúa su andadura por la Europa napoleónica, se ha observado la progresiva debilitación de las prerrogativas del matrimonio en relación con las cuestiones de hecho⁸. Otra consecuencia directa constituirá la relajación de las obligaciones que derIBÁN del propio matrimonio que, a medida que nos adentramos en los nuevos tiempos en todos los casos, por lo menos, son diferentes hasta el punto de llegar a transformaciones insospechadas en siglos anteriores pero que, sin duda, de alguna forma empezaron.

Después de haber hablado del alcance del término “secularización” de forma general se puede afirmar que el principio de matrimonio civil obligatorio ha sido, desde el punto de vista de la producción legislativa, el mayor intento en España de sedimentar la secularización moderna del matrimonio. El alcance es mucho más amplio de lo pueda parecer a simple vista y además es la primera vez que aparece en la historia del Derecho español la institución llamada “matrimonio civil”⁹.

⁸ Ibidem 6.

⁹ REINA BERNÁLDEZ, Víctor, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Barcelona, 1989, Volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., pág.143

1.1.3. El matrimonio civil obligatorio: sus precedentes

La revolución de septiembre de 1868¹⁰ trajo consigo el planteamiento de toda una serie de libertades individuales, consecuencia de lo cual fue, como hemos visto, la cuestión del matrimonio civil¹¹ como realidad de hecho y la necesidad de su regulación. En este momento entró a debate la cuestión de la técnica legislativa. Y la pregunta clave fue: ¿Código civil o Ley especial? En su momento no fue un tema sencillo de resolver y surgieron varias proposiciones que intentaremos ir analizando en este epígrafe:

1.1.3.1. La proposición de ley de Río y Ramos

La Proposición de ley, del señor Río y Ramos, estableciendo el matrimonio civil¹², firmada el 6 de marzo de 1869 y justificada en la libertad de cultos¹³ establecida ya de hecho¹⁴, es la primera iniciativa parlamentaria en las Cortes

¹⁰ Vide pie de página núm.1.

¹¹CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Reunidas, EDESA, pensamiento de los autores de la época respecto al matrimonio civil:

1.- Partidarios del matrimonio civil obligatorio:

González de Alba, Arias Brime, Águila Burgos, Mucius Scaevola, Sánchez Román, Fernández García, Lobatón, Reus y Bahamonde, Agustín López, Gómez Urdiales, Gumersindo de Azcarate, Fernández

Elías, J. Poveda, Cenen Canido, M.Valvas, V. Covián, D. De Buen, F. Falcón, etc.

2.-Autores opuestos a la obligatoriedad de la forma civil de celebración:

A.- Contradictores de la obligatoriedad de la forma civil de celebración que no utilizan la inseparabilidad entre el sacramento y el contrato: Reynals y Rabassa, Baldín de Unquera, Cirilo Alvarez, Díaz Cordovés, Rubio e Ibáñez, Rosendo Macaya, Sánchez Manjón, L. Urbina, Marañón, Burón García, Planas y Casals, etc.

B.- Autores que sostienen la imposibilidad de separar el sacramento y el contrato en el matrimonio de los bautizados: Gutiérrez Fernández, Francisco de Cárdenas, González Castejón, García Alonso, García Goñi, etc.

¹² Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes S .C. C., núm.22, 9 de marzo de 1869, apéndice primero: "Establecida ya de hecho la libertad de cultos en España, pedimos a las Cortes Constituyentes que, para hacer efectivo uno de sus principales beneficios, se sirvan de retar con urgencia el establecimiento del matrimonio civil." Además de Luis del Río, firmaban la proposición Roberto Robert, Francisco Díaz Quintero, Fernando Garrido, Francisco Pi i Margall, Blas Pierda y Juan J. Hidalgo, todos ellos pertenecientes a la minoría republicana en la oposición.

¹³ CASANOVAS MUSSONS, Anna, "La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil", en *Centenario Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.434.

¹⁴ *Manifiesto del Gobierno provisional, exponiendo los principios fundamentales proclamados por la revolución*, de 23 de octubre de 1868, CL 1868, tomo 100, págs. 445-446. "La más importante de

Constituyentes, cuya sesión de apertura había tenido lugar el día 11 de febrero de ese mismo año^{15 16}.

todas (las manifestaciones de los principios revolucionarios), por la alteración esencial que introduce en la organización secular de España es la relativa al planteamiento de la libertad religiosa (...) No se vulnerará la fe hondamente arraigada porque autoricemos el libre y tranquilo ejercicio de otros cultos en presencia del católico; antes bien se fortificará en el combate, y rechazará con el estímulo las tenaces invasiones de la indiferencia religiosa, que tanto postran y debilitan el sentimiento moral. Es además una necesidad de nuestro estado político y una protesta contra el espíritu teocrático, que, a la sombra del poder recientemente derrocado, se había ingerido con pertinaz insidia en la esencia de nuestras instituciones, sin duda por esa influencia avasalladora que ejerce sobre cuanto le rodea, toda autoridad no discutida ni contrarrestada. Por eso las Juntas revolucionarias, obedeciendo por una parte a esa universal tendencia de expansión que señala, o más bien dirige la marcha de las sociedades modernas, y por otra a un instinto irresistible de precaución justificada, han consignado en primer término el principio de la libertad religiosa, como necesidad perentoria de la época presente, y medida de seguridad contra difíciles, pero no imposibles, eventualidades.

¹⁵ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, Núm. 1, 11.II.1869, pág. 2. En el discurso leído por Serrano, presidente del Gobierno provisional, en esta sesión de apertura, se señalaba: “El Gobierno provisional, investido por la revolución de un poder pasajero, no ha debido hacer ni ha hecho más que allanar el terreno y trazar a grandes rasgos las líneas principales de lo que debe edificarse ahora. Para ello ha tenido presentes los principios fundamentales del liberalismo más radical, aceptándolos y proclamándolos con fe viva y con entusiasmo fervoroso; habiendo llegado en la declaración de todas las libertades y de todos los derechos hasta el punto a donde podíamos llegar sin faltar a nuestro carácter de poder anormal y transitorio. Proclamadas están la libertad religiosa, la de imprenta, la de enseñanza, la de reunión y la de asociación. A vosotros os toca definir las y determinarlas ahora por medio de leyes sabias...”.

Sobre la política religiosa y las relaciones Iglesia / Estado en la época de las Cortes Constituyentes de 1869, vid. PETSCHEN, Santiago, *Iglesia-Estado .Un cambio político. Las Constituyentes de 1869*, Madrid, 1975.

¹⁶ Las elecciones celebradas a mediados de enero por sufragio universal (varones mayores de veinticinco años) dieron el triunfo -pero no la mayoría absoluta- al partido progresista, que formó coalición con la unión Liberal y con los demócratas (la presencia de las Cortes Constituyentes se otorgó a Nicolás M. Rivero, fundador de este último partido). Quedaron en la oposición los republicanos y los tradicionalistas. Más adelante, en marzo de 1870, la Unión Liberal abandonó la coalición, pasando también a la oposición.

En sesión del 22 de febrero de 1869, el Gobierno provisional resignó ante las Cortes Constituyentes “los poderes que la revolución les ha conferido y que ejercen desde el 8 de octubre último”. Tras un extenso debate -durante tres sesiones- sobre la actuación del Gobierno provisional, las Cortes acordaron encomendar a Francisco Serrano “la constitución de un Ministerio que ejerza las funciones de poder ejecutivo” (Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, Núm.10, 22 de febrero de 1869, págs. 86-113; núm. 11, 23 de febrero de 1869, págs. 115-142; núm.12, 24 de febrero de 1869, págs. 147-201). El 25 de febrero de 1869, Serrano nombró como miembros del nuevo Poder ejecutivo a las mismas personas -ahora todos diputados- que hasta entonces habían integrado el Gobierno provisional, y en la misma cartera que habían desempeñado, (Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 13, 26 de febrero de 1869, págs. 204-205).

El 15 de marzo de 1869 se empezó a debatir de forma intensa la proposición de ley en cuestión. Río y Ramos lo basó en varios términos nada pacíficos, al contrario, muy controvertidos y que venían causando estragos en la España decimonónica. Bien los podemos adivinar: la libertad religiosa, la separación Iglesia-Estado, el divorcio... El parlamento fue un breve pero deslavazado discurso ideológico¹⁷.

El ponente Río y Ramos al hablar de libertad religiosa irrumpe en un discurso acalorado donde califica o descalifica a sectores respetables de la sociedad del momento. No duda en tachar de <malo> lo que muchas veces no es más que un criterio personal o a lo sumo unas ideas que pueden ser defendidas con toda dignidad pero sin descalificaciones. Vemos una vez más que hablar de determinados temas en España constituye, de forma especial, entrar en opiniones personales más que en analizar unos hechos y unas necesidades objetivas.

Puede ser interesante saborear con atención la intervención literal del ponente Río y Ramos¹⁸, que no duda en enfrentar y dividir un hemiciclo de por sí ya muy fragmentado. No faltan los abundantes tópicos en esta intervención encarando de forma manifiesta Iglesia y progreso, Iglesia y poder, Iglesia y evolución... de forma totalmente gratuita.

Unos días más tarde intervendrá en una misma dirección Estanislao Figueras, un diputado, esta vez aludiendo ya directamente el tema del matrimonio civil, que lo establece como una ineludible consecuencia después de introducir la libertad religiosa, uniéndolo a su vez con la libertad de cultos que tanto preocupaba a nuestros ilustres políticos del siglo XIX.¹⁹

¹⁷ CASANOVAS MUSSONS, Anna, "La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil", en *Centenario Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.435.

¹⁸ Río y Ramos. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 27, 15 de marzo de 1869, pág.511. "uno de los derechos individuales que son la base y cimiento de la personalidad humana, es la libertad religiosa; la libertad religiosa ,proclamada por todas la juntas revolucionarias; la libertad religiosa , que el Gobierno provisional ha proclamado también , por más que no se haya atrevido a expedir un decreto declarándola desde luego legalmente ; (...) sin libertad religiosa no hay libertad de pensar, sin libertad religiosa no hay libertad científica; sin libertad religiosa no hay independencia filosófica; sin libertad religiosa no hay periódico, no hay folleto, no hay libro. (...) es necesario combatir ese catolicismo que yo llamaré malo; ese catolicismo que quiere ser poder,... que está al lado de una política determinada,.. ese catolicismo que tiene pretensiones teocráticas... porque su intolerancia impide que marchemos hacia el progreso.

¹⁹ Figueras. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm.38, 31 de marzo de 1869, pág.778. "Pido al Sr. Ministro de Gracia y Justicia que me conteste concretamente si creyendo, como debe creer, que es una consecuencia indeclinable y necesaria de la libertad de cultos el matrimonio civil, y consignándose en el proyecto de Constitución, aunque de una manera vergonzante, el libre ejercicio de todos los cultos que no se opongan a las reglas universales de la moral y del derecho, está

Una vez abordados los temas de la libertad religiosa y del matrimonio civil toca incidir directamente el tema de la separación de la Iglesia – Estado. El tema que se aborda directamente en el debate como si se tratara de la base de lo que se ha afirmado con anterioridad y que enlazaría directamente con la idea de secularización tan latente en esta sociedad.²⁰

Después de haber seguido el debate de esta proposición de ley podíamos intuir con cierta facilidad que no llegaría a buen puerto. Demasiados detractores, o por lo menos, no un gran número de entusiastas. En estas filas podemos introducir el comentario del Ministro de Gracia y Justicia, Antonio Romero Ortiz (Unión Liberal) que acusa a los republicanos de precipitación legislativa²¹. Este apunte del Ministro nos da que pensar ya que Romero Ortiz se erige como uno de los defensores más radicales de las ideas revolucionarias.

En el mejor de los casos no deja de ser un tanto sorprendente por la evolución biográfica que podemos encontrar en este político decimonónico. Además, poco después presenta una solución al matrimonio que no está muy de acuerdo con esta línea expositiva.

Si ahondamos un poco en su trayectoria ministerial vemos una serie de actuaciones reveladoras de una forma de actuar muy poco acorde con el discurso

dispuesto a traer a las Cortes Constituyentes la modificación necesaria en la legislación para que estos matrimonios puedan tener sus efectos sin perturbación de ningún género.”

²⁰ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 27, 15 de marzo de 1869, págs. 511- 512. “... el criterio de los que nos sentamos en estos bancos, en la cuestión presente, es el criterio de la libertad, es el criterio, en nuestro concepto, científico, es el criterio del derecho, es el criterio de la justicia. Por eso nosotros queremos la Iglesia libre en el Estado libre (...) aunque no se separe completamente la Iglesia del Estado, es preciso que el Estado no vea fieles, sino ciudadanos, al contraer ese acto; es preciso que se secularice completamente el matrimonio; es preciso que también se separe el contrato civil y el sacramento (...). Esto sin perjuicio de que una vez contraído el matrimonio según las fórmulas del Estado,... permita que cada uno acuda a los ritos, a las prácticas y a las ceremonias de su religión para que estas sancionen el matrimonio celebrado.”

²¹ Romero Ortiz, Antonio, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm.27, 15 de marzo de 1869: “debo decir que me causa extrañeza el apresuramiento con que los individuos de la oposición republicana vienen trayendo al debate un día y otro día, desde que se ha constituido esta Asamblea, los problemas políticos y económicos más graves, más trascendentales y que, por lo tanto, exigen más detenido estudio (...) ¿qué significa esta precipitación? ¿Qué se proponen con ella los señores de la minoría republicana? (...) El matrimonio civil entraña dificultades tan arduas y cuestiones tan graves, que exigen largas y serias meditaciones” (pág.512). “... resolver la cuestión del matrimonio civil es resolver la cuestión religiosa. Es más, en Francia, el clero se ha conformado menos difícilmente con la libertad religiosa que con el matrimonio civil, contra el cual viene protestando constantemente” (pág.513). “... el clero católico ha opuesto siempre una gran resistencia al matrimonio civil, y bastaría esto solo para que tratáramos cuestión de tanta trascendencia con la calma y detenimiento posibles” (pág.514).

mantenido en contra de este proyecto de ley. Como ejemplos se podría poner de manifiesto las siguientes maniobras:

- a) Supresión de la Compañía de Jesús (Decreto 12 de octubre de 1868).
- b) Derogación del decreto de 15 de julio de 1868 que autorizaba a las comunidades religiosas para adquirir y poseer bienes (Decreto 15 de octubre de 1868).
- c) Extinción de todos los monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de religiosos de ambos sexos, fundados desde 1837 (Decreto 18 de octubre de 1868).
- d) Disolución de las Conferencias de San Vicente de Paúl (Decreto 19 de octubre de 1868).
- e) Suspensión del pago de las asignaciones de los Seminarios conciliares (Decreto 22 de octubre de 1868).
- f) Suspensión de la comisión de arreglo parroquial, declarando cesantes a todos sus individuos (Decreto 24 de octubre de 1868).

A continuación, Romero Ortiz ponía de manifiesto otro peligro, riesgo real si nos colocamos en la coyuntura histórica del momento. Nuestro personaje apuntaba que de seguir adelante con esta proposición legislativa podríamos correr el riesgo de sancionar los matrimonios civiles que de hecho se estaban celebrando en algunas ciudades del Estado²².

Este tema estaba encima el tapete porque poco después encontramos, en el mismo sentido, una petición de D. Saturnino ÁLVAREZ BURGALLAL pidiendo la adopción de medidas enérgicas e inmediatas contra ello²³; le sigue otra petición del mismo Sr. ÁLVAREZ BURGALLAL ante el propio ROMERO ORTIZ, que por respuesta afirma que el Gobierno no tiene conocimiento ²⁴oficial de la celebración de estos matrimonios.

²² Mateo Sagasta, Práxedes, Ministro de la Gobernación, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm.28, 16 de marzo de 1869, pág.528. "Es verdad que algunos ayuntamientos por sí y ante sí habían establecido el matrimonio civil; pero consultado el Ministerio de la Gobernación por los gobernadores de las provincias en que eso se hacía, el Ministerio ha contestado que se dijera a los ayuntamientos que no tenían soberanía para variar la legislación existente, mientras las Cortes Constituyentes, en uso de su soberanía, no se sirvieran acordar la modificación o derogación de esta legislación que hoy rige: que en tal sentido, obraran con prudencia, lo dijeran así a los ayuntamientos, y no permitieran que continuaran celebrándose esas uniones que aún no están autorizadas por la ley".

²³ Álvarez Burgallal, Saturnino, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm.24, 11 de marzo de 1869, pág.424.

²⁴ Romero Ortiz, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 38, 31 d marzo de 1869, pág.777.

Y la trama no acaba aquí, porque el mismo día tuvo que dar una respuesta similar a la pregunta realizada por el diputado tradicionalista Sr.OCHOA²⁵, y produciéndose posteriores intervenciones en el mismo sentido que vale la pena tener en cuenta por lo que representan del sentir popular español²⁶.

No obstante, si sigo con el hilo conductor de nuestro último protagonista no deja de asombrar la calificación que realiza de estas uniones, cuando las tilda de «concubinato»²⁷; y la afirmación no es solitaria porque aparece reiterada a los pocos días ante intervención del tradicionalista Ochoa al añadir que “no me arrepiento de la calificación que hice respecto de esas uniones”²⁸.

Por otra parte, cabe dejar claro que el Gobierno no solo no rechaza el matrimonio civil, sino que a este efecto se estaba preparando la reforma del Código Civil, libro relativo al estado de las personas, proyecto que se comprometía a presentar en breve, por lo que rogaba la retirada de la proposición, de suyo ineficaz al no tratarse de un proyecto articulado²⁹.

El propio Río y Ramos opuso que esta materia no debía incluirse en el Código civil: “Me parece mejor el sistema de legislar por leyes especiales, que no presentar un Código compacto y homogéneo”.³⁰ Sin embargo, no debemos ver en ello una toma de postura radical sino que es por razones puramente de orden temporal, ya que en otro momento aduce razones puramente de técnica y de orden³¹. Como habíamos avanzado, se acabó por retirar la proposición para presentar un proyecto articulado “que comprenda todas las cuestiones”.³²

²⁵ El tradicionalista Ochoa. *Ibidem*, pág.776.

²⁶ El tradicionalista Ochoa, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 64, 1 de mayo de 1869, pág. 1539 y núm. 68, 7 de mayo de 1869, págs. 1668 y ss.

²⁷ Romero Ortiz, Antonio, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm.27, 15 de marzo de 1869, pág.514. “... hay algunos pueblos de España en que el matrimonio civil se está verificando, y es un mal que esto suceda; yo lo deploro, yo lo censuro, yo lo condeno con todas mis fuerzas (...) uno de esos contratos que hasta ahora no tienen nombre en España (...) esas uniones se llaman concubinato”.

²⁸ Romero Ortiz, Antonio, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm.38, 31 de marzo de 1869, pág.777.

²⁹ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 27, 15 de marzo de 1869, págs. 512-513.

³⁰ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm.27, 15 de marzo de 1869, pág. 515.

³¹ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm.27, 15 de marzo de 1869, pág.515. “ Si fuera posible hacerlo pronto, estaría conforme; pero los Códigos tardan mucho tiempo en hacerse, y buena parte de ello es nuestro proyecto de Código civil”.

³² *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm.27, 15 de marzo de 1869, pág.515.

1.1.3.2. El “Proyecto de Ley del Libro Primero del Código Civil” presentado por Romero Ortiz

Apenas habían pasado tres meses de la anterior proposición de ley cuando en la sesión del 21 de mayo de 1869, Romero Ortiz presentaba a las Cortes Constituyentes un proyecto de libro I del Código civil³³ en el que “una vez definida y declarada la libertad religiosa y proclamados los derechos naturales del hombre,... se marca el estado de las personas como miembros de la Nación que les reconoce su capacidad legal, y en la que como tales ejercitan derechos y cumplen deberes a aquellos correlativos³⁴. Nos conviene recordar que en la sesión del 5 de mayo se había aprobado el artículo 21 del Proyecto de Constitución, según el cual se garantizaba el culto a la religión católica...³⁵.

Estamos en un proyecto donde los principios revolucionarios son aplicados con el mayor fervor y en su sentido más radical³⁶. Se introduce por primera vez el matrimonio civil con unas características muy concretas:

a) Es el único matrimonio que se reconoce³⁷: el art.61 afirma: “La ley no reconoce como matrimonio legítimo más que el celebrado en la forma prevenida en el presente Código”.

En la Exposición de Motivos se afirma: “Declarado el principio de la libertad religiosa, la determinación legal de semejante unión no puede abandonarse al absoluto criterio religioso en cualquiera de sus manifestaciones. Debe buscarse un criterio legal común que se haga conocer a las personas según su estado y que deje a la propia convicción elevar a realidad sagrada aquel acto, adoptando para la vida de humana sociedad una base que comprenda al hombre como igual en las condiciones de la vida civil, sin limitarse su libertad para adquirir derechos religiosos tal y como su conciencia le dicte en libre vocación (...) Supuesta la libertad religiosa y la necesidad de garantizar al matrimonio con investidura legal que determine

³³ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 79, 21 de mayo de 1869, pág.2156, y apéndice 5.

³⁴ Exposición de Motivos, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm.79, 21 de mayo de 1869, apéndice 5.

³⁵ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 67, 5 de mayo de 1869, pags. 1655-1658. “La Nación se obliga a mantener el culto a y los Ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquiera otro culto queda garantido a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales del moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior”.

³⁶ CASANOVAS MUSSONS, Anna, “La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil”, en *Centenario Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.439.

³⁷ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 79, 21 de mayo de 1869, apéndice 5.

legitimidad, no menos que hacer conocidos los fines y derechos civiles en relación a las personas y a la situación de la familia, la legalidad del matrimonio y sus efectos civiles penden exclusivamente del contrato hecho ante el oficial público del estado civil con intervención de dos testigos vecinos, mayores de edad y en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”.

b) A celebrar ante el Oficial del Registro civil³⁸: (art.62 y ss.) en la Exposición de motivos del Proyecto podemos leer la siguiente afirmación que nos servirá para ilustrar muy bien esta característica que hemos anunciado: “No basta enunciar los derechos civiles de las personas según su estado. Es menester además que la ley señale la manera de probar este estado, para ejercitar los derechos que a él son consiguientes; y de aquí la necesidad de establecer un registro donde se hagan constar los actos que determinan la capacidad, para que el funcionario público encargado de llevarlo pueda expedir certificaciones, refiriéndose a él, que hagan prueba plena en juicio. Esto ha motivado la creación del Registro civil para hacer constar en él, de una manera metódica y ordenada, los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos, legitimación y adopción de los hijos, actos importantes de la vida que deciden la capacidad de las personas”.

c) Se ofrecía la posibilidad de legalizar los matrimonios celebrados con anterioridad³⁹: el art.2º del Proyecto de ley establecía: “Los matrimonios civiles contraídos antes que empiece a regir el expresado Código, se ratificarán por los interesados a presencia del Oficial del Registro civil dentro del plazo de seis meses, contados desde el día en que empiece a tener fuerza obligatoria, siempre que no mediase impedimento dirimente, sin cuya ratificación no producirán efecto alguno legal.”

Para ilustrar el punto anterior podemos hacer una lectura del siguiente párrafo de la Exposición de Motivos: “Tales son las principales reformas que en nuestra legislación se introducen por el nuevo proyecto, reclamadas algunas tan imperiosamente por la opinión pública a consecuencia de los principios proclamados por la revolución que actos de la vida civil a que las mismas se refieren, se han practicado hace algún tiempo sin que hubiese precepto legal que los legitimase. Los matrimonios contraídos con arreglo a los edictos de algunos ayuntamientos son una buena prueba de aquélla aserción; y para que produzcan efectos legales es indispensable, en sentir del Ministro que suscribe, ponerlos bajo el amparo de la ley, revalidándolos los contrayentes en un término dado ante los oficiales del registro civil, siempre que no medie ninguno de los impedimentos que hacen nulo el matrimonio.”

³⁸ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 79, 21 de mayo de 1869, apéndice 5.

³⁹ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm.79, 21 de mayo de 1869, apéndice 5.

Como bien podemos interpretar resulta en un Proyecto muy ambicioso y con unas pretensiones muy radicales. Los sucesos posteriores se encargarán de evidenciar que no eran compartidos por todos, ni mucho menos. Incluso algunos afines al propio Romero Ortiz no comprendían totalmente el Proyecto.

Es especialmente significativo el alegato de parte del episcopado español ante la presentación de del Proyecto. A modo de ejemplo podemos observar la siguiente transcripción: “EXPOSICIÓN SOBRE EL MATRIMONIO CIVIL, dirigida a las Cortes Constituyentes por el Metropolitano y sufragáneos de la provincia eclesiástica de Tarragona”, firmada el 19 de junio de 1869, y en la que se pedía la desestimación del “Proyecto de ley sobre el matrimonio civil”: “... no era de esperar que el mismo Sr. Ministro de Gracia y Justicia quien pocos días antes interpelado en el Congreso acerca de este asunto, declaró de un modo absoluto la ilegalidad de los Matrimonios civiles contraídos en algunos Municipios calificándolos de concubinatos, viniese después a proponer a las Cortes la revalidación de tales uniones como consecuencia de la legalidad que pedía para las que se celebrasen en lo sucesivo en la forma que propone el Código Civil. Esta variedad de pensamiento que ha querido cohonestarse con la sanción de la libertad religiosa no ha podido ciertamente hacer variar el fallo con que así los diputados del Congreso como la Nación toda ha prejuzgado esta cuestión de tanta trascendencia. En vano trata de rehabilitarle sacándolo a plaza como parte de un Código, cuyo libro primero debiendo fijar los derechos de las personas en sus relaciones con la familia, ha de determinar el modo de legalizar la unión que es la base de la misma, porque si ninguna ley, ni aun fundamental ha puesto en duda la conveniencia de forma con que hasta ahora s reconocida por nuestra antigua legislación, ni la libertad religiosa implica como ya hemos dicho la de celebrar estas uniones fuera de la comunión a que cada uno pertenece, es innecesaria una nueva legislación que las sancione (...) No hay para que decir que la potestad temporal interviene solo en el Matrimonio en el concepto de un contrato, dejando en libertad a los desposados civilmente para adquirir los derechos religiosos que solo puede dispensarle la iglesia con su sanción y bendiciones. Porque esta teoría en la que parece envolverse el propósito del Sr. Ministro no tiene lugar entre Católicos; para los que con arreglo a la doctrina decidida por la Iglesia el matrimonio celebrado según sus leyes encierra a la vez el contrato y sacramento, no porque esté unido el segundo al primero, si porque elevado aquel a la dignidad de este por Jesucristo forman una misma cosa indivisible. De modo que verificándose ambos conceptos en un mismo acto, ni es propio del poder secular intervenir aun bajo el primer concepto de contrato, ni necesitan tampoco los contrayentes determinar ante el mismo su nuevo estado, cuando ya lo han verificado ante otra autoridad pública competente, como es la Iglesia; ni esta podrá dispensarles de que lo ratifiquen ante la misma para que sea sacramento. Así es que el matrimonio civil para los católicos no será más que un entorpecimiento y un nuevo origen de gastos inútiles...”.

Firman esta Exposición : Francisco, arzobispo de Tarragona; José, obispo de Urgell; Benito, obispo de Tortosa; Pantaleón, obispo de Barcelona; Mariano, obispo de Lérida; Constantino, obispo de Gerona; Antonio Luis, obispo de Vich, y Pedro Jaime Segarra, Vicario Capitular de Solsona. (*Boletín Oficial Eclesiástico de la Diócesis de Lérida*, tomo 7, Lérida, 1869, págs.250-256.)

Como podemos observar la cita es bien ilustrativa del sentir de buena parte de los ciudadanos de España y el episcopado catalán no deja de pronunciarse claramente en aras de la claridad doctrinal que venía haciendo falta en nuestros legisladores. No olvidemos que el lapso de tiempo que medió entre la anterior Proposición de ley de Río Ramos y el Proyecto de Código civil presentado por Romero Ortiz, que nos ocupa, no fue ni de tres meses. Por tanto, la impresión que se tiene es que nuestros legisladores se movían por furores revolucionarios y sometían a este ímpetu toda la magna cuestión del matrimonio y la familia.

Vale la pena comentar que la Exposición causó sus efectos. Sin embargo, cuando se dio cuenta a las Cortes fue en la sesión de 3 de julio y el Proyecto en cuestión había sido ya retirado⁴⁰. Si bien este proyecto no prosperó, conviene decir que tras su lectura en la sesión de 21 de mayo de 1869 se concertó su pase a la Comisión de Legislación de la Cámara.

Esta Comisión, creada el 18 de marzo de 1869, estaba integrada por: Prieto y Caules (progresista), Moncasi (progresista), Pastor y Huerta (demócrata), Toro y Moya (Unión Liberal), Martín de Herrera (Unión Liberal), González Marrón (Unión Liberal), Romero Girón (demócrata) y Álvarez Burgallal, Sorni (republicano), Salmerón (progresista), Cirilo Álvarez (Unión Liberal), y Maluquer (progresista)⁴¹.

Como hemos anunciado el proyecto no llegó a buen puerto y la Comisión no llegaría a opinar; Romero Ortiz abandonaría el Ministerio al poco tiempo y su sucesor en el cargo, Martín de Herrera, descartaría el proyecto de la Cámara.

Este proyecto de libro I del Código Civil despliega una estructura -y gran parte de su contenido- muy parecida a la del Proyecto de Código civil de 1851⁴². No obstante, no podemos afirmar que fuera fruto de la fiebre codificadora que había

⁴⁰ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm117, 3 de julio de 1869, pág. 3481.

⁴¹ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm30, 18 de marzo de 1869, pág. 569.

⁴² CASANOVAS MUSSONS, Anna, "La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil", en *Centenario Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.441.

vivido España hacía unas décadas. Es más, por aquel entonces, cuando este Proyecto vio la luz, la obra de codificación suscitaba un escaso interés.⁴³

Podemos intuir claramente, sin miedo a equivocarnos, que el debate, planteado en este momento histórico, no tiene nada que ver con el debate histórico de la codificación que había tenido lugar en nuestro país. La idea es otra totalmente distinta. En esta ocasión, lo que los legisladores pretenden, es dar cauce reglamentario a los principios revolucionarios que la nación acababa de ver proclamados. El legislador quería estar a la altura de los acontecimientos que estaban teniendo cita y no se quería quedar atrás en la cobertura legal. Era la urgente necesidad de una legislación civil acorde con los principios revolucionarios.⁴⁴

La pregunta que nos cabría hacer en este momento es: de todo el elenco de libertades que se propugna ¿cuál es la más importante?; ¿a cuál de ellas deben dar cabida de forma apremiante? La respuesta, no cabe esperar otra, es: la libertad religiosa. La más importante de las libertades individuales conquistadas⁴⁵.

En estos tiempos, lo que era más importante era dar cobertura a una realidad del momento: el matrimonio civil. La idea que latía con más fuerza era acoger un sentimiento político del momento; esta era su principal objetivo. El elemento de la técnica legislativa, que tantos quebraderos de cabeza y tantas disputas había causado en la primera mitad del siglo XIX, aparece desplazado y el instrumento político se coloca en un primer plano. Su principal objetivo era responder con fuerza a una ideología que había tomado las calles, de forma envalentonada, en los últimos meses.

⁴³ En esta época queda muy lejos la conciencia codificadora manifestada en el Congreso de los juriconsultos de 1863, fundamentalmente en relación al primero de los temas: “¿En qué época de la vida de los pueblos se debe codificar? ¿Cuáles son los principios que deben presidir a toda codificación?” Vid. Las conclusiones, así como el extracto de las sesiones realizado por Aniceto de Palma y Luján, Revista General de Legislación Jurisprudencia, 1863, Tomo 23, págs.273 y ss.

Si atendemos al testimonio de Francisco de Cárdena (vocal de la Comisión de Códigos, 1856-1859), referido a la época que se considera en el texto, la “inestabilidad en el método de los trabajos de la Comisión era además efecto de otra causa más profunda y menos eventual que los cambios políticos. Fuera del estadio de la política, las opiniones de los jurisperitos andaban y andan todas divididas acerca de puntos importantísimos de la reforma de nuestra legislación. Creen unos que el Código civil es fácil empresa, al paso que otros juzgan punto menos que imposible hacerlo de modo que sea aceptado en todas las provincias de la Monarquía”: *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, Revista General de Legislación Jurisprudencia, 1871, tomo 38, págs.11-12.

⁴⁴CASANOVAS MUSSONS, Anna, “La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil”, en *Centenario Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.441.

⁴⁵ *Ibidem*, pág.441.

No podemos obviar, como dato importante que Romero Ortiz, mediante un Decreto de 23 de diciembre de 1968, esto es unos meses antes, había reconstruido la Comisión de Codificación⁴⁶. En este Decreto Romero Ortiz examina la necesidad de reformar la legislación civil de acuerdo con los principios revolucionarios que se habían proclamado. También hace una genérica referencia a los trabajos de la Comisión, que “ha redactado algunos proyectos que están elevados a leyes, tiene concluidos y presentados en este Ministerio otros, y en condiciones los demás de ser terminados en breve”.

Siguiendo esta línea argumental hemos de aportar, para que no dé lugar a la duda, que este proyecto de libro I del Código civil presentado por Romero Ortiz no fue obra de la Comisión codificadora. Este asunto ha dado que pensar, en el mundo del derecho. Seguramente no es arriesgado afirmar que la Comisión, atendida su composición⁴⁷, no habría aceptado regular el matrimonio según el entender de Romero Ortiz. La cuestión que queda, por tanto, en el aire sería por qué el autor no varió la composición, teniendo como tuvo la ocasión de hacerlo, al reorganizar la Comisión de Códigos por el citado Decreto de 23 de diciembre: porque tal como hemos anunciado, el proyecto del libro I del Código civil presentado por Romero Ortiz no fue obra de la Comisión codificadora. Es más, justamente la presentación de este proyecto es el motivo que precipita la dimisión de la Comisión⁴⁸. La fecha de presentación de la dimisión es el 2 de junio de 1869. Romero Ortiz no se pronunciaría respecto a esta decisión.

⁴⁶ Creada por el Ministro de Gracia y Justicia Cirilo Álvarez en virtud del Real Decreto de 1 de octubre de 1856, en sustitución de la Comisión de Códigos entonces existente, creada dos años antes. (Comisión Legislativa 1856, tomo 70, núm. 886, pág.4-6)

⁴⁷ Comisión Legislativa 1868, tomo 100, núm1016, págs. 1010-1011. La citada reorganización consistía en la derogación de un Real Decreto de 8 de agosto del mismo año, en virtud del cual se aumentaba a once el número de individuos de la Comisión : tras confirmar en sus respectivos nombramientos a los siete miembros iniciales (don Manuel Cortina, presidente; don Pedro Gómez de la Serna, don Juan Manuel González Acevedo, don Pascual Bayarri, don Manuel García Galardo y don Cirio Álvarez), se nombraba “para las cuatro plazas de nueva creación a Don Laureano de Arrieta, D. José María Herreros de Tejada y D. Luciano de la Bastida, Ministros del tribunal Supremo de Justicia, y D. José Entrala y Perales, Regente de la Audiencia de Madrid”.

En el Decreto de 23 de diciembre, en cuyo preámbulo se dejaba entrever con bastante claridad la existencia de problemas respecto a estos nuevos miembros que “aun no han empezado a desempeñar sus cargos”, Romero Ortiz les releva de ellos y devuelve a la Comisión de Códigos su composición anterior, manteniéndose la presidencia de Cortina.

⁴⁸ *Exposición razonada de la Comisión pidiendo al Gobierno le admitiese la dimisión que hacía de su cargo*, apéndice 33, a la “Memoria histórica...”, Revista General Legislación Jurisprudencia, 1872, tomo 40, págs.286-287. “No habiendo entre los individuos de esta Comisión el acuerdo necesario para desenvolver en las leyes secundarias algunas de las bases a que debe acomodarse, de hoy en adelante, la codificación; ni creyéndonos, por tanto, lo más apropiado para redactar dichas leyes;

1.1.3.3. *La retirada del proyecto por Martín de Herrera y el anuncio de leyes especiales sobre matrimonio y registro civil*

El día 6 de Junio de 1869 tuvo lugar la solemne promulgación de la Constitución. Francisco Serrano fue nombrado Regente del Reino⁴⁹.

Hasta entonces había sido sucesivamente presidente del Gobierno provisional y del Poder Ejecutivo. Tuvo lugar una reorganización del Gobierno cuya formación encargó a Prim la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de la Guerra; Cristóbal Martín de Herrera pasaba a ocupar el Ministerio de Gracia y Justicia (hasta el momento había presidido la Comisión de Legislación general de las Cortes, encargada por entonces en el Proyecto del libro I del Código Civil).

Pocos días después de su nombramiento, el nuevo Ministro declaraba a las Cortes la necesidad de retirar el proyecto del libro primero del Código civil presentado por su antecesor. En su lugar, presentará dos proyectos especiales, uno relativo al matrimonio civil y otro relativo al registro civil, “en cuya formación se está ocupando la comisión de Códigos”⁵⁰.

Esta frase “en cuya formación se está ocupando la comisión de Códigos” resulta sólo cierta en parte; Martín Herrera había formulado su deseo de que la Comisión de Códigos formulase “una ley para el establecimiento del matrimonio civil, que el mismo Ministro había anunciado a las Cortes al retirar el proyecto del libro I del Código civil, presentado por su antecesor. La Comisión accedió a intentarlo: nombró Ponente para ello al Sr. Gómez de la Serna: éste redactó una parte de su obra...”⁵¹.

nuestra lealtad y el deseo de no dificultarlas, nos obligan a decirlo con franqueza, a fin de que otros Jurisconsultos puedan ser llamados a prestar tan importante servicio. Así lo ha debido comprender V. E. cuando ha presentado a las Cortes, sin conocimiento de la Comisión, un proyecto del primer libro del Código civil, cuya revisión le estaba encomendada, si bien no lo ha verificado por habérselo impedido otros trabajos a que se ha mandado dar preferencia”.

⁴⁹ El artículo 33 de la Constitución de 1869 establecía: “La forma de gobierno de la Nación española es la Monarquía.”

⁵⁰ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 109, 25 de junio de 1869, pág.3063.

⁵¹ “Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1871, tomo 38, pág.184.

Estas elaboraciones no prosperarían⁵², el segundo proyecto anunciado, relativo al Registro civil, ciertamente pudo estar en el encargo del Ministro, pero ni siquiera se llegó a iniciar como se desprende del artículo citado.

El asunto de la técnica legislativa vuelve a asomar, sin embargo, el careo Código civil / ley especial no responde a la realidad. El verdadero motivo del conflicto lo podemos hallar en la configuración del sistema matrimonial, concepto dispar entre Martín de Herrera y Romero Ortiz. Si bien esta afirmación podría parecer gratuita y ser una mera especulación, hay dos puntos de referencia que, aunque en principio parecen contradictorios, permiten conocer su pensamiento al respecto. Por un lado el lacónico -y ambiguo- testimonio de la Comisión codificadora. Por otro lado, las explicaciones retrospectivas del propio Martín de Herrera.⁵³

Se había intentado llevar a cabo por la Comisión de Códigos una elaboración del proyecto de matrimonio, que les había sido encargado, y Gómez de la Serna había empezado a redactar parte del proyecto. Y ahora viene el punto importante: “al empezar a discutirla se vio que no era posible ponerse de acuerdo sobre la adopción del matrimonio exclusivamente profano y ajeno a todo culto, que al parecer, deseaban instituir el Gobierno y las Cortes”⁵⁴.

En principio, lo que nos parece bastante obvio es que tanto Martín de Herrera como su antecesor Romero Ortiz ostentaban una idea muy parecida de lo que debía ser el matrimonio civil como el único matrimonio que debía ser reconocido por la ley. Esta afirmación parece ser una obviedad. Y de ahí deduzco el rechazo, o los encuentros, que se podían dar con la Comisión de Códigos, de por sí moderada. Lo que no se entiende muy bien es por qué Martín Herrera acudió a la Comisión de Códigos para plantear tal cuestión cuando todo parece ser que iba en su contra.

La respuesta a la última afirmación la encontramos en el siguiente párrafo. CASANOVAS MUSSONS nos indica que, en realidad, el uso de la perífrasis “matrimonio exclusivamente profano y ajeno a todo culto” no va más allá de una simple designación eufemística de “matrimonio civil”. Y lo cierto es que, considerado en sí mismo, el matrimonio civil constituye realmente “un matrimonio exclusivamente profano y ajeno a todo culto”. Entonces, la falta de un acuerdo de la Comisión se dirigiría directamente al principio del matrimonio civil y en este contexto sí que se

⁵² CASANOVAS MUSSONS, Anna, “La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil”, en *Centenario Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.444.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ CÁRDENAS, Francisco de, “Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de codificación”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1871, tomo38, pág.184.

justificaría la expresión que veníamos anunciando. Porque, ahondando en la explicación cabe decir que Martín de Herrera no era un radical revolucionario y quizás no valoró de forma suficiente el conservadurismo de la Comisión codificadora.

Nos clarifica más este asunto la posición que ocupa Martín de Herrera en un futuro, como diputado de la oposición, cuando intenta lidiar el proyecto de matrimonio civil presentado por Ruiz Zorrilla y asumido por Montero Ríos. Martín Herrera había presentado una enmienda a este proyecto, en la que proponía un reconocimiento de efectos civiles para el matrimonio canónico, reservando el matrimonio civil para “los que no profesaren la religión católica”⁵⁵. Aunque con posterioridad ya hablaremos del tema, podemos anunciar que con este discurso de defensa, que proponer este sistema no combate el principio del matrimonio civil pero sí la forma como lo presentan el Gobierno y la Comisión, como matrimonio único.

Y es en este debate cuando son muy significativas, para aclararnos la exposición anterior, las palabras de su discurso, exteriorizando que “la enmienda es precisamente el pensamiento que tuve intención de formular y que de alguna manera formulé en la Comisión de Códigos, cuando siendo Ministro de Gracia y Justicia retiré de las Cortes el proyecto de matrimonio que había presentado el Sr. Romero Ortiz incluido en el libro 1º del proyecto de Código civil”⁵⁶.

Se trata de una información triplemente valiosa⁵⁷. Intentaré exponer una síntesis de los motivos:

- a) Nos revela el juicio que había de informar el proyecto de matrimonio encargado a la Comisión codificadora.
- b) Vemos claramente porqué Romero Ortiz tenía buenas razones para prescindir de una Comisión de Códigos que no participaba de sus ideas radicales, y en cambio, Martín de Herrera no debió tener motivos de desconfianza a este respecto ya que, en principio, no podía pronosticarse el rechazo incluso a un sistema de matrimonio civil subsidiario.

⁵⁵ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes. núm.285, 25 de abril 1870, apéndice 9.

Artículo 2º: “Los católicos celebrarán sus matrimonios en la forma establecida por la Iglesia católica. Los que no profesaren la religión católica, lo verificarán en la que dispone la presente ley”

⁵⁶ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm.271, 3 de mayo 1870, pág.7630.

⁵⁷ CASANOVAS MUSSONS, Anna, “La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil”, en *Centenario Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.446

- c) Y se observa que el debate de técnica legislativa que, en cierta medida podía estar latente, era absolutamente falso. No se fundaba en auténticas razones de técnica legislativa.

Abundando en este discurso de Martín de Herrera, es muy significativa su posterior intervención, que voy a transcribir, para observar que al final todo el entramado casa perfectamente: “Como individuo de la comisión de legislación de esta Cámara, había tenido ocasión de estudiar el proyecto del Sr. Romero Ortiz, particularmente los títulos relativos a la importantísima materia del matrimonio civil. Después de discusiones en aquella comisión, que todos mis dignos compañeros recordarán, me convencí de que era un proyecto que ni desarrollaba lealmente (hablo en el sentido político) el art. 21 de la Constitución, ni establecía los principios verdaderamente liberales sobre que debe fundarse el matrimonio civil en España, ni era una ley practicable en el estado de nuestra civilización en el estado de universalidad y arraigo del sentimiento religioso de este país. Por eso me apresuré a retirarle tan luego como merecí la confianza de S. A. El Regente del Reino la honra de ocupar un puesto en el banco azul.⁵⁸ Y continúa: “no era ciertamente mi objeto dejar de presentar otro proyecto en su lugar,... pensaba apresurarme a formularle en los mismos términos en que está concebida la enmienda que la Cámara acaba de oír leer”⁵⁹.

El parecer de Martín de Herrera enseguida se dio a conocer. Y no debió de resultar del todo anónimo aunque su etapa en el Ministerio no fuera larga. Cuando se retiró el Proyecto de Romero Ortiz, para algunos sectores afanosamente revolucionarios, podría interpretarse en clave de vuelta. Es decir, en un no llevar a la práctica sus ideas sobre libertades proclamadas de forma tan sonora en nuestro país. En el mejor de los casos, un aplazamiento el llevar a la práctica lo que en la teoría parecía muy claro. Y los más recelosos podrían interpretar una inversión en los planteamientos de nuestros legisladores.

Lo anterior podría venir ilustrado con la intervención diputado de la minoría republicana, Gil Berges, preguntando al ministro si estaba dispuesto “a traer el correspondiente proyecto que se ofreció sobre el establecimiento del matrimonio civil, así como respecto al registro, ya que se retiró el proyecto aquí presentado por su antecesor. Y respecto de estos proyectos, ¿su retirada significa que se renuncia por ahora a llevar a cabo esas reformas tan importantes?”⁶⁰.

⁵⁸ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm.271, 3 de mayo 1870, pág.7629.

⁵⁹ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm.271, 3 de mayo 1870, pág.7629.

⁶⁰ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm.271, 9 de julio 1869, pág.3592.

El 13 de julio de 1869 el General Prim acepta la dimisión que Martín de Herrera le presenta y nombra en su lugar al progresista Manuel Ruiz Zorrilla, hasta entonces titular de la cartera de Fomento.

1.1.3.4. ¿El proyecto de ley de Ruiz Zorrilla?

El “Proyecto de ley pidiendo autorización a las Cortes para que el Gobierno pueda publicar como leyes provisionales las de... Matrimonio civil...” presentado por Ruiz Zorrilla.

Como podemos observar el devenir de los acontecimientos es imparable; el ritmo político de la nación no es nada desdeñable y la idea de cambio es inherente a esta sociedad de mediados del s. XIX. Los acontecimientos continúan a buen ritmo y para situarnos bien en las nuevas coordenadas del Proyecto conviene que estemos al tanto de los nuevos sucesos:

Ruiz Zorrilla se erige como nuevo titular de la cartera de Gracia y Justicia y la Comisión de Códigos presenta su dimisión al nuevo Ministro, que es aceptada por Decreto de 1 de octubre de 1869⁶¹. “Así puso término a su vida la Comisión de codificación por un acto voluntario, pero ineludible en conciencia. Sus individuos aunque sin convenir en opiniones políticas, profesaban en legislación los mismos principios científicos con muy leves diferencias (...) Muchos de estos principios no prevalecen hoy en las esferas de poder, más la Comisión ni podía por eso abdicar de ellos, ni su delicadeza le permitía conservar un puesto en que se veía forzada por los mismos ser más bien rémora que auxiliar del Gobierno. Ha tenido, pues, que dejar su lugar a otros hombres que por sus principios científicos, además de otras ventajosas circunstancias, fuesen más aptos que ella para desempeñar su cargo. Larga ha sido su vida, pero tampoco han sido cortos sus trabajos (...) Sus frutos no corresponden, sin embargo, a su laboriosidad ni a la duración de sus tareas, pero es el inconveniente con que tienen que luchar los que acometen reformas concienzudas en épocas agitadas, en que el poder cambia de dirección y de manos con demasiada frecuencia”⁶².

La solución que propone inmediatamente Ruiz Zorrilla es crear una Comisión Legislativa “a quien pueda elaborar un estudio y redacción de los proyectos de ley que el Gobierno estime más urgentes”⁶³. Es muy interesante hacerse eco de las declaraciones del preámbulo de dicho Decreto: “Uno de los timbres más gloriosos de

⁶¹ “Memoria histórica...”, *Revista General Legislación y Jurisprudencia*, 1872, tomo 40, pág. 289.

⁶² CARDENAS, Francisco de, “Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de codificación”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1871, tomo 38, pág.185.

⁶³ Decreto de 2 de octubre de 1869, Comisión Legislativa de 1869, tomo 102, núm.717, págs. 594-597.

la revolución de Septiembre será si duda el título primero de la Constitución fundamental del Estado, donde se consignan para el ciudadano las mayores garantías a que apenas aspiran los pueblos más adelantados; pero si no ha de ser estéril la conquista de los principios que en él se consagran, se hace preciso que de allí irradien y se extiendan a toda la legislación, y que animen y vivifiquen las instituciones de toda vida privada (...) Si se inspirase solo el Ministro que suscribe en su natural deseo por el inmediato planteamiento de estas urgentes trascendentales reformas, prepararía en su departamento los proyectos de ley que este objeto creyera necesarios; pero la altísima importancia de las cuestiones que deben ventilarse, y la trascendencia que han de tener las soluciones que recibÁN en la vida civil, que es si cabe la fibra mas delicada y sensible de los ciudadanos, le obliga a acallar su propio impulso, buscando las mayores garantía de acierto en el concurso de personas versadas en todos los ramos del derecho, a quienes pueda encomendar la redacción de tan importantes trabajos”.

Pocos meses habían transcurrido cuando Ruiz Zorrilla presentó un proyecto de ley en el que el Gobierno pedía autorización a las Cortes Constituyentes para publicar como leyes provisionales una serie de proyectos, entre los cuales se encontraba el *Proyecto de ley estableciendo el matrimonio civil*⁶⁴. Esto ocurre el 17 de diciembre de 1869.

Es aclaratoria la Exposición de Motivos del Proyecto de autorización, cuando nos apunta que, después de recabar también para la potestad civil la regulación de la materia, se señalaba que “como en la actualidad ... se han efectuado y celebran matrimonios civiles, interesa para los fines de la convivencia y de la moralidad públicas, no menos que para las relaciones de derecho, poner aquellos actos bajo la garantía de una ley civil, como en otros países, sin esperar en el nuestro la formación de un nuevo Código, en cuyo cuerpo realmente sería más adecuado determinar las disposiciones oportunas acerca de esta materia”⁶⁵.

Esta noticia no causa extrañeza a nadie porque ya había sido advertida con anterioridad por el propio Ruiz Zorrilla en una intervención parlamentaria⁶⁶. Ante la pregunta de un diputado llamado Carrascón sobre el proyecto de Registro civil, la respuesta de Ruiz Zorrilla es amplia y nos afirma: “No solo pienso traer a examen y discusión de la Asamblea dentro de breves días el proyecto de ley sobre el registro civil, sino que pienso acompañarle con el de matrimonio civil, como complemento del artículo que se refiere a la libertad de cultos.”

⁶⁴ Diario de Sesiones Cortes Constituyentes, núm. 185, 17 de diciembre 1869, pág.4782 y apéndice 1.

⁶⁵ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 185, 17 de diciembre 1869, apéndice 1.

⁶⁶ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 163, 20 de noviembre 1869, pág.4328.

Debemos hacer mención, para completar la información, que el mencionado proyecto relativo al registro civil no forma parte del paquete que presenta el 17 de diciembre de 1869. Al hacer esta presentación, lo anuncia para “los primeros días de Enero”⁶⁷. Aunque la realidad superará las previsiones del estrenado ministro y no será hasta principios de mayo⁶⁸, y ya bajo la firma de Montero Ríos⁶⁹.

Si evitar comparaciones cuando existen unos lapsos de tiempo más o menos intensos ya se concibe como tarea ardua, casi es forzoso, cuando la brevedad de tiempo es nota común. Así, en pocas palabras, el nuevo proyecto de Ruiz Zorrilla es calificado por la doctrina como <menos radical> que el proyecto de Romero Ortiz⁷⁰.

Vayamos al análisis de algunos de sus artículos con tal de poder analizar con claridad la tendencia de este último proyecto de matrimonio civil. Así, en su art. 2 se establece: “El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes”.

Esta línea responde con toda seguridad a la Exposición de Motivos de este *Proyecto de ley estableciendo el matrimonio civil* cuando se nos afirma : “Al separar el Estado su legislación de la canónica sobre materia tan importante, dos son los sistemas que pueden adoptarse. Consiste el segundo en prescindir en el matrimonio de la sanción religiosa , organizándolo como una institución civil (...) El Ministro que suscribe no ha podido vacilar en la elección del uno o del otro sistema al redactar el proyecto que tiene el honor de someter a la sabiduría de las Cortes. El primer sistema viola el principio fundamental de la Constitución de todo pueblo libre : la igualdad ante la ley (...) El Estado, pues, si ha de respetar la libertad de conciencia y si no ha de salirse del campo en que su legítima acción puede desarrollare, debe tener una legislación matrimonial completa, que haya de servir en el orden civil de tipo regulador a la fundamental institución del matrimonio. Esta ha sido la inspiración del ministro al redactar el proyecto de ley (...) No se declara la nulidad absoluta de los matrimonios celebrados con otra forma(...) Así como la Iglesia, a la vez que puede declarar la legitimidad canónica del matrimonio y los efectos que de ella en el mismo orden proceden, no puede extender su acción al orden civil hasta el extremo

⁶⁷ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 185, 17 de diciembre 1869, pág.4782.

⁶⁸ CASANOVAS MUSSONS, Anna, “La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil”, en *Centenario Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.449.

⁶⁹ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 273, 5 de mayo 1870, pág.7698 y apéndice 2.

⁷⁰ CASANOVAS MUSSONS, Anna, “La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil”, en *Centenario Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.449.

de que el matrimonio canónicamente legítimo haya de serlo también civilmente , así también el Estado puede sin duda fijar las condiciones de legitimidad civil del matrimonio, y regular sus efectos en el mismo orden reservándolos a los que se celebren conforme a sus prescripciones; pero no extender su acción al orden moral y religioso , en términos de anular en absoluto la unión matrimonial canónicamente celebrada.”

Otro artículo clave del proyecto lo constituye el art.35 cuando nos expone: “Los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso antes, después o al tiempo del matrimonio civil”. Como hemos hecho en el caso anterior vale la pena concordarlo con el espíritu del propio Proyecto y podemos leer en la Exposición de Motivos que: “La libertad de conciencia así lo exige, porque otra cosa sería la tiránica invasión del Estado en el orden espiritual y religioso. Y a su vez la iglesia tiene un sagrado derecho a que no se cercene su acción en la esfera que le es propia, como se limitaría si la ley civil privase al ciudadano de la libertad necesaria para el cumplimiento de sus deberes religiosos. Y es tan sagrada esta libertad, que ni el mismo juez que haya de autorizar el matrimonio civil podrá oponerse a que los contrayentes celebren antes el religioso en el mismo local en que haya de solemnizarse el civil.”⁷¹

De forma muy gráfica y nada despreciable es bastante clarificadora la definición que lleva a cabo Montero Ríos, en la que ya tendré tiempo de ahondar: “no es más que la forma civil de la legislación matrimonial de la Iglesia”⁷². No obstante, las reacciones del episcopado español ante la presentación de este nuevo proyecto no se hicieron esperar y no son nada desdeñables como señalan las numerosas manifestaciones enconadas que se enviaron a las Cortes. Destacaría la que se remitió desde Roma con ocasión del Concilio Vaticano I -cuarenta y dos cardenales y obispos- de la que se dio cuenta en la sesión del 11 de enero⁷³.

Queda claro que el legislador emplea toda clase de medios para que el Proyecto llegue a buen puerto, y lo lleva a cabo de una determinada forma, que difiere notablemente de la utilizada por su antecesor Romero Ortiz. CASANOVAS MUSSONS la califica de: «empresa bastante más sofisticada».

Ruiz Zorrilla opta, para instaurar el matrimonio civil, del recurso de la ley especial como pretendió en su día Martín de Herrera; una ley especial que viene atestiguada por la nota de la provisionalidad, como lenitivo de la táctica del Gobierno a la autorización parlamentaria. Así en la Exposición de Motivos del proyecto de

⁷¹ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 185, 17 de diciembre 1869, apéndice 3.

⁷² Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 185, 29 de abril 1870, pág.7564.

⁷³ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 180, 11 de enero 1870, pág.4840.

autorización se nos afirma: “Las Asambleas políticas, ocupadas preferentemente en asuntos de Estado y de interés militante, no pueden de ordinario consagrar exclusivamente su atención a todos los detalles de puntos especiales como los que constituyen los proyectos referidos, y sin embargo, nada menos que esto sería preciso para plantearlos con la urgencia que reclama el bien del país. Esto nunca será obstáculo para que las Cortes Constituyentes estudien y discutan después punto por punto lo que son objeto de las reformas propuestas”⁷⁴.

Ruiz Zorrilla enmascara el proyecto que nos lleva a cabo con una serie de proyectos de lo más heterogéneo, entre los cuales el del matrimonio civil no ocupa un primer lugar. En expresión de CASANOVAS MUSSONS lo hace <rodeándolo> de una serie de proyectos... entre los que el del matrimonio civil ocupa un modesto segundo lugar⁷⁵. De esta forma consigue su gran objetivo que no es otro que el de conseguir la calificación de ley especial para el matrimonio civil, aunque como he advertido, con la nota de la provisionalidad.

En un ámbito más formal, hay que hacer notar que también se provocaría una cuestión competencial con la Comisión de Legislación de la Cámara a la que, en principio, correspondería un dictamen. Sin embargo, siguiendo parte de la estrategia que veníamos anunciando, tras su lectura a las Cortes, la Mesa ordenó el pase de los proyectos “a las secciones para nombramiento de comisión”⁷⁶.

La historia que sigue a lo anterior no es fácil de entender; en la sesión del día siguiente, se suceden las protestas de Prieto y Caules, (secretario de la Comisión de Legislación General), alegando que “Como las materias sobre que versa este proyecto de ley son de la competencia de la comisión de Legislación general; como acerca de los puntos que versan varios de ellos se está ocupando dicha comisión, en virtud de proposiciones especiales y en virtud de sus estudios, como diversa y repetidas veces los Sres. Ministros del ramo han solicitado de la comisión que aplazara su dictamen hasta que ellos presentaron los proyectos de ley relativos a la materia... resulta que este es el momento en que la comisión puede utilizar los trabajos que tienen reunidos. He creído, pues, de mi deber, como secretario de dicha comisión, hacer esta indicación a la Mesa, para que ella, en su justificación, proponga o acuerde lo que crea conveniente”.

La Mesa ratificaba su decisión: “la Cámara, ayer, conforme a Reglamento, acordó que estos proyectos del Sr. Ministro pasaran a las secciones para el

⁷⁴ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 185, 17 de diciembre 1869, apéndice 1.

⁷⁵ CASANOVAS MUSSONS, Anna, “La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil”, en *Centenario Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.452.

⁷⁶ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 185, 17 de diciembre 1869, 4782.

nombramiento de la comisión, porque está en una autorización. Hecho así, y no hallándose el Sr. Ministro de Gracia y Justicia, la Mesa no puede cambiar de rumbo.”⁷⁷

1.2. La “ley provisional de matrimonio civil de 1870” presentada por Eugenio Montero Ríos

1.2.1. El nombramiento de Eugenio Montero Ríos Ministro de Gracia y Justicia

El 9 de enero de 1870 es nombrado Ministro de Gracia y Justicia el progresista Eugenio Montero Ríos⁷⁸. Una variación de Ministro, esta vez, no haría cambiar de rumbo el proyecto legislativo.

La Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 es consecuencia directa de la Constitución de 1869; constituye su <crystalización jurídica>⁷⁹ y como se ha dicho, estableció el matrimonio civil como forma obligatoria para todos los españoles, por primera vez en España.

La Constitución de 1869 fracturó, por primera vez, la confesionalidad católica del Estado español, dando así lugar no solo a la aparición del matrimonio civil, sino también a su imposición como única forma y clase de matrimonio con efectos civiles.

1.2.2. Secularización de la legislación matrimonial canónica.

Sostienen López Alarcón y Navarro-Valls⁸⁰ que el matrimonio ha sido tradicionalmente uno de los puntos de mayor fricción en las relaciones entre la Iglesia y el poder civil, y en España, por su especial idiosincrasia este punto se ha visto mayormente acentuado.

Nos debe llamar la atención que el matrimonio se convierta en una cuestión profana y se someta al Derecho estatal⁸¹ y es importante retenerlo. Estos dos

⁷⁷ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 185, 18 de diciembre 1869, 4826.

⁷⁸ Puede encontrarse una amplia biografía de Montero Ríos en, GRAHIT FERRER, Enrique, *La indisolubilidad del matrimonio civil según los liberales españoles*, Pamplona, 1976. (Tesis doctoral inédita), páginas 43 y ss. Fue sucesivamente catedrático de Disciplina Eclesiástica en las Universidades de Oviedo y de Santiago de Compostela y, de Derecho Canónico en la Central.

⁷⁹ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág. 93.

⁸⁰ LÓPEZ ALARCÓN, Mariano y NAVARRO-VALLS, Rafael, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, 2010, Séptima Edición Editorial Tecnos, Pág.38.

⁸¹ CRESPO DE MIGUEL, Luis, *La secularización del matrimonio en los proyectos del Código Civil anteriores a la Revolución de 1868*, Pamplona, 1987, Editorial EUNSA, 1992.

adjetivos “profana” y “estatal” porque califican a la institución de una forma claramente distinta a cómo se había hecho hasta el momento histórico en cuestión. A partir de entonces se cambia totalmente el punto de vista, por encima de opiniones y de valoraciones subjetivas.

Las opiniones de la doctrina posterior no han sido muy favorables al respecto⁸², veamos unos ejemplos de afirmaciones que se han hecho acerca del tema:

- a) “... emborrona la páginas de nuestro Derecho Matrimonial patrio...”⁸³.
- b) “ provocó muchas y muy hondas perturbaciones en las familias y en la moralidad pública”⁸⁴.
- c) “... chocaba ... con las tradiciones patrias y con el ambiente social...”⁸⁵.
- d) “... hacía tabla rasa del régimen anterior con un criterio rabiosamente secularizador...”⁸⁶.
- e) “... de los graves estragos que causara en menos de un quinquenio de vigencia...”⁸⁷.
- f) Se trata de la “Travesura de Ruiz Zorrilla”⁸⁸.

Mediante Ley de 18 de junio de 1870 (publicada el día 21) el Regente D. Francisco Serrano y Domínguez manda publicar “... como ley provisional el proyecto de la de matrimonio civil presentado a las Cortes, sin perjuicio de las alteraciones que las mismas tuvieran por conveniente hacer en él en su discusión definitiva...”⁸⁹.

Antes de avanzar en el contenido propiamente dicho de esta ley me gustaría detenerme en su Exposición de Motivos. Ha sido delicia de juristas y goce de

⁸² IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág. 94.

⁸³ ESCUDERO ESCORZA, Fernando, *Matrimonio de acatólicos en España*, Vitoria, 1964, pág. 13.

⁸⁴ HERNÁNDEZ ASCO, Miguel, *Problemas latentes en el sistema matrimonial español*, Valladolid, 1964, Facultad de Derecho, pág.11.

⁸⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo quinto, “Derecho de Familia”, vol. I. *Relaciones conyugales*, duodécima edición, Madrid, 1994, Editorial Instituto Reus, pág.124.

⁸⁶ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio como contrato civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Febrero 1976, Núm.2, pág.94.

⁸⁷ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, *El sistema matrimonial español (comentario al artículo 42 del código Civil)*, Madrid, 1949, Editorial Reus, pág. 6.

⁸⁸ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio como contrato civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Febrero 1976, Núm.2, págs. 97 y 98.

⁸⁹ Art. 1º.

literato; en él se aúnan a un mismo tiempo la claridad expositiva y la elegancia literaria⁹⁰. El texto es contundente y abre todo un panorama para entender lo que en la práctica será el sistema de matrimonio civil obligatorio.

El debate parlamentario, que con posterioridad analizaremos, no es más que abundar en tal Exposición. La mayoría de las intervenciones de sus favorecedores no hacen más que acudir a esta fuente.

El preámbulo de la ley promueve el valor del matrimonio: “El matrimonio es la base de todas las instituciones humanas y el elemento generador de la sociedad misma. Sin matrimonio no hay familia, sin familia la sociedad no existe”⁹¹.

Es importante, llegados a este punto, que observemos la dualidad de los puntos de vista. En autores como Pothier, Portalis, García Goyena y otros, la existencia de una normativa matrimonial propia del Estado se justifica en el poder estatal sobre la materia contractual; por ello el argumento central de su tesis lo constituiría la separabilidad entre sacramento y contrato, como sería el argumento único y central. No obstante, para el autor de la ley el planteamiento del tema es un tanto distinto: el matrimonio civil arrancarían del principio de la libertad de cultos.

Ahora bien, este principio legitimador necesita de una fundamentación doctrinal en que apoyarse, ese es el papel que desempeñaría la tesis de la separabilidad entre contrato y sacramento. Considerar los dos elementos por solitario es lo que permitirá al Estado realizar la normativa del contrato matrimonial: prescindiendo del elemento religioso se permitiría la unión a los imposibilitados por sus creencias de contraerlo en la forma confesional⁹².

Lo dicho en el párrafo anterior encaja perfectamente con lo sostenido por Montero Ríos. No cabe observar una separación al modo francés. Por el contrario, siempre se buscará un fundamento ortodoxo para apoyarse aunque haya que emplear grandes dosis de imaginación⁹³.

Lo que si queda claro es que la obra de Montero Ríos supone un fuerte intento de secularización de la legislación matrimonial. Se convierte en legislación

⁹⁰ CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Reunidas, EDESA, pág.141.

⁹¹ “Preámbulo del proyecto”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 36, 1870, pág.257.

⁹² CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Reunidas, EDESA, pág.145.

⁹³ *Ibidem*, pág.147.

civil una normativa típicamente canónica⁹⁴. Se puede hacer esta afirmación, sin prejuicio alguno, pues existe unanimidad doctrinal en este punto⁹⁵

Tal como he dicho, se trata de la primera regulación del matrimonio civil en España. Su erección en única forma con efectividad jurídica aparece acompañada de un doble elemento “secularizador”⁹⁶:

a) Por una parte, se vincula estrechamente al establecimiento constitucional de la libertad de cultos, fruto de la revolución de 1868⁹⁷. La discusión del tema, especialmente tensa, enfrentó ya a muchos de los protagonistas del debate. Progresistas, demócratas y Unión Liberal, flanqueados por tradicionalistas y republicanos, lograban aparentemente eludir uno de los temas más vidriosos para la convivencia nacional⁹⁸. Los proyectos de matrimonio irán erosionándole consenso tradicional entre grupos políticos⁹⁹.

La Constitución isabelina de 1845, en su artículo 11 decía: “La religión de la nación española...” la hemos sustituido por el Art.21 de la Constitución de 1869 : “La nación se obliga...”. Parece ser que se establece una <tolerancia> religiosa para los extranjeros, y secundariamente para aquellos españoles que de forma excepcional compartieran su situación¹⁰⁰. Para evitarlos, Montero Ríos (católico, militante en el partido “progresista”, y Ministro de Gracia y Justicia) al debatirse el matrimonio civil

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ PUIG PEÑA, Francisco, *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo II, vol.1º, Madrid 1947, pág.61. ESPÍN CANOVAS, *Manual*, vol. IV (Familia), Madrid, 1963, pág.19. SÁNCHEZ ROMAN, *Estudios*, págs.407 y 410. REYNALS y RABASSA, *La libertad de Cultos y el Matrimonio Civil*, Barcelona, 1870, pág.35. DIEZ PICAZO, *Conferencia*, página 132. COVIAN, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Editorial Seix, tomo 22, pág.6. ROMERO GIRÓN, “Discurso pronunciado con ocasión del Dictamen de la Comisión de la Ley de Bases para la publicación del Código Civil”, *Revista General Legislación y Jurisprudencia*, tomo 74, 1889, pág.597-599. PORTERO SÁNCHEZ, “La coacción moral en el Matrimonio civil”, en *Salmanticensis*, tomo 8, salamanca, Universidad Pontificia, 1960, pág.459 (Estudio y Comentario a la S. T. S. de 5 de marzo 1959). DEL AMO, “La eficacia del consentimiento en el matrimonio civil de apóstatas”, en *Revista Española de Derecho Civil*, 1965, pág. 245,

⁹⁶ OLLERO TASSARA, Andrés, “El debate de la Ley de Matrimonio Civil de 1870”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Febrero 1981, Núm.2, pág.133.

⁹⁷ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 20.IV.70 (261), pág.7288.

⁹⁸ Sobre posturas de estos grupos, cfr. S. PETSCHEN, *Las Constituyentes de 1869.Iglesia-Estado. Un cambio político*, Madrid, 1974.

⁹⁹ OLLERO TASSARA, Andrés, “El debate de la Ley de Matrimonio Civil de 1870”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Febrero 1981, Núm.2, pág.137.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pág.133.

insiste, en su defensa del proyecto, en que el mantenimiento del culto católico es “nada más que una regalía en el orden económico” como consecuencia de la desamortización de los bienes eclesiásticos; no implicaba “un sistema general de relaciones entre una y otra institución”¹⁰¹

b) Por otra parte, el artículo 27.2 afectaba a la posible relevancia social de las convicciones religiosas, al establecer: “la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos son independientes de la religión que profesan los españoles”. El preámbulo del proyecto de Ley afirma, en efecto, que ven la “libertad política de la conciencia” se hace preciso “reconocer como legítimos muchos matrimonios que la Iglesia católica no bendecía”¹⁰².

También esta línea “secularizadora” quiere volcar en moldes seculares, valga la redundancia, los contenidos éticos de la institución matrimonial. El preámbulo, como hemos dicho, alude al doble carácter, religioso y civil, del matrimonio y a la conveniencia de que las respectivas legislaciones no divergieran. Se hace notar abiertamente un afán por <evitar la posibilidad de los conflictos> logrando que ambos ordenamientos concurren¹⁰³.

Incluso en el Diario de Sesiones se llega a incluir una cita del Pontífice Lucio III en latín textual. Así, en palabras literales de Montero Ríos se afirma que este proyecto no es nada más que “la doctrina católica revestida con ropaje seglar”. El propio Ministro afirma: “antes que progresista soy católico”¹⁰⁴.

1.2.3. Perpetuidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial

A continuación, me gustaría exponer algunos preceptos del proyecto que se corresponden con la normativa canónica secularizada. No los abordaré todos, pero sí me gustaría hacer unos comentarios a algunos de los más significativos:

Empezaré por el tema de la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial. Este principio es ampliamente reconocido y promocionado en la legislación de 1870; como dice LALAGUNA, se enuncia y desarrolla con un rigor y coherencia que no tienen los textos de las realizaciones legislativas posteriores¹⁰⁵.

¹⁰¹ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 5.V.70 (273), pág.7700.

¹⁰² Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 17.XII.69 (185), apéndice tercero, pág.2.

¹⁰³ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes 17.XII.69 (85) apéndice tercero, Pág. 1 y 2.

¹⁰⁴ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes 29.IV.70 (269) Pág.7564.

¹⁰⁵ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, “Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el Orden Jurídico Español”, en *Revista de Derecho Privado*, tomo 51, Madrid, 1972, página 490.

El artículo 1 de la Ley de 1870 presentaba al matrimonio como “perpetuo e indisoluble por su naturaleza”; nadie dudaba acerca del tema de la indisolubilidad; en eso tanto partidarios como detractores coinciden plenamente.

Con la redacción de la Ley de 1870, el legislador admite un único tipo de matrimonio, el civil, configurado como una “versión laica” del canónico¹⁰⁶ pues conserva un enorme paralelismo con él, tanto en su naturaleza “perpetua e indisoluble”; como en materia de capacidad, consentimiento, forma y en las causas de nulidad y separación.

Es especialmente significativo un pasaje del preámbulo de la Ley que vale la pena citar: “El Ministro no ha de entrar en una exposición meramente especulativa acerca de si estas otras cualidades son o no esenciales al matrimonio, en cuanto es una institución natural regulada por los principios eternos de justicia y equidad que constituyen lo que comúnmente se denomina derecho natural, porque sean o no esas cualidades al matrimonio esenciales hasta el punto de que sea o no digna de este nombre la unión temporal y disoluble del hombre y de la mujer, el Ministro cree firmísimamente que la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial descansa como sobre base necesaria la moralidad del hogar doméstico” .

La cita anterior lleva a una afirmación que comparto totalmente y es que tal nota esencial del matrimonio se cimenta en el Derecho natural. LALAGUNA no duda en afirmar que “el principio de indisolubilidad se encuadra si ningún recato positivista en el marco del Derecho natural”¹⁰⁷. Sin embargo, la tesis anterior parece estar refutada por CARRIÓN OLMOS cuando dice que “en modo alguno se sostiene que el fundamento de esas notas haya que encontrarlo necesariamente en un conjunto de normas anterior y superior a los ordenamientos positivos.”¹⁰⁸.

El autor ve más esta necesidad como una consecuencia del orden práctico, de los fines del matrimonio y para sostener tal afirmación recurre al propio Lalaguna cuando en su obra afirma: “En el matrimonio los cónyuges se unen para realizar los fines racionales de la vida. La procreación no es el único fin, ni aun siquiera el fin principal de la unión porque son tan importantes como ella son la educación de la prole y la mutua cooperación de los esposos para el cumplimiento de sus

¹⁰⁶ FERRER ORTIZ, Carlos, “El sistema matrimonial español” en VV.AA., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA.2000.

¹⁰⁷ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, “Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el Orden Jurídico Español”, en *Revista de Derecho Privado*, tomo 51, Madrid, 1972, página 491. “En esta época, dirá, la indisolubilidad del matrimonio puede considerarse vinculada a los principios del Derecho natural y a los de la tradición jurídica española”.

¹⁰⁸ CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Reunidas, EDERSA, pág.156.

respectivos y naturales desatinos. Destruida la perpetuidad e indisolubilidad del matrimonio, se dificultará o imposibilitará la realización de los mencionados fines.”¹⁰⁹

“No cabe duda que el matrimonio es la base de todas las instituciones humanas y el elemento generador de la sociedad misma. Sin matrimonio no hay familia, sin familia la sociedad no existe. El matrimonio es también una institución religiosa”.

Esta cita pertenece también al preámbulo de la Ley. Como podemos deducir el propósito secularizador es claro. Se regula el núcleo “natural” del matrimonio y se considera competencia exclusiva del Estado, porque afecta a todos los ciudadanos cualquiera que sea la opción trascendente que suscribían.

Así, continuando con la Exposición del Proyecto de Ley, decimos que lo religioso deja de ser el fundamento de la institución matrimonial. El fundamento reviste carácter jurídico gracias a la apelación al Derecho natural, ya que “el Derecho ha sido siempre uno, inmutable, eterno”, aunque, “no pocas veces la naturaleza e influencia de ciertas instituciones políticas hayan impedido su adecuado desarrollo”.¹¹⁰

Salvador CARRIÓN critica las alusiones de Montero Ríos a Santo Tomás y considera paradójicas las conclusiones que deriva de los debates tridentinos y valora como “más tendenciosas” las referencias tomistas de GIL SANZ y como “descabellado” su recurso a Belarmino.

El contrato sería la figura jurídica expresiva de ese fundamento natural del matrimonio, mientras que el sacramento significaría y produciría su elevación sobrenatural. Pero el recurso al contrato como fundamento de la relación matrimonial podría indirectamente abrir paso a una concepción individualista de esta institución, contrariando radicalmente los contenidos éticos vigentes.¹¹¹ Esta eventualidad será rechazada con energía por los defensores del proyecto, que propugnan a todo trance el carácter indisoluble del vínculo civil.

Ante esta declaración de perpetuidad e indisolubilidad cabe citar a Salvador CARRIÓN cuando afirma que la postura de Montero Ríos en este proyecto es fruto de un pragmatismo utilitario y es el propio autor quien relativiza el fundamento

¹⁰⁹ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, “Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el Orden Jurídico Español”, en *Revista de Derecho Privado*, tomo 51, Madrid, 1972, pág.261.

¹¹⁰ Diario. Sesiones Congreso Diputados, 17.XII.70 (185), apéndice primero, pág.1.

¹¹¹ OLLERO TASSARA, Andrés, “El debate de la Ley de Matrimonio Civil de 1870”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Febrero 1981, Núm.2, pág.133 - 178.

iusnaturalista de la indisolubilidad en el Proyecto. Cabe hacer notar que lo que late tras las ideas de Montero Ríos es no perderse en las exposiciones de la doble doctrina iusnaturalista -neoescolástica y krausista- que divide a la filosofía jurídica de la época; considerando la indisolubilidad apoyada no en lo “religioso” ni en lo “civil”, sino en lo “moral-natural”.

Los comentarios que versan sobre el posible abandono de toda esta concepción son expresivos: “Despojad a la familia y a los vínculos que son su elemento de vida del carácter de perpetuidad que les presta la indisolubilidad del matrimonio de que proceden, y se la verá inmediateamente disolverse, corroída por la inmoralidad más repugnante, que será el funesto efecto de la relajación de los vínculos creados por la Naturaleza, más sabia y más previsora que la inteligencia del legislador.”¹¹²

El elemento de la indisolubilidad aparece en boca de varios ponentes y de forma bastante explícita:

- a) “La ley natural, por la expresión espontánea de las voluntades, acerca los cuerpos y confunde las almas”.
- b) “El matrimonio, naturalmente, no es una prostitución impura; ha de ser perpetuo e indisoluble.”
- c) “El matrimonio es indisoluble por su naturaleza y por su esencia, la religión al declararlo así se limita a atemperarse a la ley natural”.

Llegados a este punto podemos observar que desde las filas opuestas existe un rechazo de la posible indisolubilidad del matrimonio, “tan clamoroso como sorprendente”.¹¹³

En el debate se llega a dictaminar que el matrimonio sería indisoluble para la Iglesia¹¹⁴, ya que es el catolicismo el que ha convertido <un contrato civil> en sacramento único e indisoluble.¹¹⁵ Esta interpretación no es correcta porque el propio *Syllabus* (punto 67) condena la afirmación de que “el vínculo del matrimonio no es indisoluble por derecho natural”. Aquí entraríamos a valorar un aspecto esencial en la teología católica sobre el sentido de la “naturaleza” : creada, caída, redimida. Así, Javier HERVADA. nos aclara que lo natural, en cuanto creado,

¹¹² Diario Sesiones Congreso Diputados, 17.XII.70 (185), apéndice tercero, pág.3

¹¹³ OLLERO TASSARA, Andrés, “El debate de la Ley de Matrimonio Civil de 1870”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Febrero 1981, Núm.2, pág.133 - 178.

¹¹⁴ El tradicionalista Ochoa. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes. 25. IV.70 (265) pág.7442.

¹¹⁵ Calderón Collantes. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes. 28. IV.70. (268) pág.7537.

aparece lleno de un trasfondo sobrenatural; el juego caída-redención acentúa aún más la relevancia sobrenatural de lo natural¹¹⁶.

Abundando en el tema se puede citar al Papa León XIII cuando en la *Arcanum divinae*, 1, alude a los que desconocen la “restauración” del matrimonio, se empeñan en “despojarlo de todo carácter sagrado” y proponen “el vulgarmente llamado matrimonio civil”. El problema, pues, radicarán en la posibilidad de mantener sólo implícitas unas dimensiones de lo “natural” que, de hacerse explícitas, impedirían todo entendimiento con puntos de vista que niegan lo “sobrenatural”.

El legislador es muy claro en acudir al derecho comparado para advertir de los males que representaría para nuestra sociedad el pasar por alto estos principios. Así, podemos leer: “Estos no son vanos temores, producto de una imaginación pusilánime. Si lo dicho no es bastante a demostrar la altísima necesidad social de la perpetuidad de la unión conyugal, tiéndase la vista sobre el estado de la familia en las naciones que admiten el divorcio, especialmente Inglaterra, Alemania y los Estados Unidos de América. En ellas, parece que el matrimonio ha quedado reducido para muchos individuos a una simple forma legal de la prostitución, o al menos, de la mancebía, dado el considerabilísimo o número de matrimonios que anualmente se disuelven por las más livianas causas. El infanticidio en las esferas del crimen, y las más escandalosa cuestiones judiciales de familia en el orden civil, son la funesta secuela de tan deplorable legislación”.

Otra aportación muy sustanciosa de LALAGUNA en el estudio de la Ley de 1870 y que podemos llevar un poco más allá es la que nos sugiere en su artículo acerca de que el principio de indisolubilidad del matrimonio se establece “sin guardar ningún punto de conexión con la idea política de confesionalidad, que en el momento en que se promulga la ley de 1870 ha sido radicalmente eliminada por la Constitución de la Monarquía de 1º de junio de 1869”¹¹⁷.

En seguida, se nos pasaría por la cabeza un argumento en favor de la asistencia al Derecho natural, es decir, a su fundamentación de la indisolubilidad en el Derecho natural, pero, si profundizamos un poco más en el tema veremos que indisolubilidad y confesionalidad son dos conceptos que pertenecen a realidades distintas, por expresarlo de algún modo. «Confesionalidad» sería un concepto político enmarcado en el Derecho Público Eclesiástico e «indisolubilidad» sería un concepto que situaríamos más en el ámbito de lo privado. El legislador español del último cuarto del siglo XIX excluye la confesionalidad porque quiere abrir una brecha

¹¹⁶ HERVADA, Javier, “Cuestiones varias del matrimonio”, *Ius Canonicum*, 1973 (XII / 1), pág.60.

¹¹⁷ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, “Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el Orden Jurídico Español”, en *Revista de Derecho Privado*, tomo 51, Madrid, 1972, pág.491-92.

en las relaciones y la consecución de la separación de la Iglesia-Estado pero a la vez asumirá de forma monolítica la normativa matrimonial de la Iglesia.

Montero Ríos valora en mucho el citado valor que aporta lo indisoluble, por las razones que sean y lo tiene en gran estima. Ya sea porque conoce la legislación de la Iglesia, dada su condición de canonista, o bien por otra causa no menos fundamental.

1.2.4. Otros asuntos secularizados

Igualmente vemos un trasvase de la normativa canónica matrimonial al ámbito del derecho civil en otros temas como son: el momento de celebración del matrimonio, como determinante de la capacidad para contraerlo, la edad nubil, las dispensas, la forma necesaria para la validez, el error, las causas de divorcio... como más importantes.

1.2.5. Disconformidades respecto al derecho canónico

En sentido opuesto, observamos desavenencias con la normativa canónica matrimonial en algunos asuntos como los esponsales, el impedimento de impotencia, el matrimonio contraído por procurador, la presunción de muerte y alusión a la sanación en la raíz. No obstante, aunque se dan esas pequeñas disidencias, no podemos sostener que la Ley de 1870 presente una desconexión importante con la normativa de la Iglesia en materia matrimonial. A pesar de ello debemos citar algún autor que se decanta por la actitud contraria¹¹⁸ aunque no deja de sorprender tal posicionamiento.

1.2.6. Diversas incidencias después de la presentación del proyecto en Cortes: la postura del Episcopado español y la Comisión de legislación nombrada por el Congreso

Lo que intentaré analizar a continuación son todos aquellos acontecimientos relativos al matrimonio civil que habrían de acaecer entre el período de tiempo comprendido entre diciembre de 1869, (fecha de presentación a las Cortes del Proyecto de Ley) hasta abril de 1870 (en que empezaron los debates parlamentarios).

Las reacciones del Episcopado español no tardaron en hacerse oír. La posible implantación en nuestra legislación de un sistema de matrimonio civil obligatorio

¹¹⁸ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, pág. 146.

para todos los españoles enseguida provocó reacciones en los Obispos de nuestras diócesis entre las que podemos destacar las siguientes:

- a) El testimonio del Obispo de Urgell.
- b) La exposición a las Cortes de 42 Obispos y Cardenales residentes en Roma con motivo del Concilio Vaticano I.
- c) El testimonio individual del Cardenal Arzobispo de Santiago.
- d) Las peticiones de otros prelados y vicarios capitulares en sentido análogo.

a) La primera intervención que nos consta es la que lleva a cabo el señor Obispo de Urgell pidiendo que no tenga lugar el establecimiento del matrimonio civil obligatorio¹¹⁹. Se presenta en un momento en que estaba a punto de retirarse el Proyecto de Romero Ortiz, como hemos visto, pero el ministro entrante se presentaba como defensor de la forma civil del matrimonio.

A la vez, como expresé en su momento, también caben registrar Exposiciones del Metropolitano y sufragáneos de Tarragona solicitando la no aprobación del proyecto sobre matrimonio civil¹²⁰.

b) Evidentemente, cuando lo que eran meras expectativas se acercaban más a la realidad, las actitudes de los Obispos se intensificaron. Siguiendo la narración de los hechos que nos hace FUENMAYOR en una de sus conferencias¹²¹ podemos observar: “Es digno de notar que, al tiempo de presentarse en las Cortes el proyecto de matrimonio civil, se encuentran en Roma los obispos españoles, para asistir al Concilio Vaticano I, que ha iniciado sus trabajos el 8 de diciembre. El Gobierno ha pensado, tal vez, que la lejanía de los obispos va a permitirle una mayor libertad de movimiento para sacar a flote el proyecto de matrimonio civil. Pero el Gobierno se equivoca, pues justamente el encontrarse los obispos lejos de España -desde donde llegarían informaciones alarmantes-, el hallarse físicamente reunidos en Roma y, como puede suponerse estimulados por la Santa Sede a definirse con nitidez ante un proyecto tan claramente secularizador; todas estas acciones determinan que se decidan a manifestar su criterio unánime en un importantísimo mensaje dirigido a las Cortes, que es el primer documento colectivo del Episcopado español”.

¹¹⁹ Exposición del Sr. Obispo de Urgel, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 24 de Junio de 1869 (108) pág. 3046.

¹²⁰ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, legislatura de 1869 (117) pág. 3471.

¹²¹ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio en el Código Civil”, conferencia pronunciada el 6 de febrero de 1989 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, separata del número 21 de los *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, curso 1988-89, 1989, Núm. 21, Madrid, pág.120 - 137.

Dicho documento colectivo del Episcopado español dirigido “A las Cortes Constituyentes” afirma, tras aludir al matrimonio como sacramento, que “sólo él es perpetuo e indisoluble”. Hay que apuntar que el documento lo firman los cuarenta y dos obispos españoles y aparece encabezado por los Cardenales de Sevilla y de Valladolid.¹²²

Este escrito aparece en un momento complicado y la postura radicaliza, quizás, el problema político ante la negativa de la Jerarquía a jurar la Constitución. El documento aparece fechado el 1 de enero de 1870 y es trasladado por las Cortes a la Comisión a los pocos días. El tradicionalista Ortiz de Zárate lo reintroduciría después en el debate. Los obispos piden que el proyecto sea desechado por varias razones:

- ✓ Por anticatólico.
- ✓ Porque excede la competencia civil.
- ✓ Porque destruiría la familia tradicional.
- ✓ Porque supone inútiles gravámenes económicos.
- ✓ Porque ofrece, sin ventajas, inconvenientes políticos.

Advierten que si sigue adelante el proyecto, su oposición se traducirá en instrucciones prácticas a los párrocos y a los fieles. Y dicen a las Cortes Constituyentes que pueden abrigar “el convencimiento de que a los prelados españoles asiste la decidida voluntad de dar al César lo que es del César, pero siempre sin perjuicio de dar a Dios lo que es suyo”.

Debemos tener en cuenta que el documento colectivo está situado en un contexto doctrinal de inseparabilidad de contrato y sacramento para los cristianos , que como es sabido venía ya desde el Concilio de Trento: “No puede ocultarse a la ilustración de las Cortes que sus medidas legislativas, así como las gubernamentales son para una nación de españoles católicos, y que entre éstos es doctrina común que del matrimonio no puede separarse la dignidad de sacramento a que fue elevado por nuestro Redentor Jesucristo”; y, añaden: “antes de existir sociedad alguna existió el matrimonio, no como contrato civil, porque no podía serlo, sino como contrato natural... Por manera que ni entonces ni ahora el matrimonio pudo ser un contrato civil, ni la potestad secular puede darle tal carácter, ni el

¹²² La Exposición aparecía fechada en Roma el primero de Enero y la firmaban los Cardenales Arzobispos de Sevilla y Valladolid, Patriarca de las Indias, Arzobispo de Zaragoza, Valencia, Granada, Tarragona, Burgos, Pamplona, Urgel, Cartagena, Lugo, Tarazona, Zamora, Sigüenza, Ávila, Menorca, Obispo de Puerto Rico, Cuenca, Orihuela, Salamanca, Astorga, Santander, Jaén, Huesca, Tortosa, Obispo de Archis (Auxiliar de Toledo), Barcelona, Lérida, Gerona, Tuy, obispo de Calahorra y la Calzada, Badajoz, Palencia, Vich, Guadix y Baza, Orense, Oviedo, Canarias y Coria. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 1869, (189) pág.4840.

matrimonio puede recibirlo”¹²³. Tal como hemos tenido la posibilidad de observar las pruebas que aducían para desestimar el proyecto era su carácter “anticatólico e inconciliable con la disciplina, moral y dogma de la Iglesia”, y, por tratarse de una materia que no era competencia del poder civil, como he expuesto con anterioridad.

Se concretaba aún más con las definiciones del Sacrosanto Concilio de Trento. La Exposición emplea argumentos multiseculares como la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo del matrimonio cristiano, la exclusiva competencia de la Iglesia en el conocimiento de las causas matrimoniales, la inseparabilidad entre sacramento y contrato en el matrimonio... Todos ellos argumentos muy sólidos y con gran tradición tanto en la historia de la Iglesia como en el mundo jurídico.

c) El ilustre Cardenal Arzobispo de Santiago, que se encontraba en España y no en Roma por no haber podido salir al exterior al no haber visto solucionado los trámites burocráticos ya que se había negado a publicar una pastoral condenatoria de la actitud de los sacerdotes desafectos al nuevo régimen político¹²⁴, no sólo pide la desestimación del proyecto sino que como solución subsidiaria pide eliminar algunos artículos del proyecto: veintiocho, cuarenta y uno y noventa y cuatro.

El dignatario recordaba a las Cortes que el matrimonio, “atendiendo a las tradiciones del género humano, y aun considerando sólo en el estado de naturaleza, es un contrato doméstico, personal, sagrado, anterior e independiente de la potestad civil en su formación: es un contrato religioso, porque la religión penetra en lo más íntimo de la familia y de la persona”¹²⁵

Se afirmaba que el Proyecto desplegaba como desacertado puesto que: “la sociedad doméstica, creada por el matrimonio, es por su naturaleza anterior e independiente de la potestad política, por lo que la última no puede intervenir en su parte esencial. Es inmoral, porque degrada el carácter sagrado de este contrato, rebajándolo a la condición de los demás, que se deshacen del mismo modo que se hicieron. Es anticristiano, porque al declararlo válido se opone a los dogmas definidos en el Concilio Tridentino, y es antipolítico porque es contrario a las ideas dominantes en la casi totalidad del pueblo español”¹²⁶.

¹²³ Podemos ver el documento en su integridad en la siguiente obra: IRIBARREN, *Documentos colectivos del Episcopado español*, Madrid, 1974, pág.61 y ss.

¹²⁴ ALDEA VAQUERO, Quintín, *Diccionario de historia eclesiástica de España*, II, Madrid, 1972, Instituto Enrique Flores, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pág.972

¹²⁵ Cardenal Miguel García Cuesta, Arzobispo de Santiago, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, , legislatura de 1869 (277) pág. 7873.

¹²⁶ *Ibidem*, pág. 7875.

La claridad expositiva y la rectitud de intención parecen bien clara y no hay lugar a duda de que el retrato que hace Miguel García Cuesta de la sociedad española y de sus necesidades es, cuando menos, realista. La prueba de ello será la poca eficacia que presentaría la Ley de 1870 y el escaso peso que dejó entre los españoles. Era un proyecto legislativo que no respondía a los anhelos más íntimos de la nación aunque sí a los furores revolucionarios del momento. Era una ley <conveniente> para demostrar que los principios agitadores no quedaban como principios programáticos de la Carta Magna.

En la misma dirección que las anteriores manifestaciones tenemos numerosas peticiones dirigidas a las Cortes en un sentido equivalente por otros prelados y vicarios capitulares¹²⁷.

1.2.7. El nombramiento por el Congreso de una Comisión de legislación especial

El 17 de diciembre de 1869, García Gómez de la Serna hizo público el nombramiento de la Comisión. El sistema de comisiones especiales constituía elemento fundamental en la técnica de Montero Ríos. Consistía en la redacción del Proyecto por el propio ministro y su sometimiento a una comisión nombrada por él. El método se presentaba como rápido, eficaz y expeditivo¹²⁸.

En el nombramiento de una comisión especial se observan claras preferencias de tipo político: el gobierno deseaba rabiosamente un dictamen favorable a sus deseos, y ello se debía conseguir con una composición de hombres partidarios de su sistema.

El propio Montero Ríos prescinde de la llamada comisión legislativa a la que le correspondería en principio la redacción del proyecto. El motivo no es otro que la actitud de Martín de Herrera al retirar el Proyecto de Romero Ortiz. Esto ya constituía un índice suficiente para calibrar los resultados de este posible encargo. Por tanto, es el propio ministro quien decide no utilizarla.

Y al fin la Comisión, el 27 de enero, la Cámara tuvo conocimiento de la elección como su presidente y secretario de los diputados Cristino Martos (demócrata-monárquico) y Torres Mena (republicano). Además, también figuraban como miembros, Álvaro Gil Sanz (progresista), José Cristóbal Sorni (republicano), Santiago Diego Madrazo (de Unión Liberal), Venancio González (progresista) y

¹²⁷ En este sentido la de los Obispos de Vitoria, Córdoba, Segovia (presentada por Manterola), del Vicario capitular de Ibiza, del Obispo de Osma, los de Mallorca y Almería, Vicario capitular de Plasencia, del de la diócesis de Solsona, de León y de Albarracín.

¹²⁸ CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Reunidas, EDERSA, pág.188.

Julián Martínez Ricart (progresista). Unos perfiles biográficos con unos caracteres revolucionarios muy marcados y que aseguraban que el matrimonio civil entrara de lleno en nuestra legislación.

Se había constituido una comisión que no integraba a miembros de todas las facciones de la Cámara, para asegurar el resultado se aseguraba, al menos, en gran parte. Es significativa la ausencia de los representantes del partido tradicionalista en la oposición así como de miembros de la Unión Liberal que se pudieran considerar “peligrosos”. (Hay que hacer notar que los miembros de la Unión Liberal se hallaban divididos en la cuestión matrimonial y que el único miembro que integraba la Comisión, como es fácil suponer, sostenía ideas consonantes al proyecto.)

Se desprende de su art. 2 que el matrimonio que no se celebrara con arreglo a dicha ley no produciría efectos civiles. Incluso la Real Orden de 11 de enero de 1872 dispuso que los hijos nacidos de matrimonio sólo canónico se inscribieran en el registro como hijos ilegítimos.

Inciendo en el retrato de la población española decimonónica, se observa claramente que es una ley que no responde en absoluto a la sociedad establecida, a la idiosincrasia de la población del siglo XIX; es un producto político del momento que responde a unas necesidades más ideológicas que sociales del momento histórico.

Un par de meses tardaría la Comisión hasta la lectura en las Cortes del dictamen que habían elaborado. El matrimonio civil ocupaba el primer lugar en las leyes propuestas. El motivo de urgencia es que venía invitada por los principios constitucionales de la indeclinable libertad de cultos¹²⁹. Una forma de justificarlo, entre otras, de las que se hubieran podido aducir: separación sacramento-contrato, libertad religiosa... Para concluir lo anterior es significativa la consideración de LALAGUNA cuando nos afirma que: “El sistema que se establece ni responde a una evolución ideológica ni es provocado por exigencias sociales”¹³⁰.

No deja de ser provocador el falseamiento que se hace, por miembros de la comisión, de las uniones civiles contraídas al margen de toda legalidad¹³¹.

¹²⁹ *Ibíd*em, pág.189.

¹³⁰ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Estudios de Derecho Matrimonial*, Pamplona, 1962, Publicaciones del Estudio General de Navarra, 1972.

¹³¹ CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Reunidas, EDERSA, pág.190.

Y, a lo anterior, podríamos añadir la intervención del Cardenal Arzobispo de Santiago, Miguel García Cuesta, que no duda en calificar de <completamente pequeño> el origen del matrimonio civil en España, aludiendo a su patente desvinculación con la mentalidad de la inmensa mayoría del pueblo español. Afirmando que sólo han sido “Cuarenta y siete los actos de concubinato celebrados en España” los cuales no legitimarían ningún proyecto.¹³²

Es significativo que sus palabras no fueran desmentidas por sus contrarios, lo cual es ya suficiente para probar la veracidad de su aserto.¹³³ En definitiva, exaltaciones políticas de nuestros legisladores decimonónicos, consecuencia de un idealismo revolucionario, que, como ya he asegurado con anterioridad, esclavizaban las realidades de nuestro pueblo a sus principios teoréticos.

Lo que trataré de realizar a continuación es un análisis detenido de los debates parlamentarios de la ley de matrimonio civil obligatorio. La discusión de la citada ley ha sido un hito en las coordenadas de nuestra historia parlamentaria; Se produjeron opiniones de todo tipo.

No obstante, lo que nadie pone en duda es que las intervenciones, todas, tuvieron un protagonismo destacado para bien o para mal. Opiniones en este sentido las encontramos en DÍEZ PICAZO¹³⁴ cuando afirma “índice extraordinario para calibrar el clima en el que la aprobación de la ley se produce” y también en una línea de reconocimiento muy parecida tenemos a Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, cuando nos atestigua que “es, sin duda alguna inmejorable fuente de conocimiento y de ilustración de la materia”¹³⁵.

De forma mucho más realista y acorde con el pensamiento popular español de la época, y dotada de gran finura y cercanía al sentir de la mayoría de los españoles tenemos la opinión de Menéndez y Pelayo¹³⁶. El autor, en esta obra, y relacionándola con nuestra ley, atestigua que fuera de la tradición católica el pensamiento español no dio nunca frutos trascendentes ni duraderos. La perspectiva que nos ha dado el tiempo puede corroborar, al menos en lo que esta obra legislativa corresponde, la veracidad de tal afirmación.

¹³² Cardenal Arzobispo de Santiago, García Cuesta, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, , 10 de mayo de 1869, (277), pág. 7876.

¹³³ CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Reunidas, EDERSA, pág.191.

¹³⁴ DIEZ PICAZO, Luis, Conferencia, pág. 39.

¹³⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, Francisco, *Estudios de Derecho Civil*, tomo V, vol. I, pág. 405, Madrid, 1912.

¹³⁶ MENÉNDEZ PELAYO, Marcelino, *Historia de los Heterodoxos Españoles, II*, Madrid, 1956, Biblioteca de Autores Cristianos, pág. 1129.

Tal como ya veníamos anunciando en algún momento del estudio las discusiones del proyecto se iniciarían en torno al carácter obligatorio del matrimonio civil. El legislador de fines del s. XIX admite un sólo tipo de matrimonio, el civil¹³⁷: este es el gran cambio operado en la institución con la Ley de 1870.

El artículo 1 de la Ley de 1870 presentaba al matrimonio como “perpetuo e indisoluble por su naturaleza” y en su artículo 2 se publicaba, como se ha anunciado con anterioridad, el principio de matrimonio civil obligatorio. Realmente esto fue la gran fuente de problemas y disensiones, ya que nadie dudaba acerca del tema de la indisolubilidad; en eso, tanto partidarios como detractores coinciden plenamente

Con la redacción de la Ley de 1870 el legislador admite un matrimonio, civil, configurado como una “versión laica” del canónico¹³⁸.

Significativas, o al menos llamativas, son las citadas expresiones de que la ley sólo vino a sustituir el sacerdote por el juez, a la Iglesia por el juzgado, a la Biblia por el articulado normativo, y a los Tribunales eclesiásticos por los civiles... que los parlamentarios no dudarán en utilizar frecuentemente, tanto para argumentar a su favor como para hacerlo en su contra. Con ello podemos poner de manifiesto la exigua, si no inexistente, novedad que algunos de los legisladores estaban empeñados en observar.

Otra nota significativa en los debates son las grandes disconformidades que se daban entre los miembros que no aceptaban el proyecto, que sin embargo, montaban un frente común para que el proyecto de ley no tuviera luz verde. En este cuerpo que constituía la oposición encuadraríamos: a los tradicionalistas, a los carlistas, a los moderados y a un buen bloque de la Unión Liberal.

Salvando abismales distancias, Carro Martínez establece un paralelismo con términos políticos actuales como son “derecha” e “izquierda” que nos esclarecerán el complicado mapa del hemisferio del siglo XIX para un observador del tercer milenio: la extrema derecha vendría representada por carlistas, isabelinos y unionistas; el centro-derecha por los progresistas; el centro izquierda por los demócratas-monárquicos; y la extrema izquierda por los republicanos.

El protagonismo de Montero Ríos es fundamental en la defensa del proyecto de ley. Sus dilatados conocimientos de Derecho canónico dejan en amplia

¹³⁷ VV.AA., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, 1998, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., pág. 903.

¹³⁸ FERRER ORTIZ, Carlos, “El sistema matrimonial español” en VV. AA., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, 2000, pág.203.

desventaja a la sala. Los objetores más férreos estaban muy vinculados a la realidad social del momento y lo poco que se adecuaba a la población española lo que se convertía en una pobreza de argumentos jurídicos.

Si empezamos por la actitud de Unión Liberal en los debates hemos de atribuir una nota común: su carácter ecléctico y centrista¹³⁹. No se observan abismales diferencias ideológicas con los progresistas o incluso con los demócratas. Y a la vez hacían frente común con los tradicionalistas, que rechazaban los principios revolucionarios. Evidentemente, por poco que profundicemos, en cada una de las motivaciones de los partidos son totalmente distintas.

La primera línea de oposición al proyecto podría venir reflejada por la postura de Martín de Herrera: “Creo que, o hay que negar la libertad de cultos que acabamos de establecer, o algún matrimonio civil hay que instituir...”¹⁴⁰. Vemos que el matrimonio civil arranca necesariamente del texto constitucional, pero su configuración como obligatorio en el proyecto estaba llamado a producir una tenaz oposición al planteamiento¹⁴¹.

Esta división de opiniones que hemos ido introduciendo queda muy bien reflejada en la cita de del diputado Toro y Moya: “Entre los que nos sentamos en estos bancos, procedencia de Unión Liberal, no está del todo acorde acerca de la cuestión latente del matrimonio civil, pero ha de tenerse en cuenta que todo y cada uno, confluyen en lo esencial: que ha de cumplirse estrictamente la Constitución del Estado que nos hemos dado”¹⁴².

Los representantes de la Unión Liberal hallarán en los argumentos formales las primeras agarraderas para oponerse al proyecto; cuando éstos carecen de resultados es cuando atacan directamente al sistema matrimonial. Así, se dio lugar a una proposición incidental del 19 de abril de 1870 que firmaban los diputados González Marrón, Bernardo de Toro y Moya, Augusto Ulloa, Fernando Calderón Collantes y Collantes, José Luis Alvareda, Saturnino Alvarez Burgallal y José Moreno Nieto, todos de la Unión Liberal, donde querían sostener que en el art.52 del texto constitucional no permitía la discusión de los proyectos de ley por autorización sino en ciertos casos excepcionales... y la presentación, discusión y votación tuvo

¹³⁹ CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Reunidas, EDERSA, pág.203.

¹⁴⁰ Martín de Herrera, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, legislación de 1869, pág.7630.

¹⁴¹ CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Reunidas, EDERSA, pág.206.

¹⁴² Toro y Moya, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 20 de abril de 1870, (261) pág.7282-3.

lugar artículo por artículo¹⁴³. Y así, la intervención de González Marrón: “¿No sabe la comisión que se van a tocar las relaciones de familia, que deben ser derechos permanentes y que podría suceder que se legislara para un porvenir de cuatro meses...? Eso no puede salir de boca de ningún jurisconsulto, por muy radicales que sean sus ideas políticas”¹⁴⁴.

En la misma línea anterior podemos añadir la no intervención de ambos cuerpos de legisladores¹⁴⁵ y la intervención de una Comisión especial¹⁴⁶. Los legisladores valoran e introducen la importancia de los dos Cuerpos (Senado y Congreso) y su criterio moderador y, a la vez, no se puede obviar una discusión más detenida y reflexiva.

Continuando en la línea anterior intentaré exponer los argumentos sustantivos para la desestimación del proyecto que se introdujeron en las Cortes por parte de representantes de la Unión Liberal.

El primer argumento que se esgrime es la poca efectividad de la Ley en la sociedad decimonónica. Apareció en la discusión de la ley en todo momento. Unión Liberal no dudaba en hacerlo sentir, como buena conocedora de la realidad española de la época. Es muy ilustrativa la cita de Toro y Moya cuando no duda en testificar: “Los españoles vienen por siglos contrayendo la nupcias por las prescripciones santas de la Iglesia, y están en la creencia firme de que no puede reputarse por casado aquél que no recibe la bendición sacerdotal, pues, por el proyecto de ley se pretende que cambie por completo este sistema y que los que hayan de contraer ese consorcio, quieran o no quieran, aunque les repugne y lo conceptúen como sacrilegio, hayan de ir necesariamente a que los enlace un juez local, un juez laical. Tal es el proyecto”¹⁴⁷.

Una vez más, observamos muy de cerca que el matrimonio no es una cuestión nada pacífica y ningún político se atreve a analizarla y tratarla de forma total. Todos intentan absorber en cada momento la facción que más les interesa.

¹⁴³ Proposición incidental del 19 de abril, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 19 de abril 1870, pág.7243.

¹⁴⁴ González Marrón, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 19 de abril de 1870, (260) pág.7247.

¹⁴⁵ Calderón Collantes, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 27 de abril de 1870, (267) pág.7492.

¹⁴⁶ Romero Robledo, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 5 de mayo de 1870, (260) pág.7714.

¹⁴⁷ Toro y Moya, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 20 de abril de 1870, (261) pág.7285.

Otra intervención, muy demostrativa, de Toro y Moya la constituye la siguiente enunciación: “¿Qué es lo que el legislador ha de tener en cuenta al tratar de solemnizar el matrimonio? No se duda en la respuesta: “el Estado del país y su carácter. Aunque debe servirle de guía el ideal de los principios científicos, no ha de dejarse llevar de ellos ciegamente, sino tenerlos en reserva para su aplicación en razón y tiempo oportuno, porque lo que conviene a una Nación ni viene bien a otra¹⁴⁸”.

Otro argumento aducido por los legisladores ha sido que el nivel cultural de la población española llevaría a una escasa aplicación de la ley. Opino que no tiene porqué ser así; lo que llevaría, como se ha visto, a la poca efectividad es el no absorber el núcleo del sistema matrimonial impuesto. Así pues, en este sentido, podemos apreciar: “¿Creéis que las gentes sencillas se va a acostumar de repente a creer que el matrimonio es un contrato como cualquier otro, y que sólo debe celebrarse ante el magistrado civil? Si aquí se ha considerado siempre como un sacramento ¿cómo queréis que la opinión adopte vuestro sistema?¹⁴⁹” Y lo anterior vendría completado por la siguiente intervención de Toro y Moya: “Entiendo que, dentro de la idea liberal, cabe todo lo bueno, pero no las ilusiones, ceguedades que quieren trasplantarse aquí en un momento, a la fuerza y contra el sentir de todos y olvidando el ayer¹⁵⁰”.

Lo que buscaría el legislador que se opone a este proyecto de ley es acertar en una modalidad que permitiera obrar de acuerdo con el texto de la Constitución y además se respetara la libertad del contrayente sin coaccionar a contraer a ninguna persona. “No coaccionándole a contraer ese matrimonio estrecho y solo regulado desde el punto de vista civil”.¹⁵¹

1.2.8. Los debates parlamentarios

A lo largo del debate se producen unas alusiones a otros sistemas matrimoniales como el sistema alemán, el portugués, el británico... aparecieron en el hemiciclo¹⁵² y se pusieron encima del tapete. La igualdad de cultos, la libertad

¹⁴⁸ Toro y Moya, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 20 de abril de 1870, (261) pág.7286.

¹⁴⁹ González Marrón, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 21 de abril de 1870, (262) pág.7322.

¹⁵⁰ Toro y Moya, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 20 de abril de 1870, (261) pág.7286.

¹⁵¹ Toro y Moya, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 20 de abril de 1870, (261) pág.7287.

¹⁵² Toro y Moya, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 20 de abril de 1870, (261) pág.7286.

religiosa... serán los argumentos que en definitiva sustentan, en mayor o menor medida, cada uno de los anteriores sistemas. Los diversos autores a lo largo del debate parlamentario van haciendo sus disquisiciones ante la necesidad del mantenimiento de la normativa matrimonial canónica. Es un *leit motiv* que va apareciendo a lo largo de las intervenciones con tal de desplazar al proyecto de ley en cuestión.

Es curioso destacar que los argumentos de tipo jurídico son los que no encontrarán contrincante porque es doctrina unánime, a lo largo de todo el debate, de la bondad y perfección del Derecho matrimonial de la Iglesia. El propio Ministro de Gracia y Justicia nos dice: “Yo no he hecho más que coger las disposiciones canónicas y llevarlas a la ley civil, de manera que hoy puedan casarse civilmente con las mismas condiciones que antes se casaban en la Iglesia, puesto que los impedimentos y las causas para crear y romper el vínculo son iguales”.

Para amplios sectores, si no mayoritarios, no se concebía una variación de la legislación existente para consagrar los mismos preceptos que el Derecho canónico había venido consagrando por tantos años. Nos encontramos con que en 1870, para casarse civilmente,¹⁵³ hay que cumplir las mismas condiciones que la Iglesia tiene establecidas.

Otro argumento del debate ha sido, sin duda, el gran beneficio que ha aportado siempre la intervención de la religión católica en el matrimonio en nuestra sociedad. Seguramente nuestra sociedad no hubiera llegado a tal nivel de desarrollo sin una base tan amplia y segura como es la legislación canónica en materia matrimonial. Ello era evidente ayer y lo es ahora. En palabras de Toro y Moya, el matrimonio llegó a configurarse como “uno de los grandes resortes en que la sociedad tiene su apoyo”¹⁵⁴.

La última motivación que los diputados de Unión Liberal establecen para la desestimación del proyecto de ley es la teoría de la inseparabilidad entre contrato y sacramento, es decir, la delimitación de la competencia del Estado sobre matrimonio. Hay una referencia clara a demostrar la competencia exclusiva de la iglesia sobre el matrimonio de los cristianos, reduciendo la del Estado a los

¹⁵³ González Marrón, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 21 de abril de 1870, (262) pág.7318.

¹⁵⁴ Toro y Moya, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 12 de abril de 1870, (262) pág.7318.

llamados “efectos meramente civiles”¹⁵⁵; así, en este sentido podemos poner atención en estas palabras del diputado Moreno Nieto cuando interpela: “¿Comprendéis que la Iglesia haya podido admitir que el contrato y que el sacramento son cosas separables y separadas y que el sacramento consista en pura exterioridad? Lo que rechaza el más vulgar sentido común, ¿iba a admitirlo la Iglesia?”¹⁵⁶.

En consonancia con todo lo anterior y aportando mayor peso a la argumentación son interesantes otras declaraciones de Moreno Nieto cuando afirma que : “Es al Estado, como representante del Derecho, a quien le compete el establecer las formas e instituciones organizadoras de la sociedad, sin embargo, cuando se trata de alguna, como es el caso del matrimonio, de carácter esencialmente moral, debe inspirarse en la doctrina dada por la esfera que sea órgano de la verdad moral y religiosa y si esa esfera tiene instituida una autoridad que pueda ejercer jurisdicción como sucede a la Iglesia católica, su misión se reduce a aceptar las decisiones de esa autoridad y regular en base a las mismas , semejante institución. Así pues, el poder civil reconocerá en materia matrimonial, la normativa del religioso y consignará en sus códigos, como leyes civiles, las que como morales y religiosas da el otro poder”¹⁵⁷.

FUENMAYOR haciéndose eco de esa palabras del diputado nos dirá: Uno de los discursos más destacados fue el pronunciado por José Moreno Nieto quien - frente a los partidarios del matrimonio civil, sostenedores de que el matrimonio era por esencia un contrato- afirmaba que, aunque lo fuera en la forma, en el fondo no era un contrato, sino un hecho moral, o mejor una institución; no era un hecho moral y religioso por accidente sino por esencia ¹⁵⁸

En el siguiente epígrafe el objetivo vendría puesto en manifestar la oposición al proyecto de ley por parte de los tradicionalistas, grupo en aquel momento en la oposición parlamentaria, juntamente con republicanos y unionistas dinásticos.

Son muy reveladoras unas palabras de Carrión para valorar, en su justa medida, la labor llevada a cabo por los tradicionalistas, concretamente por los

¹⁵⁵ “La competencia de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio, hasta el Concilio de Trento”, en *Ius Populi Dei*, Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor, III, 1972, Pontificia Universitá Gregoriana, pág.356.

¹⁵⁶ Moreno Nieto, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 30 de abril de 1870, (2701) pág.7599.

¹⁵⁷ Moreno Nieto, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 30 de abril de 1870, (2701) pág.7599.

¹⁵⁸ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio como contrato civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Febrero 1976, Núm.2, pág.97.

carlistas: “Si nos viéramos precisados a buscar y encontrar un adjetivo para calificar la posición de los carlistas, por lo que se refiere a la naturaleza del matrimonio civil, no dudaríamos un instante en utilizar el de “sincera”. Respondía en definitiva, a las más profundas convicciones de sus hombres¹⁵⁹.

Los personajes más representativos de este grupo son: Cruz Ochoa de Zabalegui, Ramón Ortiz de Zárate y Martínez de Galarreta, Guillermo Estrada y Villaverde, Domingo Díaz Caneja y Ramón de Vinader. Tan solo en dos ocasiones tomarán la palabra los diputados tradicionalistas; la primera vez el 25 de abril de 1870, en que intervino Cruz Ochoa y la segunda, a través de Ortiz de Zárate el 10 de mayo de 1870.

El objetivo de los tradicionalistas no es una demora del proyecto; es una supresión radical del mismo. “Realmente, para la fracción a que tengo la honra de pertenecer, es de todo punto indiferente que el proyecto de ley del llamado matrimonio civil se presente en la forma ordinaria o en la forma de autorización”¹⁶⁰.

La gran crítica del diputado carlista se dirigía a la idea que lo que se intentaba presentar era un verdadero código de familia, es decir, que el deseo superaba ampliamente el proyecto de sistema matrimonial.

Cruz Ochoa se centrará hacia un debate de fondo donde llegará a pronunciar: “Ese mal es la pérdida del decoro y del pudor que tiene el matrimonio entre los católicos, ese pudor lo encubre la consagración religiosa y divina del sacramento del matrimonio. ¿Creéis que ese hombre y esa mujer, que van a celebrar su unión ante la autoridad municipal, podrán considerarse con el respecto y la veneración y el decoro y el pudor con que son mirados los matrimonios cristianos?”¹⁶¹. A la vez debemos notar la gran delicadeza en calificar como verdadero matrimonio la forma civil de celebración, elemento que recuerda a la actitud adoptada por el legislador eclesiástico en el Código de Derecho canónico como medida para que esa resistencia pasiva a la ley pasara a la realidad.

Es importante también la alusión que se hace a la disolubilidad del vínculo como consecuencia de la entrada de la ley civil. Así: “Ese enlace, que decís que ha de ser perpetuo e indisoluble por su naturaleza, estará sujeto a la inestabilidad de

¹⁵⁹ CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Reunidas, EDESA, pág.251.

¹⁶⁰ Cruz Ochoa, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 25 de abril de 1870, (265) pág.7431.

¹⁶¹ Cruz Ochoa, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 25 de abril de 1870, (265) pág.7439.

las cosas humanas y al capricho y a las pasiones de los que pasen por esos bancos y por éstos”¹⁶².

El otro gran argumento que aportan los tradicionalistas es el hecho que el matrimonio para los católicos es un sacramento, sobre este sacramento no puede legislar más que la Iglesia, por consiguiente, “no hay poder civil en la tierra que tenga fuerza bastante para suplantar a la Iglesia y hacer una legislación independiente”¹⁶³. Este punto enlaza perfectamente con la doctrina multisecular de la radical inseparabilidad entre el sacramento y el contrato matrimonial de los bautizados. El mismo 25 de abril Cruz Ochoa dejaba bien sentado que es inseparable el contrato del sacramento.

En esta línea está la intervención del tradicionalista Ortiz de Zárate que repetiría la Exposición enviada desde Roma por los preladados españoles para desestimar el proyecto de ley, como he expuesto ya en el epígrafe anterior.

Otro gran argumento en contra del proyecto que aporta la facción que estamos hablando es que la afirmación de que todos los ciudadanos sean iguales ante la ley, no significa, sin embargo, que deba darse la uniformidad en el trato. Así Cruz Ochoa arguye: “Si hay alguno que no tenga religión alguna, se establezca para él y no más para él, la unión civil, de una manera supletoria y excepcional”¹⁶⁴. Es decir, de forma muy abstracta podemos decir que hay una necesidad de distinguir entre la igualdad material y la formal.

A continuación intentaré poner de manifiesto las argumentaciones en defensa del proyecto que realiza Eugenio Montero Ríos que terminaría por conseguir su conversión en ley.

Montero Ríos, en el discurso del 29 abril 1870, muestra la necesidad de un nuevo sistema matrimonial como consecuencia de la Constitución, lo que ya he ido introduciendo varias veces en el desarrollo del tema. Ello se desprende claramente de los arts. 21 y 27 de la nueva ley fundamental. Como bien sabemos, el primero es una forma de entender la libertad religiosa y el segundo la igualdad de derechos civiles y políticos de todos los españoles ante la ley, con independencia de la religión a que pertenecieran.

¹⁶² Cruz Ochoa, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 25 de abril de 1870, (265) pág.7437.

¹⁶³ Cruz Ochoa, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 25 de abril de 1870, (265) pág.7433.

¹⁶⁴ Cruz Ochoa, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 25 de abril de 1870, (265) pág.7441.

Bien hemos visto que el legislador quiere: “prescindir en el matrimonio de la sanción religiosa, organizándolo como una institución civil”¹⁶⁵. Es decir, el Estado cancela el más absoluto desconocimiento de lo que se refiere a la celebración religiosa de la unión matrimonial. Se mantiene en el principio tajante de la igualdad ante la ley, no reconociendo la celebración de ninguna de ellas, ni siquiera la de la Iglesia católica.

De esta necesidad se desprende la creación de una fórmula propia del Estado bien que en el ámbito civil sirva como verdadero regulador. Así, Montero Ríos se centrará en dos principios importantes : la igualdad ante la ley y la libertad de conciencia, dejando de lado otras cuestiones en que el ministro prefirió no intervenir como la competencia eclesiástica sobre el matrimonio... en que se hubieran podido ver roces con los planteamientos de la Iglesia y que a nuestro personaje no le interesa en absoluto.

En el debate habían aparecido antes referencias a los diversos sistemas matrimoniales que se hubieran podido adoptar. Sin embargo, Montero Ríos los desestima en aras de un ámbito puramente civil de la ley. Quiere la competencia del Estado sobre toda la institución matrimonial. “... el Estado puede legislar sobre el matrimonio en cuanto contrato, y sin perjuicio de la competencia de la Iglesia para legislar sobre él en cuanto es también una institución religiosa”¹⁶⁶.

No deja de ser significativa la cita de Santo Tomás de Aquino por parte de Montero Ríos, por la interpretación que da del prestigioso teólogo: “No se determina más sistema que los principios fundamentales que ha sentado la gloria del renacimiento científico de Europa. Santo Tomás de Aquino decía clara y terminantemente, que el matrimonio era institución natural, pero que era a la vez una institución civil y religiosa. La parte civil pues, del matrimonio, es el único objeto del proyecto de ley salvando por completo lo religioso, que se reserva de lleno a la Iglesia, que es a quien únicamente corresponde”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Montero Ríos, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 29 de abril de 1870, (269) pág.7565.

¹⁶⁶ Montero Ríos, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 29 de abril de 1870, (269) pág.7563.

¹⁶⁷ Montero Ríos, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 5 de mayo de 1870, (272) pág.7701.

Evidentemente estaba totalmente infundado apoyarse en el pensamiento de Santo Tomás para obtener conclusiones legitimadoras de un sistema de matrimonio civil obligatorio¹⁶⁸ como aparece plenamente documentado en algunos trabajos¹⁶⁹.

El legislador del proyecto conoce perfectamente la doctrina de la inseparabilidad que venía constituyendo enseñanza constante del Magisterio de la Iglesia y de forma especial desde Pío VI, ni podía ni quería ignorarlo. También es significativo el comentario siguiente: “Esta teoría tiene numerosos partidarios, y merece todo respeto por los distinguidos oradores que en esta Cámara la han sostenido. Pero, por más respetable que sea esta teoría y el saber de sus sostenedores, ¿se deduce de ella algo contrario al proyecto que nos ocupa?, ¿se opone éste al matrimonio sacramental?, ¿crea el proyecto algún obstáculo a la celebración del matrimonio sacramental?, ¿crea el proyecto algún obstáculo a la celebración del matrimonio religioso, o la hace más difícil de lo que es hoy? ... Si no pone trabas a la amplísima libertad de los fieles, no puede combatirse bajo este punto de vista”¹⁷⁰.

En otro momento de la intervención, avanzada ya la discusión, no duda en afirmar: “Si yo creyera, si sospechara siquiera, con la sinceridad de mi fe religiosa, que el proyecto de matrimonio civil se opone en manera alguna a las creencias que profeso, y que pienso profesar toda mi vida; si yo creyera que el matrimonio civil adolecía de tendencias anticatólicas, siquiera fuese en su espíritu o en la más remota de sus consecuencias, yo lo declaro, Sres. Diputados, yo no lo defendería, yo abandonaré este puesto, y abandonaré la Cámara, y me retiraré al hogar de la vida privada antes que dar un voto que lastimase mi conciencia religiosa”¹⁷¹.

El jurista no logra encontrar una base sólida para una buena defensa del proyecto y quiere encontrar en la historia de la Iglesia una consistencia adecuada. Sin embargo, ni las referencias explícitas sobre el Tametsi, ni la invocación de las referencias a los Padres conciliares de Trento favorables a la competencia del Estado el sobre matrimonio... ni otros argumentos parecidos permiten llegar a obtener argumentos para una buena apología del proyecto.

¹⁶⁸ CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Reunidas, EDERSA, pág.283.

¹⁶⁹ MOSTAZA RODRÍGUEZ, Antonio, “La competencia de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio hasta el Concilio de Trento”, en *Ius Populi Dei*, Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor, III, Roma, 1972, Pontificia Università Gregoriana, pág.303 a 306.

¹⁷⁰ Montero Ríos, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 29 de abril de 1870, (269) pág.7565.

¹⁷¹ Montero Ríos, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 29 de abril de 1870, (269) pág.7564.

Otro argumento de gran peso utilizado por el jurisconsulto Montero fue el de la indisolubilidad del matrimonio. Solicita su aprobación de la cámara porque el matrimonio es indisoluble y sabe que esta cuestión no es baladí para el foro que lo está escuchando. En gran medida, se ampara en este elemento para la posterior aprobación del proyecto: “prescindiendo de toda consideración política y religiosa si hubiéramos de atenernos exclusivamente a consideraciones del orden moral, no podríamos bailar entre el sistema del proyecto y los demás. Este cierra la puerta al divorcio.”¹⁷²

Lo que nos interesaría conocer a continuación es la fundamentación de la indisolubilidad por parte del jurista Montero. El elenco de opciones no es único, ni mucho menos; para determinado sector, la idea de indisolubilidad le viene como institución moral, independientemente de toda idea religiosa; para otros, en cambio, el matrimonio también tiene esta característica esencial como institución puramente civil. En el primero de los casos, la inadmisibilidad del divorcio es consecuencia del Derecho natural, a continuación veamos la idea que sostiene el Ministro. Para dilucidar esta cuestión es bueno que prestemos atención a la siguiente intervención de Montero Ríos: “dejando a un lado toda demostración de carácter exclusivamente teórico, toda demostración abstracta y atendíendome a los hechos, es lo cierto que en las naciones en que prevalece la influencia del catolicismo con matrimonio civil y sin matrimonio civil, se sostiene la indisolubilidad del vínculo, y que sucede lo contrario en las naciones en que prevalece la influencia protestante, a pesar de no conocer el matrimonio de forma civil. Por consiguiente, la indisolubilidad o disolubilidad del vínculo no procede de la institución del matrimonio civil. Por el sistema desarrollado en el proyecto, el matrimonio continuará indisoluble como hasta aquí con la unidad, con la monogamia, como sometido a las elevadas condiciones a que lo sometió la Iglesia católica de Occidente, y no descenderá en una sola línea de la dignidad y del elevado carácter que le dio la Iglesia de Jesucristo. Entre tanto, y por el sistema desenvuelto en el proyecto de ley, ni una sola regla de moral habrá de lastimarse, así como habrán de lastimarse las más fundamentales con el sistema que está rigiendo en las naciones protestantes”¹⁷³.

¹⁷² Montero Ríos, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 29 de abril de 1870, (269) pág.7567.

¹⁷³ Montero Ríos, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 29 de abril de 1870, (269) pág.7567.

La intención del legislador, defensor del proyecto de matrimonio civil obligatorio, es bastante clara: no había nada, al menos en apariencia, contra el sacramento del matrimonio: es cosa por ellos proclamada con reiteración¹⁷⁴.

En las anteriores afirmaciones, Montero esgrime un argumento de libre circulación entre los católicos liberales de la época, aludiendo explícitamente -para apartarse de ellos- a los legisladores protestantes, al propio tiempo que se ampara, sin citarlos expresamente, en los regalistas galicanos¹⁷⁵.

Como es conocido, los reformadores protestantes influyeron en sus legisladores en materia matrimonial y negaron al matrimonio su naturaleza sacramental; ese punto es crucial y contradice a la doctrina católica reafirmada en el Concilio de Trento; también admitieron el divorcio vincular; a la vez siguieron la doctrina de los iusnaturalistas no católicos que daban una relevancia excesiva al matrimonio como contrato civil, basándose en las teorías sobre este matrimonio civil formuladas anteriormente por Pufendorf.

Sin embargo, los reformadores protestantes no constituyeron una influencia decisiva en los revolucionarios españoles porque el origen del matrimonio civil obligatorio hay que buscarlo en un jurista francés de gran influjo en nuestra patria: Roberto José Pothier¹⁷⁶.

Es un autor de gran influencia en los redactores del Código civil francés; sus tratados se han venido en llamar “comentario anticipado del Código de Napoleón”¹⁷⁷.

Pothier exterioriza con gran fuerza la doctrina del matrimonio como contrato civil, materia de sacramento que ya fue enunciada por los legistas galicanos con el objetivo de debilitar la jurisdicción eclesiástica. Una cita de su Tratado, muy extendido entre los juristas catalanes por la traducción de dos abogados de Barcelona del XIX, Mariano Noguera y Francisco Carles, nos ayudará mucho a sintetizar la corriente del jurista:

“Los matrimonios que las personas sujetas a tales leyes contrajesen contra lo dispuesto en ellas, cuando la infracción tiene consigo la nulidad, deben ser nulos,

¹⁷⁴ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio como contrato civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Febrero 1976, Núm.2, pág.98.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pág.98.

¹⁷⁶ POTHIER, Roberto José, *Tratado de contrato de matrimonio, traducido al español con notas de Derecho patrio*, bajo la dirección de D. Mariano Noguera y D. Francisco Carles, Barcelona, 1846, Instituto Editorial Reus, pág.288

¹⁷⁷ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio como contrato civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Febrero 1976, Núm.2, pág.99.

según la regla común a todos los contratos de que todo contrato es nulo cuando es contraído contra la disposición de las leyes: *Nullum contractum, nullum conventum, lege contrahere prohibente.*”

“Tampoco puede decirse que en este caso haya sacramento; porque no puede haber sacramento sin la cosa que forma su materia. Siendo el contrato civil la materia del matrimonio, no podrá haber tal sacramento, cuando el contrato civil es nulo, de la propia suerte que no podría haber sacramento del Bautismo sin el agua que es su materia”.

Las razones aducidas por Pothier para que no exista sacramento surgen de ciertas doctrinas tomadas de algunos teólogos que, en Trento, con motivos de urgencia, atribuyen a la Iglesia potestad para que no sea legítimo un contrato que antes lo era, poder que se extiende a declarar ineficaz el consentimiento y a percibir la forma como solemnidad necesaria para la validez del acto; así nos lo explica LAMAS en su obra¹⁷⁸. Es decir, tesis muy parecidas a los postulados regalistas, pero invirtiendo el poder de la Iglesia por el poder del Estado. Todo su fundamento se basa en la existencia de una supremacía de la ley civil sobre la ley eclesiástica¹⁷⁹.

Lo que nos debe quedar claro, tal como afirma Fuenmayor, es que Montero Ríos hace una defensa del proyecto de matrimonio civil obligatorio influenciado por una doctrina trasnochada, recibida entre nosotros con más de un siglo de retraso, pues la obra de Pothier, traducida en España en 1846, se publicó en Orleáns en el año 1768, casi una centuria antes.

Así pues, podemos observar que la argumentación de Montero Ríos, en el fondo, se fundamenta en el Derecho canónico ya que no admite el divorcio vincular bajo ningún concepto. No duda el propio Montero en calificar como “plaga, cáncer corrosivo, disolución de la familia en el seno de nuestra patria” al referirse al matrimonio con posibilidad de divorcio¹⁸⁰. No había, pues, que alarmarse, pues la

¹⁷⁸ LAMAS LOURIDO, Pedro Ramón, “Forma sustancial del matrimonio canónico”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, tomo X, Barcelona, 1960, Editorial Francisco Seix, pág.49 y 50.

¹⁷⁹ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio en el Código Civil”, conferencia pronunciada el 6 de febrero de 1989 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, separata del número 21 de los *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, curso 1988-89, 1989, Núm. 21, Madrid, pág.120 - 137.

¹⁸⁰ Montero Ríos, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 29 de abril de 1870, (269) pág.7568.

secularización del matrimonio era una secularización que bebía de buenas fuentes¹⁸¹.

Una valoración clara de las intervenciones de Montero Ríos la tenemos en el siguiente párrafo: "... lo que lleva a cabo es una secularización o laicización de la normativa jurídica del matrimonio, pero sin alterar ni un ápice las líneas maestras del mismo. Un catedrático de derecho canónico, convierte en legislación civil, secularizándola, una normativa típicamente canónica. Los revolucionarios son claramente conservadores. Salvando tan solo el prurito terminológico, las cosas continúan poco más o menos igual"¹⁸²

Efectivamente, el Derecho canónico constituye otro de los grandes argumentos que utiliza Montero Ríos. Tal como anunciamos con anterioridad, Montero provoca una secularización del derecho canónico cuando convierte en puramente civil una legislación típicamente canónica. Y ese fue su gran argumento para que la Cámara aceptase el proyecto; no se cansa de afirmar que "en nada esencial se separa el proyecto de las doctrinas de la Iglesia católica y de su legislación matrimonial"¹⁸³.

Incluso llegando más lejos, el propio legislador no duda en erigirse en garante de la doctrina y del derecho de la Iglesia: "Una nueva garantía para la doctrina y para el derecho de la Iglesia, que se observará, en adelante no sólo por la conciencia religiosa de los españoles, sino también en cumplimiento de los deberes que el Estado les impone como ciudadanos".

Montero Ríos no duda en otear el Derecho comparado para fundamentar la existencia del matrimonio civil como forma única de celebración, como viene ocurriendo en países de Europa. Se fija en las legislaciones de países católicos como Francia, Bélgica e Italia, que ofrecen un sistema muy parecido. Con este elemento Montero Ríos demuestra que nuestra legislación estará a la misma altura que el resto de sus homónimos europeos.

Otra cuestión que también preocupa al legislador será el desconocimiento por la Iglesia del matrimonio civil contraído por los obligados a la forma canónica de celebración. Los peligros procedentes de la irrelevancia canónica habían ocupado

¹⁸¹ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, "El matrimonio como contrato civil", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Febrero 1976, Núm.2, pág.102.

¹⁸² DÍEZ-PICAZO, Luis, "El Derecho de la persona y el Derecho de la familia en la legislación de 1870", en el volumen *El Centenario de una gran obra legislativa*, Colegio de Abogados, Valencia, 1972, pág.132.

¹⁸³ Montero Ríos, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 29 de abril de 1870, (269) pág.7564.

un espacio importante en las disquisiciones para la desestimación del proyecto consagrador del matrimonio civil obligatorio. Y Montero Ríos acredita : “Bajo el punto de vista de la moralidad, la Iglesia debía ver en el matrimonio civil, la unión de un varón y de una mujer, unión pública, en que se ha comprometido el honor de las personas y que se interesa el porvenir de la prole... y, sin embargo, para la Iglesia este matrimonio no es nada, y autoriza para celebrar válidamente un matrimonio religioso a una de esas personas que estaban unidas civilmente y que contraen por consiguiente, matrimonio con tercera persona”¹⁸⁴. Es bajo este punto de vista de inmoralidad, y no bajo el punto de vista de la legalidad del articulado como se debe entender esta argumentación de Montero Ríos.

Y una vez llegados a este punto, la cuestión que cabe hacernos no es otra que si nuestro legislador sólo hace que predicar bondades de la legislación canónica, atribuirle ventajas, reconocer su superioridad sustantiva... porque intenta sustituirla por otro sistema... En definitiva, la pregunta medular sería ¿Por qué la Iglesia se ha opuesto siempre con la mayor energía al sistema de matrimonio civil obligatorio?

Desarrollar de una forma total la respuesta es imposible; sin embargo, la cita de LECLERQ proporcionará una visión muy adecuada de esta cuestión capital: “Esta legislación ha creado el estado de espíritu, de todos conocido, que distingue el matrimonio civil del matrimonio religioso, como si pudiera haber dos matrimonios para los mismos contrayentes. La Iglesia, que no se contenta con palabras, sabe muy bien que el matrimonio es la unión de los sexos, que al acto constitutivo del matrimonio, el matrimonio –contrato, es el intercambio real de los consentimientos, y que este intercambio real de los consentimientos es uno. Sabe muy bien que el Estado, al conceder sólo al matrimonio, derechos recíprocos de los esposos y legitimidad de los hijos, trabaja por convencer al pueblo de que el matrimonio civil es el matrimonio y de que el matrimonio religioso no pasa de ser una bendición sobreañadida. Dado que el matrimonio es una realidad, no una creación convencional del derecho positivo, y que los católicos se casan al intercambiar sus consentimientos ante el sacerdote, es evidente que el Estado, al conceder sólo al matrimonio civil el estado civil de matrimonio, consagra y protege entre los católicos un estado que, en sí, es una unión ilegítima. Así se explica la oposición de la Iglesia al matrimonio civil obligatorio, y se comprende que, dondequiera lo pueda obtener, la Iglesia pida al Estado el reconocimiento del matrimonio religioso”¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Montero Ríos, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 9 de mayo de 1870, (276) pág.7840.

¹⁸⁵ LECLERQ, Jean François, *La familia según el Derecho natural*, Barcelona, 1979, Herder, pág.188.

1.2.9. El proceso de aprobación del Proyecto de ley

En el siguiente párrafo intentaré exponer el proceso de aprobación de ese proyecto de ley; desde su presentación en Cortes hasta su conversión en ley, donde es importante poner de manifiesto una serie de circunstancias relevantes por lo trascendente de lo que se estaba llevando a cabo.

En la sesión parlamentaria del día 14 de mayo de 1870 fue aprobado por votación nominal de 142 votos contra 135¹⁸⁶ el artículo primero del proyecto de ley sobre matrimonio civil: “El matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble”

A continuación, se busca una fórmula práctica para la pronta aprobación del proyecto¹⁸⁷. Es evidente que ya se habían buscado los tiempos mejores para presentar, introducir, discutir... el proyecto de ley tan polémico per se. El encargado de que todo salga como se tiene previsto será de nuevo el diputado Ruiz Zorrilla, que ocupa en este momento el cargo de presidente del Congreso de los Diputados.

Vale la pena, llegados a este punto, remitirnos a la valoración que realiza Menéndez y Pelayo al decir que el matrimonio civil se votó por sorpresa y escamoteo (que los periódicos llamaron “travesura”), después de una pobrísima discusión¹⁸⁸.

La aprobación en el Congreso tendrá lugar en la sesión de 24 de mayo de 1870¹⁸⁹. Esta fecha, en opinión de Amadeo de Fuenmayor “constituye una página poco honrosa del parlamentarismo español”¹⁹⁰.

Esta aprobación es un momento importante para entender bien el ambiente que se respiraba en aquellas circunstancias es bueno que nos detengamos en el Diario de Sesiones correspondiente: a instancias del presidente de la Cámara, el diputado García San Miguel interrumpió el discurso que estaba pronunciando aquella tarde sobre un tema, muy alejado, por cierto, de la discutida cuestión matrimonial. El diputado trataba, en su larga disertación, de oponerse a un proyecto de ley municipal y provincial. Ruiz Zorrilla le pidió, amablemente, que suspendiera

¹⁸⁶ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 14 de mayo de 1870, (281), págs.7990-91.

¹⁸⁷ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio como contrato civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Febrero 1976, Núm.2, pág.97.

¹⁸⁸ MENÉNDEZ PELAYO, Marcelino, *Historia de los Heterodoxos Españoles, II*, Madrid, 1956, Biblioteca de Autores Cristianos, pág1129.

¹⁸⁹ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 24 de mayo de 1870, (289), págs.8297.

¹⁹⁰ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio como contrato civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Febrero 1976, Núm.2, pág.97.

por breve tiempo su discurso para proceder a la aprobación de varios proyectos de ley.

En aquel momento los diputados presentes en el salón de sesiones no llegaban a treinta. El secretario encargado de la lectura cumplió su tarea en voz tan tenue que ni las tribunas se dieron cuenta de que se trataba del proyecto de ley que autorizaba al Gobierno para publicar, como leyes provisionales, los proyectos presentados por el Ministro de Gracia y Justicia, y entre ellos el relativo al matrimonio civil. Así quedó definitivamente aprobado, por descuido de los diputados de la oposición y por habilidad de Ruiz Zorrilla, que -logrado su intento- solicitó amablemente de García San Miguel prosiguiera su interrumpido discurso de oposición a la ley municipal y provincial¹⁹¹.

Es significativo, y a la vez necesario, que escuchemos otra versión de los hechos, que puede ser el relato de los sucesos por Casanovas Mussons: “Esta tuvo lugar de un modo un tanto precipitado y sorpresivo. En un momento que el presidente de la Cámara, Ruiz Zorrilla, debió juzgar oportuno por la baja asistencia en el hemiciclo, solicitó al diputado García San Miguel, que se encontraba en el uso de la palabra defendiendo una enmienda a un proyecto de ley municipal y provincial, que suspendiera por unos momentos su discurso para proceder “a la aprobación definitiva de varios proyectos de ley”. Tras su rápida lectura y aprobación, Ruiz Zorrilla, rechazando por antirreglamentaria la petición de Ortiz de Zárate de que se contara el número de diputados presentes (la petición se hizo una vez ya publicado por la Mesa el resultado afirmativo de la votación), declaró el proyecto definitivamente aprobado y devolvió la palabra a García San Miguel para que prosiguiera su interrumpida disertación¹⁹².”

A raíz del incidente, se presentó una proposición, de la que se dio cuenta en la misma sesión, en la que se pedía que “las Cortes se sirvan declarar que la votación definitiva celebrada esta tarde para la aprobación del proyecto de autorizaciones al Ministro de Gracia y Justicia es completamente nula, por haberse infringido el Reglamento”.

La firmaban los diputados tradicionalistas Cruz Ochoa, Ramón Ortiz de Zárate, Domingo Díaz Canaleja y Manuel de Unceta y, a los solos efectos de

¹⁹¹ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 24 de mayo de 1870, (289), pág.8297. Vide el relato de un cronista de la época en VILARRASA Y GATELL, Historia de la Revolución de septiembre, I, Barcelona, 1875, pág.914 y ss.

¹⁹² CASANOVAS MUSSONS, Anna, “La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil”, en *Centenario Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.457-458.

autorizar su lectura, los republicanos Estanislao Figueras y Fernando Garrido (que votarían en contra) .

Tras una prolongada discusión, que provocó un notable aumento de la asistencia al salón de sesiones, la proposición fue finalmente rechazada¹⁹³.

La Ley provisional de matrimonio civil fue promulgada, junto con las demás leyes provisionales, el 18 de junio de 1870¹⁹⁴.

El Reglamento para la ejecución de ambas leyes se dictó el 13 de diciembre de 1870¹⁹⁵. Por otra parte, en mayo de 1871 el Ministro de Gracia y Justicia Augusto Ulloa sometió al Senado las leyes provisionales de matrimonio y de registro civil para su discusión definitiva. Sin embargo, acabó la legislatura sin que la Comisión nombrada al efecto emitiera su dictamen¹⁹⁶.

La aplicación de la Ley de matrimonio civil encontró dificultades técnicas desde un principio, por su conexión con otras reformas todavía no establecidas o todavía no consolidadas¹⁹⁷.

Para resolver éstas y otras cuestiones, un Decreto de 16 de agosto de 1870 pospuso la entrada en vigor de la Ley de 18 de junio al día 1 de septiembre y estableció una serie de disposiciones complementarias de la Ley, así como diversas medidas transitorias¹⁹⁸.

En cuanto a su efectividad práctica hay una opinión bastante unánime en el mundo jurídico fue más bien escasa. Por ejemplo, encontramos la Orden 11 de enero de 1872, resolviendo que los hijos de matrimonio solamente canónico debían inscribirse en el Registro civil como hijos naturales¹⁹⁹, a la que encontramos el siguiente comentario: "... esta disposición era otra cosa sino una natural, una lógica deducción de los principios consignados en la ley del matrimonio civil (...). Pero el escándalo y clamoreo que tal disposición produjo, lo que indicaba al hacerse lógica

¹⁹³ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 24 de mayo de 1870, (289), págs.8308-8316.

¹⁹⁴ Ley de 18 de junio de 1870 (Comisión Legislativa 1870, tomo 103, núm.365, págs.845 y ss).

¹⁹⁵ Decreto de 13 de diciembre de 1870 (Comisión Legislativa 1870. tomo 105, núm.874, págs. 908-938)

¹⁹⁶ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, Senado, núm. 430 y apéndices 1 y 4.

¹⁹⁷ CASANOVAS MUSSONS, Anna, "La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil", en *Centenario Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.457-458.

¹⁹⁸ Decreto de 16 de agosto de 1870, Comisión Legislativa 1870, tomo 104, núm.553, págs. 467-477.

¹⁹⁹ Real Orden de la Dirección General de los Registros civil y de la propiedad y del notariado de 11 de enero de 1872.

deducción de la ley de matrimonio civil, era que el precepto legislativo luchaba con nuestras costumbres, poniendo de manifiesto la oposición que a dicha ley siempre existió: abría más profundo el abismo que la separaba de la sociedad, y entonces se vio con toda claridad la discordancia que existía entre las disposiciones del legislador y las tendencias del país legislador que le rechazaban”²⁰⁰.

1.3. El matrimonio canónico y civil subsidiario: su primera etapa

1.3.1. La etapa de la Restauración

Entramos en la etapa de la Restauración borbónica y la derogación de la Ley de 1870 y el nuevo sistema matrimonial van a ser, en palabras de DOMÍNGUEZ ROMERO, «fruto del devenir histórico»²⁰¹. Resulta interesante traer a colación una serie de acontecimientos históricos relevantes para nuestro estudio.

Para colocarnos ante una perspectiva real de la complejidad de los hechos acaecidos en España puede ser esclarecedor el relato que nos ofrece DOMÍNGUEZ ROMERO:

“Tal como hemos dicho, según la Constitución de 1869, España se constituye en Reino. Se ofrecían varias soluciones y prevalece la de Prim, de traer como Rey de España al duque de Aosta, Amadeo de Saboya. Mas el general Prim es asesinado, y Amadeo, solo y aburrido, abdica en febrero de 1873. Faltaba por ensayar el sistema republicano, y se ensaya. Republicanos auténticos había relativamente pocos, por lo que cuatro ministros de Amadeo pasan a formar parte del Gobierno republicano, presidido por Figueras. Las escisiones surgieron por todas partes. Figueras abandona, y se ensaya una fórmula de “republicanos puros”, a base del ala extrema del partido, que eran los federales, subiendo a la Presidencia el padre del federalismo, Pi i Margall. Tomar posesión y surgir Repúblicas por todas partes fue uno. España se descuartizaba.

A las luchas cantonales se une la guerra civil en el Norte, donde los carlistas tratan de dominar regiones enteras. Cuba se subleva. Tres guerras civiles a un tiempo. Pi i Margall cae sin poder dominar la hecatombe. Salmerón, tercer Presidente, prefiere abandonar antes de firmar una sentencia de muerte. Sube entonces al poder Castelar, que trata de salvar la República a base de actuar con

²⁰⁰ MARAÑÓN GÓMEZ-ACEBO, Manuel, “Examen del Decreto de 9 de febrero de 1875 reformando la Ley de Matrimonio civil”, Memoria leída en la sesión del día 1 de diciembre de 1876 en la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1877, tomo 50, págs. 266-267.

²⁰¹ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág.15.

energía y llamar al Ejército. Sus compañeros le acusan de militarista y dictatorial. Las Cortes le obligan a dimitir el 2 de enero de 1874. El general Pavía disuelve la Asamblea. La primera República española había durado once meses. Pavía no quiso ocupar el Poder. Lo hace el general Serrano, que duró diez meses. El 29 de diciembre de 1874, el general Martínez Campos proclamaba en Sagunto a Alfonso XII -hijo de Isabel II- como Rey de España. La Restauración borbónica fue acogida con satisfacción por unos y con resignación por otros. Pero todos tenían la conciencia de que era la única salida.”²⁰².

El término Restauración fue aceptado y bendecido por Cánovas con una finalidad exclusivamente legitimadora, como para refrendar un sistema que no salía de la nada, como los inmediatamente anteriores, o de una decisión momentánea y revocable, sino de unos presupuestos -la Monarquía, la dinastía- de carácter permanente, que Cánovas colocaba de entrada entre las verdades madres, es decir, aquellas que, por estar contenidas en la Constitución interna de España los españoles, no podían discutir. Por lo demás, el régimen de la Restauración era un sistema que el propio Cánovas definió, ya lo hemos visto, como “del todo nuevo”²⁰³.

Interesa resaltar ante todo que el tinglado levantado por Cánovas, aún con todos sus defectos y artificiosidades, es una obra del equilibrio y del sentido común. El propio pensamiento canovista prescinde desde el primer momento de toda aspiración de exclusivismo, o, lo que es igual, de maniqueísmo. La bandera del todo o nada había sido defendida por los políticos románticos. Ahora, en cambio, se impone la actitud de la transacción. La política es el arte de lo posible y, supuesta la disparidad de criterios, que siempre la hay, lo único aceptable es el acuerdo sobre lo que puede hacerse en común, sin renunciar cada cual a sus propias opciones particulares.

Y los discrepantes, aun sin estar de acuerdo con los puntos de vista de Cánovas en materias políticas concretas, aceptan como necesaria la existencia de la discrepancia y de unas reglas del juego para disentir sin llegar a las manos. Aceptaron, en suma, porque eran realistas y no maniqueos, es decir, porque eran “hombres nuevos”²⁰⁴.

Cánovas fundamentó en dos órdenes de pares de fuerzas que se necesitan y se contradicen: el primer par es el rey y las Cortes, las Cortes y el rey, términos que enuncia intencionadamente en un orden y en otro, para destacar su sagrada igualdad; y el otro par ejecutante son los partidos políticos, las fuerzas políticas

²⁰² *Ibíd.*, págs.15-16.

²⁰³ COMELLAS GARCÍA-LLERA, José Luis, *Historia General de España y América, Revolución y Restauración, (1868-1931)*, tomo XVI, Introducción XXII, Madrid, 1984, Editorial Rialp.

²⁰⁴ *Ibíd.*

organizadas. Cánovas fue uno de los más sinceros autocríticos del sistema de partidos políticos, pero reconoce que son un mal necesario porque “la discusión es la única fuente de progreso”.

Sacrificar “una parte del ideal” era, como ya hemos visto, uno de los principios elementales de la filosofía política de Cánovas, símbolo de su realismo y transaccionismo: un medio para lograr un sistema político estable y de fácil manejo. Buscó ampliar al máximo el bagaje humano, y aun ideológico, de los partidos. Se admite, por la derecha, a Pidal y su Unión Católica, pese a sus escauceos integristas, y no solo lo acepta, sino que trata de integrarlo. Y por el extremo opuesto, lograron ganarse a Castelar, líder y gloria del Partido Republicano.

Falló, en cambio, la pretendida captación de Ruiz Zorrilla, situado entonces, en ese espectro político, bastante a la derecha de Castelar, por una razón que ya queda aducida: no era un “hombre nuevo”, se abrazaba a la bandera del todo o nada, ponía condiciones inaceptables y no estaba dispuesto a ceder “una parte de su ideal” en aras de la concordia común. También quedaron fuera del ámbito político oficial las opciones no liberales, desde los carlistas hasta los socialistas o anarquistas, salvables o insalvables, según las opiniones.

Cánovas hace entrar el elemento tiempo en la política y establece el turno organizado de partidos. El llamado “turnismo” político, basado en el dualismo al estilo inglés pero con rasgos peculiares de nuestra idiosincrasia, es la base del sistema de la Restauración y uno de los secretos de su larga vida. Este sistema requiere tanteos, diálogo, mutua cesión... “El que es mi adversario político no es, ni tiene por qué ser mi enemigo personal”, declaró Cánovas; y predicó con el ejemplo. Cánovas acostumbraba a cenar todas las semanas en casa de Castelar. El restaurador de la Monarquía cenando en casa del líder del Partido Republicano, en tiempos isabelinos hubiera parecido una aberración o bien un milagro.

El sistema ideado por Cánovas tiene unos defectos: algunos de nacimiento, otros añadidos. Sin embargo, fue un sistema que duró y este es un aspecto que nos interesa destacar para nuestro sistema matrimonial. El sistema tuvo sus días de plenitud, conoció otros de decadencia y, al cabo de largo tiempo, murió de muerte natural. Es importante detenernos a pensar un momento en la afirmación que forja Lerroux, comentando el advenimiento de la Segunda República: “el antiguo régimen se hundió: no lo derribó nadie”.

Entre los vicios más unánimemente reconocidos está el divorcio entre el Estado y el pueblo. El sistema estaba fabricado para los políticos, pero se observa tanto una falta de política social como una progresiva inadecuación a los nuevos tiempos.

Regresando al tema que nos ocupa, una vez situados en el nuevo marco político, hay que poner el punto de mira, una vez más, en nuestro protagonista: Cánovas del Castillo, que presidió el Gobierno provisional hasta la llegada del rey Alfonso XII; una de las primeras disposiciones de este Ministerio de Regencia fue el

1.3.2. Decreto de 22 de enero de 1875

El Decreto manda inscribir como legítimos a los hijos nacidos de matrimonios exclusivamente canónicos, ordenándose rectificar los asientos que, como hijos naturales, se hubieran inscrito a consecuencia de la Orden de 11 de enero de 1872. Para aplicación de este Decreto se dictó la Real Orden de 30 de enero de 1875.

El Decreto de 1875, en opinión de CASTÁN, fue "... Dictado por el Ministerio de Regencia... para poner fin a las situaciones irregulares creadas por la ley de Matrimonio civil..."²⁰⁵.

Así, por un lado deroga la Real Orden de 1872, además de conceder el carácter de legítimos a los hijos de un matrimonio canónico "inexistente de aplicarse la legislación aún vigente"²⁰⁶.

A partir de entonces, el matrimonio canónico, que no producía efectos civiles, haría surgir:

- a) Por una parte, el impedimento de vínculo (Orden de 20 de junio de 1874).
- b) Y los hijos nacidos de tal matrimonio son legítimos (Decreto de 22 de enero de 1875).

Para IBÁN, "más importante que el propio Decreto, es la tendencia que marca"²⁰⁷; pero analicemos el preámbulo del Decreto: por una parte se afirma que la Real Orden de 11 de enero de 1872, que desarrolla la Ley de matrimonio civil: "... ha lastimado profundamente la dignidad del matrimonio católico suscitando continuas perturbaciones en las familia y en la sociedad". "El Gobierno... se ocupa con preferencia en la reforma de la Ley de Matrimonio civil cuya misión será conciliar los derechos de la Iglesia con los del Estado y reconocer en el matrimonio católico todos los efectos... apoyando estas modificaciones en el incesante clamor de la opinión pública".

²⁰⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo quinto, "Derecho de Familia", vol. I. *Relaciones conyugales*, duodécima edición, Madrid, 1994, Editorial Instituto Reus, pág.124.

²⁰⁶ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; "Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)" en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.103.

²⁰⁷ *Ibidem*, pág.100.

No será hasta el próximo mes cuando el Gobierno de Regencia publicará el Decreto de 9 de febrero de 1875, que introduce en España el “sistema de matrimonio civil subsidiario”²⁰⁸.

En el preámbulo se afirma lo que estaba en boca de todos: “El desacuerdo lamentable entre la opinión pública inspirada en la fe religiosa y por el influjo de inveteradas costumbres y los preceptos y declaraciones de la Ley reciente sobre el matrimonio civil, desacuerdo que inquieta a la conciencia, estimula la inobservancia de la Ley, con grave perjuicio de los derechos de familia, y hace al fin recaer los efectos en ella, con notoria injusticia sobre víctimas inocentes, todo lo cual impulsa al Gobierno al deber imperioso de apresurarse a establecer la conveniente armonía entre la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, devolviendo a este sacramento todos los efectos que le reconocían nuestras antiguas Leyes y restituyéndole a la exclusiva jurisdicción de la Iglesia”.

Sin olvidar, tampoco los efectos civiles “que han de reconocerse a los matrimonios meramente canónicos y a los consorcios exclusivamente civiles celebrados bajo el imperio de la misma ley”.

A los pocos días de haberse promulgado el citado Decreto de 9 de febrero de 1875, el que restableció los efectos civiles del matrimonio canónico, dejando el civil sólo para los que no pudiesen celebrar su unión ante el párroco, por Orden de 27 del mismo mes de febrero de 1875, y ante las diversas interpretaciones que al dicho Decreto daban algunos jueces municipales, se comunicó a todos ellos que sólo podían autorizar “los matrimonios de aquellos que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia Católica”. Este criterio fue mantenido también por la Dirección General de los Registros, por Orden de 19 de junio de 1880²⁰⁹.

Para el futuro, “el Gobierno, a la vez que deroga en cuanto al matrimonio católico la Ley de 1870, con excepción de un solo capítulo, que contiene únicamente y mejora disposiciones de carácter civil, no puede menos de dejarla subsistente en cuanto al consorcio de la misma índole que hayan contraído o lleguen a contraer los que, no profesando la religión de nuestros padres, estén imposibilitados de santificarlo con el Sacramento”²¹⁰

²⁰⁸ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, 387 págs.

²⁰⁹ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, “La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil”, en *Anuario Derecho Civil*, Enero-Marzo 1954, tomo VII, fascículo I, Madrid, pág.151.

²¹⁰ *Ibidem*, pág.151.

Así, se establece en el art.1º que “El matrimonio contraído o que se contrajera con arreglo a los sagrados cánones, producirá en España todos los efectos civiles que le reconocían las leyes vigentes hasta la promulgación de la provisional de 18 de junio de 1870. Los matrimonios canónicos celebrados desde que empezó a regir dicha ley hasta el día surtirán los mismos efectos desde la época de su celebración, sin perjuicio de los derechos adquiridos por consecuencia de ellos por terceras personas a título oneroso...”.

Y al Art.5º afirmaba: “La Ley de 18 de junio de 1870 quedará sin efecto en cuanto a los que hayan contraído o contraigan matrimonio canónico, el cual se registrá exclusivamente por los sagrados cánones y las Leyes Civiles que estuvieren en observancia hasta que se puso en ejecución la referida ley. Exceptúense tan sólo de esta derogación las disposiciones contenidas en el Capítulo V de la misma Ley, las cuales continuarán aplicándose cualquiera que sea la forma legal en que se haya celebrado el contrato del matrimonio”.

Se ha dicho que este preámbulo que “... se encuentra ya el germen de la fórmula transaccional ideada por Alonso Martínez, y que pasó a constituir el texto del artículo 42 del Código civil”²¹¹.

1.3.3. Características del Decreto de febrero 1875

Estableciendo una breve sinopsis del contenido del Decreto podemos afirmar lo siguiente:

1º Los matrimonios canónicos celebrados desde que comenzó a regir la Ley de Matrimonio Civil de 1870, surtirán todos los efectos civiles desde la fecha de su celebración, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceras personas a título oneroso.

2º Deja sin efecto la Ley de Matrimonio Civil, a excepción del Capítulo V, cuyas disposiciones habrían de seguir aplicándose cualquiera que fuera la forma de celebración del matrimonio.

3º Los matrimonios canónicos que se contraigan en lo sucesivo, lo mismo que los que se hubieran contraído anteriormente, producirán todos los efectos civiles que le reconocían las Leyes vigentes hasta la promulgación de la provisional de 1870, y se registrarán en lo sucesivo exclusivamente por los sagrados cánones y por las Leyes civiles que estuvieran en observancia hasta que se puso en vigor aquella Ley provisional.

²¹¹ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, *El sistema matrimonial español (comentario al artículo 42 del código Civil)*, Madrid, 1949, Editorial Reus, pág.84

4º Prescribe que los que contraigan matrimonio canónico soliciten su inscripción en el Registro Civil, presentando la partida del párroco dentro del término de ocho días, y si lo hubiesen contraído antes de este Decreto y después de la Ley de Matrimonio Civil, deberán solicitar la inscripción en el término de noventa días. Posteriormente se prorrogaría indefinidamente el plazo para la inscripción en el Registro Civil de los matrimonios canónicos.

5º Deja subsistente las demás disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil para todos los que celebren o tengan que celebrar esta clase de matrimonio y no lo hicieren canónicamente, al menos que estuvieren ordenados in sacris o ligados con votos solemnes de castidad a alguna orden religiosa canónicamente aprobada, los cuales, aunque alegaren haber abjurado de la fe católica, no se consideran legítimamente casados desde este Decreto.

Una Orden de 19 de febrero de 1875 aprobó las instrucciones para la ejecución del referido Decreto de 9 de febrero de 1875.

De lo transcrito no aparece con claridad qué personas están sujetas a la forma civil de matrimonio, en virtud de ese Decreto de evidente finalidad restauracionista. Una respuesta implícita podría encontrarse en el párrafo primero del artículo 5º, que se refiere a los sagrados cánones y a las leyes civiles que estuvieren en observancia hasta la entrada en vigor de 1870 y en el Preámbulo se alude a quienes estén imposibilitados de contraer matrimonio religioso por no profesar la religión católica²¹². Así, en opinión de García Cantero, si el matrimonio civil se reserva a los que “no pueden” casarse por la iglesia, es obvio que para contraerlo no basta con alegarlo sino que hay que demostrarlo. Obsérvese que el preámbulo utiliza ya la expresión “profesar la Religión católica” que encontraremos en el art.42 del Código civil; resumiendo, el Decreto de 9 de febrero de 1875, presenta dos vertientes claras:

- ✓ Concede efectos civiles al matrimonio canónico (art. 1º).
- ✓ Regula un matrimonio civil (art.5º).

Así, el Decreto de 9 de febrero de 1875, con el que se inicia la revisión de la Ley de Montero Ríos, si bien la deroga en cuanto había implantado un sistema de matrimonio civil obligatorio, la deja subsistente -según vimos- para la celebración del matrimonio civil de quienes “no profesando la religión de nuestros padres, estén imposibilitados de santificarlo con el sacramento”.

²¹² GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, pág.137.

A su vez, este Decreto del Gobierno de la Regencia que presidía Canovas del Castillo, va a influir a lo largo de un siglo -con un breve paréntesis de 1932 a 1938, que corresponde al período de la II República -en el sistema matrimonial español, gira en torno al concepto legal que se expresa en la frase “quienes no profesando la religión de nuestros padres”²¹³

El Decreto de 9 de febrero de 1875 (completado por la Instrucción del 19 y la Real Orden del 27 del mismo mes de febrero²¹⁴) derogó la ley de 1870, planteando un nuevo sistema matrimonial, cuyas líneas generales fueron las siguientes:

1º Atribuir plenos efectos retroactivos a los matrimonios canónicos celebrados desde que empezó a regir la ley de 1870.

2º Restablecer la legislación canónica como forma normal de eficacia civil para la celebración del matrimonio.

²¹³ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio en el Código Civil”, conferencia pronunciada el 6 de febrero de 1989 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, separata del número 21 de los *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, curso 1988-89, 1989, Núm. 21, Madrid, pág.131-132.

²¹⁴ Su texto íntegro es el siguiente:

Citado en UCELAY, Enrique, El Decreto del Ministerio-Regencia sobre Matrimonio Civil y el partido Liberal Dinástico. Estudio jurídico-político, Madrid, 1881, págs.104-105.

“Ilmo. Sr. : Al reformar el Decreto de 9 del corriente la ley de 18 de junio de 1870, restableció la conveniente armonía entre la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos ,dando por lo mismo a este sacramento todos los efectos civiles que le atribuía nuestra antigua legislación. Cesó por tanto el matrimonio civil para todos los católicos, conservándose únicamente como el medio necesario de que pueden constituir familia los que no correspondiendo al gremio de la iglesia se hallan imposibilitados de celebrar unión ante el párroco. No obstante lo explícito de las disposiciones que comprende el mencionado decreto, han sido diversamente interpretados entendiéndose por algunos Jueces municipales en un sentido distinto, ocasionando a prácticas viciosas y que da lugar a notables perjuicios de los intereses particulares. En la necesidad de uniformar en este punto tan importante la aplicación de la nueva reforma, se hace indispensable inculcar a dichos funcionarios la obligación de atemperarse a lo que establecen los artículos 5º y 6º del referido decreto: haciéndoles comprender que sólo pueden autorizar los matrimonios de aquellos que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia Católica y que suspendan la tramitación de todos los expedientes incoados con arreglo a la ley de 18 de junio de 1870 , salvo en el caso excepcional a que se refiera el artículo 6º ya citado. En vista de las anteriores consideraciones, el Rey (Q. D. G.) se ha servido resolver comuniqué V.I. a los jueces de primera instancia del territorio de esa Audiencia la presente circular, que explica la verdadera inteligencia de las prescripciones que comprende la reforma que ha de plantear, y les encargue lo hagan a la mayor brevedad a los jueces municipales que de ellos dependan previniendo a dichos funcionarios la más puntual observancia de aquéllas, sin perjuicio de que consulten en la forma prevenida por el Reglamento las dudas que puedan suscitarse. De Real orden lo digo a V.I para su conocimiento y efectos oportunos”.

3º Considerar la forma civil del matrimonio como supletoria de la canónica, para aquellos ciudadanos que solicitaran la celebración del matrimonio civil, siempre que comparecieran previamente ante el Juez municipal y declararan <no profesar> la religión católica²¹⁵.

Cabría considerar aquí la interpretación de IBÁN sobre quien puede o debe contraer de forma civil; el autor afirma que del Decreto y de la Real Orden de febrero de 1875 podría deducirse que en España tienen acceso al matrimonio civil solamente aquellos que no pueden contraerlo canónico y a efectos de prueba – de que no se puede contraer matrimonio canónicamente- servirá la mención de la “negativa a celebrar el matrimonio canónico” en la relación que quincenalmente enviarán los párrocos al Registro Civil.

De ser esta exacta interpretación, el procedimiento a seguir para contraer matrimonio civil sería el siguiente:

1º Acudir a contraer matrimonio canónico.

2º Negativa del párroco a celebrar tal matrimonio.

3º Notificación del párroco al Registro Civil de tal negativa.

4º Solicitud, y posterior expedición, de certificación del Registro de tal circunstancia:

Debe constar en dicha certificación – aunque nada se prevé en la Real Orden – el motivo de esa negativa: si la circunstancia es el “no bautismo” o la separación de la Iglesia, se podrá contraer matrimonio civil de acuerdo con lo preceptuado en la Ley de 1870; si es cualquier otra no se podrá contraer matrimonio civil.

De no constar el motivo de la negativa, el que pretenda contraer matrimonio civil, deberá probar que los motivos que impulsaron a tal negativa fueron la no pertenencia a la Iglesia.

El procedimiento es, pues, complejo y muy restrictivo en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio civil, y además se transfiere la potestad de decir quién puede contraer matrimonio civil, a una autoridad eclesiástica: el párroco. Tales

²¹⁵ LÓPEZ ALARCÓN, Mariano y NAVARRO-VALLS, Rafael, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, 2010, Séptima Edición Editorial Tecnos, pág.39.

dificultades surgidas de la inconcreción legislativa, tan habitual en la normativa matrimonial, motivó la citada Real Orden de 27 de febrero de 1875²¹⁶.

1.3.4. Real Orden de 27 de febrero de 1875

Con referencia a la Orden de 27 de febrero de 1875, como he dicho, en desacuerdo con los sagrados cánones, indicó que los Jueces municipales sólo podrían autorizar los matrimonios de aquellos que “ostensiblemente” manifestaran que no pertenecían a la religión católica. Sin embargo, Felipe Sánchez Román en su obra afirma que no tiene legitimidad constitucional “por no haberse insertado en la Gaceta” y añade que en documento parlamentario notable se dijo que “fue recatada pudorosamente a la luz pública”²¹⁷.

Esta Real Orden, nunca publicada oficialmente, es la primera disposición dedicada a interpretar el concepto de “católico” a efectos de contraer matrimonio civil; así, podrían contraer matrimonio civil “aquellos que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia católica”, solución, pues, muy facilitadora del acceso al matrimonio civil.

El hecho de no ser publicada, y de estar únicamente dirigida a la Audiencia de Burgos con orden de ser comunicada a los jueces de primera instancia y jueces municipales pertenecientes a tal Audiencia, hace que su importancia se vea reducida notablemente. Pero en cualquier caso, indica una tendencia hacia una interpretación menos rígida del sistema en vigor²¹⁸.

Señala FUENMAYOR que la Real Orden de 27 de febrero de 1875, dictada como complemento del Decreto de 9 de febrero, restablecer la plena armonía de la legislación civil y la canónica, rota por la Ley de 1870. Pero esta declaración del Gobierno no es totalmente exacta, pues, por presión de las circunstancias, se permite ahora por primera vez el matrimonio civil a los <malos católicos> (son palabras del Preámbulo del Decreto de 9 de Febrero) a través de un concepto nuevo

²¹⁶ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.101-102.

²¹⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1912, Editorial Sucesores de Rivadeneyra, tomo V.

²¹⁸ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.103.

que tanto va a influir en nuestro Derecho matrimonial, el de “no profesar la Religión católica”²¹⁹

Como síntesis de esta etapa, en opinión de IBÁN puede establecerse la cierta relación de fechas con el acontecimiento relevante a ellas ligado. Si bien las calificaciones del sistema matrimonial son opiniones del autor... puede servirnos de pauta clarificadora de la intensidad legislativa en materia matrimonial:

- ✓ El 18 de junio de 1870 se establece un sistema de matrimonio civil obligatorio con respecto al matrimonio canónico.
- ✓ El 11 de enero de 1872 se indica con toda claridad que los hijos de matrimonio exclusivamente canónico son hijos naturales.
- ✓ El 1 de mayo de 1873 se suprimen los impedimentos de orden y de voto solemne.
- ✓ El 20 de junio de 1874 se establece que el matrimonio canónico hará surgir el impedimento de vínculo en el orden civil.
- ✓ El 22 de enero de 1875 se dispone que los hijos de matrimonio canónico serán legítimos.
- ✓ El 9 de febrero de 1875 se inserta un sistema matrimonial mixto, difícilmente calificable.
- ✓ El 19 de febrero de 1875, se reduce al sistema matrimonial de matrimonio civil subsidiario muy restrictivo.
- ✓ El 27 de febrero de 1875 se establece un sistema matrimonial mixto con grandes facilidades para acceder al matrimonio civil²²⁰.

1.4. La Ley de 11 de mayo de 1888: base tercera

1.4.1. Los diferentes proyectos de Código Civil

El devenir político sigue su curso. En estos momentos dos partidos políticos se disputan el poder: el conservador, que aglutina las fuerzas de derecha, y el liberal, que concentra a todas las de izquierda. Estamos en el momento político del turno, que Cánovas, conservador, establece con Sagasta, liberal. Los conservadores gobiernan hasta 1881, en que ceden el Poder a los liberales, y desde entonces se crea el turno.

²¹⁹ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio y el Concordato español”, *Ius Canonicum*, 3, 1963, págs.293-294.

²²⁰ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.104.

En 1879 se crea el partido socialista español, con orientación clasista; su jefe es Pablo Iglesias.

En la primera etapa conservadora se aprueba la Constitución de 30 de junio de 1876, de ideología conservadora pero muy flexible; se adapta a todas las situaciones, pues silencia los puntos de litigio con los liberales. Nadie, pues, encontraba motivos para combatirla²²¹.

La cuestión del matrimonio será una constante en todos los proyectos de código a lo largo del siglo anterior, aunque no fue el único obstáculo con que se encontró la codificación; sin embargo, conforme avanzaba el proceso de elaboración del Código civil, la cuestión matrimonial fue “el principal obstáculo para su conclusión”²²².

El modelo matrimonial en los proyectos de Código Civil tendrá matices que dependerán de “la ideología de los redactores”²²³. Se puede establecer la siguiente clasificación cronológica de los diferentes proyectos de Código Civil:

- ✓ Proyecto de Código Civil de 1821.
- ✓ Proyecto de Código Civil de 1836.
- ✓ Proyecto de Código Civil de 1851.
- ✓ Proyecto de Código Civil de 1889.

En todos los proyectos, en que aludiremos al matrimonio, se podrá aplicar la siguiente descripción del CRESPO DE MIGUEL: “Para los encargados de la codificación civil... era una realidad que el matrimonio canónico estaba totalmente enraizado en la sociedad española desde hacía muchos siglos. Ellos y los políticos más liberales buscaron un posible camino por concluir el Código, en el que se recogiese la normativa matrimonial para la pequeña minoría que no profesase la religión católica y, a la vez, de modo que no hiriese el sentimiento religioso de la inmensa mayoría de los españoles”²²⁴.

²²¹ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág.5.

²²² CRESPO DE MIGUEL, Luis, “Un homenaje a Alonso Martínez. La cuestión matrimonial en la elaboración del Código”, en el Vol. *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.183.

²²³ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, Pág. 214.

²²⁴ CRESPO DE MIGUEL, Luis, “Un homenaje a Alonso Martínez. La cuestión matrimonial en la elaboración del Código”, en el Vol. *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, pág.214.

El primer proyecto de Código Civil, el de 1821, proclama como único modelo matrimonial el canónico, pero, superpone a los requisitos canónicos una suerte de «prematrimonio civil»²²⁵. Así, por primera vez en la historia del Derecho español, se establecen unas formalidades civiles previas, el llamado «prematrimonio laico».

El Proyecto de 1836 quiere retocar algunos aspectos del Proyecto de 1821. Por un lado, legisla cumulativamente sobre aspectos regulados por el Derecho canónico y, a su vez, establecía unas “diligencias civiles previas”²²⁶. Teniendo en cuenta que el único Tribunal competente para determinar la nulidad era el Tribunal eclesiástico. Se puede afirmar que hay cierta confusión en la interpretación de los términos estrictamente jurídicos.

Una vez se han trazado unas pinceladas sobre estos proyectos, nos podemos adentrar en el Proyecto de Código de 1851, que tan estudiado ha sido por nuestros juristas por su gran influencia en el Código Civil de 1889 y “por su notable difusión”²²⁷.

El Proyecto provocó reacciones en los ambientes eclesiásticos, concretamente se materializan en algunos dictámenes de los obispos sobre el mismo. Cabe destacar el del arzobispo de Tarragona y obispos sufragáneos, así como el dictamen elaborado por el Tribunal de la Rota española²²⁸. Los temas objeto de crítica de estos dictámenes son la supresión de los esponsales, los Tribunales competentes para conocer las causas de divorcio, las causas legítimas de divorcio, la prueba del matrimonio y el Registro Civil. Y fijémonos bien en la disconformidad:

²²⁵ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, Pág. 215.

²²⁶ El texto del anteproyecto ha sido exhumado por CRESPO DE MIGUEL del manuscrito A, legajo 7, del Código civil, carpeta 2, documento 1, del Archivo de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia), y reproducido en CRESPO DE MIGUEL, Luis, *La secularización del matrimonio en los proyectos del Código Civil anteriores a la Revolución de 1868*, Pamplona, 1987, pág.422 y ss.

²²⁷ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, Pág. 217.

²²⁸ Los textos los podemos ver exhumados en: CRESPO DE MIGUEL, Luis, “El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el Proyecto de Código Civil español de 1851”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* págs. 653 a 728 y su texto completo en CRESPO DE MIGUEL, Luis, *La secularización del matrimonio en los proyectos del Código Civil anteriores a la Revolución de 1868*, Pamplona, 1987, pág.472 y ss.

“el rechazo de puntos relacionados con la competencia del matrimonio, pero no del modelo de fondo acogido por el Proyecto”²²⁹.

Por tanto, más se trata de desacuerdos en la forma que en el fondo; objeciones que con el transcurso del tiempo, han sido ampliamente superadas. Observemos que las causas de separación, según el “Codex” de 1983, pueden ser conocidas por los Tribunales civiles (canon 1692), los esponsales sólo producen reparación de daños... Además las tesis de García Goyena no eran ni siquiera mayoritarias en los ambientes civiles; se presentaron desacuerdos por parte de diversas Universidades y Audiencias. En este sentido, la Universidad de Salamanca y las Audiencias de Mallorca y Zaragoza.

Así, en opinión de NAVARRO VALLS, las tendencias secularizadoras de los Proyectos históricos de Código Civil se mueven más en el campo de lo que podríamos llamar “secularización formal” del matrimonio que, no en el de la “secularización de fondo” que alteraba las líneas básicas del modelo matrimonial histórico.

El 22 de octubre de 1881 se presenta al Senado un proyecto de bases para el Código civil, siendo Ministro de Gracia y Justicia don Manuel Alonso Martínez²³⁰. Cuando entra el turno liberal, Francisco Silvela presenta a las Cortes un segundo proyecto inspirado en el anterior. Se hará expresa referencia a la actitud “respetuosa por un precepto constitucional con los que viven en España fuera del gremio y obediencia de la Iglesia católica y desean constituir familia legítima con total independencia de la sanción religiosa”²³¹.

Queda a medio discutir, porque son disueltas aquellas Cortes, pero las que se reúnen en 1886 continúan su debate y al fin se logra la aprobación del proyecto, que llega a ser Ley de 11 de mayo de 1888, (siendo nuevamente Ministro don Manuel Alonso Martínez).

La Base Tercera, que trata del matrimonio, dice: “Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la Religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que se determinará en el mismo Código, en armonía con la Constitución del Estado.”

²²⁹ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, Pág. 218.

²³⁰ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de Sesiones de las Cortes, Senado, num.24, 22 de octubre de 1881, pág.337, apéndice 5.

²³¹ FABIE, Antonio María, “*Disertaciones jurídicas sobre el desarrollo histórico del Derecho, sobre las Bases del Código Civil y sobre la organización de los Tribunales*”, Madrid, 1885, Imprenta de la Revista de Legislación, pág.122.

En otra parte de la Base se dispone: “El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de la personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia católica, admitida en el Reino por Ley 13, Título I, Libro I, de la Novísima Recopilación . Al acto de la celebración asistirán el juez municipal y otro funcionario del Estado, con el solo efecto de verificar la inmediata inscripción en el Registro Civil.”

1.4.2. Negociación por Alonso Martínez con la Santa Sede de la base tercera del Código Civil

Esta Base Tercera²³² había sido negociada oficiosamente por Alonso Martínez con la Santa Sede²³³. Las líneas maestras de tal negociación pueden resumirse con POSTIUS así: “El ministro de Gracia y Justicia, Alonso Martínez, entabló negociaciones confidenciales con el Nuncio Rampolla del Tíndaro para llegar a una forma de avenencia acerca de la Base 3ª del Código civil. La Santa Sede no admitía dos formas de matrimonio, una para los católicos y otra para los no católicos, y sólo se prestaba a callar si el Gobierno quería el asentimiento expreso a la legislación matrimonial y entonces se convino entre Ministro y Nuncio la fórmula de la Base 3ª... .El Gobierno aceptó la fórmula con la reserva de presentarla a las Cortes y el Nuncio con la de someterla a la aprobación del Papa, quien, por conducto del Cardenal Mocenni, comunicó al Embajador la fórmula definitiva²³⁴.

Otro relato de los hechos más completo es el que nos ofrece DE FUENMAYOR en su artículo. Dada la trascendencia de las consecuencias vale la pena transcribirlo: “El 9 de noviembre de 1886, Alonso Martínez escribió al Nuncio Rampolla para decirle que hay que respetar el espíritu del artículo VII de la Constitución, y establecer un matrimonio civil para los no católicos. El 17 de enero, el Cardenal Jacobini, Secretario de Estado, manifiesta en carta dirigida al Nuncio que se acepta -para la celebración del matrimonio canónico con efectos civiles- la presencia de un representante del Estado, pero con el único fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil. Tras nuevos contactos -Nunciatura y Gobierno, Secretaría de Estado y Embajador ante la Santa Sede-, se llega al

²³² ROBLES MUÑOZ, Cristóbal, “La Base del Matrimonio en el Código Civil. El Acuerdo con la Santa Sede (1887)”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Enero-Junio 1985, Núm.41, Salamanca, pág.365 a 380.

²³³ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, Núm.83, pág.18.

²³⁴ POSTIUS Y SALA, Juan, *El Código Canónico aplicado a España en forma de instituciones*, quinta edición, Madrid, 1926, Editorial del Corazón de María, págs. 315 y 316.

acuerdo. El 8 de marzo, el Embajador Groizard, recibe de Monseñor Mocenni, Sustituto de la Secretaria de Estado, la respuesta”²³⁵.

Dicho de otra forma, León XIII, por conducto del cardenal Moncenni, comunica al embajador de España en el Vaticano lo siguiente: “Su Santidad aprueba lo que en la segunda parte de la base se refiere al matrimonio de los católicos. La Santa Sede deja que el Estado regule los efectos civiles del matrimonio. La precedente aprobación no prejuzga en modo alguno la doctrina de la iglesia respecto al matrimonio de los heterodoxos. La Santa Sede podrá tolerar que el Gobierno dicte acerca de él las disposiciones oportunas”.

La pregunta que nos haríamos llegados a este punto es la que aparece en el artículo de DE FUENMAYOR cuando expone: “¿Cómo pudo llegarse a este consenso entre la Santa Sede y el Gobierno español, después de unas negociaciones difíciles y prolongadas? Se sabe que el argumento central para desbloquear las conversaciones fue la distinción que el Embajador hizo ante el Papa: se trataba -en cuanto al matrimonio de los no católicos- no de una posición doctrinal, sino de un acto de tolerancia, que dejaba incólumes los principios de la Iglesia. La fórmula se ha logrado con una fórmula de tolerancia para el matrimonio civil, que respondía tanto al criterio del artículo 11 de la Constitución de 1876 como al magisterio de León XIII sobre la confesionalidad del Estado y la tolerancia. León XIII incorpora al acervo doctrinal de la Iglesia la idea o noción de la tolerancia civil en materia religiosa, un año después de la fórmula aceptada, el 20 de junio de 1888, en su encíclica “*Libertas*”²³⁶.

No podemos y no debemos olvidar que entre el elenco de proposiciones condenadas por Pío IX en 1864 se encontraban tres referidas al matrimonio y a su regulación civil. El “*Syllabus*” condenaba a quienes negaban que el matrimonio es un sacramento instituido por Cristo (proposición 65); a quienes afirmasen que puede separarse la bendición nupcial (a la que se reduciría la intervención de la Iglesia) del contrato matrimonial (proposición 66) y a quienes creyesen que el divorcio podía ser sancionado, en diversas circunstancias, por la autoridad civil (proposición 67). Finalmente, el “*Syllabus*” condenaba a quienes ponían en duda el poder canónico de la Iglesia para regular el matrimonio entre cristianos y para atraer de modo total a su propio fuero todo lo concerniente al matrimonio contraído por los católicos (proposiciones 68-74).

²³⁵ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio en el Código Civil”, conferencia pronunciada el 6 de febrero de 1989 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, separata del número 21 de los *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, curso 1988-89, 1989, Núm. 21, Madrid, pág.126-127.

²³⁶ *Ibidem*.

Así, las negociaciones de Alonso Martínez con la Santa Sede, concluidas en 1887, aparecerán marcadas por dos condicionamientos: “una Constitución como la de 1876, que consagraba, en su artículo 11, una confesionalidad <abierta> y el artículo 1 del Concordato de 1851, que postulaba una confesionalidad <cerrada>. Lo que repercutirá en la redacción definitiva dada a la Base 3ª del Código y a los artículos 42-107 del Código Civil”²³⁷.

El comunicado pontificio fue leído en el Senado y, al defender la Base Tercera, con la fórmula de Alonso Martínez, discutida en una y otra Cámara, no se habló de otra cosa que: de concordia, de pacificación, de concordato, de transacción, de tolerancia. Son palabras que se observan indistintamente en los discursos de los portavoces del Gobierno y de la oposición.

Sin embargo, no se dieron a conocer los detalles del proceso negociador. En el archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores, los documentos relativos a este acuerdo se clasifican con estas palabras: “El expediente de las últimas negociaciones sobre el matrimonio civil es de un carácter tan reservado y de naturaleza tan delicada que no parece conveniente que se facilite a las Cámaras”²³⁸.

Recientemente se han exhumado del Archivo Secreto Vaticano los informes pedidos por el secretario de Estado, cardenal Rampolla, a la Nunciatura de Madrid durante los años 1890 a 1895; entre ellos, el redactado por el secretario de la nunciatura de Madrid, Alessandro Bavone, concerniente a la “*Legislazione spagnola in materia eclesiástica o conexas ecclesiastica comparata colla legislaciones canónica*”²³⁹.

Es decir, se era consciente de que no existía una perfecta armonía entre legislación canónica y la civil, sino más bien una aproximación de ésta a aquélla, que gozaba de la tolerancia de la Santa Sede²⁴⁰.

²³⁷ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 220.

²³⁸ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio en el Código Civil”, conferencia pronunciada el 6 de febrero de 1989 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, separata del número 21 de los *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, curso 1988-89, 1989, Núm. 21, Madrid, pág.127.

²³⁹ Este informe que data de 1895 ha sido encontrado por CÁRCEL ORTÍ y ha sido publicado en su estudio “Leon XIII y los católicos españoles”, Pamplona, 1998, págs.749-766.

²⁴⁰ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, Núm.83, pág.18.

Es significativo el comentario de ROBLES MUÑOZ que se pregunta: “¿Quién cedió más? Los liberales eran conscientes de que su posición había sido generosa hasta el extremo. Habían corrido el riesgo de dividir al partido. Por parte de la Santa Sede, León XIII estaba presionado por la larga tradición de la Iglesia, la mentalidad regalista, de carácter pasivo, que buscaba en el Estado la protección a la acción de la Iglesia, los ataques de los intransigentes a la política de pacificación y el mismo riesgo que suponía para la Iglesia, tras la entrada de los italianos en Roma el 20 de septiembre de 1870, de quedar reducida a una institución de índole privada sin posibilidad de adquirir un estatus público. Pese a todo, León XIII decidió dar este apoyo a la Regencia y legitimó con su tolerancia la vinculación de los liberales a la Corona”²⁴¹

No podemos entrar en un análisis de las negociaciones concordatarias²⁴², pero a ellas se deben las alteraciones, meramente formales, que contribuyen a precisar el contenido con respecto al artículo 30 del antiguo proyecto de Alonso Martínez.(recuérdese que en esta nueva fase codificadora la cartera de Gracia y Justicia era nuevamente ocupada por Alonso Martínez).

Se pretendía con esta Base Tercera establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario; el matrimonio canónico tendría efectos civiles, su regulación queda encomendada al ordenamiento canónico y estarán obligados a contraerlo aquellos que “profesen la Religión Católica”²⁴³.

Pero serían necesarios varios pasos más para alcanzar la vigencia del deseado Código:

1º El Real Decreto de 6 de octubre de 1888 manda que se publique el texto del Código conforme a la redacción dada por la comisión siguiendo la Ley de Bases.

2º El Real Decreto de 11 de febrero prorroga el plazo de entrada en vigor del Código hasta el 1º de mayo siguiente.

3º Una iniciativa de Gumersindo Azcárate, hace que se dicte una ley en 26 de mayo de 1889, por la que se ordena al Gobierno hacer una nueva edición del Código, en la que se incluirán las enmiendas y adiciones que a juicio de la

²⁴¹ ROBLES MUÑOZ, Cristóbal, “La Base del Matrimonio en el Código Civil. El Acuerdo con la Santa Sede (1887)”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Enero-Junio 1985, Núm.41, Salamanca, pág. 380.

²⁴² ESCUDERO ESCORZA, Fernando, *Matrimonio de acatólicos en España*, Vitoria, 1964, pág. 35.

²⁴³ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.111.

Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, fueran necesarias según el resultado de las discusiones surgidas en ambas cámaras.

4º El Real Decreto de 24 de julio de 1889 manda insertar en la “Gaceta de Madrid” esta nueva edición²⁴⁴.

De acuerdo con la Base Tercera, al publicarse el Código Civil se redactó el artículo 42, según el cual, “la Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que se determina en este Código”.

1.4.3. El Código Civil de 1889

Es importante señalar que el sistema matrimonial del Código Civil “no altera las líneas de fondo por las que históricamente ha transitado el modelo matrimonial de España”. Ciertamente, se establecen dos formas de matrimonio, pero no dos clases diversas. Son detectables dos formas de contraer regulados por un fondo muy similar, es decir, la concepción canónica del matrimonio. El único modelo reflejado en las leyes es el canónico; lo que ocurre es que a él puede llegarse a través de una celebración acorde... de la Iglesia católica o a través de la celebración por el juez municipal²⁴⁵.

Resulta interesante detenerse en las apreciaciones de CASTÁN: “La regulación complementaria en el Código Civil del matrimonio civil se inspiró, por lo general, en el Derecho canónico”²⁴⁶. Y el enunciado anterior vendría completado por la siguiente disertación de CARBONNIER²⁴⁷: la forma laica de la religiosidad es el moralismo, que trae causa en el jansenismo, muy influyente entre la clase judicial del Antiguo Régimen. La influencia del Derecho canónico en los ordenamientos seculares ha sido más fuerte e incisiva en el momento del declinar del poder eclesiástico y del ascenso del Estado moderno en su forma de absolutismo. El derecho canónico dará al nuevo sistema político una contribución constructiva de

²⁴⁴ *Ibidem*, pág.111.

²⁴⁵ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 220.

²⁴⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo quinto, “Derecho de Familia”, vol. I. *Relaciones conyugales*, duodécima edición, Madrid, 1994, Editorial Instituto Reus, pág. 88.

²⁴⁷ CARBONNIER, Jean, *Derecho flexible*, Madrid, 2001, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1974, (traducido por DÍEZ PICAZO),

fundamental importancia: ofreciendo instrumentos técnicos que el Estado hará propios²⁴⁸.

El matrimonio canónico surte efectos civiles, y junto a él se regula un matrimonio civil, pero sólo podrán contraerlo los que “no profesen el catolicismo”. Pero ¿qué es “profesar”...? Los continuos cambios legislativos en materia matrimonial hasta la promulgación del Código civil no terminan con su publicación.

A partir de entonces también se van a dar en la práctica, en España, todos los sistemas matrimoniales posibles a nivel teórico²⁴⁹.

La composición fue muy reprochada. Se le achacó, según una interpretación meramente gramatical del texto, que quisiera imponer a todos los católicos la obligación de casarse, es decir, como si hubiera querido abolir el celibato entre los católicos²⁵⁰.

Las disposiciones aclaratorias no tardaron en aparecer. La Instrucción de 26 de abril de 1889 designaba a las personas en quienes el juez municipal podría delegar la asistencia a la celebración del matrimonio canónico, para su posterior inscripción en el Registro Civil.

Como ya se ha expuesto, la expresión “los que no profesen la religión católica” fue la que ha suscitado mayores dudas. ¿Se refería a un culto interno o meramente externo? O, más claramente, ¿Se refiere a todos los bautizados o sólo a los católicos practicantes? Se discutió también en torno a si era o no necesaria la previa declaración de la pertenencia a la religión católica²⁵¹.

Aparecieron disposiciones normativas, de mayor o menor calado, que IBÁN dando el sentido que mayor convenía, de acuerdo con el tono político del momento. Es decir, como afirma Domínguez Romero, eran disposiciones que reflejaban fielmente la marcha política.

Los acontecimientos políticos no fueron pocos ni de poca trascendencia. De forma breve podemos hacer una escueta crónica: Alfonso XII muere en 1885 y a los pocos meses nace Alfonso XIII, quedando su madre, María Cristina, como regente

²⁴⁸ DELLA TORRE, “Ancora su due modello di matrimonio”, en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Roma, 1988, pág. 43.

²⁴⁹ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.111.

²⁵⁰ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, Núm.83. pág.19.

²⁵¹ *Ibidem*.

hasta 1902, en que se declara la mayoría de edad de Alfonso XIII. En 1897, el 8 de agosto, Cánovas del Castillo es asesinado. Sagasta sube inmediatamente al poder y cae tras el desastre de Cuba de 1898. La llamada Generación del 98 abre una despiadada crítica de la Restauración; se la censura de exclusivismo, rutina, corrupción, caciquismo, tramoya teatral y de consagración casi oficial de la hipocresía.

Francisco Silvela ocupa el poder; se le ha calificado de conservador disidente. Pronto se retira y toma la jefatura Antonio Maura, capitaneando la postura regeneracionista. Aunque sólo gobierna de 1903 a 1904 y de 1907 a 1909, toda la época recibirá el calificativo de “época de Maura”.

La Restauración había sido una época de respeto hacia la Iglesia y las relaciones Iglesia-Estado se sostienen en un plano de cordialidad. Sin embargo, el fantasma del anticlericalismo vuelve a dejar sentir sus estragos en el recién inaugurado siglo XX. Una vez más, los grupos izquierdistas preparan duras campañas de desprestigio contra la jerarquía y el clero. En muchas ocasiones, el odio, es más aparente que real.

José Canalejas se hace con el poder en 1910. Sus acciones anticlericales son famosas en España; no olvidemos que será él quien publica la Ley “candado”. En esta época se rompen las relaciones con la Santa Sede. No obstante, de forma velada, (no olvidemos que Canalejas fue un gran estadista), reinicia las relaciones con Roma. Su anticlericalismo, no era del todo auténtico y “actuaba para la galería”, en expresión de Domínguez Romero.

El hombre de la izquierda es asesinado por un anarquista el 12 de noviembre de 1912 y la posibilidad de la reintroducción del turnismo, esta vez Canalejas-Maura se ve desvanecida por completo.

Por tanto, no es difícil intuir, tal como se venía anunciando, que la interpretación del artículo 42 del Código Civil sufrió numerosos vaivenes al albur de los acontecimientos enunciados con anterioridad. En esta época de la historia de España, los conservadores fueron “necesariamente clericales” y los liberales “necesariamente anticlericales”, parafraseando a Maximiliano Domínguez.

La imprecisa expresión terminológica del art.42 ha permitido que, según las concepciones político-religiosas de los partidos turnantes en el Poder, se exigiera

con mayor o menor rigor la forma matrimonial canónica, y, en consecuencia, se diera mayor o menor extensión subjetiva al matrimonio exclusivamente civil²⁵².

Las dificultades que tal expresión iba a plantear fueron señaladas por Azcárate, aún antes de la promulgación del Código, “¿Quién va a declarar si los contrayentes son o no católicos?... ¿Ellos mismos? ¿O será preciso que la Iglesia lo declare?”²⁵³.

1.4.4. La Real Orden 28 de diciembre de 1900

Con el partido conservador al frente se pronuncia la Real Orden de 28 de diciembre de 1900²⁵⁴, y con ella se da la primera respuesta a las preguntas de

²⁵² GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, pág.16.

²⁵³ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, *El sistema matrimonial español (comentario al artículo 42 del código Civil)*, Madrid, 1949, Editorial Reus, pág.15.

²⁵⁴ Este es el texto completo de tal Real Orden:

“Instruido expediente con motivo de una instancia de D.J.P.V. en solicitud de que se resolviera, según lo dispuesto en el artículo 83 y siguientes del Código Civil y en la Orden de la Dirección General de 19 de junio de 1880, que la manifestación por los interesados del deseo de contraer matrimonio en la declaración de que trata el artículo 86 del Código civil, y la ratificación exigida en el 89 del mismo, exime de todo otro requisito que no sea de los taxativamente expresados en la Ley para conseguir su pretensión : Vistos los artículos 4º y 42 del Código, la resolución ... de 1º de junio de 1880 y las Reales Órdenes recaídas en expedientes de dispensa, de impedimentos para contraer matrimonio civil.

Considerando que para la celebración del matrimonio civil han de observarse, no sólo y exclusivamente, según pretende el recurrente , los preceptos consignados en el cap. 3º del título 4º, libro 1º, del Código civil, que tratan de un modo concreto o especial dicho matrimonio, sino además los contenidos en el capítulo 1º del expresado título y libro, que comprenden, como su epígrafe declara, las disposiciones que convienen a las dos únicas formas de matrimonio reconocidas por dicho Código:

Considerando que el artículo 42 del mismo Código, que es el primero del referido cap. 1º, impone a los que profesan la Religión Católica, la obligación de contraer matrimonio canónicamente, o sea, con arreglo a las disposiciones de la Iglesia y del Santo Concilio de Trento, según declara el artículo 75 del propio cuerpo legal:

Considerando que impuesta por el legislador a los que profesan la Religión Católica y quieren contraer matrimonio la forma y requisitos establecidos por la legislación canónica, es evidente que los funcionarios del Estado no pueden acceder a las pretensiones de los que solicitan la celebración del matrimonio en la forma meramente civil que ordena el Código, sin que los futuros contrayentes aseguren bajo su palabra que no profesan aquella religión, y que por este motivo no vienen tampoco obligados a observar la forma canónica, a fin de evitar la responsabilidad que en caso contrario pudiera exigirles autorizando actos de tanta trascendencia que adoleciesen el vicio de nulidad, con estricta sujeción al artículo 4 del Código Civil.

Azcárate. Esta Orden exige, como requisito previo necesario a la celebración del matrimonio civil, la manifestación hecha ante la autoridad competente por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos, de no profesar la religión católica.

En opinión de IBÁN esta Real Orden se inclina por una solución relativamente restrictiva si la comparamos con la siguiente, pero menos restrictiva de lo que cabría suponer

En uno de sus considerandos la Orden establece la siguiente doctrina: “Que impuesta por el legislador a los que profesan la Religión católica y quieran contraer matrimonio, la forma y requisitos establecidos por la legislación canónica, es evidente que los funcionarios del Estado no pueden acceder a las pretensiones de los que solicitan la celebración del matrimonio en la forma meramente civil que ordena el Código, sin que los futuros cónyuges aseguren bajo su palabra que no profesan aquella religión, y que por este motivo no vienen tampoco obligados a observar la forma canónica, a fin de evitar la responsabilidad que en caso contrario pudiera exigírseles autorizando acto de tanta trascendencia que adoleciese del vicio de nulidad con estricta sujeción al art.4 del Cc.; que de acuerdo con esta interpretación se han dictado repetidas resoluciones... en el sentido de considerar como requisito necesario para la celebración del matrimonio civil la manifestación hecha ante autoridad competente por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos, que no profesan la Religión católica...”.

Así, ROMERO VIEITEZ admite: “De prosperar esta interpretación, de hecho queda a expensas de una declaración incontrolada la clase de matrimonio, con lo cual en realidad se establece el sistema de matrimonio civil facultativo, contra lo que

Considerando que de acuerdo con esta interpretación, se ha dictado repetidas resoluciones... en el sentido de considerar como requisito necesario para la celebración del matrimonio civil la manifestación hecha ante autoridad competente por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos, que no profesan la Religión católica... :

Considerando que la resolución de esta Dirección general de 19 de junio de 1880, que invócale recurrente en apoyo de su petición, aunque se refiere al Real Decreto de 9 de febrero de 1875, que estableció la eficacia jurídica o civil del matrimonio canónico, se halla inspirada en el mismo sentido que las dictadas con posterioridad a la promulgación del Código Civil, en cuenta a la necesidad del que tenían los que solicitaban la celebración del matrimonio civil de manifestar al funcionario competente para celebrarlo que no profesaban la Religión Católica:

Considerando que la pretensión deducida por D.J.P.V. se halla en abierta oposición con los referidos preceptos del Código...:

El Rey (Q.D.G.)... ha tenido a bien resolver que no ha lugar a la pretensión formulada ante este centro directivo por el mencionado D.J.P.V.”.

entendía la generalidad de la doctrina y era el propósito del legislador; o al menos, se daría lugar a matrimonios civiles que la Iglesia no reconocería como tales...”²⁵⁵.

Con MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, podemos afirmar que estaba bien visto en esta resolución que el matrimonio civil, para ser válido ante el Derecho del Estado, requería entonces que los contrayentes no profesasen la Religión Católica y hasta se observa en su texto el matiz de que la afirmación que exige de los contrayentes para llegar a la unión civil de los mismos no es un acto de apostasía, sino la declaración de la existencia de un hecho, incluso pidiendo, a efectos de darle fuerza de prueba, la palabra de honor de los declarantes. Sin embargo, al no tener en cuenta más que la manifestación de éstos, y al fijarse sólo, con una interpretación puramente literal de las palabras del Código civil, en la falta de su profesión subjetiva, en la práctica venía a dejarse en el campo de la voluntad su matrimonio civil²⁵⁶.

1.4.5. La Real Orden de 27 de agosto de 1906

Gobernando del partido liberal, con el Conde de Romanones al frente del Ministerio, se publica la Real Orden de 27 de agosto de 1906, completada por la Circular de 31 de agosto del mismo año, que viene con un extremado radicalismo a resolver que “no se exija a los que pretendan contraer matrimonio civil, conforme a las disposiciones de los artículos 86, 89 y siguientes del Código civil declaración alguna relativa a la religión que profesan ni más requisitos que los que la ley taxativamente establece”.

Ya se veía que suponía una escasa dificultad acceder al matrimonio civil; sin embargo, la declaración exigida por la Real Orden de 1900, todavía se ve suavizada mediante la Real Orden citada en el párrafo anterior.

Veamos su texto, que nos ayudará a formarnos una idea más clara de la interpretación del citado artículo:

“Ilmo. Sr.: Habiéndose suscitado dudas sobre la manera de aplicar las disposiciones del Código Civil vigente que se relacionan con los requisitos que han de preceder a la celebración del matrimonio civil, establecido por el capítulo 3º, título 5º, libro 1º, del mismo Código.

²⁵⁵ ROMERO VIEITEZ, Domingo, “Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español”, en *Revista de Derecho Privado*, 1941, Núm. 5, Madrid, pág.69-70.

²⁵⁶ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, José, “La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil”, en *Anuario Derecho Civil*, Enero-Marzo1954, tomo VII, fascículo I, Madrid, pág.152.

Teniendo en cuenta que la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, última disposición que se ha dictado sobre esta materia, no es de aplicación general, refiriéndose tan solo a un caso especial, que fue resuelto en el sentido de denegar la instancia del solicitante, que pedía se resolviese “que la manifestación por los interesados de su deseo de contraer matrimonio en la declaración de que trata el artículo 86 del Código, y la ratificación exigida en el 89 del mismo eximen del todo otro requisito que no sea de los expresados taxativamente en la Ley para conseguir su pretensión”.

Atendiendo asimismo que la disposición del artículo 42 del mencionado Código no establece un precepto que amengüe en lo más mínimo la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley, sino que, rectamente interpretada, constituye la proclamación del debido respeto a la solemne y tradicional ritualización que más puede satisfacer a la conciencia de los que profesen la Religión Católica y que por profesarla tienen la obligación de orden moral de contraer el matrimonio con sujeción a lo preceptuado por la Iglesia.

Considerando que la exigencia de expresa declaración que determine la religión que se profesa por los contrayentes no se halla comprendida ni en los artículos 86 y 89 del citado Código, ni en cuantos se refieren a la forma de celebrar el matrimonio meramente civil, ni la falta de ese requisito ha sido considerada como causa de nulidad entre las que determina dicho Código.

Considerando que la interpretación en este sentido de la invocada disposición se armoniza exactamente con las declaraciones que se hicieron al discutirse en el Congreso de los Diputados por los individuos de la Comisión que defendieron el proyecto, se halla conforme con el espíritu que informa la Constitución vigente y, a mayor abundamiento se ajusta a la doctrina constante de que no es lícito establecer distinciones donde la ley no distingue:

Considerando que, no obstante lo resuelto por la Real Orden antes mencionada de 28 de diciembre de 1900 y alguna resolución adoptada en el sentido que se exigiera celebrando matrimonios civiles en distintos Juzgados sin el cumplimiento de tal requisito, cuya diferencia de criterio y de circunstancias en tan importante materia hace preciso la adopción de un criterio general que pueda y deba servir de norma en todos los casos:

En atención a las razones y fundamentos legales expuestos, S. M. el Rey (Q.D.G.) se ha servido resolver que no se exija a los que pretendan contraer matrimonio civil, conforme a las disposiciones de los artículos 86 y 89 y siguientes del Código Civil, declaración alguna relativa a la religión que profesan, ni más requisitos que los que la ley taxativamente establece.

De Real Orden lo digo a V. I. Para conocimiento y efectos que correspondan, debiendo comunicarlo, en la forma más conveniente, a todos los jueces municipales encargados de los Registros civiles, Dios guarde a V. I. muchos años. Madrid, 27 de agosto de 1906, Romanones.- Señor Director general de los Registros civiles y de la propiedad y del Notariado”.

Los fundamentos de esta resolución no son de aplicación general; se refieren tan solo a un caso especial; así la disposición del artículo 42 del mencionado Código no establece un precepto que amengüe en los más mínimo la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley, sino que rectamente interpretada, constituye la proclamación del debido respeto a la solemne y tradicional ritualidad que más pueda satisfacer la conciencia de los que profesan la Religión católica, y que por profesarla tienen la obligación de orden moral de contraer matrimonio con sujeción a lo preceptuado por la Iglesia.

La exigencia de expresa declaración , que determine la Religión que se profesa por los contrayentes, no se halla comprendida en el Código civil., ni en cuantos se refieren a la forma de celebrar el matrimonio meramente civil, ni la falta de estos requisitos ha ido considerada causa de nulidad entre las que determina dicho Código.

La interpretación, en este sentido, de la invocada disposición se armoniza exactamente con las declaraciones que se hicieron al discutirse en el Congreso de los Diputados por los individuos de la comisión que defendieron el Proyecto, se halla conforme con el espíritu que informa la Constitución, y, a mayor abundamiento, se ajusta a la doctrina constante de que no es lícito establecer distinciones donde la ley no distingue; que no obstante lo dispuesto por la Real Orden ante mencionada... se han celebrado matrimonios civiles en distintos Juzgados sin el cumplimiento de tal requisito, cuya diferencia de criterio y de circunstancias en tan importante materia hace preciso la adopción de un criterio general que pueda y deba servir de norma en todos los casos.

Este sistema viene a introducir verdaderamente “el sistema de libre elección, ya que para los católicos viene a ser potestativo el celebrar el matrimonio en forma canónica o civil”²⁵⁷.

La Real Orden de 1906 nos ofrece una interpretación realmente amplia del artículo 42 del Código civil, según IBÁN, la interpretación más amplia posible.

Para justificar tal interpretación se emplean varios argumentos:

²⁵⁷ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, Núm.83. pág.20.

- 1) La Real Orden de 1900 sólo se dictó para ser aplicada en un caso concreto -y por lo tanto no tiene validez general-; visto así, cabe preguntarse: ¿si no es de aplicación general, por qué mencionarla?;
- 2) El artículo 42 del Código Civil no establece ninguna restricción para los católicos, en cuanto a la posibilidad de acceder al matrimonio civil;
- 3) La declaración de no profesión no viene exigida en ningún lugar del Código;
- 4) Según la interpretación dada por la Real Orden de 1906, no es necesario para acceder al matrimonio civil, declarar que se profesa por lo tanto «no profesar» es según la Real Orden de 1906 equivalente a acudir a contraer matrimonio civil²⁵⁸.

Y, en este sentido, también García Cantero, afirma: “...criterio tan revolucionario no podía prosperar, pues ello implicaba la implantación expresa del sistema matrimonial civil facultativo, extraño, como sabemos al espíritu del art.42”²⁵⁹.

En la misma línea doctrinal anterior tenemos: “... y ello hablando, en contradicción evidente con el art. 42 del Código...”. “Era, pues, sin rebozo, el matrimonio civil facultativo, o libre”²⁶⁰.

La reacción contra tal Real Orden fue manifiesta y fulminante y el propio Conde de Romanones la describe así: “No puede sospecharse la estrepitosa protesta que levantó esta resolución, seguro estoy de que en ningún país del mundo, en pleno siglo XX, se hubiera producido otra igual... El Episcopado no omitió medio para atacarme. Hubo Obispo, como el de Tuy, que no se detuvo ante los respetos más elementales debidos al poder público, y me hizo blanco de los mayores vituperios, con tal arrojo que despertó en mi ánimo la simpatía. En una larga pastoral, deleitosa para las derechas, lo más suave que me llamó fue tonto... con el de Tuy habían hecho causa común todos los obispos de España. A sus ataques

²⁵⁸ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.115.

²⁵⁹ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, pág.17.

²⁶⁰ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, “La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil”, en *Anuario Derecho Civil*, Enero-Marzo1954, tomo VII, fascículo I, Madrid, pág.152.

siguieron los de varios cabildos; el de Córdoba se destacó con tal violencia que fue necesario procesarlo”²⁶¹.

La línea anterior viene completada mediante una circular de la Dirección General de Registros de 31 de agosto del mismo año, en la que se insta al cumplimiento de la Real Orden²⁶².

La reacción de los católicos no se hace esperar. Y no faltaban razones, el aliento sostenido por la orden de 1906 era demasiado revolucionario y contrario a una interpretación corriente del art. 42 del Cc. En este sentido, el obispo de Badajoz no duda en recurrir la Orden por la vía contencioso-administrativa, ocasión aprovechada para atacar el nuevo sistema con algo más que palabras²⁶³. No obstante, en auto de 4 de febrero de 1907 el Tribunal resuelve y no da lugar a la impugnación por su carácter civil²⁶⁴.

En consonancia con la opinión de los autores anteriores podemos añadir la siguiente consideración: “No podía mantenerse mucho tiempo en vigor una interpretación tan manifiestamente en contra del texto interpretado...”²⁶⁵. Las oposiciones, que son ampliamente secundadas por la doctrina actual²⁶⁶, llevan a la caída de la Real Orden de 1906.

El tema sobrevuela el ambiente y ante una consulta de un juez de Primera Instancia, por haberse opuesto el cura-párroco de L´Espulga de Francolí (La Conca de Barberà) y el prelado de la diócesis de Tarragona a expedir ciertas certificaciones de documentos existentes en el registro parroquial, solicitadas para un expediente

²⁶¹ ROMANONES, Conde de, *Obras completas del Conde de Romanones*, Madrid, 1950, Editorial Plus Ultra, 3 volúmenes, págs. 216-218.

²⁶² *Colección Legislativa de España*, primera serie, parte primera, “Legislación y disposiciones de la Administración central”, tomo XXVI, volumen 3º de 1906, Madrid 1906, págs. 516 y 517.

²⁶³ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág. 115.

²⁶⁴ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, *El sistema matrimonial español (comentario al artículo 42 del código Civil)*, Madrid, 1949, Editorial Reus, págs. 17 y 18.

²⁶⁵ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, “La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil”, en *Anuario Derecho Civil*, Enero-Marzo 1954, tomo VII, fascículo I, Madrid, pág. 152.

²⁶⁶ Vid. ESCUDERO ESCORZA, Fernando, *Matrimonio de acatólicos en España*, Vitoria, 1964, pág. 106; GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, pág. 17.; DE LA HERA, Alberto, pág. 645.

de matrimonio civil que se proponían contraer dos personas tenidas como católicas da lugar a la Real Orden de 28 de febrero de 1907²⁶⁷.

1.4.6. La Real Orden 28 de febrero de 1907

Resulta muy interesante el texto completo de tal Real Orden que es el siguiente:

“Ilmo. Sr. Vista la consulta elaborada por el Juez de Primera Instancia de Montblanch:

Resultando que a fin de comprobar una solicitud de dispensa de impedimento para contraer matrimonio civil, José Miguel Vidal y Josefa Antonia Miquel Flanques pidieron certificaciones de ciertos documentos que obran en el archivo parroquial de Espulga de Francolí, y el cura párroco se negó a expedirla y persistió en esta negativa cuando el Juzgado de Primera Instancia de Montblanch reclamó los aludidos documentos por gestión que los interesados hicieron en 24 de diciembre último. Expresó en el oficio denegatorio que “sin ánimo de desobedecer las legítimas ordenaciones de la Autoridad civil, estaba dispuesto a cooperar a la recta administración de justicia y expedir las certificaciones de las partidas que se le pidieron para actos del estado civil o para asuntos del Registro, no pudiendo, sin violentar su conciencia, librarlas cuando se pidan para celebrar matrimonio civil de católicos, que, además de cometer con ello un gravísimo pecado, vienen obligados, según el artículo 42, en su relación con el 75, del Código civil, a contraer el canónico”.

Resultando que renovada la orden del juez, con apercibimiento al párroco de ser procesado por desobediencia y denegación de auxilio si en el término de cuarenta y ocho horas no expedía las certificaciones, contestó éste que los libros de la época a que ellas se referían están en el Palacio Arzobispal de Tarragona:

Resultando que el Prelado Metropolitano, a quien entonces las reclamó, manifestó no poder acceder “por razón de pedirse dichas certificaciones para contraer matrimonio civil por dos súbditos suyos que antes de dirigirse al Juzgado a pedir dispensa la habían pedido a su propio párroco y al Expedicionero Diocesano de preces a Roma. Nos no podemos (añadió), sin grava nuestra conciencia, cooperar con nuestro auxilio a la comisión de un gravísimo pecado, como es el que cometen dos católicos que, con desprecio de las leyes de la Iglesia, contraen o intentan contraer matrimonio civil... Entendemos, por otra parte, que el acto intentado por los referidos contrayentes no tan solo es anticanónico, sino también ilegal. Ninguna competencia tiene ni se ha querido arrogar el Estado referente al matrimonio de los católicos, según se desprende de los artículos 42, en relación al 75, del Código Civil”. El Arzobispo rogó, por fin, al Juez exhortante que suspendiese las diligencias, indicando a los peticionarios que acudiesen a él para obtener la dispensa:

Resultando que el Juez de Primera Instancia de Montblanch, con suspensión del curso del expediente, pide que se le comunique la resolución que se estime procedente:

Considerando, cuanto a las certificaciones reclamadas, que expedirlas o denegarlas no es potestativo, ni puede quedar al arbitrio de las Autoridades eclesiásticas, toda vez que por efectos de la coordinada armonía entre la Iglesia y el Estado, los documentos cuyos originales se custodien en archivos parroquiales o diocesanos resultan con frecuencia necesarios e insustituibles para comprobación de hechos definitorios del estado civil de las personas, o concernientes al vínculo matrimonial, para ejercitar derechos de otra índole en el

²⁶⁷ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, Núm. 83. pág.21.

orden civil o para apoyar instancias o gestiones del orden administrativo; necesidad que todavía se acrecienta cuando los documentos datan de tiempos anteriores a la institución del Registro Civil:

Considerando que, según el artículo 11 de la Constitución de la Monarquía y lo dispuesto en el título IV, libro I, del Código Civil, las certificaciones o compulsas de documentos custodiados en archivos parroquiales o diocesanos pueden ser necesarias para instruir y formalizar expedientes o actuaciones de matrimonio civil, o con este relacionadas, y en casos tales el ejercicio de derechos que las leyes reconocen y amparan tampoco puede quedar subordinado al acuerdo de la Autoridad eclesiástica, ni ésta puede optar entre expedir o denegar copias fehacientes en razón del designio con que fueron reclamadas:

Considerando que las negativas opuestas por el cura párroco de Espluga de Francolí y por el prelado Metropolitano de Tarragona no implican desconocimiento de esta doctrina, sino que provienen del hecho de ser tenidos por católicos, esta vez, los solicitantes de dispensa de impedimento para contraer matrimonio civil, quienes antes la habían pedido a su propio párroco y en el Expedicionero Diocesano de Preces a Roma, y se fundan en estimar que el artículo 42 y sus concordantes del Código civil obligan a los católicos que quieran contraer matrimonio a observar y guardar las disposiciones de la Iglesia Católica y el Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino; de manera que los motivos invocados para denegar las certificaciones caducarían si constase que los futuros contrayentes del matrimonio jamás pertenecieron, o dejaron de pertenecer a la Iglesia católica:

Considerando que la Real Orden emanada de este ministerio en 27 de agosto último, al proclamar “la libertad de los católicos para adoptar una de las formas de matrimonio que autoriza la ley” y al disponer “que no se exija a quienes pretendan contraer matrimonio civil declaración alguna relativa a la religión que profesen”, excede del límite de las facultades ministeriales, por cuanto la aplicación a interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservadas a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración, a las Cortes con el Rey.

Considerando que, además de manifestarse en el actual conflicto la dicha extralimitación ministerial otras muchas y graves perturbaciones causaría hacer depender del variable arbitrio gubernativo los derechos de familia y tal vez la firmeza misma del vínculo conyugal, en razón de la formalidad y legalidad observadas en la celebración de cada matrimonio; asuntos de rigurosa justicia, atribuidos exclusivamente a los Tribunales que por ministerio de la Ley sean competentes, según quedó reconocido en Reales Ordenes de 27 de diciembre de 1905 y 17 de marzo de 1906:

Considerando que al resolver sobre recursos gubernativos con ocasión de actos del Registro Civil o incidencias de expedientes matrimoniales y también al dictar órdenes de índole reglamentaria para el régimen de los servicios que le estén encomendados, este Ministerio necesita atenerse rigurosamente a la observancia fiel de las leyes del Reino, y cuando sea lícito interpretarlas debe respetar la doctrina legal autorizada por la jurisprudencia acerca de derechos civiles y de cualquiera materia reservada a la competencia de los Tribunales, según aconteció al expedir la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, en contra de la cual y de los precedentes por ella mencionados resulta dictada con carácter de estatuto general la otra Real Orden de 27 de agosto de 1906:

Considerando que para la generalidad de casos de desacuerdo entre las Autoridades civiles y eclesiásticas sobre opción entre ambas formas de matrimonio o sobre incidencias de tales asuntos, incumbe al Ministerio fiscal promover, en el orden de jurisdicción que cada vez señalen como adecuado las circunstancias, la aplicación de las disposiciones vigentes, a reserva de las que nuevamente fueron acordados o estatuidas con el designio de prevenir o resolver mejor estos conflictos.

S. M. el Rey (Q. D. G.) se ha servido resolver:

1º. Que se deje sin efecto la citada Real Orden de 17 de agosto de 1906.

2º. Que en cuando llegue a constar en el expediente que sus promovedores, José Miguel y Josefa Antonia Miquel, según el artículo 42 del Código, no deban contraer matrimonio canónico, el Juzgado de Montblanch, oído el Ministerio Fiscal, podrá y deberá insistir en la reclamación de cualesquiera documentos custodiados en los archivos eclesiásticos que estime necesario para completar las diligencias relativas al matrimonio civil o cualquiera de sus incidencias.

3º. Que, como regla general, en los desacuerdos que entre Autoridades civiles y eclesiásticas surjan sobre opción entre ambas formas de matrimonio, entrega de certificaciones u otras incidencias de asuntos tales, el Fiscal de S. M. en la Audiencia del territorio sea oído para que cada vez que corresponda promueva la aplicación de las disposiciones vigentes.

De Real Orden, lo digo a V. I. Para su conocimiento y demás efectos. Dios guarde a V. I. Muchos años. Madrid, 28 de febrero de 1907, Figueroa, Señor Director general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado”.

De lo anterior observamos claramente que la nueva disposición deroga la Orden de 1906 y alega en sus fundamentos: “La Real Orden emanada de este ministerio en 27 de agosto último... excede del límite de las facultades ministeriales, por cuanto la aplicación e interpretación de los preceptos del código en la materia están reservados a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración a las Cortes con el Rey; que además de manifestarse en el actual conflicto la dicha extralimitación ministerial otras muchas y graves perturbaciones causaría hacer depender del variable arbitrio gubernativo los derechos de familia, y tal vez la firmeza del vínculo conyugal, en razón de la formalidad y legalidad observadas en la celebración de cada matrimonio; asuntos de rigurosa justicia, atribuidos exclusivamente a los Tribunales”.

Así pues, se restablece la Real Orden de 1900, sobre exigencias de la declaración de acatolicidad y se manda que en todas las cuestiones que se planteen en torno a la cuestión del artículo 42, entre las autoridades civiles y eclesiásticas, se oiga al fiscal de la Audiencia Territorial.

De forma que, sin ningún género de duda, podemos decir que “quedó así restablecido el sistema de la declaración previa de los contrayentes de no profesar la Religión Católica”²⁶⁸

En efecto, la Real Orden de 28 de febrero de 1907 pasa a modificar el sistema nuevamente²⁶⁹ y la doctrina más actual está de acuerdo en señalar su

²⁶⁸ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, “La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil”, en *Anuario Derecho Civil*, Enero-Marzo 1954, tomo VII, fascículo I, Madrid, pág.152.

²⁶⁹ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.115.

importancia²⁷⁰ y además en dejar claro que con esta Real Orden de 1907 se vuelve a poner en vigor la Real Orden de 1900; no obstante, según IBÁN, esta última afirmación requiere alguna matización.

La disposición que ha surgido, al igual que ocurrió en la Real Orden de 1900, hace brotar de un caso concreto una disposición de pretendida aplicación general. Los hechos que la desencadenan son las negativas de un párroco apoyado por su Obispo; en estas circunstancias, por tanto, observamos claramente la importancia del matrimonio entre los católicos. No facilitar una documentación obrante en sus archivos y necesaria para que se pueda celebrar un matrimonio civil, aduciendo que ello permitiría que se celebrase tal matrimonio, lo cual contradice a la moral (“cometer un gravísimo pecado”) y al ordenamiento civil español (“vienen obligados, según el art.42”) da lugar a que la autoridad estatal derogue la Real Orden de 1906.

Sin embargo, no se puede olvidar ni obviar que la Real Orden de 1908 aduce razones jurídicas, pero es igualmente cierto que el elemento clave para la actuación administrativa es la actitud de la Autoridad Eclesiástica²⁷¹.

Cuando IBÁN afirmaba que la opinión doctrinal exigía ciertos matices, en virtud de la cual mediante la Real Orden de 1907 entra en vigor la Real Orden de 1900 se basaba en las siguientes afirmaciones claves de la Real Orden de 1907 que en su opinión son las siguientes:

“... la Real Orden emanada de este Ministerio en 17 de agosto último... excede el límite de las facultades ministeriales, por cuanto la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservados a los Tribunales de Justicia...”

“... al resolver sobre recursos gubernativos con ocasión de actos del Registro Civil o incidencias de expedientes matrimoniales, y también al dictar órdenes de índole reglamentaria para el régimen de los servicios que le están encomendados, este Ministerio necesita atenerse rigurosamente a la observancia fiel de las leyes del Reino, y cuanto sea lícito interpretarlas debe respetar la doctrina legal autorizada por la jurisprudencia a cerca de derechos civiles y de cualquier materia reservada a la competencia de los Tribunales...”

Por tanto, lo que la Real Orden de 1907 dice realmente es que, si la administración tiene que “interpretar”, debe de hacerlo en el sentido en que hayan interpretado los Tribunales.

²⁷⁰ GARCÍA CANTERO, Gabriel; DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo; CASTÁN TOBEÑAS, José; ESCUDERO ESCORZA, Fernando; LOPEZ NIÑO, José María; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís.

²⁷¹ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.118.

De hacerlo en sentido distinto, tal “interpretación” será nula de pleno derecho. En este sentido, el autor prosigue: si se alude a la Real Orden de 1900, no es para señalar su validez general, sino meramente a título ejemplificador; la Real Orden de 1900 era válida porque no se oponía la interpretación jurisprudencial.

De ser así, parece innecesario el “Resolver que se deje sin efecto la ...Real Orden de 27 de agosto de 1906”; ya que tal disposición , en el caso de oponerse a la interpretación jurisprudencial, era nula de pleno derecho.

Por tanto, la Real Orden de 1907 adopta una postura que consideramos plenamente acertada: la interpretación del término «profesar» corresponde a los tribunales de justicia, unificando los criterios del T. S., y las disposiciones administrativas sólo serán legales en la medida en que se ajusten a la interpretación jurisprudencial del término.

Continuando escrupulosamente con el texto, la Real Orden de 1907, en su parte resolutoria afirma: “...cuando llegue a constar en expediente que sus promotores... según el art. 42 del Código no deban contraer matrimonio canónico...”, sin pretender señalar qué es lo que exactamente debe constar en el expediente, dejando tal extremo a merced de la opinión judicial.

1.4.7. El Real Decreto De 9 de enero de 1908

Será el próximo año, con Maura en el Gobierno, cuando aparece el Real Decreto de 9 de enero de 1908. Este Decreto es muy importante para el tema que estamos estudiando, ya que da fuerza de Ley en España al Decreto *Ne temere*, emanado de la Sagrada Congregación del Concilio, en el Pontificado de Pío X, el 2 de agosto de 1907. En la parte dispositiva del Real Decreto, no solo se concedía el pase al Decreto eclesiástico, sino que añadía: “a fin que se cumpla y aplique como ley del Reino”. Se decía expresamente, y así constaba en la traducción aneja al Real Decreto: “se declara obligatoria la observancia de las formalidades católica del matrimonio para todos los católicos, considerando como tales a los bautizados en la Iglesia católica y a los que convertidos de la herejía y el cisma, aunque tanto éstos como aquéllos la hubieren luego abandonado”.

Recibida, pues, esta norma como ley del Reino, lo natural hubiera sido poner de pleno acuerdo con ella la del artículo 42 del Código civil, o al menos haber interpretado ésta conforme a tal criterio. No se hizo así... De todos modos, si ello se entendía que traía su fuerza del texto de dicho artículo 42, hay que reconocer que el Real Decreto receptor del *Ne Temere* no había revestido, dentro del derecho interno

la forma de norma jurídica de rango suficiente para derogar por sí misma el principio contenido en ese artículo del Código civil, que figuraba en la propia Ley de Bases²⁷².

Además el Decreto *Ne temere* innovaba la legislación canónica antecedente. El canon 1099 exceptuaba de la forma canónica a los hijos de los acatólicos, aunque estuviesen bautizados católicamente, si desde la infancia vivían en la herejía o en el cisma; el Decreto elimina esta excepción. Luego fue admitida para finalmente ser abrogada por un *motu proprio* de Pío XII, de 1 de agosto de 1948, explicando que la experiencia de los últimos treinta años había demostrado que tal excepción no había servido para el bien de las almas, sino que había multiplicado las dificultades y problemas presentados por tales uniones.

1.4.8. Orden de 28 de julio de 1913

Los Gobiernos posteriores a Canalejas, en expresión de Maximiliano Domínguez, “se olvidan” del Real Decreto de 1908. Así lo demuestra que la Orden de 28 de julio de 1913, mandara abrir procedimiento contra un juez municipal que, no habiendo estimado bastante la declaración de acatolicidad, se negó a autorizar un matrimonio civil.

Para analizar de forma más exhaustiva dicha parte de esta agitada historia, detengámonos en el texto completo de tal disposición:

“Vista la instancia dirigida al juez municipal de..., con fecha 31 de agosto último, en el que N. N. y N. N., vecinos de dicha población, solicitaron del juzgado, acompañando los documentos necesarios, que se instruyan las diligencias previas para el matrimonio civil que pensaban contraer, declarando no pertenecer a la Religión Católica y no habían demostrado estar separados de ella ni reconocido otra alguna:

Vistos el párrafo 2º del artículo 11 de la vigente Constitución de la Monarquía, los artículos 2º y 42 del Código civil, las órdenes resolutorias de 28 de junio de 1880 y de 28 de diciembre de 1900, la Real Orden de 28 de febrero de 1907, así como el párrafo último del artículo 369 del Código penal y el 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Considerando que ha sido y es criterio constante de interpretación, del citado artículo 42 con reducidas y efímeras desviaciones, que la declaración hecha por ambos o uno solo de los que pretendan contraer matrimonio civil de no profesar la

²⁷² MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, “La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil”, en *Anuario Derecho Civil*, Enero-Marzo 1954, tomo VII, fascículo I, Madrid, pág.152.

Religión Católica, basta para exceptuarlo de la imposición contenida en la primera parte del citado artículo.

Considerando que esta declaración expresa la han hecho N. N. y N. N. en el escrito presentado al juez municipal de..., en 31 de agosto del año último, que dice: "... desean contraer matrimonio civil, por no pertenecer a la Religión Católica, y conforme a las disposiciones vigentes, artículos 42 y siguientes del Código civil, para cuyo efecto acompañan a esta declaración los necesarios documentos...".

Considerando que al proveer a esta petición el juez municipal de..., en 16 de septiembre inmediato, desestimando la pretensión deducida en el escrito de referencia, "por cuanto que los recurrentes constan de un modo fehaciente pertenecen a la Religión Católica, y no han demostrado ni antes ni después al matrimonio proyectado estar separados ni conocida otra religión que la Católica Apostólica Romana", infringe las primeras disposiciones citadas al principio, desconoce un derecho atribuido a los solicitantes, ejercitado de forma legal, a pretexto tan exorbitante como el de suponer que autorice la ley, ni pueda existir ni prevalecer contra ella otra prueba del estado de conciencia, de naturaleza tan íntima y respetable, como la solemne declaración del interesado:

Considerando, por último, que no son los jueces municipales en todo caso los funcionarios encargados de discernir la permanencia o alejamiento de la comunidad de fieles de la iglesia Católica Apostólica Romana, y en este sentido, y para el caso no suscitado de desacuerdo sobre el particular entre autoridades civiles y eclesiásticas, al párrafo 3º de la Real Orden de 28 de febrero de 1907, establece un procedimiento que no ha seguido el juez municipal de...

S. M. el Rey (Q. D. G.) se ha servido disponer:

1º Que se remita al Fiscal de la Audiencia de... la instancia extractada para que promueva, si procediere, la incoación del aportado sumario contra el juez municipal de..., quien parece incluso en la responsabilidad señalada en el artículo 369 del Código penal, y que dé cuenta a este Ministerio del recibo de la orden y de su cumplimiento.

2º Que se imponga al repetido juez municipal la multa de 100 pesetas cuya exacción será encomendada al juez de primera instancia de...

3º Que se ordene al nombrado juez de primera instancia que requiera a los interesados para que reproduzcan su instancia acompañada de los documentos oportunos ante el dicho juez municipal, y a éste para que admita y tramite sin dilación el oportuno expediente, bajo apercibimiento de proceder contra él a lo que haya lugar.

4º Que esta resolución se publique en la “Gaceta de Madrid” y en “Boletín Oficial” de este Ministerio.

De Real Orden, comunicada por el excelentísimo señor Ministro de Gracia y Justicia, lo digo a V. S. Para su conocimiento y fines expresado. Dios guarde a V. S. muchos años. Madrid, 28 de junio de 1913. El Director General, Fernando Weyler. Señor Fiscal de la Audiencia de...”.

Nuestra doctrina ha concedido menor interés²⁷³ a la presente Real Orden que a las anteriores; es cierto que no supone, en apariencia, un cambio radical, pero sí tiene una importancia notable²⁷⁴.

IBÁN continua afirmando que, según la interpretación que se ha dado a la Real Orden de 1907, de acuerdo con el propio artículo 42 del Código civil, la situación quedaba clasificada en el sentido de que era competencia de los jueces el completar el contenido del verbo <profesar>... Sin embargo, en el caso resuelto por la Real Orden de 1913, se insta al fiscal para que incoe un sumario contra un Juez que se opone a la celebración de un matrimonio civil, en razón de que estima que los contrayentes “profesan la Religión católica”, y que por tanto, estarían obligados a contraer matrimonio canónico.

Así, la Real Orden de 1913 considera válida la Real Orden de 1907 -y la cita varias veces para apoyar sus conclusiones - y sin embargo, intenta sancionar a un Juez que la aplica. ¿Cómo explicar esta contradicción?

IBÁN sólo encuentra una explicación posible: la interpretación que le dan los Tribunales. Tal vez la única explicación posible -y es una mera hipótesis, pues nada se dice expresamente en la Real Orden comentada- es que los jueces habían ejercitado su función interpretadora -según señalaba la Real Orden de 1907-, pero que en algún momento el T. S. completó la tarea interpretadora de todos los escalones del poder judicial, con su misión unificadora. En definitiva, que el T. S. sentó jurisprudencia en el sentido de considerar que <no profesar...> es equivalente a “declarar que no se profesa...”. Aparece claro, en la Real Orden de 1913, que tal era la interpretación dominante de la época²⁷⁵.

²⁷³ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.120.

²⁷⁴ No es citada esta Real Orden por autores como ESPÍN, Diego, LÓPEZ NIÑO, José Maria o CASTÁN TOBEÑAS, José

²⁷⁵ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.120.

Recordemos que en ésta Real Orden se afirma "... ser criterio constante de interpretación del citado art. 42, con reducidas y efímeras desviaciones, que la declaración hecha por ambos o por uno sólo de los que pretendan contraer matrimonio civil, de no profesar la Religión católica, basta para exceptuarlos de la imposición contenida en la primera parte del citado artículo..." y que no es admisible otra prueba del estado de conciencia que "la solemne declaración del interesado". Por tanto, se emplea el mismo criterio que ya utilizó la Dirección General en 1900, trece años antes de esta disposición.

Creo que es muy importante, por el contraste que supone, y que vale la pena introducir la visión de PERÉ y RALUY cuando argumenta que: "... la utilización de la forma canónica era no sólo un "derecho", sino un "deber" para los católicos pues la forma canónica viene impuesta por el Código Civil a los católicos"²⁷⁶. En este sentido tenemos LA Resolución de 21 de julio de 1915 y la Resolución de 14 de marzo de 1920.

No obstante, la Orden de 1913 se prolonga hasta la Ley de 1932, estimando suficiente para la celebración del matrimonio civil que uno de los contrayentes afirme simplemente su no-profesión de la religión católica.

Como se ha observado, la primera etapa de vida del artículo 42 del Código civil podría quedar delimitada desde su profesión hasta el período de la II República. El término "profesar..." ha tenido una interpretación de ser equivalente a "declarar que no se profesa...". Es una interpretación, en cierto sentido, lógica. IBÁN, junto con DE LA HERA, considera que "... no le falta lógica... en lo que hace a la fuerza de la declaración de acatolicidad, no es que ésta se presuma verdadera *iuris et de iure*, sin que quepa alegar en contra la vida hasta ese momento llevada por el declarante; es que, al declarar su acatolicidad para celebrar un matrimonio civil está indudablemente separándose de la Iglesia en ese instante, y así la declaración es siempre verdadera...".

²⁷⁶ PERÉ Y RALUY, José, *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1963, Editorial Aguilar, pág.876

2. LA II REPÚBLICA

2.1. El matrimonio civil obligatorio: su segunda etapa

2.1.1. La evolución política

2.1.1.1. *La conspiración republicana*

España, monárquica, durante muchos siglos, conoció su primera experiencia republicana en 1873. Duró apenas once años y fue un desastre. Todo ello ya lo hemos analizado en el capítulo primero de este estudio. Así pues, el advenimiento del régimen y la proclamación de la República, en abril de 1931, supone un cambio tan brusco en la vida política del país que, por lo general, las referencias historiográficas sobre el período se ven en la obligación de retroceder unos años para explicar la conspiración que trajo a la República y, paralelamente, tratar de explicar las razones del ambiente favorable que encontró el nuevo régimen en el momento de su aparición.

La pérdida de los últimos restos del imperio colonial en 1898 –Cuba y Filipinas- fueron los símbolos más evidentes, junto a otros muchos, de la decadencia española y de la crisis que se avecinaba. El reinado de Alfonso XII (1902-1931) encontró tantas dificultades -Semana Trágica de Barcelona (1909), huelgas en 1917, guerra de Marruecos, etcétera que el monarca entregó el poder al general Primo de Rivera, quien instauró en 1923 una rígida dictadura militar, que reportó bienestar y un cierto orden público a costa de la represión y la supresión de partidos, de sindicatos y de las libertades políticas más esenciales.²⁷⁷

Vinculado a este sistema el rey y la monarquía quedaron desacreditados ante grandes sectores de la opinión pública. Son significativas las siguientes palabras de Lerroux: “La monarquía se hundió, no la derribó nadie. Lo que hicieron los republicanos fue poner en su lugar, ya vacío, la República. Así podemos dar mayor cabida a los siguientes acontecimientos. Esta anómala situación no podía durar mucho tiempo y el 28 de enero de 1930 Primo de Rivera presentó su dimisión al rey e inmediatamente comenzó la marejada política en diversos ambientes sociales, sobre todo en el ámbito universitario, con “vivas” a la República.

El general Berenguer, que había sustituido en el gobierno a Primo de Rivera, empleó mano dura en mantener el orden y reprimir la violencia. El descontento general provocó, el 11 de febrero de 1931, la dimisión del general Berenguer que acababa de convocar elecciones municipales, según aparece en la Gaceta de

²⁷⁷ CARCEL ORTÍ, Vicente, *La gran persecución, España, 1931-1939*, Barcelona, 2000, Planeta, pág.30.

Madrid, y en la campaña que se desató a continuación. Los hombres de la coalición republicano-socialista pusieron especial énfasis en el carácter plebiscitario que las elecciones habrían de tener sobre la vigencia del régimen monárquico.

Así las cosas, ocurrió en 14 de febrero de 1931 la caída del Ministerio Berenguer y su sustitución el día 18 por otro que presidía el Almirante Aznar, y en el que ocupó la cartera de Estado y fue figura preeminente el experto Jefe liberal Conde de Romanones, inspirador acaso de la mutación política acaecida. Con ambos personajes entraron asimismo en el nuevo Gobierno los señores García Prieto (Gracia y Justicia), General Berenguer (que continuó frente de Guerra), Rivera (Marina), Ventosa (Hacienda), Marqués de Hoyos (Gobernación), Gascón (Instrucción Pública), Cierva (Fomento), Duque de Maura (Trabajo) y Conde de Bugallal (Economía) : ingente aglomeración heterogénea, aunque bien intencionada, de las fuerzas políticas que contaba la dinastía, llamadas al parecer para encauzar con la plenitud de sus representaciones la desquiciada marcha de nuestra gobernación.

Manifestó el Gabinete Aznar su criterio opuesto a una convocatoria de Cortes sin haber celebrado antes unas elecciones municipales; y en efecto, habiendo quedado ya primeramente anulada aquella convocatoria²⁷⁸, se señaló la fecha del 12 de abril de 1931 para la renovación de Concejales en toda España, acordándose también que la elección no se limitase a la mitad de los puestos, sino que abarcase los correspondientes a la totalidad de cada Ayuntamiento, pues el largo tiempo transcurrido desde que la última se verificó, hacía que no hubiera en la Nación concejal alguno válidamente elegido y con mandato popular no caducado.

Ocho años sin consultar el cuerpo electoral daban en aquel momento una significación singularísima a la expresión de su voluntad: en el fondo, y por encima de los ritualismos que intentaban reducir el marco estricto de una votación administrativa el resultado de la contienda, la realidad era que la elección primera que en España se celebrase tendría verdadero carácter constituyente, pues revelaría por manera explícita el juicio que merecía al país la conducta del llamado Poder moderador: la elección había de ser un voto de censura a la Corona o una ratificación desconfianza a la persona que la ostentaba.

Frente a esta actitud, los monárquicos actuaron con una desgana en la que, como se ha insistido a veces, hubo no poco de infligir un voto de castigo a la Monarquía, en unas elecciones en las que algunos no supieron apreciar las posibles repercusiones. Estas se celebraron el 12 de abril y dieron una victoria mínima a los

²⁷⁸ Real Decreto de 14 de febrero y de 3 de marzo de 1931.

candidatos monárquicos (49,8%) frente a los republicanos (49,4%)²⁷⁹. Sin embargo, éstos triunfaron en las grandes ciudades y, en concreto, en Madrid, perteneciendo el voto monárquico a zonas rurales. En realidad, la votación de concejales fue de mayoría monárquica.

El aumento de las simpatías por el republicanismo dependió más de la crisis política que provocó la Dictadura de Primo de Rivera, y de las transformaciones económicas y sociales que la acompañaron, que de la acción de unos políticos republicanos que, aparte de no ser muchos, habían ido desacreditándose durante todo el período de la Restauración.²⁸⁰

La conmemoración del nacimiento de la primera República dio pie para la creación de un organismo -Alianza Republicana-, que sería el enésimo intento de la unificación del mosaico republicano. La Junta provisional suponía una cierta combinación de la savia nueva del republicanismo con los figurones de siempre, pues en ella se incluían Manuel Azaña, Hilario Ayuso y Alejandro Lerroux entre otros. Evidentemente destaca entre estos nombres el de Manuel Azaña, que habría de ser figura clave del futuro régimen republicano y que en esta ocasión se entroncaba por primera vez con el republicanismo histórico, después de haber contribuido, en 1925, a la fundación del Grupo de Acción Republicana.

La nueva organización republicana intervino sin excesiva efectividad, en los torpes intentos que se sucedieron para intentar derribar la Dictadura, y en esa actitud de inoperancia le sorprendió la caída del dictador, el 28 de enero de 1930. En cualquier caso, la misión de los republicanos era conspirar, y a eso se dedicaron. Así, en una reunión que se celebró el 17 de agosto de 1930 surgió un Comité revolucionario del que formaron parte Alcalá Zamora, Azaña, Casares Quiroga, Prieto, Galarza, y Aiguadé, aunque Miguel Maura, haya dado una relación que difiere sensiblemente de la anterior, los datos durante este período no parecen ser del todo fiables²⁸¹.

La transformación, a mediados de octubre, del Comité revolucionario en Gobierno provisional de la República parecía destinada a dar un tono de seriedad y madurez a los trabajos acometidos por los dirigentes de la conspiración republicana.

²⁷⁹ Los resultados totales fueron: 40324 concejales monárquicos y 40168 de la conjunción de republicanos (34688), socialistas (4813) y comunistas (667). MARTÍNEZ CUADRADO, M, *Elecciones y partidos políticos de España (1868-1931)*, vol. II, Taurus, Madrid, 1969, pág.855.

²⁸⁰ *Historia General de España y América, La Segunda República y la Guerra*, Tomo XVII, pág. 3, Madrid, 1990, Editorial Rialp, 28 tomos.

²⁸¹ *Ibidem*.

Este gobierno no llegó a triunfar porque la impaciencia del capitán Fermín Galán llevó a prematuros levantamientos en Jaca que apenas tuvo eco en Madrid²⁸².

La rehabilitación política de los republicanos llegó pronto pues en la crisis ministerial abierta; tras la dimisión del Gobierno Berenguer, el propio encargado de formar nuevo Gobierno - Sánchez Guerra – acudió a la Modelo para recabar apoyo de los republicanos. Serán estos republicanos los que se sentirán suficientemente seguros como para aceptar el calendario electoral que propone el nuevo Gobierno, y que fija la fecha del 12 de abril para la primera de las consultas previstas: las elecciones municipales.

2.1.1.2. *La proclamación de la República*

La convocatoria de la consulta electoral aparece el 16 de marzo en la Gaceta de Madrid y, en la campaña que se desató a continuación, los hombres de la coalición republicano-socialista pusieron especial énfasis en el carácter plebiscitario que las elecciones habrían de tener sobre la vigencia del régimen monárquico.

Frente a esta actitud, los monárquicos actuaron con una total desgana en la que, como se ha insistido a veces fueron unas elecciones en las que algunos no supieron apreciar las posibles repercusiones.

La jornada de proclamación de los candidatos presenció una ligerísima victoria monárquica, que casi equivalía a un empate, y que no fue causa suficiente para sacar a los monárquicos de su indolencia, aunque se hicieran postreros intentos para combatir las posibles tendencias abstencionistas²⁸³.

Las elecciones se celebraron el domingo 12 de abril, con un alto grado de participación, superior al 67 por 100 de los electores que fueron convocados a las urnas, que se tradujo en un apretado triunfo de los candidatos monárquicos, pues obtenían 26.257 concejalías frente a las 24.411 de las fuerzas antimonárquicas. Sin embargo, estos resultados eran engañosos porque la Conjunción Republicana había triunfado abrumadoramente en las capitales de provincia, que era donde las fuerzas antimonárquicas habían concentrado su campaña y en donde los resultados electorales tenían verdadera significación política.

Así, el rey, el martes 14 de abril, asumió el carácter plebiscitario que había tenido la consulta electoral²⁸⁴. “Espero conocer -escribió en el manifiesto que

²⁸² *Ibidem*, pág.4.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ El texto de dicho Mensaje, en cuya redacción tuvo alguna parte el señor Duque de Maura, reza así:

entonces dirigió al país – la auténtica y adecuada expresión de la conciencia colectiva, y mientras habla la nación, suspendo deliberadamente el ejercicio del poder real y me aparto de España, reconociéndola como única señora de sus destinos.”

El mismo martes 14 de abril se formó un Gobierno provisional de la República, que estuvo presidido por Niceto Alcalá Zamora y Torres, y del que formaban parte Alejandro Lerroux García, Fernando de los Ríos Urruti, Miguel Maura Gamazo, Manuel Azaña Díaz, Santiago Casares Quiroga, Indalecio Prieto Tuero, Alvaro de Albornoz y Liminiana, Marcelino Domingo Sanjuán, Francisco Largo Caballero, Luis Nicolás D’Olwer y Diego Martínez Barrio. Este gobierno estaba participado por republicanos de diversas tendencias y una minoría socialista. Había conservadores (Alcalá Zamora y Maura), históricos radicales (Lerroux y Martínez Barrio), modernos (Azaña) y portavoces de los regionalismos más o menos nacionalistas (D’Olwer y Casares Quiroga). En cuanto a los socialistas (Prieto, De los Ríos y Largo) representaban posiciones bien diferenciadas dentro del partido.

La Segunda República se proclamó, pues, inesperadamente, tras unas elecciones municipales que no pretendían remover las bases de una monarquía ya bastante desacreditada por aquellas fechas. Sin embargo, lo que eran unas simples y corrientes elecciones municipales se transformaron en una revolución pacífica de los ciudadanos para producir un cambio de régimen, guiado por un cierto hastío y cansancio por los errores del pasado: dictadura primorriverista, desastre de las campañas de Marruecos, desvertebración del país, y sobre todo, ansias por zanjar de una vez las dificultades por conseguir una libertad y un reconocimiento de los

“AL PAÍS

Las elecciones celebradas el domingo me revelan claramente que no tengo hoy el amor de mi pueblo. Mi conciencia me dice que ese desvío no será definitivo, porque procuré siempre servir a España, puesto el único afán en el interés público hasta en las más críticas coyunturas.

Un Rey puede equivocarse, y sin duda erré yo alguna vez; pero sé bien que nuestra Patria se mostró en todo momento generosa ante las culpas sin malicia.

Soy el Rey de todos los españoles, y también un español. Hallaría medios sobrados para mantener mis regias prerrogativas, en eficaz forcejeo con quienes las combaten. Pero, resueltamente, quiero apartarme de cuanto sea lanzar a un compatriota contra otro en fratricida guerra civil. No renuncio a ninguno de mis derechos, porque más que míos son depósito acumulado por la Historia, de cuya custodia ha de pedirme un día cuenta rigurosa.

Espero a conocer la auténtica y adecuada expresión de la conciencia colectiva, y mientras habla la nación suspendo deliberadamente el ejercicio el Poder Real y me aparto de España, reconociéndola así como única señora de sus destinos.

También ahora creo cumplir el deber que me dicta mi amor a la Patria. Pido a Dios que tan hondo como yo lo sientan y lo cumplan los demás españoles.- ALFONSO, R.H.”

ciudadanos retenidos y obstaculizados por las fuerzas del antiguo régimen, cuyos representantes más conspicuos eran el carlismo y las fuerzas ocultas que impedían que todos los ciudadanos tuvieran los mismos derechos²⁸⁵.

El Gobierno provisional tuvo que poner pie a una serie de medidas legislativas que pretendieron ser el eje del programa de reformas que alimentaba las esperanzas de quienes habían querido este nuevo régimen. El optimismo fue general durante toda la primavera de 1931. Lo más significativo, de momento, fue lo que afectaba a cuestiones agrarias, militares y educativas.

No obstante, el clima de opinión fue crispándose paulatinamente con los conflictos que fueron apareciendo. En Cataluña, la misma tarde del 14 de abril, Macià proclamaba la República catalana. A las palabras siguieron los hechos y Macià dispuso el nombramiento de los cargos claves en la vida barcelonesa y catalana. Por parte de Madrid, se dispuso el envío a Barcelona de los ministros Nicolau d'Olwer, Marcelino Domingo, y Fernando de los Ríos. Se produjeron tensiones y la denominación de Estat Català fue sustituida por la de Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

2.1.1.3. *La quema de conventos*

Mucho más grave, y más prolongada sobre la imagen del régimen republicano, fue la crisis desencadenada el 10 de mayo, que se tradujo, durante los tres días siguientes, en un violento estallido anticlerical, con incendios de edificios religiosos en Madrid y en algunas otras capitales de provincia, especialmente de Andalucía y Levante.

Se cuentan como antecedentes inmediatos de aquellos sucesos las iniciativas que se habían desarrollados entre los sectores conservadores a raíz de la proclamación del nuevo régimen.

Así, mientras que en el diario católico *El Debate*, que representa a los propagandistas católicos de Ángel Herrera, hablaba de acatar la República “de un modo leal, activo, poniendo cuanto podamos para ayudarle en su cometido”, el *ABC* madrileño delineaba claramente su posición: “Somos monárquicos constitucionales y parlamentarios, y pretendemos alcanzar el triunfo de nuestros ideales por medios lícitos”. A la primera de las posturas, la de Herrera, corresponde el 26 de abril la creación de Acción Nacional, que el mismo *Debate* presentaba como un “organismo electoral para agrupar a los elementos de orden” y que se pondría bajo el liderazgo del catedrático salmantino José María Gil Robles. En cambio, a la postura de los monárquicos de *ABC* se asoció la creación de un Círculo Monárquico

²⁸⁵ CARCEL ORTÍ, Vicente, *La gran persecución, España, 1931-1939*, Barcelona, 2000, Planeta, pág.30-31.

Independiente, que convocó una reunión en un piso de la madrileña calle de Alcalá. Los asistentes hicieron sonar la Marcha Real en un gramófono que se oía desde la calle, y ese fue el desencadenante de los sucesos de aquellas fechas.

BATLLORI escribirá: “víctimas de aquellos sucesos fueron, a la vez, la Iglesia católica y la República”²⁸⁶. ¿Por qué? nos podemos preguntar. Pues posiblemente porque estos acontecimientos sirvieron para fortalecer la opinión de quienes entendían que no era viable un entendimiento entre los nuevos gobernantes y la jerarquía eclesiástica. Además los intentos de conciliación por ambas partes no sirvieron para borrar la memoria de unos sucesos obsesivamente aireados por nuestra historiografía más catastrofista. Además, estos graves acontecimientos, dada su gravedad, repercutieron inclusive sobre la estabilidad del Gobierno provisional.²⁸⁷

Resultaba innegable, además, que este brote violento, había que sobreponerlo a una situación de tirantez entre la jerarquía católica y los gobernantes republicanos, de lo que era buena muestra la pastoral del arzobispo de Toledo, el cardenal Segura²⁸⁸.

Cabe resaltar desde el primer momento, que la Iglesia adoptó no sólo una actitud de acatamiento y sumisión sino incluso de abierta colaboración en defensa de los intereses superiores del país. La Iglesia dio pruebas de moderación, paciencia y generosidad, evitando con exquisita prudencia cuanto pudiera parecer hostil para la República.

Significativo es un editorial publicado el 15 de abril en el diario católico *El Debate* donde se afirmaba: “La República es la forma de gobierno establecida en España; en consecuencia, nuestro deber es acatarla”. La Santa Sede pidió a sacerdotes, religiosos y católicos que demostraran el máximo respeto hacia el gobierno republicano para asegurar el mantenimiento del orden y del bien común²⁸⁹.

Si nos situamos en Barcelona, el obispo Manuel Irurita, en una circular publicada el 16 de abril, ordenó a los sacerdotes “no mezclarse en contiendas

²⁸⁶ *Historia General de España y América, La Segunda República y la Guerra*, Tomo XVII, pág. 6, Madrid, 1990, Editorial Rialp, 28 tomos.

²⁸⁷ *Ibíd.*, Miguel MAURA, Testimonio.

²⁸⁸ *Ibíd.*

²⁸⁹ CARCEL ORTÍ, Vicente, *La gran persecución, España, 1931-1939*, Barcelona, 2000, Planeta, pag.33.

políticas” y que “guarden con las autoridades seculares todos los respetos debidos y colaboren con ellas”, indicándoles además la conveniencia de hacer rogativas públicas para que el Señor “derrame sobre la Patria y sus gobernantes las gracias tan necesarias en los actuales momentos”²⁹⁰ .

De forma análoga, por su parte, el obispo de Gerona dio instrucciones a sus sacerdotes para que no se mezclasen en contiendas políticas; en cuanto a la predicación, que evitasen las alusiones directas o indirectas al estado actual de cosas y que guardasen con las autoridades seculares todos los respetos debidos y colaborasen con ellas, por los motivos que les son propios²⁹¹ .

El cardenal Segura publicó el 30 de abril una circular dirigida a los obispos en la que reconocía el principio del respeto y obediencia debidos a los gobiernos constituidos, aunque advertía que “cuando los derechos de la religión están amenazados, es deber imprescindible de todos unirnos para defenderla y salvarla”²⁹² . El nuncio Federico Tedeschini visitó en diversas ocasiones al ministro de Gracia y Justicia, Fernando de los Ríos, con quien mantuvo relaciones no sólo correctas sino incluso cordiales.

La jerarquía demostró una moderación y un talante liberal al que no estaba acostumbrada, quizás por el influjo que el cardenal Vidal, de Tarragona, e Ilundáin, de Sevilla, ejercieron sobre los obispos, tras la dimisión del cardenal Segura como primado de Toledo. Éste, junto con el obispo de Múgica, de Vitoria, provocó el único incidente grave con el nuevo régimen en las primeras semanas, pero fue resuelto en pocos meses.²⁹³

La sensatez que en todo momento inspiró las relaciones del arzobispo de Tarragona - cabeza moral del episcopado tras la renuncia de Segura – con las autoridades republicanas consiguió que los demás obispos actuaran de la misma forma.

Pero, cuando las provocaciones contra la Iglesia comenzaron de forma abierta desde los poderes nacionales, regionales y municipales, y cuando se

²⁹⁰ GUZMAN, E. de, *La Segunda República fue así*, Editorial Planeta, Barcelona, 1977, pág.117.

²⁹¹ Boletín Oficial de la diócesis de Gerona, 18 de abril de 1931.

²⁹² PALACIO ATARD, Vicente, *Cinco historias de la República y de la Guerra*, Madrid, 1973, Ed. Nacional, pág.43.

²⁹³ CARCEL ORTÍ, Vicente, *La gran persecución, España, 1931-1939*, Barcelona, 2000, Planeta, pag.33.

intensificaron la opresión y discriminación de los católicos la jerarquía se vio obligada a intervenir con duros escritos públicos y privados²⁹⁴.

El 9 de mayo de 1931 los arzobispos metropolitanos hicieron público un documento colectivo sobre el acatamiento del régimen republicano, en el que manifestaban algunos temores ante el mismo. Estos temores, como hemos manifestado con el título del epígrafe se confirmaron muy pronto, con los atentados a iglesias y conventos a principios de mayo. Por ello, el cardenal Segura se vio obligado a firmar una exposición, en nombre de los metropolitanos, dirigida al presidente del gobierno provisional de la República, protestando contra los agravios inferidos a la Iglesia.

A raíz de los sucesos de mayo de los que hemos hablado comenzó a evolucionar la respetuosa actitud inicialmente observada hacia la República por parte de la jerarquía eclesiástica. Esta actitud fue compartida también por el papa Pío XI, que en diversas circunstancias elevó su voz autorizada para denunciar violaciones de la libertad religiosa que, en nombre de una mal entendida democracia, cometían las autoridades republicanas.²⁹⁵

El cardenal Pacelli, secretario de Estado, envió un telegrama a los obispos en el que manifestaba la participación del Papa ante los graves momentos que atravesaba la Iglesia en España. Años más tarde, Alejandro Lerroux, reconoció que la "Iglesia no había recibido con hostilidad a la República. Su influencia en un país tradicionalmente católico era evidente. Provocarla a luchar apenas nacido el nuevo régimen era impolítico e injusto; por consiguiente, insensato".²⁹⁶

Sin embargo, la política laicista y las violencias en la calle crearon pronto una situación extremadamente tensa.²⁹⁷ La jerarquía española había acatado la República, aunque se sabía que algunos obispos la miraban con recelo. Es bueno que analicemos, para entender todo este cúmulo de circunstancias, este episodio de la Carta Colectiva de los Obispos españoles en 1937 en donde se habla de esta actitud: "Conste antes que todo -dijeron los obispos en la carta colectiva de 1937-, ya que la guerra pudo preverse desde que atacó ruda e inconsideradamente al espíritu nacional, que el episcopado español ha dado, desde el año 1931, altísimos

²⁹⁴ Ibídem.

²⁹⁵ CARCEL ORTÍ, Vicente, *La gran persecución, España, 1931-1939*, Barcelona, 2000, Planeta, pág.33.

²⁹⁶ PALACIO ATARD, Vicente, *Cinco historias de la República y de la Guerra*, Madrid, 1973, Ed. Nacional, pág.44-45.

²⁹⁷ CARCEL ORTÍ, Vicente, *La gran persecución, España, 1931-1939*, Barcelona, 2000, Planeta, pág.34.

ejemplos de prudencia apostólica y ciudadana. Ajustándose a la tradición de la Iglesia y siguiendo las normas de la Santa Sede, se puso resueltamente al lado de los poderes constituidos, con quienes se esforzó en colaborar para el bien común. Y a pesar de los repetidos agravios a personas, cosas y derechos de la Iglesia, no rompió su propósito de no alterar el régimen de concordia de tiempo atrás establecido. A los vejámenes respondimos siempre con el ejemplo de la sumisión leal en lo que podíamos, con la protesta grave, razonada y apostólica cuando debíamos; con la exhortación sincera que hicimos reiteradamente a nuestro pueblo católico a la sumisión legítima, a la oración, a la paciencia y a la paz. Y el pueblo católico nos secundó, siendo nuestra intervención valioso factor de concordia nacional en momentos de honda conmoción social y política.”²⁹⁸

Y para entender mucho mejor la actitud de la Iglesia en temas de política legislativa que le afectaban plenamente es bueno releer el testigo del futuro cardenal Tarancón, entonces joven sacerdote, que aún no había cumplido los treinta años. Él la recordaba en estos términos: “Ni yo, ni la mayoría de los curas que conocí recibimos con absoluta hostilidad a la República. La propia jerarquía había mostrado su acatamiento al poder constituido. Aunque la verdad es que nadie acabó de creer que tal acatamiento fuera sincero y verdadero. Los republicanos lo consideraban puro oportunismo. La derecha tradicional lo juzgaba una traición. Para mí era una postura coherente (...) La verdad es que la República fue claramente antirreligiosa y que pronto entre los católicos comenzó a sentirse hacia ella una hostilidad que hizo que todos viéramos como bienvenido el Alzamiento.”²⁹⁹

Y prosigue: “No podía uno estar ajeno a ese ambiente tan profundamente politizado. Tomar partido en las cuestiones políticas que se debatían en el Parlamento o en las realidades que se producían en diversas partes de España era considerado como un deber de conciencia. Pío XI había pronunciado una frase que nos sirvió maravillosamente para justificar nuestra preocupación – nuestra obsesión-política: <La Iglesia –dijo- no hace política. Pero cuando la política ataca al Altar, la Iglesia tiene el deber sagrado de defender el Altar.> Todos creíamos que ese ataque al Altar se daba –y hasta descaradamente- en España en tiempos de la República. Es verdad que algún obispo –concretamente el cardenal Vidal, arzobispo de Tarragona- intentaba un diálogo con las autoridades republicanas para solucionar el contencioso que existía entre ambas sociedades. Pero su postura estaba mal vista en casi todos los ambientes sacerdotales. Los partidos políticos de derecha tampoco aprobaban ese deseo de comprensión mutua y de paz social que patrocinaba el purpurado catalán. Creían que la Iglesia tenía el deber de mantener a sus sacerdotes y fieles en un clima de inconformidad y hasta de tensión contra el poder

²⁹⁸ Carta colectiva de 1937 del Episcopado español. Nº 3.

²⁹⁹ MARTÍN DESCALZO, José Luis, *Tarancón, El cardenal del cambio*, Barcelona, 1982, Editorial Planeta, 1982, pág.65.

constituido.³⁰⁰ “La pastoral del cardenal Segura, entonces arzobispo de Toledo y primado de España, haciendo el elogio de Alfonso XIII después de su exilio, fue bien aceptada en los ambientes clericales y molestó extraordinariamente a las autoridades y a los políticos de izquierda, que llegaron a expulsarle de España. Y hay que afirmar que la pastoral del cardenal Segura era, esencialmente, un homenaje de amistad y de gratitud al rey destronado. No era un ataque al Régimen. Pero fue considerada por todos –tanto de derecha como de izquierda, también por los sacerdotes- como un ataque frontal al régimen republicano.”³⁰¹

Como podemos ir observando la República se caracterizó por ser anticlerical y anticristiana. Al manejar conceptos tan ambiguos y tan maltratados conviene hacer hincapié en lo que entendemos por anticlericalismo. Por anticlericalismo se puede entender como la reacción más o menos fuerte contra la excesiva interferencia del poder clerical en los asuntos de orden político o social. Las causas o antecedentes literarios de este fenómeno religioso-cultural contra el clero pueden hallarse en obras españolas de la Edad Media y del Siglo de Oro, reflejando alguna de ellas la corriente llamada erasmista.

A lo largo de los siglos la Iglesia había sido la gran difusora de la cultura en todos los campos. Monasterios y conventos conservaron durante siglos un ingente patrimonio histórico-artístico. Papas, cardenales y obispos fueron mecenas y protectores de grandes pintores y escultores. Muchos de los mejores literatos fueron eclesiásticos.

La situación fue evolucionando y con el mundo llamado “moderno” y el anticlericalismo llamado moderno se movió en otro contexto ideológico completamente distinto. Voltaire y la irreligiosidad dieciochesca podrían señalarse como sus precursores; el liberalismo racionalista del siglo XIX ofreció el ambiente para su desarrollo definitivo. La reacción anticlerical se situó básicamente en dos ambientes: la educación y la política. En política, el clero se identificaba muchas veces con los partidos más conservadores; y en la difusión del conocimiento se arrogaba el monopolio de la verdad. Los escritores y los políticos sentían la presión clerical como un freno a la evolución. En esta lucha entablada en España, entre lo antiguo y lo moderno, el clero español optó más a favor de lo antiguo; de ahí la inquina que mereció de parte de artistas, escritores e intelectuales en general más abierto a lo moderno.

³⁰⁰ CARCEL ORTÍ, Vicente, *La gran persecución, España, 1931-1939*, Barcelona, 2000, Editorial Planeta, pág.36.

³⁰¹ ENRIQUE Y TARANCÓN, Vicente, *Recuerdos de juventud*, Barcelona, 1980, Editorial Grijalbo, pág.131-133.

Hemos de recordar que las personalidades como Pérez Galdós, Blasco Ibáñez, Pío Baroja así como Pérez de Ayala fueron novelistas anticlericales, cada uno en una medida distinta. Blasco Ibáñez y Pérez de Ayala de forma virulenta, en cambio Pío Baroja de forma más templada y acorde con su talante anárquico ante todo lo institucional.

Para intentar comprender toda la evolución de este fenómeno y sus consecuencias en la política legislativa es necesario recorrer un largo camino y conocer la situación española desde la Primera República (1873), fijándose en la actitud de los eclesiásticos ante la política de partidos, innovaciones educativas... Pero junto a eso, hay otras causas de esta fuerte reacción anticlerical, tales como el sectarismo político, las sociedades secretas, y sobre todo, la desoladora descristianización de una sociedad que seguía llamándose católica. En España existió este alto grado de clericalismo debido a la existencia de un estado confesional. Así se explican estos rebrotes de anticlericalismo tanto en la masa del pueblo como en los intelectuales y artistas.

Desde 1868 se observa la aparición de algunos signos de irreligiosidad que la prensa católica hace eco surgidos a consecuencia de la revolución y de la disputa sobre la libertad religiosa que muchos confunden con la hostilidad a las creencias religiosas. Las reacciones de los católicos quedan anegadas por una creciente marea de inmoralidad e indiferencia, a la vez que preocupa la divulgación de doctrinas materialistas que acaban negando la realidad de un mundo sobrenatural.

Muchos de aquellos militantes católicos lamentan “la muerte de España”, no sólo por la pérdida legal de la unidad religiosa, sino por la ruptura moral que observan en la sociedad española³⁰².

Escritores de la época como el padre Coloma en *Pequeñeces* y Alarcón en *El escándalo* nos han dejado un vivo retrato de aquellas altas esferas sociales corrompidas que se mueven en atmósferas de frivolidades, corrupción, egoísmo e indiferencia.

A su vez Galdós en sus *Novelas contemporáneas* y Clarín en *La Regenta* añaden observaciones realistas sobre el excesivo temporalismo de la Iglesia y sobre el uso egoísta que las clases sociales y algunos eclesiásticos hacen de la religión. La pequeña burguesía queda permeabilizada por estos nuevos valores y grandes

³⁰² CARCEL ORTÍ, Vicente, *La gran persecución, España, 1931-1939*, Barcelona, 2000, Editorial Planeta, pág.40.

sectores de la población proletaria, mísera y desatendida, comienzan a emanciparse de la Iglesia para buscar por otros caminos el remedio a sus desventuras.³⁰³

Tal como hemos ido analizando, toda esta presión anticlerical ya venía fraguándose desde principios del XIX y tuvo una raíz intelectual con base en el subjetivismo liberal y en el positivismo científico que veía básicamente a la Iglesia como la gran enemiga del progreso. Y otra de raíz popular, con enorme fuerza pasional y que descargaba sus emociones en un enconado odio a la Iglesia. En estos tiempos, siguieron latentes las “dos corrientes del anticlericalismo, una culta, otra popular, que mantienen la constante tensión de fondo”.³⁰⁴

Cabe decir que ni los intelectuales ni los escritores anticlericales nunca buscaron directamente la violencia, sin embargo, consiguieron infiltrarse en la mente de los españoles por medio de la escuela y de la universidad, y evidentemente, de forma directa sobre la legislación en esta materia.

Las dos corrientes anticlericales avanzaron simultáneamente y junto con los oradores y demagogos actuaron los tribunos de la plebe, responsables directos de disturbios callejeros y de atentados a las personas. También desde el mundo de las letras se fomentó este espíritu: periódicos, revistas, obras teatrales y escritos diversos hacían llegar a los ambientes populares, entre obscenidades, blasfemias, chabacanadas y todo género de libertades y vulgaridades, imágenes estereotipadas y falsas de una Iglesia presentada como única responsable de todos los males de la sociedad española y, por consiguiente, merecedora de los mayores castigos.³⁰⁵

Cabe explicar que la fobia anticlerical y anticristiana fue reprimida durante la Dictadura; sin embargo, estallaría a partir del 14 de abril de 1931 de forma manifiesta, también en la fundación de casas editoriales especializadas en la producción y difusión de publicaciones populares contra Dios y contra la Iglesia. Como veremos más adelante la legislación laicista y los tumultos callejeros fueron los primeros resultados inmediatos para quienes ingenuamente creían que con ella se resolverían todos los problemas y la situación nacional mejoraría.

Es interesante el testimonio recogido de un ministro republicano, Miguel Maura, del gobierno provisional de la República, establecido el 14 de abril de 1914

³⁰³ REVUELTA GONZÁLEZ, Manuel, “Religión y formas de religiosidad”, en “La época del romanticismo (1808-1874)”, 1989, pág.266-268.

³⁰⁴ PALACIO ATARD, Vicente, *Cinco historias de la República y de la Guerra*, Madrid, 1973, Editorial Nacional, 1973, pág.41.

³⁰⁵ CARCEL ORTÍ, Vicente, *La gran persecución, España, 1931-1939*, Barcelona, 2000, Editorial Planeta, pág.40.

que expone lo siguiente: "... estaba formado por hombres ferozmente anticlericales. Para ellos República era sinónimo de laicismo integral, y dada la realidad española ello equivalía a la persecución religiosa". Y otro de los hombres de aquel gobierno, el socialista Indalecio Prieto, confesó en 1941 que, diez años antes, el anticlericalismo constituía el único bagaje de sectores republicanos muy densos.³⁰⁶

Es importante conocer la opinión de algunos historiadores, incluso clérigos, que no dudan en afirmar frases del estilo que "a la Iglesia la persiguieron por odio a Dios y por sus pecados", y algunas veces insisten en expresar que nos paramos en la primera causa sin pasar a la segunda. En aras de la verdad, cabe afirmar que al releer los procesos de beatificación no aparecen por ninguna parte los pecados del mártir sino un increíble odio a Dios y a todo lo que representa la fe en Él. Y frases del tipo: "Te salvamos la vida si reniegas de tu fe, si blasfemas contra Dios o contra la Virgen, etcétera" Todos sabían que la víctima, sacerdote, religioso, seglar, tenía fama de bueno e incluso de santo... Sencillamente ese anticlericalismo, más que atacar personalmente al clero, lo que pretendía era destruir el mensaje que llega a través de la Iglesia, es decir, el Evangelio.

Retomando el inicio del epígrafe, tras la proclamación de la Segunda República se recrudeció enormemente la campaña anticlerical existente desembocando materialmente en la quema de conventos. Hechos muy graves ocurrieron en Madrid el domingo 10 de mayo cuando grupos de anarquistas quemaron cinco centros religiosos (entre ellos Areneros y la Casa Profesa de los jesuitas, en la calle de la Flor) y lo intentaron en otros diez, aunque la fuerza pública llegó a tiempo para evitarlo. Es evidente que se cebaron con los edificios de los jesuitas. La crónica aparece narrada por el célebre historiador Zacarías García Villada, académico de la Historia, que vivía en Areneros.

En Valencia, Alicante, Murcia, Sevilla, Málaga y Cádiz se produjeron asaltos, saqueos e incendios de iglesias, monasterios y conventos, que la fuerza pública no impidió, porque tanto la Guardia Civil como los bomberos permanecieron al margen. Fue un trágico preludio de lo que ocurriría pocos años más tarde.

MONTERO comenta: "Apenas nacida la nueva etapa se sintieron en su propia casa demagogos extremistas y ateos rabiosos. Una ojeada a la prensa y a la oratoria política de aquellas calendas convence de inmediato al lector más neutral de los propósitos terroristas y de la incapacidad de convivencia con la extrema izquierda."³⁰⁷

³⁰⁶ PALACIO ATARD, Vicente, *Cinco historias de la República y de la Guerra*, Madrid, 1973, Editorial Nacional, pág.43.

³⁰⁷ MONTERO MORENO, Antonio, *Historia de la persecución religiosa en España, 1936-1939*, Madrid, 2004, Biblioteca de Autores Cristianos, pág.25.

La prensa de la época se hizo eco de lo sucedido. Algunos ejemplos reveladores pueden ser los siguientes: El Socialista del 12 de mayo de 1931 glosaba los sucesos de la fecha precedente en estos términos: “La reacción ha visto que el pueblo está dispuesto a no tolerar. Han ardidido los conventos: ésa es la respuesta de la demagogia popular a la demagogia derechista.” El Pueblo, de Valencia, el mismo día y con referencia a idénticos sucesos, escribía: “Como represalia contra los criminales manejos urdidos por los clericales y alfonsinos, son incendiados varios conventos. La lección debe servir de ejemplo para futuros planes. Al conocerse en toda España lo ocurrido, se producen indescriptibles manifestaciones de entusiasmo republicano.”

Y en Crisol del 14 de mayo, Luis Bello señalaba que “el pueblo no puede esperar que la revolución se haga paso a paso, y los hombres que el 11 de mayo quemaron iglesias prestaron un servicio muy estimable a los que mañana hayan de gestionar la renovación del concordato.”

Los ejemplos podrían sucederse pero creo que ya son lo suficientemente descriptivos y reflejan los matices que impregnaban los partidos de izquierdas. Debemos añadir un comentario interesante de Montero cuando dice: “la censura oficial impidió a los periodistas de orientación católica dar la versión justa de los hechos, mientras la prensa opuesta ofrecía a su clientela las más pintorescas interpretaciones”.³⁰⁸ Sirva a modo ilustrativo los siguientes ejemplos: El Pueblo de Valencia escribió el 12 de mayo que los incendios habían sido maquinados por católicos antirrepublicanos para desprestigiar el régimen, mientras que El Heraldo de Madrid afirmaba que los frailes habían disparado contra los obreros, Crisol, sin aducir prueba alguna, denunciaba que en los conventos había arsenales de armas y polvorines.

La disputa sobre las responsabilidades del gobierno por estos hechos sigue abierta, aunque el historiador no puede entrar en ella porque “no quedan actas judiciales del proceso, que no llegó a iniciarse, contra los autores de tales desmanes. Ya esta ausencia formal de intervención de la autoridad judicial denuncia de por sí que el gobierno rehuía aclaraciones excesivas de lo ocurrido”.³⁰⁹

No debe sorprender la indiferencia de las autoridades civiles ante hechos tan graves, si se considera que en Málaga el gobernador militar González Caminero

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ TUSQUETS TERRATS, Juan, *Orígenes de la revolución española*, Barcelona, 1932, Editorial Vilamala, pág.105-109.

ordenó la retirada de la fuerza pública que trataba de evitar el incendio y la destrucción del palacio episcopal y la residencia de los jesuitas.³¹⁰

El mismo gobernador envió al ministro de Guerra el siguiente telegrama: “Ha comenzado la quema de iglesias. Mañana continuará.”³¹¹ Otra versión del mismo telegrama es la siguiente: “Ha comenzado la quema de iglesias. Continuará mañana.”³¹²

Cuando los bomberos, protegidos por la Guardia Civil, sofocaban el incendio de la casa de los jesuitas de Málaga, se personó el citado gobernador militar, quien dio orden a la Benemérita de retirarse, por ello ardieron la iglesia y el convento; y también ordenó a las parejas que custodiaban el palacio episcopal que abandonaran dicha vigilancia. La consecuencia fue el incendio inmediato del inmueble.³¹³

Los episodios comentados no son más que un pequeño elenco que lo que fue la actitud de parte de las autoridades en estos acontecimientos. Y creo que no es nada despreciable el testimonio acontecido referido a Miguel Maura: “Al proclamarse la República, recibí un telegrama del alcalde de un pueblo cuyo nombre no hace al caso: “Excmo. Sr. Ministro de la Gobernación. Madrid. Proclamada la República. Diga qué hacemos con el cura.”³¹⁴

No nos deben sorprender, tras la sucesión de tan luctuosos sucesos, las contundentes afirmaciones del obispo de Tarazona, Isidoro Gomà, quién a raíz de la proclamación de la República, no dudó en afirmar que “España había entrado ya en el vórtice de la tormenta”³¹⁵; y en la misma línea las declaraciones del cardenal Segura que afirmó “nuestra patria ha sufrido un duro golpe con los sucesos de estos días.”³¹⁶

³¹⁰ CARCEL ORTÍ, Vicente, *La gran persecución, España, 1931-1939*, Barcelona, 2000, Planeta, pág. 45.

³¹¹ PALACIO ATARD, Vicente, *Cinco historias de la República y de la Guerra*, Madrid, 1973, Ed. Nacional, pág.45.

³¹² Otra versión del mismo telegrama es la siguiente: “Ha comenzado la quema de iglesias. Continuará mañana.”³¹². La cita A. Montero, ob.cit., p.26, tomándola de NARBONA, Fernando, *La quema de conventos*, Publicaciones Españolas, Madrid, 1954, p.17 Otra versión del mismo telegrama es la siguiente: “Ha comenzado la quema de iglesias. Continuará mañana.”

³¹³ CARCEL ORTÍ, Vicente, *La gran persecución, España, 1931-1939*, Barcelona, 2000, Editorial Planeta, pag.47.

³¹⁴ BAYLE PRIETO, Constantino, “Sin Dios y contra Dios”, en *Razón y Fe*, 1935, pág.157-158.

³¹⁵ *Arxiu Vidal y Barraquer*, Ed.M. Batllori y V.M.Arbeloa, Monestir de Montserrat, 1971, I, pág.22.

³¹⁶ *Ibídem*, pág.24.

El presidente del gobierno provisional declaró que las consecuencias de los incendios de iglesias y conventos “para la República fueron desastrosas: le crearon enemigos que no tenía; mancharon un crédito hasta entonces diáfano e ilimitado; quebrantaron la solidez compacta de su asiento; motivaron reclamaciones de países tan laicos como Francia o violentas censuras de los que como Holanda, tras haber execrado nuestra intolerancia antiprotestante, se escandalizaban de la anticatólica”.³¹⁷

Lerroux, líder del partido radical, afirmó que los incidentes de mayo fueron “un crimen impune de la demagogia”³¹⁸ y el mismo Maura admitió que se trató de un “bache”, que podía haber sido definitivo para el nuevo régimen, si bien fue superado. Para Maura “Se había tratado tan sólo de quemar iglesias y conventos, no por espíritu revolucionario... sino como simple manifestación sectaria de un puñado de falsos intelectuales del Ateneo, y como diversión o entretenimiento de una turba de verdaderos golfos, a quienes se aseguraba la más absoluta impunidad.”³¹⁹

La tesis de que “el gobierno, con su pasividad, alentó de hecho, la quema” es compartida hoy por historiadores, como Pío Moa,³²⁰ ex militante del Partido Comunista Revolucionario y de los GRAPO.

Nos situamos unas semanas más allá en el tiempo y para entonces España estaba ya plenamente sumida en un clima electoral, pues la Gaceta de la República del día 3 de junio convocaba para el 28 de junio elecciones generales de diputados a Cortes constituyentes. La segunda vuelta, en donde fuese necesaria, se celebraría el 5 de julio, y los comicios se realizarían conforme al decreto del 8 de mayo anterior y a la ley electoral de 1907. La novedad del Decreto estaba en la creación de las circunscripciones provinciales, que elegían un diputado por cada 50.000 habitantes.

El objetivo de consolidar el régimen republicano recién nacido era patente y el clima de ilusiones, a pesar de las jornadas de las quemas de conventos, todavía constituía un eje fundamental.

Las elecciones de 28 de junio de 1931 se celebraron con una participación que el Anuario Estadístico de España estimaría, más adelante, como superior al 70 por 100.

³¹⁷ ALCALÁ ZAMORA, Niceto, *Memorias (Segundo texto de mis Memorias)*, Editorial Planeta, Barcelona, 1977, pág.159.

³¹⁸ LERROUX, Alejandro, *La pequeña historia*, Buenos Aires, 1945, Editorial Címera, pág.33.

³¹⁹ MAURA, Miguel, *Así cayó Alfonso XII*, Barcelona, 1968, Editorial Ariel, 1968, pág. 264.

³²⁰ MOA RODRÍGUEZ, Pío, *Los orígenes de la guerra civil española*, Madrid, 1999, Editorial Encuentro, 1999, pág.159.

Mientras tanto, la Comisión parlamentaria que se había organizado para preparar un proyecto de Constitución de la República se dio prisa por acabar sus trabajos. En el discurso de presentación del proyecto se reconocía que se había redactado “una Constitución de izquierda, pero no socialista”. No opinaban, desde luego, lo mismo las derechas.

2.1.1.4. *El bienio de izquierdas*

El día 10 de diciembre de 1931 las Cortes decidían, por amplia mayoría (362 votos favorables), la elección de don Niceto Alcalá Zamora para ocupar el cargo de presidente de la República española. Era la culminación de un proceso de institucionalización del que *El Sol* informaba escuetamente: “Las Cortes Constituyentes, en sesión celebrada en el día de hoy, y con arreglo a lo dispuesto en la primera de las disposiciones transitorias de la Constitución, sancionada y promulgada en el día de ayer, han elegido Presidente de la República al Excmo. Sr. Don Niceto Alcalá Zamora y Torres. Palacio de las Cortes, 10 de diciembre de 1931. El Presidente, Julián Besteiro.”

Como resultaba lógico en estas circunstancias, Azaña ponía su cargo a disposición del jefe del Estado, quien, no obstante, lo confirmaba inmediatamente en su puesto, convencido, como lo estaba Alcalá Zamora, de que nadie mejor que Azaña para desempeñar la presidencia del Consejo de Ministros.

Los radicales quedaron descartados de la composición de un Gobierno de republicanos de izquierda y socialistas que se mantendría a lo largo de casi todo el primer bienio. El Gobierno fue de matiz claramente izquierdista y no supondría un cambio sustancial en la trayectoria de la República.

Esta primera etapa quedó marcada por los conflictos sociales, la política anticlerical, el Estatuto de Cataluña, la sublevación de Sanjurjo y un paulatino fortalecimiento de las derechas que conllevará serias dificultades para el Gobierno junto con algunos embates anarquistas. No podemos obviar tampoco el influjo que produjo la ley de Congregaciones religiosas. Según se dijo, era la consecuencia lógica del desarrollo del artículo 26 de la Constitución. La ley regulaba, entre otros aspectos, la facultad de las Órdenes religiosas para impartir los distintos grados de la enseñanza. En este aspecto la idea de Azaña había sido clara desde el primer momento: secularización de la educación y escuela laica en la primera enseñanza. El modelo a seguir, en lo posible, debía ser la Institución Libre de Enseñanza. Los primeros pasos que en este sentido se habían venido dando y culminaron ahora con el nuevo proyecto de ley, por el cual quedaba anulada toda la labor docente religiosa.

El gobierno no aguantaría mucho los avatares de esta época y la dimisión del Gobierno presidido por Azaña dejaba abierta dos vías de actuación al Jefe del

Estado. Una, confiar a Lerroux la formación de un Gabinete con fuerte base radical; otra, la convocatoria de unas nuevas elecciones. Cuatro días duraron las consultas, en las que Lerroux intentó inicialmente un Gobierno de “notables” republicanos, poco ligados a filiaciones políticas, que resultó inviable. Así pues hubo que perfilar un nuevo proyecto gubernamental a base de sumar apoyos de la izquierda republicana no socialista.

Efectivamente, el Gobierno formado por Alejandro Lerroux el 12 de septiembre de 1933 podía considerarse como una coalición republicana³²¹. Sin embargo, la tentativa se iba a estrellar contra varios frentes, haciendo que el nuevo Gobierno naufragara poco después de iniciar su navegación. El 8 de octubre se hacía pública la lista del nuevo Gobierno presidido por Martínez Barrio.

El 10 de octubre se publicaba el decreto de disolución de las Cortes y se convocaban elecciones generales para el 19 de noviembre. Este período electoral tendría unas características muy distintas a las anteriores. En virtud de lo previsto en la Constitución se introdujo la participación femenina y de ahí la preocupación que derechas e izquierdas tendrían por captarse unos votos que se sabían decisivos ya que el número de posibles electoras superaba al de electores varones.

“El desarrollo de esta campaña de atracción de la mujer -ha escrito Rosa Capel-, cuya intensidad gana gran cantidad de enteros, como es lógico, en vísperas de elecciones, este continuo asegurar que se cuenta con el voto femenino, esconde bajo sí la inseguridad que a unos y a otros embarga en relación con el resultado global de los comicios, pues a pesar de los panfletos, de las conferencias, de las agrupaciones, de los mítines, de los comités electorales, etcétera, sólo se conoce en realidad el sentir de una minoría de mujeres, frente al número total de votantes; el resto, la gran mayoría, sigue siendo una auténtica incógnita, tanto en el sentido en que se inclinará su voto, como en la cuestión de si llegará a ir a las urnas, o se dejará arrastrar por la inercia de su posición “no beligerante” mantenida durante siglos”.

De ahí la necesidad de una campaña de captación que consolidase ese triunfo previsto. Si, efectivamente, la derecha contaba de entrada con el conservadurismo y clericalismo de una gran mayoría de las mujeres, sería éste un camino explotado a lo largo de la campaña, intentando convencer a las futuras votantes de que tan sólo una solución política moderada podía garantizar todos esos ideales en torno a los que giraba su vida familiar y social. Y es que, en realidad, lo que preocupaba en mayor escala era la abstención de esa mujer que, si, en efecto,

³²¹ *Historia General de España y América, La Segunda República y la Guerra*, Tomo XVII, Madrid, 1984, Editorial Rialp, 28 tomos, pág.37.

era conservadora y religiosa en un alto porcentaje, era también frecuentemente inculta y pasiva, por una excesiva dependencia del cabeza de familia, ya fuese éste padre, esposo o hermano. Tarea doble, por tanto: sacarla de una pasividad de siglos y darle un incentivo lo suficientemente poderoso o atractivo para decantarla hacia una postura política clara.

Resumiendo, si desde la óptica de la derecha, tan solo la mujer podía garantizar los ideales en torno a los que giraba la familia, bajo los supuestos de la izquierda tan sólo ella podía salvaguardar los intereses del hogar trabajador, y el trabajo, el jornal, el seguro y la previsión -a todos los niveles- eran, y seguirían siendo, preocupación predominante de la izquierda.

“Las elecciones de 1933 -ha escrito Tusell- suponen un movimiento pendular en la vida política. Movimiento pendular indudablemente exagerado por la ley electoral, que se vuelve en contra de los que la habían engendrado, mientras que es muy posible que el electorado estuviera en unas posiciones políticas mucho más próximas a las de la elección anterior que lo que las propias estadísticas electorales indican, a pesar de que tanto la coyuntura económica como la evolución de la situación política empujaban al cambio.”

Las consecuencias de la consulta serían tan profundas que, ante la carencia de un estudio global de estas elecciones, no resulta extraño que los historiadores del período hayan diferido profundamente en la valoración del fenómeno.

De todas estas opiniones la más grave es, o parece ser, la expuesta por Ramos Oliveira que contrasta con la opinión de Jackson, para quien “las elecciones generales de noviembre de 1933, así como las de febrero de 1936, fueron, indudablemente, las consultas más representativas de la historia española”.

El Debate se apresuró a informar de los resultados, presentándolos como un voto de censura por parte del elector hacia la política laicista y socializante llevada a cabo en el período anterior: “Si atendemos -se leía en el diario católico- a las proclamas, a los discursos, a toda la agitación espiritual que ha precedido a las elecciones, el voto del domingo se ha emitido, ante todo y sobre todo, contra la política sectaria de los Gobiernos de estos dos últimos años. En segundo término ha significado la repulsa contra la política socialista, que ha dañado, en las reformas llevadas a cabo, legítimos derechos de la propiedad y del trabajo nacional. Y, por último, hay que ver en él la protesta contra la arbitrariedad, la crueldad y el despotismo con que, en el aludido período, se ha fomentado el desgobierno.”

Ciertamente, el triunfo del centro-derecha parecía ya incuestionable, y poco IBÁN a cambiar las cosas tras la segunda vuelta, realizada en 17 provincias.

La opinión de MADARIAGA ante este triunfo del centro-derecha que, ciertamente, ni ellos mismos habían esperado en esa proporción, explica en parte

esa movilidad del voto. “El resultado vino a confirmar los temores de los que, en el primer triunfo electoral de la República, habían discernido una ola de emoción más que una convicción profunda.” Pero, sin duda, aunque algo de esto hubiera, no lo era todo. Sería absurdo intentar valorar esos resultados sin tener en cuenta la incidencia del abstencionismo anarquista, del voto de la mujer, del desgaste del grupo en el poder, o del reagrupamiento de las derechas. A todos ellos aludíamos al hablar de la mayor complicación de esta campaña. Lo que sí parece claro es que la gran mayoría de los españoles deseaban un Gobierno de moderación y de equilibrio.

2.1.1.5. *El bienio de derechas*

El hecho de que la CEDA fuese la minoría más numerosa en aquellas Cortes no era suficiente para que a nadie, y menos al presidente de la República, se le pasase por la cabeza que podría recibir el encargo de formar un nuevo Gobierno. Gil Robles, el jefe de la CEDA, tampoco reclamó entonces las responsabilidades del Gobierno; y fue Lerroux el que, desde pocos días después de las elecciones, se ofreció para dirigir un Gobierno republicano de centro-derecha para el que solicitaba el apoyo de las derechas no monárquicas.

La cuestión de la formación de un nuevo Gobierno, sin embargo, se retrasó unos días por la manifestación de resistencia de la fuerza extraparlamentaria del anarquismo que obligó al Gobierno a emplearse a fondo.

Otra vez se desataba la violencia incontrolada: incendios, asaltos a edificios públicos y privados, actos de sabotaje, declaración de “comunismo libertario” en algunos pueblos... Hubo quien dijo en su momento, e incluso quien todavía opina, que el movimiento revolucionario había sido una rotunda y efectiva respuesta al resultado de las elecciones. El lema era éste: “frente a las urnas, la revolución social”.

Tras estos acontecimientos, que fueron un virulento paréntesis en el proceso político, se buscó una fórmula de gobierno que fuera acorde con los resultados electorales. Saliendo al paso de ciertas posturas, *El Debate* del 14 de diciembre fijaba la posición de los católicos ante el régimen: “(...) gentes de izquierdas (...) empeñadas en cerrar el camino a las derechas, o en invalidar y quitar eficacia al triunfo magnífico de éstas, vienen pidiendo, y en los últimos tiempos con apremios reiterados, que la derecha española defina con claridad su política. Más precisamente, su posición respecto a la República. Una vez más debemos decir que no comprendemos por qué se tacha de equívoca una conducta que es la claridad misma, hoy, y ayer, y desde hace por lo menos dos años. Conducta clara, volvemos a decir. Y agregamos estos dos calificativos: leal y patriótica. (...) En resumen, y por emplear las mismas palabras que el papa en la *Dilectissima nobis*, siempre que queden a salvo los derechos de Dios y de la conciencia cristiana, los católicos

españoles, en cuanto tales, no pueden encontrar dificultad, puesto que el Papa no la encuentra, en avenirse con las instituciones republicanas.”

Lo cierto era que el árbitro de la política del momento era Lerroux, y a él llamó el presidente de la República para que formara el primer Gobierno de esta segunda etapa. El 16 de diciembre Alejandro Lerroux pudo formar un nuevo Gobierno, cuya composición fue la siguiente: Presidencia, Alejandro Lerroux García; Estado, Leandro Pita Romero; Justicia, Ramón Álvarez Valdés; Gobernación, Manuel Rico Avello; Guerra, Diego Martínez Barrio...³²². Se trataba de un Gobierno en el que junto a ocho ministros radicales, participaban dos independientes, dos republicanos de tipo conservador y un representante del único partido de derechas abiertamente republicano: el Partido Agrario. “Habida cuenta -ha escrito Madariaga- de estas circunstancias, el señor Lerroux procedió con suma cautela, constituyendo un gobierno de radicales con sólo un ministro de la coalición de derechas, un agrario, que además intentó equilibrar tomando a bordo un ministro de la ORGA. Así equipado, don Alejandro Lerroux entró por la estrecha senda que le quedaba entre una derecha potente y resentida, que dominaba en las Cortes, y una izquierda resentida y potente cuya derrota parlamentaria la incitaba a rehacerse en la calle.”

Como viejo y avezado político que era Alejandro Lerroux sabía que las cosas no IBÁN a resultar fáciles. De ahí el sumo tacto que desplegó en todo momento, intentando atraerse a la derecha a una colaboración sincera. Enorme cautela a la hora de poner en marcha las leyes aprobadas en el período anterior; suavidad y prudencia para no lesionar sentimientos religiosos. Sin embargo, esa política no pudo conseguir unos resultados plenamente satisfactorios.

Si, por una parte, conseguiría la efectiva colaboración de la CEDA, por otra parte, se ganó la animadversión del socialismo y de los partidos republicanos de izquierda.³²³ En cualquier caso, lo cierto era que Lerroux no tenía muchas opciones para encauzar la situación política.

Para entender este colaboracionismo de la CEDA es bueno que nos detengamos unos momentos en el discurso del líder cedista en el discurso pronunciado en la Cámara durante la presentación del nuevo Gobierno: “Para realizar esa obra -afirmaba Gil Robles- y todo lo demás que el Gobierno crea preciso con arreglo a sus planes que no vaya contra nuestras convicciones, nuestros votos en la medida que los desee, con plena dignidad por nuestra parte y por la suya, sin regateos de ninguna especie. Nos bastará ver su buena voluntad para llevarla a cabo; desde ese instante, para esa obra nacional nos tendrá a su disposición, y si

³²² *Ibidem*, pág.46.

³²³ *Historia General de España y América, La Segunda República y la Guerra*, Tomo XVII, Madrid, 1984, Editorial Rialp, 28 tomos, pág.46.

ese Gobierno fracasara en su empresa, nosotros estaríamos dispuestos a facilitar la formación de un Gobierno de composición análoga, de tipo de centro, porque tenemos la aspiración de demostrar al pueblo que no tenemos ambición de ninguna especie; que no tenemos deseo de mando; que no tenemos prisa de ningún género; que queremos que se agoten todas las soluciones, para que después la experiencia diga al pueblo español que no hay más que una solución, y una solución netamente de derechas.”

2.1.2. La situación de la Iglesia

2.1.2.1. Ante la proclamación de la República

Los nuevos, o renacidos, partidos políticos que actuaban en el último año y medio, aproximadamente, del reinado de Alfonso XII, a partir del alejamiento de Miguel Primo de Rivera del poder (28 de enero de 1930), tocaron de diversas formas el tema religioso en sus propagandas preparatorias de las elecciones municipales del 12 de abril de 1931. Tanto los partidos de derecha como de izquierda, desde el punto de vista político-religioso trataron frecuentemente de ese tema, de palabra, -en discursos y mítines-, y por escrito, -en la prensa periódica y en multitud de folletos-.

Descontados algunos grupos de tendencia siempre marcadamente anticlerical y antirreligiosa, en los dirigentes de los partidos que se preparaban a dirigir la futura Segunda República en un plazo no muy lejano predominó un tono moderado y conciliador, no exento de ambigüedad, ciertamente. Ese tono quedó reflejado en el Estatuto jurídico del Gobierno provisional de la República, válido hasta que las Cortes constituyentes aprobasen una nueva Constitución.³²⁴

El artículo tercero de dicho Estatuto, fechado el mismo día en que se proclamó la República, 14 de abril, decía: “El Gobierno provisional hace pública su decisión de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano la revelación de sus convicciones religiosas.”

Este párrafo no podía agradar a muchos católicos, porque implicaba la neutralidad del Estado y la separación entre éste y la Iglesia católica; y creaba serias dificultades a todos los obispos, cualesquiera que fuesen sus matices ideológicos, pues la Iglesia romana no había abandonado, hasta entonces, las actitudes antiliberales mantenidas durante todo el siglo XIX.

³²⁴ *Ibidem*, pág.176.

Cierta actitud conciliadora se imponía a cuantos se daban por enterados que en España el régimen monárquico se daba por liquidado, al menos por un largo período, si no de un modo definitivo. Esa posición moderada estaba respaldada por la Santa Sede a través de la Secretaria de Estado de Roma y de la Nunciatura de Madrid, circunstancia ésta de gran trascendencia en unos momentos tan inciertos³²⁵.

Apenas proclamada la República, el cardenal secretario de Estado, Eugenio Pacelli, comunicaba al nuncio Federico Tedeschini el deseo de la Santa Sede de que cada prelado recomendase a los sacerdotes, religiosos y fieles de su diócesis que respetasen los poderes constituidos y que les obedeciesen, “para el mantenimiento del orden y para el bien común”³²⁶.

Estas mismas ideas expuso Pacelli a todos los obispos de España, en nombre de todos los arzobispos de España, en nombre del papa Pío XI, el 29 del mismo mes de abril, exhortándolos, además, a procurar que en las próximas elecciones de diputados para las Cortes constituyentes los católicos, “prescindiendo de sus personales tendencias políticas” y reservando a la Santa Sede los temas relacionados con el Concordato de 1851 hasta entonces vigente, acudiesen unidos para defender los derechos de la Iglesia. Pacelli procedía de la diplomacia pontificia y conocía de cerca la Europa democrática salida del desmembramiento de los Imperios centrales de 1918. En cambio, Pío XI, aún después del cambio de secretario de Estado, conservó una cierta simpatía por los regímenes autoritarios siempre que no se opusiesen a su propio autoritarismo. Esa dualidad de actitudes político-religiosas entre el papa Ratti y el cardenal Pacelli incidirá constantemente en las relaciones que mediarán entre la Iglesia católica (la de España y la de Roma) y el Gobierno republicano, entre los católicos españoles y la Iglesia jerárquica, pues los católicos más tradicionales y extremistas hallarán fácil apoyo en el Papa, al paso que los más democráticos y moderados se verán favorecidos por el secretario Pacelli y por el nuncio Tedeschini.

Es preciso tener en cuenta, desde el principio, estas fluctuantes actitudes entre la Iglesia española y la Iglesia romana, para entender las reacciones en la legislación de temas familiares y matrimoniales desde abril de 1931 hasta julio de 1936.

Ante tal posicionamiento, los obispos interpretaron las insinuaciones del nuncio y del secretario de Estado del Vaticano como exhortaciones a dirigir sendas cartas pastorales a sus propios fieles. Se limitaron a insistir en el acatamiento al

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ Arxiu Vidal y Barraquer: *Església i Estat durant la Segona República Espanyola 1931-1936*, textos en la llengua original, edició a cura de EM. Batllori y V.M. Arbeloa, Monestir de Montserrat, 1971-1981, 3 tomos publicados cada uno en dos volúmenes.vol.I, pág.22.

nuevo régimen a favor del bien común y del orden público, y a pedir el apoyo a favor de la defensa de la Iglesia ante el cambio de régimen. En esta línea se situaron, especialmente, el cardenal arzobispo de Tarragona, Francisco Vidal y Barraquer, y el obispo de Madrid – Alcalá, Leopoldo Eijo y Garay.

En cambio, el cardenal Segura, arzobispo primado de Toledo, se vio obligado a reconocer los beneficios que la Iglesia española había recibido de la Monarquía, y al hacer un cálido elogio del último rey, el Gobierno lo interpretó como un reto. Por otra parte, el obispo de Tarazona, Isidro Gomà y Tomás, estuvo atento a recordar las doctrinas políticas de la Iglesia decimonónica e incluso llegó mucho más lejos: “El peligro de esta fábula de la soberanía nacional está, primero, en que se vacía de Dios la sociedad, y se le suplanta con la autoridad de un hombre o de unos hombres que, por lo mismo que no ejercen el poder en nombre de Dios, podrán prescindir de Él [...]. La soberanía nacional es, bajo este aspecto, el plano inclinado para llegar al pleno ateísmo del Estado.”

Esta pastoral de Tarazona, a pesar de su extrema dureza, no hizo tanto impacto en Madrid y en España como la de Toledo, por haberse publicado en un boletín local y por no gozar aún entonces de gran renombre el doctor Gomà fuera de los círculos eclesiásticos.

Las inquietudes de los católicos venían sumándose al descontento general más y más, y las disposiciones gubernativas contrarias, en mayor o menor grado, a los derechos de la Iglesia y de la sociedad cristiana. Des de el 14 de abril de 1931 podemos destacar las siguientes: el decreto sobre la plena libertad de conciencia y de cultos (22 de mayo) y el carácter voluntario de la enseñanza religiosa en las escuelas (6 de mayo) que sólo fueron un prelude de lo que estaba por llegar. La lista de decretos y de órdenes sería mucho más larga y cuando estaba en pleno curso la euforia en la prensa sobrevinieron los incendios de los días 11 a 13 de mayo que vinieron a crear más tirantez entre los católicos y la República. A todo ello debemos sumar unas declaraciones de todos los metropolitanos en las que auguraban mejores relaciones entre la República y la Iglesia para el futuro³²⁷. Todo ello disgustó a algunos arzobispos, sobre todo el lugar de su fecha, que podría sugerir una connivencia de la Santa Sede con las posiciones extremistas del cardenal de Toledo. No olvidemos que había tenido lugar hacía muy poco la petición de expulsión de España del cardenal Pedro Segura. Y finalmente la atmósfera que contra éste se iba creando en los medios republicanos se fue enrareciendo tanto, que el ministro de la Gobernación, Miguel Maura, ordenó detenerlo y trasladarlo a la frontera de Irán. Éste, de momento, regresó a Roma,

³²⁷ Boletín de la archidiócesis de Toledo, 8 de Junio de 1931, “Exposición de los [...] metropolitanos españoles al [...] Sr. Presidente del Gobierno provisional”.

pero para establecerse pronto en Belloc, junto a Bayona, donde continuó su contacto con los eclesiásticos españoles.

2.1.2.2. *Las Cortes constituyentes y la Iglesia*

Constituye este un tema muy delicado por las consecuencias legislativas que trajo en las instituciones familiares y también en los artículos referentes a la religión. La comisión jurídica-asesora del Gobierno provisional, presidida por el católico liberal Ángel Osorio Gallardo, con miembros procedentes del gobierno anterior y con otros de nombramiento republicano, IBÁN preparando un anteproyecto de Constitución, que fue ultimado el 6 de julio y divulgado poco después.

Sus artículos promovieron fuertes reacciones en este momento histórico. Cabe decir que después del Vaticano II, todos los católicos no reaccionarios aceptarían sin grave dificultad lo referente a la legislación de la Iglesia católica. En principio, sus aserciones principales fueron: no existe ninguna religión del Estado, pero la Iglesia será considerada como de derecho público; se garantiza la libertad de conciencia y de religión, y el ejercicio privado y público de ésta.

Este anteproyecto dio lugar a que el nuncio, movido por el papa, exhortase a los prelados a que organizaran una amplia campaña de prensa a favor de la Iglesia y, por otra, que muchos obispos desearan preparar una pastoral colectiva contra el anteproyecto citado.

Segura recogió el ruego que algunos le dirigieron en este sentido y la redactó en su tono característico y connatural, que algunos pareció intempestivo y duro³²⁸.

Poco después, en su polo opuesto en el deseo de cumplir sus deberes pastorales sin chocar frontalmente con la República, el arzobispo de Tarragona cardenal Vidal i Barraquer, en una estancia en Roma del 15 al 21 de julio, recibía también la aprobación de su plan, consistente en que cada provincia eclesiástica enviase a las Cortes un mensaje respetuoso sobre los contenciosos abiertos entre la República y la Iglesia³²⁹.

La campaña de la prensa izquierdista contra el cardenal Segura y contra la Iglesia en general se recrudeció, precisamente en los momentos en que se hizo público el proyecto de Constitución preparado por la comisión parlamentaria, que reelaboró en profundidad el precedente anteproyecto de la comisión jurídica-

³²⁸ Boletín de la archidiócesis de Toledo, 14 de agosto de 1931.

³²⁹ *Historia General de España y América, La Segunda República y la Guerra*, Tomo XVII, Madrid, 1984, Editorial Rialp, 28 tomos, pág.179.

asesora, dando un tono mucho más radical a los artículos relacionados con la Iglesia.

Dicha comisión, presidida por el socialista Luis Jiménez de Asúa, reputado penalista, contaba con un número de miembros proporcionado a los escaños que cada partido había ganado en las Cortes; pero los pareceres de los cinco miembros socialistas acababan casi siempre por triunfar en el seno de la misma.

Aun antes de hacerse plenamente público este proyecto parlamentario de Constitución, ya el 14 de agosto los sacerdotes diputados de la minoría agraria Santiago Guallar y Ricardo Gómez Rojí habían circulado a todos los obispos la petición de que las diócesis que contasen con algún sacerdote “cualificado, bien relacionado y hábil” lo envasen a Madrid, aun antes de la discusión de los artículos antirreligiosos de la Constitución, con el fin de impedir su aprobación mediante enmiendas y votos particulares, que podrían presentar los diputados católicos y los moderados. Algo semejante hicieron, por su cuenta, las Órdenes religiosas. De los sacerdotes que se trasladaron a Madrid con ese fin, los que actuaron más activamente fueron dos consejeros del arzobispo de Tarragona, quien había recibido del nuncio expresamente el encargo de intervenir entonces en los asuntos político-religiosos: eran los doctores Luis Carreras, de Barcelona, y Antonio Vilaplana, de Gerona.

La empresa era extraordinariamente difícil, dada la composición de la Cámara en la cual, de 468 diputados, podría calcularse que 371 habían de adoptar posturas antirreligiosas.³³⁰

Los diputados que tuvieron una parte más relevante en la redacción de estas enmiendas, y aun en preparar el orden de actuación en la Cámara durante las sesiones de más trascendencia de la primera quincena de octubre, fueron los agrarios Martínez de Velasco, Gil Robles Gómez Rojí; los vasco-navarros Oreja Elósegui, Horn Areilza y José Antonio de Aguirre; José Ayats, del partido de Alcalá Zamora; Ramón de Abadal y Calderó, de la Lliga, y Amadeo Hurtado con Manuel Carrasco y Formiguera.

Los sacerdotes José Romero Otazo y Manuel Graña, de Madrid, los mencionados Carreras y Vilaplana; los religiosos Nemesio Otaño, jesuita, el benedictino Ramiro de Pinedo y el misionero paúl Carmelo Ballester; los propagandistas católicos Ángel Herrera e Inocencio Jiménez; José M^a Gich de Acción Popular de Cataluña, y José M^a Ruiz Manent, procedente del grupo de la Democracia Cristiana.

³³⁰ Ibídem.

Todo el proyecto de la comisión parlamentaria era sumamente vejatorio para la Iglesia, y ni siquiera, desde la nueva óptica del Vaticano II, aceptable en muchos de sus artículos.

El artículo 3º invocaba: “El Estado español no tiene religión oficial” y omitía la posibilidad que la Iglesia fuese considerada como corporación de derecho público.

El artículo 25º atendía a los puntos de libertad de conciencia y de cultos, entre otros; además de disposiciones sobre cementerios, manifestaciones de culto público...

De mayor gravedad era el artículo 24º que afirmaba taxativamente: “Todas las confesiones religiosas serán consideradas como Asociaciones sometidas a las leyes generales del país. El Estado no podrá, en ningún caso, sostener, favorecer ni auxiliar económicamente a las iglesias, asociaciones e instituciones religiosas. El Estado disolverá todas las órdenes religiosas y nacionalizará todos sus bienes.”

La alarma de este artículo en todos los católicos y en el episcopado en concreto no se hizo esperar. Cabe señalar que estas campañas con mayor o menor virulencia continuarán durante toda la Segunda República.

Apenas divulgado el proyecto el nuncio Federico Tedeschini comunicó al cardenal Vidal i Barraquer su deseo de que, durante la discusión de la Constitución, estuviera en Madrid en representación del episcopado, que secundase los esfuerzos del Vaticano por salvaguardar los derechos de la Iglesia: “para la susodicha representación se han hecho los nombres del eminentísimo señor cardenal Vidal y Barraquer y de los excelentísimos señores patriarca de las Indias y arzobispo de Valladolid”.

Los momentos eran críticos y cualquier solución o visos de solución serían bienvenidos. La Santa Sede había pedido a la Nunciatura que entablase un convenio previo y escrito con el Gobierno: solo se llegó al acuerdo mediante un convenio o *modus vivendi* para lo cual se podía contar con algunos miembros del Parlamento. El tema estaba muy difícil. Sirvan de ilustración estas palabras de Manuel Azaña el 31 de julio de 1931 en sus *Memorias*: “En los días de la quema de conventos, Fernando de los Ríos instaba que se expulsara a los jesuitas. El Consejo llegó a acordar la expulsión y se demoró unos días para que, practicándose algunas averiguaciones, se encontrara algún hecho demostrativo de sus injerencias en la política. Pasaron algunos días y ni la formación llegaba ni hablaba nadie de expulsión. Resucité yo el asunto, y casi todos me apoyaron. Maura dijo que ya no quedaban jesuitas en casi ninguna parte de España, que se habían concentrado todos en Loyola, y que se disponían a pasar la frontera. Dio a entender que una negociación oficiosa había conseguido, o iba a conseguir, el mismo resultado que la expulsión. El asunto no quedó aquí todavía. Marcelino Domingo me dijo una tarde,

antes de empezar el Consejo, que insistiese de nuevo. También albornoz me secundaba cada vez que ponía yo el tema a discusión. Pero era clarísimo que se IBÁN enfriando todos, que el presidente, decidido en un principio, y Maura, daban largas; el propósito, que fue firme 24 horas, se desvaneció por consunción. Ahora, Fernando de los Ríos busca caminos jurídicos [...]”.

La última redacción del artículo 24 (26) era, en conjunto, mucho menos vejatoria para la Iglesia que la anterior. Azaña propugnó aquella tan eficazmente que, en la madrugada del día 14, obtuvo su aprobación por 187 votos contra 59. Muchos de los 460 diputados estaban ausentes. Votaron en contra los católicos que se hallaban en el hemiciclo, y se abstuvieron los radicales socialistas y algún que otro diputado de extrema izquierda, que querían la aprobación del texto dictaminado por la comisión.

La aprobación del artículo 24, después 26, de la Constitución abrió, si no un abismo, sí un gran distanciamiento entre la República y la Iglesia³³¹. El 16 de octubre el cardenal Pacelli envió un largo telegrama al nuncio Tedeschini en nombre del papa, para comunicar, por su medio, a los prelados y a todos los católicos de España las condolencias de Su Santidad, para pedirle que elevase una protesta al Gobierno por “las múltiples ofensas irrogadas a los sacrosantos derechos de la Iglesia”, para que todos se uniesen a las plegarias que por la mayores necesidades de la iglesia elevaría el papa el día de Cristo Rey (último domingo de octubre) y terminaba así: “El Santo Padre confía en que , con la ayuda de Dios, y merced al concurso de todas las buenas energías y por las vías justas y legítimas, no sólo serán reparados los daños ya padecidos, sino que será conjurado aquel otro, que sería el más grave de todos, esto es, el de ver oscurecerse y apagarse los esplendores de la fe de los padres.”³³².

A partir de la aprobación del artículo 24, después 26, aumentó también la distancia entre los que insistían en “las vías legítimas y justas” y los que propiciaban una mayor dureza con la República.

Estos obtuvieron, clandestinamente, por medio del delegado del general de los jesuitas en España, padre Enrique González de Carvajal, una declaración auténtica del papa, por encima de la Secretaria de Estado y de la Nunciatura: en ella se insistía en que los obispos habían de protestar rápidamente por las injurias que el Estado siguiese dirigiendo a la Iglesia o a sus ministros. A partir de ese momento, principios de noviembre de 1931, comienza a perfilarse aquella doble tendencia

³³¹ GUZMAN, E. de, *La Segunda República fue así*, Editorial Planeta, Barcelona, 1977, pág. 134.

³³² COMELLAS GARCÍA-LLERA, José Luis, *Historia de España Moderna y Contemporánea*, Madrid, 1980, Ediciones Rialp, S.A., pág.342.

entre el papa y las corrientes más integristas de España, por un lado, y, por otro, entre la Secretaría de Estado, la Nunciatura, prácticamente todos los metropolitanos españoles, buena parte del episcopado y un sector importante de los seculares católicos, sobre todo los que estaban en más íntima relación con Ángel Herrera, con el antiguo grupo social-católico de la democracia cristiana y con la Acció Popular de Catalunya, heredera de la antigua Acción Social Popular del jesuita Gabriel Palau.³³³

En los mismos días en que el papa dictaba clandestinamente aquellas normas, llegaban a Roma (28 octubre-7noviembre) Luis Carreras y Antonio Vilaplana para insistir cerca de Pacelli, en nombre de Tedeschini, sobre la conveniencia de que hubiese un embajador de la República ante el Vaticano, y en que éste fuese el candidato ya propuesto por el Gobierno, Luis de Zulueta; y para informar al secretario de Estado sobre la situación político-religiosa de España, según el modo de ver del cardenal de Tarragona.

2.1.2.3. *El papel de la Iglesia ante la legislación antirreligiosa de los años 1932 y 1933*

Las más relevantes disposiciones legales más o menos antirreligiosas - algunas, como veremos, enteramente inaceptables en un régimen de libertad religiosa o civil- fueron las derivadas de principios y disposiciones ya sancionados en la Constitución. Habrá que limitarse fundamentalmente a ellas. En este epígrafe me limito a una parca enumeración que ya será motivo de extenso estudio en el caso que nos ocupa especialmente: la ley del divorcio.

En primer lugar afirmar que ni la enérgica defensa de las Órdenes religiosas, y de la Compañía de Jesús muy en especial, ni las protestas del nuncio, ni la representación elevada a las Cortes constituyentes por los provinciales jesuitas, ni las múltiples y sutiles intervenciones en defensa de esta Orden impidieron que el Gobierno diese el decreto de disolución de los jesuitas y de la nacionalización de sus bienes, con fecha 23 de enero de 1932.

El mencionado decreto, ateniéndose al texto de la Constitución no expulsó a los jesuitas -cosa casi imposible de realizar en pleno siglo XX- sino sólo los disolvió, con prohibición de vivir varios de ellos juntos (aunque vivieron así muy pronto).

El propio artículo 26 prescribía la prohibición de la enseñanza a todas las congregaciones religiosas; y aunque la puesta en práctica de esa disposición fue muy lenta, por la imposibilidad real del Estado de suplir en el acto a todos los centros docentes regentados por religiosos, los obispos fueron aconsejando que aquellos

³³³ *Historia General de España y América, La Segunda República y la Guerra*, Tomo XVII, Madrid, 1984, Editorial Rialp, 28 tomos, pág.175-205

centros se convirtiesen en mutuas escolares católicas, formadas por los padres de los alumnos y los profesores.

En su artículo 27 la Constitución prescribía que los cementerios estuvieran sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. El proyecto de ley para la aplicación de este precepto constitucional fue leído en el Consejo por el ministro de Justicia, Fernando de los Ríos, el 4 de noviembre de 1931, junto con el proyecto de ley del divorcio, que fue discutido en las Cortes, y votado, algo más tarde³³⁴.

La discusión de la ley de cementerios en la Cámara sólo comenzó muy adelantado el mes de enero de 1932. A pesar de las frecuentes intervenciones de diputados católicos e independientes, el texto de ley, aprobado por las Cortes y refrendado por Alcalá Amaro el 30 de enero, tuvo un carácter más laico que el propuesto por el Gobierno. En todas estas disposiciones observamos tentativas contra la conciencia católica colectiva de modo reiterado. Las disposiciones referentes a la propiedad de la Iglesia eran igualmente contrarias al Derecho canónico.

Y llegamos ya al texto de la ley del divorcio, al que dedicaremos el siguiente epígrafe. El texto de la ley del divorcio, que comenzó a discutirse en las Cortes el 3 de febrero de 1932 salió de la Cámara agravado.

En líneas generales podemos afirmar lo siguiente: se explicitó el carácter retroactivo para todos los matrimonios celebrados antes de la promulgación de la ley, y se extendió a todo género de celebraciones matrimoniales, tanto si éstas eran religiosas como civiles; se ampliaron las causas y condiciones para la obtención del divorcio y se declararon inválidas las sentencias matrimoniales dadas por los tribunales eclesiásticos después del 3 de noviembre de 1931.

En algún otro punto la ley fue más estricta que el proyecto del Gobierno, como en el de la no recuperación de la patria potestad por parte del cónyuge que hubiese atentado a la vida de los hijos habidos en matrimonio.

La pública protesta por parte de los metropolitanos contra la ley del divorcio salió juntamente con la propuesta y las normas a los fieles ante la ley del matrimonio civil (refrendada el 28 de junio), en el documento colectivo firmado por los metropolitanos en nombre de todo el episcopado con fecha 25 de julio de 1932.

³³⁴ COMELLAS GARCÍA-LLERA, José Luis, *Historia de España Moderna y Contemporánea*, Madrid, 1980, Ediciones Rialp, S.A., pág.546

Las reacciones no se hicieron esperar y aun antes que ese nuevo proyecto de ley fuese dictaminado y presentado a las Cortes, el 3 de marzo de 1932, el obispo de Segovia, doctor Pérez Platero, publicó una carta pastoral sobre este asunto. Las ideas en ella expuestas eran la común de todos los católicos, pero su forma era extremadamente dura y polémica. Tanto fue así que la pastoral le valió a su autor la suspensión de las temporalidades por parte del ministro de Justicia, Álvaro de Albornoz.

La ley de matrimonio civil siguió, como analizaremos más adelante, un curso muy accidentado. El primer proyecto, leído por Albornoz en las Cortes el 11 de mayo, fue retirado a los dos días por la Comisión de Justicia para darle una nueva redacción. El nuevo dictamen se leyó el día 17, pero, a causa de una enmienda proveniente de diputados pertenecientes a varios partidos políticos, fue también retirado hasta que, el 2 de junio, Albornoz leyó el texto definitivo, que la comisión presentó el día siguiente como dictamen.

La discusión en las Cortes duró poco más de un mes, sin que la oposición por parte de los diputados católicos pudiese alcanzar nada, ante la abrumadora mayoría de los parlamentarios de mentalidad o antirreligiosa o sencillamente laica.

Sin embargo, la ley más importante de cuantas vinieron a completar las normas dadas en la Constitución fue sancionada el 2 de junio de 1933. Era la "ley especial" anunciada expresamente en el artículo 26 y con un camino parlamentario mucho más accidentado que la ley del matrimonio civil. Era la ley de confesiones religiosas.

Cabe decir que todos los Gobiernos que se fueron sucediendo desde octubre de 1933 a febrero de 1936 la solían aplicar de un modo sutilmente benévolo³³⁵. Sin duda contribuyó a ello la reacción provocada por esa ley entre los católicos y entre los laicos más moderados, y el eco que hallaron, tanto en España como en el mundo, el tono enérgico aunque respetuoso, de la declaración colectiva suscrita por los metropolitanos españoles, en nombre de todo el episcopado, el 25 de mayo de 1933, y sobre todo la encíclica *Dilectissima Nobis* del papa Pío XI en la que exhortaba a los católicos españoles a perseverar en la fe y procurar, por todos los medios legales posibles, llegar a la abrogación y sustitución de todas las leyes atentatorias de la libertad y de los derechos de la Iglesia³³⁶.

³³⁵ *Historia General de España y América, La Segunda República y la Guerra*, Tomo XVII, Madrid, 1984, Editorial Rialp, 28 tomos, pág.175-236.

³³⁶ REDONDO GÁLVEZ, Gonzalo, *Historia de la Iglesia en España 1931-1939*, Tomo I, *La Segunda República*, (1931-1936), Madrid, Editorial Rialp, 1993, pág.234.

2.1.2.4. *La situación interna de la Iglesia*

Durante la época de la Segunda República, la Iglesia intentó adecuarse a las nuevas circunstancias político-sociales que el nuevo régimen había desarrollado.

Los documentos de la época así lo corroboran. Básicamente las actas de la conferencia episcopal, o cuando éstas no podían celebrarse, los resultados de las consultas que los sufragáneos reciben de los arzobispos.

Los temas son tratados de forma cíclica y aparecen discutidos constantemente: el problema económico del clero, la enseñanza de la religión fuera y dentro de las iglesias... y ya dentro de un orden que nos afecta directamente podemos anunciar la reestructuración de la Acción Católica; la mayor difusión de la prensa católica y las contradicciones aparecidas entre las normas político-religiosas emanadas de la jerarquía y de la Secretaría de Estado vaticana con ciertas actitudes de intransigencia doctrinal y de enfrentamiento con el nuevo régimen que procedían de un integrismo español decimonónico. Y en un primer plano aparecen los problemas que la legislación laica y antirreligiosa, objeto principal de nuestro estudio, iba planteando en la vida de la Iglesia.

Lo que observamos claramente es que es en estos momentos cuando se estaba incubando una legislación específica y con unas consecuencias muy prácticas para la vida pública, y por tanto, para la mayoría de los católicos de España, la Secretaría de Estado, con tal de evitar o provocar nuevos conflictos con el Gobierno de la República, prefirió que la dirección de la Iglesia continuase en manos del cardenal Vidal de Tarragona. Aunque este tipo de legislación, de momento, representaba el fracaso de la política contemporalizadora propiciada por Pacelli, Tedeschini y Vidal y a su vez, daba pie a un posicionamiento como el del doctor Isidro Gomà y Tomàs propiciado desde Toledo ya por su predecesor desde esta misma Sede.

En 1933 sólo fue nombrado otro obispo, José Cartañá Inglés, para la diócesis de Gerona. Y debemos advertir que, habiendo sido propuesto en segundo lugar por su prelado de Tarragona, después del doctor Salvador Rial, fuese elegido precisamente el que era más afín a la mentalidad del doctor Gomà.

En Catalunya quedaba aún vacante la diócesis de Lérida, que, desde 1930, regía como administrador apostólico desde Barcelona el doctor Irurita. Después de muchos rumores, del todo infundados, se hicieron una serie de cábalas sobre una profunda reorganización de todo el episcopado catalán. Pero, de hecho, la Santa Sede sólo proveyó la de Lérida, y no entonces, sino el 26 de enero de 1936, en la

persona del oratoriano vicense y administrador apostólico de Ibiza padre Salvio Huix y Miralpeix.³³⁷

Las diócesis vacantes en España todavía eran muchas. Y fue en 1934, precisamente el año en que iban a comenzar las negociaciones para llegar a un *modus vivendi* entre la República y la Santa Sede, cuando se llegó a la provisión de algunas quedando otras provisiones diferidas hasta 1935.

Resulta imposible aquí mencionar todas las vacantes que tuvieron lugar hasta 1936 y sus respectivas provisiones adjudicadas a esas diócesis. Lo que si es bueno observar que en estos años el episcopado español ofrecía una amplia gama, que abarcaba desde los moderados, pero abiertos a las nuevas situaciones y los nuevos problemas políticos y sociales, hasta los más intransigentes integristas.³³⁸

2.1.2.5. *Hacia un acuerdo entre la Iglesia y República. Imposibilidad de un acuerdo con la Santa Sede.*

Es de todos conocidos que los políticos más inclinados a entablar un concordato o un *modus vivendi* con la Santa Sede habían sido Alcalá Zamora y Alejandro Lerroux, ya en el Gobierno provisional de 1931. Lerroux, en los programas de sus dos primeros Ministerios, tal como lo expuso ante las Cortes, insistió en su plan de pacificación de los espíritus, por un lado, y de respeto a la Constitución, por otro.³³⁹

Y ya en la primera visita que el nuncio Tedeschini hizo al ministro de Estado Leandro Pita Romero, en diciembre de 1933, aquél le manifestó los deseos de iniciar una negociación. A buen seguro que una empresa tan comprometida no procedía sólo de él, sino de la Secretaría de Estado del Vaticano.³⁴⁰

En Roma no encontró dificultad el *placet* como embajador extraordinario y ministro plenipotenciario al que seguía, y siguió, regentando la cartera de Estado, conocido como católico confesional, éste hubo de adelantarse a Tedeschini, que le

³³⁷ *Historia General de España y América, La Segunda República y la Guerra*, Tomo XVII, Madrid, 1984, Editorial Rialp, 28 tomos, pág.175.

³³⁸ REDONDO GÁLVEZ, Gonzalo, *Historia de la Iglesia en España 1931-1939*, Tomo I, *La Segunda República*, (1931-1936), Madrid, Editorial Rialp, 1993, 560 págs.

³³⁹ LERROUX, Alejandro, *La pequeña historia*, Buenos Aires, 1945, Editorial Cimera, pág.33

³⁴⁰ COMELLAS GARCÍA-LLERA, José Luis, *Historia de España Moderna y Contemporánea*, Madrid, 1980, Ediciones Rialp, S.A., págs.546.

presentaba una fórmula transaccional sobre el valor jurídico del matrimonio religioso, ideada por Giménez Fernández, y decirle que ese punto no era negociable.³⁴¹

Se entrecruzaron algunas notas no excesivamente cordiales entre ambas partes y el Gobierno se ratificó en su posición de partida: mantener firme la Constitución y corregir algunas disposiciones vejatorias contenidas en legislaciones complementarias.

La embajada de Pita Romero contaba con el apoyo político explícito de la CEDA, de los agrarios, de la Lliga Catalana y del Partido Radical: en conjunto, 279 de los 471 diputados³⁴².

Tedeschini animó al nuevo embajador a llevar con ánimo las nuevas negociaciones, y Cambó puso en relación personal a Pita Romero con Vidal y Barraquer, que se entrevistó con el embajador en Madrid.

Entre tanto, el cardenal de Tarragona estaba en frecuentes contactos epistolares sobre el asunto con el presidente de la República, y en relación epistolar y personal con el papa Pío XI y con la Secretaría de Estado vaticana en los dos viajes que realizó a Roma a fines de febrero y a principios de abril de 1934.

2.2. La legislación matrimonial de la II República

2.2.1. La Constitución de la República de 1931

Antes de entrar directamente en el proceso legislativo republicano en materia matrimonial creo que conviene precisar unas orientaciones sobre la nueva Ley fundamental. No han recatado el juicio respecto a su texto los oradores principales que intervinieron en el debate de totalidad: así, se ha dicho con relación al problema de la Iglesia, que la Constitución proyectada venía a descristianizar a España³⁴³; que implicaba una ofensiva contra los sentimientos religiosos del país³⁴⁴; y en una línea opuesta el Sr. Zulueta estimó que se trataba de una Constitución moderna y avanzada, que se mostraba recelosa contra la Iglesia católica³⁴⁵.

³⁴¹ *Historia General de España y América, La Segunda República y la Guerra*, Tomo XVII, Madrid, 1984, Editorial Rialp, 28 tomos, pág.175.

³⁴² *Historia General de España y América, La Segunda República y la Guerra*, Tomo XVII, Madrid, 1984, Editorial Rialp, 28 tomos, pág.175-236.

³⁴³ Diario de Sesiones número 28, Sr. Molina Nieto.

³⁴⁴ Diario de Sesiones número 29, D. Basilio Álvarez.

³⁴⁵ Diario de Sesiones número 29, Sr.Zulueta.

En cuanto a la tonalidad general, el Presidente de la Comisión parlamentaria dijo que era una Constitución de izquierdas, no socialista, democrática, liberal, de gran contenido social y que aspiraba a ser conservadora de la República³⁴⁶.

A su vez el Sr. Sánchez Albornoz resumió las características del proyecto, manifestando que se trataba de un texto socializante, pero respetuoso con la tradición jurídica de todo el mundo; autonomista, pero sin daño para la unidad nacional, y coordinador de la máxima libertad y la máxima responsabilidad, porque había logrado el equilibrio entre la realidad y el ideal³⁴⁷: conceptos en que coincidían el Sr. Ríos, subrayando la nota “transaccional”³⁴⁸.

No habiéndose corregido en la tramitación del proyecto algunas de las anomalías denunciadas respecto a temas primordiales de él, cabe discutir si en ese aspecto se ha cumplido el deseo de D. Melquíades Álvarez: hacer una Constitución que no asustase a nadie. O se ha incidido en el vicio de nuestras Constituciones pretéritas: ser reflejo del partido vencedor, según expuso el aludido orador³⁴⁹.

Dijo D. José ORTEGA Y GASET que la Constitución republicana española ofrecía considerable originalidad, aunque aparecía mechada con algunos cartuchos detonantes, introducidos arbitrariamente por el espíritu de propaganda o por incontinencias del utopismo³⁵⁰.

Otro juicio sobre la nueva Ley fundamental es el formulado por el Sr. A. Buylla, para el cual representa aquélla, por su exotismo, un “mosaico con gallardías de Constituciones europeas y americanas”, algo “hecho de recortes”, una “Constitución de jazz-band, sin ritmo ni armonía”³⁵¹. Es bueno conocer, según ha confesado la Comisión parlamentaria, la sugestión que sobre ella han ejercido los textos como el alemán de Weimar, así como el austriaco, el checoslovaco entre los europeos y el mejicano o el uruguayo entre los hispanoamericanos. En este sentido, el mismo Sr. Buylla reconocía que la Comisión había efectuado una obra meritoria, y hasta titánica, aunque viciada de extranjerismo.

Vamos ahora a dar unas pinceladas sobre el orden formal, lo que de forma corriente llamamos estilo. Tradicionalmente no ha sido considerada una maravilla de la prosa, como lo fueron algunas Leyes de siglos anteriores. En algún momento

³⁴⁶ Diario de Sesiones número 28, Sr. Molina Nieto.

³⁴⁷ Diario de Sesiones número 28, Sr. Sánchez Albornoz

³⁴⁸ Diario de Sesiones número 32, Sr. Ríos

³⁴⁹ Diario de Sesiones número 35, Sr. Melquíades Álvarez

³⁵⁰ Diario de Sesiones número 35, D. José Ortega y Gasset

³⁵¹ Diario de Sesiones número 30, Sr. A. Buylla

podrá advertirse un pasaje “farragoso o frío”³⁵². Y también es bueno tener en consideración la calificación más bien agria que ha hecho Don Ramón del Valle-Inclán³⁵³.

A continuación hablaremos brevemente de la forma jurídica que adopta la Constitución en cuestión. Esta Constitución de 1931 es de tipo legislado, a diferencia de la inglesa; y no es como las francesas de la época que suponen un conjunto de Leyes dispersas, sino que más bien reviste el carácter de Código; por otro lado, tradicional en España, sin que ello presuponiera la fe de tiempo atrás en la omnipotencia del proceso codificador.

La forma política tampoco puede ofrecer dudas, salvo algún leve matiz. No estamos en presencia de una Carta otorgada, como la francesa de 1814, o nuestro famoso Estatuto Real de 1834; ni nos hallamos ante una Constitución impuesta (como la de 1812 en los movimientos de 1820 y 1836); ni ante un pacto doctrinario, como los típicos entre nosotros (1845 y 1876); la nueva Constitución representa un acto de soberanía, una decisión política.³⁵⁴

Para concluir esta parte introductoria de carácter general podemos plantear como preocupaciones más reflejadas en la parte dogmática básicamente en cuatro apartados: sentido liberal; sentido laico; sentido femenino y orientación social de propiedad y cultura.

El laicismo inspira por completo la vida del nuevo Estado, traduciéndose en la supresión de todo lo referente a la Iglesia, la regulación de las Congregaciones religiosas por una ley ad hoc... La emancipación de la mujer repercute tanto en el ámbito civil como político y se refleja en materias que nos interesan de forma directísima como es el régimen familiar y el divorcio.

Una pregunta clave que cabe formularse es la siguiente: ¿Responde el texto constitucional al momento histórico en que aparece? Y la respuesta es clara: en algunas cosas, evidentemente sí; en otras, parece que no se corresponde en absoluto a la realidad para la que ha estado creada.

Porque la Ley, toda Ley, y con mayor motivo la fundamental, ha de ser, parodiando un símil de ORTEGA Y GASSET, “estribo y espuela”, apoyo y acicate: frente al sentido romántico, y por ello simpático, pero conservador, de la costumbre,

³⁵² Diario de Sesiones número 29, D. Basilio Alvarez.

³⁵³ Declaraciones en El Sol, número correspondiente al día 20 de noviembre de 1931.

³⁵⁴ PÉREZ SERRANO, Nicolás, *La Constitución Española (9 de Diciembre 1931). Antecedentes, textos, comentarios*, Madrid, 1932, Editorial Revista de Derecho Privado, pág.97.

la Ley es progresiva y debe ser innovadora; ahora bien, si avanza demasiado, y exige a los ciudadanos unos cambios poco operativos, en definitiva, poco legítimos, la Ley no logra aquel séquito de asentimientos que le proporciona efectividad.

“La verdadera Constitución de un país -dijo LASSALLE- sólo reside en los factores reales de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social”³⁵⁵. Y esto, en buena medida, le ocurrió a la Constitución de 1931.

La Constitución de la República española de 9 de diciembre de 1931 contiene el primer programa político-jurídico español dedicado a la familia³⁵⁶. Los factores ideológicos y políticos originan esta mención constitucional del matrimonio y la familia.

El esfuerzo de las Constituciones del siglo XX de consagrar los derechos sociales, inscribiéndose así la institucionalización de la protección a la familia como un programa político grato a los partidos de todas las tendencias.

El intento de declarar constitucionalizados los factores reales de poder o, cuando menos, oponer una constitucionalización de la familia frente a su temida disolución por obra de la ideología marxista.

El consenso político que se pacta tácitamente entre la burguesía, adicta a los valores conservadores de la familia, y la socialdemocracia, que renuncia de algún modo a los planteamientos utópicos del socialismo revolucionario, que pretendía abolir las bases de la familia tradicional como uno de los instrumentos políticos del poder burgués³⁵⁷.

El concepto de matrimonio que delinea la Constitución, podemos afirmar sin duda, es una mezcla de interferencias entre los residuos de su tradicional planteamiento como base de la familia legítima con una noción decididamente contractualista, más cercana al modelo romano que al canónico³⁵⁸.

³⁵⁵ *Ibíd*em, pág. 90.

³⁵⁶ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 224

³⁵⁷ FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Barcelona, 1981, Editorial Bosch, pág.64.

³⁵⁸ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 225.

Como bien he analizado en epígrafes anteriores, el principio de matrimonio civil obligatorio que instauró la ley de 1870 y quedó consagrado en el Código civil el sistema confesional de matrimonio civil subsidiario sufrió con este giro histórico, que es la II República española, otro vaivén. Solo que, en este caso, por el contexto divorcista en que se enmarcó, el asentamiento del principio de matrimonio civil obligatorio quedó en un segundo plano de la polémica y también de la reforma legislativa³⁵⁹.

Continuando con la línea de estudio de NAVARRO VALLS, y dejando de lado la polémica acerca de si el precepto constitucional tiene un estricto valor normativo o más bien programático, y con el sentir de PÉREZ SERRANO,³⁶⁰ y relacionando el artículo 43 con su criterio inspirador (la Constitución de Weimar), es evidente la contradicción que supone la implícita afirmación de que el matrimonio conserva unos rasgos definidos y cercanos a su visión secular con la explícita declaración de la facilitación de su disolución sin especiales formalidades y la supresión de toda diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos.

Esta argumentación también la detectará DELGADO IRIBARREN, en sí poco conservador, cuando viene a decir: “Lo innegable es que la familia que protege el texto constitucional dista mucho en sus condiciones de organización y subsistencia de la que forma nuestro ambiente en la sociedad actual: se ha cedido a la incesante presión que acentúa la idea contractual en el matrimonio, que tiende a igualar la situación de los cónyuges, tanto en sus relaciones personales como en las patrimoniales, a facilitar el divorcio, a aproximar lo más posible la situación de los hijos legítimos e ilegítimos; esto es, a que indirectamente se equiparen las relaciones sexuales extramatrimoniales con las que proceden del matrimonio, con lo que se afloja considerablemente la fuerza de sujeción de estas relaciones y viene a resultar como lógica y natural consecuencia el predominio, en la vida, de la familia meramente natural, que no tiene más vínculo de sujeción que el derivado de la sangre, con la proscripción de toda formalidad legalista. Asegúrese que el Estado ofrece asistencia y protección para los hijos en forma que pudiera no sólo suplir, sino superar y aun excluir los que residen en el hogar”³⁶¹

³⁵⁹ REINA BERNÁLDEZ, Víctor, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Barcelona, 1989, Volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., pág.149

³⁶⁰ PÉREZ SERRANO, Nicolás, *La Constitución Española (9 de Diciembre 1931).Antecedentes, textos, comentarios*, Madrid, 1932, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 185.

³⁶¹ DELGADO IRIBARREN, José, “El Derecho de familia en la Constitución de la República española de 1931”, en *Revista Derecho Privado*, año 1932, núm. 222, pág.67.

Así pues la tortuosa ruta seguida por la legislación matrimonial, sufriría un nuevo quiebro con el advenimiento de la II República española. El sistema se clarificó, es obvio, con la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil³⁶².

Un rápido recorrido por la legislación matrimonial de la II República en sus dos primeros años, será suficiente para obtener una clara panorámica de la situación del matrimonio en España, en ese momento. Dedicaremos una mayor atención al período transcurrido desde el 14 de abril de 1931 hasta el 4 de julio del siguiente; ya que en este período se plantean los principales problemas relativos al sistema matrimonial³⁶³.

Instaurada la República el día 14 de abril de 1931, como hemos analizado en los epígrafes anteriores, comienza la actividad legislativa ese mismo día, uno de los cuatro decretos que se dictan en esa fecha incide directamente en la temática aquí analizada³⁶⁴.

Nos referimos al Decreto en el que se marcan la líneas de actuación del Gobierno provisional, y más en concreto a su punto 3º en el que se dice: “El Gobierno provisional hace pública su dedicación de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de sus creencias religiosas”.

Aunque el Gobierno se sometía a las Cortes Constituyentes (preámbulo y punto 1º del Decreto), esta declaración tendría una notable importancia³⁶⁵. En razón de que se insiste en el mismo sentido en otro Decreto posterior, dejaremos para ese momento nuestro comentario.

Otra disposición republicana en el ámbito del Derecho matrimonial es una Orden Ministerial de 5 de mayo de 1931. En esta Orden se regulariza la aplicación del Código Civil para la determinación de la mayoría de edad a efectos de aplicación del régimen de protección social a la familia. Es poco determinante para nuestro

³⁶² IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág. 121.

³⁶³ *Ibidem*, pág. 121.

³⁶⁴ Los otros tres decretos se refieren: 1º Nombramiento de Niceto Alcalá Zamora como Presidente del Gobierno provisional de la República. 2º Concesión de una amnistía de todos los delitos políticos, sociales y de imprenta, y 3º Declarando fiestas nacionales el 15 de abril de 1931 y el 14 de abril de los sucesivos años.

³⁶⁵ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.121.

estudio. Su nula incidencia en la regulación jurídica del acceso al matrimonio exime de cualquier comentario³⁶⁶.

En la práctica, estamos operando una sustitución desde un régimen de tolerancia hacia uno de libertad de cultos y esto hace que el Ministro de Justicia presente un proyecto de Decreto de libertad de cultos al Consejo de Ministros, que se transforma en Decreto con la sanción del presidente del Gobierno. El artículo 1º de esta disposición de 22 de mayo de 1931 decreta:

“Nadie, en ningún acto de servicio ni con motivo de una relación con órganos del Estado, está obligado a manifestar su religión; en su virtud, los funcionarios así civiles como militares, se abstendrán de inquirir sobre las creencias religiosas de quienes comparezcan ante ellos o les están subordinando”.

El tenor es el mismo que el del punto 3º del Decreto de 14 de abril. Ello permite un comentario conjunto de ambas disposiciones. Es muy interesante el análisis que nos remite DE LA HERA³⁶⁷ refiriéndose a ambos Decretos y a las Reales Ordenes de 1900 y 1913 afirmando: “... De atenerse a lo dispuesto por el Gobierno republicano, se hace imposible exigir la declaración de no profesión de la religión católica que las Reales Ordenes imponían interpretando el artículo 42 del Código civil...”.

Si el sistema matrimonial español venía regulado por las Reales Ordenes de 1900 y 1913, en el sentido que las interpreta la generalidad de la doctrina, y hay que aplicar los Decretos de 1931, llevando el razonamiento de De la Hera al límite, cabría concluir que la República había prohibido el matrimonio civil; ya que en virtud de los Decretos de 1931, nadie podría cumplir los requisitos, exigidos por las Reales Ordenes de 1900 y 1913, para contraer matrimonio civil³⁶⁸. Evidentemente, como el propio autor reconoce explícitamente esta conclusión sería absurda e incluso técnicamente incorrecta.

Veamos, de ser cierto, y no lo es, que el acceso al matrimonio civil viene regulado por las Reales Ordenes de 1900 y 1913; tales disposiciones quedarían derogadas, en lo que se refiere a la declaración de no profesión, como consecuencia

³⁶⁶ *Ibidem*, pág.122.

³⁶⁷ DE LA HERA, Alberto, “Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones entorno al artículo 42 del Código Civil)”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo III, Julio-Septiembre 1974, pág.648.

³⁶⁸ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.122.

de la promulgación de normas contrarias, posteriores y de rango superior: los Decretos de 1931³⁶⁹. Por tanto, con este razonamiento se llegaría a la conclusión de que el régimen de acceso al matrimonio civil vendría regulado por la Real Orden de 27 de agosto de 1906.

Como bien podemos suponer, este razonamiento tampoco es correcto. La regulación de la admisión al matrimonio civil viene dada en el artículo 42 del C.c., artículo que debe ser interpretado en el sentido propugnado por la Real Orden de 28 de febrero de 1907.

Así las cosas, cabría plantear otro problema: ¿Puede el poder judicial interpretando, como es su obligación, el artículo 42, apartarse de los Decretos de 1931? La pregunta tiene difícil respuesta. Pero teniendo en cuenta la especialísima naturaleza del Decreto del 14 de abril, se debería responder en el sentido de que los jueces no podrían solicitar la declaración de no profesión³⁷⁰.

Así pues, por este otro camino, que es el que consideramos correcto, se llega a la misma solución, el régimen aplicable sería de la Real Orden de Romanones, pero ello en razón únicamente, de su coincidencia con los Decretos de 1931.

Las restricciones para los matrimonios de militares son suprimidas mediante ley. Es la primera norma en materia matrimonial de la República con rango de ley. Es la Ley de 18 de septiembre de 1931³⁷¹.

Un Decreto de 3 de noviembre de 1931, a la vez que anuncia la preparación de las leyes de divorcio y matrimonio civil, traspasa la competencia de los Tribunales eclesiásticos a los civiles en las causas de nulidad y separación.

El 9 de diciembre de 1931 se promulga la nueva Constitución³⁷², que ya hemos analizado, en parte, al principio de este capítulo. Sabido es que el vértice de

³⁶⁹ *Ibidem*, pág.123.

³⁷⁰ *Ibidem*.

³⁷¹ “Artículo único. A partir de la fecha de la promulgación de esta ley, todos los generales, jefes y oficiales y sus asimilados y clases de tropa de segunda categoría que pertenezcan al Ejército, en cualquier situación, podrán contraer matrimonio libremente, sin más limitación que la exigida por las leyes generales del Estado.”

³⁷² A partir de dicho texto legal, los elementos del sistema de Derecho Eclesiástico Estatal Constitucional serían los siguientes:

Art.3º. “El Estado español no tiene religión oficial”.

Art.14, punto 2º. “Son de exclusiva competencia del Estado español la legislación y la ejecución directa en las materias siguientes... Relación entre las Iglesias y el Estado y régimen de cultos.”

la pirámide kelsiana no es de aplicación inmediata. Que las normas constitucionales deben de ser desarrolladas en otras ordinarias que permitan su aplicación. En materia matrimonial la Constitución de 1931 marca unas líneas claras; se va hacia un sistema de matrimonio civil obligatorio, siendo este matrimonio disoluble³⁷³.

IBÁN. C. IBÁN opina claramente que el 9 de diciembre de 1931 el artículo 42 del C.c. no fue derogado, y que el sistema matrimonial era aún facultativo. La proximidad de una Ley del Divorcio hace que el Decreto de 3 de noviembre sea suspendido el 10 de noviembre siguiente. Las demandas pendientes se tramitarán de acuerdo con la ley en proyecto (una prueba más de la provisionalidad, patológica, de la legislación matrimonial en nuestro país en todas las épocas).

2.2.2. Orden Ministerial de 10 de febrero de 1932

Ya vemos que no existe una norma clara sobre el tema de la regulación del matrimonio civil, en este sentido sólo las Reales Órdenes de 1906 y 1907 han sido claras, aparece dictada una Orden Ministerial con fecha 10 de febrero de 1932 con una finalidad básica que es derogar la Real Orden de 1900.

La Orden es la siguiente:

“Considerando que establecidos en la Constitución vigente los principios de aconfesionalidad del Estado y de plena libertad de conciencia para profesar y practicar cualquier religión, es de toda evidencia que hasta que la Ley de Matrimonio Civil que actualmente redacta, para someterla a la aprobación del Gobierno y después a la de las Cortes, la Comisión Jurídica Asesora, se regulen definitivamente los requisitos, forma y solemnidades del matrimonio, no de exigirse a los que se propongan contraer civilmente declaración previa alguna acerca de sus creencias, quedando el precepto del artículo 42 del

Art.15, punto 1º “Corresponde al Estado español la legislación y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: ... en cuanto **a la legislación civil, la forma de matrimonio...**”

Art.25, párrafo 1º. “No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: ...las creencias religiosas.”

Art.26. “Todas las confesiones religiosas serán consideradas como asociaciones sometidas a una ley especial.

El Estado, las regiones, las provincias y los municipios no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las iglesias, asociaciones e instituciones religiosas.

Una ley especial regulará la total extinción en un plazo máximo de los años, del presupuesto del Clero.

Quedan disueltas...”

³⁷³ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.124.

Código civil reducido a sus verdaderos límites de simple advertencia que solamente puede atender la conciencia de los interesados.

Considerando que por consecuencia de lo antes expuesto, y hasta que se apruebe y publique la Ley sobre Matrimonio civil, procede declarar derogada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900 y disponer que los jueces municipales y los agentes diplomáticos y consulares que hagan sus veces en el extranjero, procedan a los matrimonios civiles de los que lo soliciten, sin exigir la declaración previa prevenida en la citada Real Orden;

Considerando que hasta tanto que aquella Ley se publique, es deber del Estado de facilitar la celebración del matrimonio civil, limitado y disminuyendo las dificultades que el actual sistema presenta, y a este fin deben existir en todos los Juzgados Municipales y Consulados impresos de declaración para solicitar la celebración el matrimonio civil, que contengan todos los requisitos exigidos por el artículo 86 del Código civil, y puedan sencillamente llenarse por los interesados, sin que por facilitar esos modelos e instruir a los solicitantes puedan exigir los encargados del Registro derechos ni emolumentos de ninguna clase, pues será obligación suya el hacerlo de modo absolutamente gratuito.

Este Ministerio ha tenido a bien disponer:

1º Se declara derogada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, y en consecuencia, no se exigirá a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto de sus creencias religiosas, ni de la religión que profesen.

2º En todos los Juzgados Municipales de la República y Consulados de España en el extranjero existirán impresos de declaración para solicitar la celebración del matrimonio civil formados con arreglo al modelo que adjunto se publica, con el fin de que puedan ser llenados por los solicitantes. Estos impresos serán facilitados gratuitamente por los jueces municipales y por los cónsules o vicecónsules, que deberán dar a los interesados las instrucciones para llenarlos debidamente, y todas las demás que sean precisas para la celebración del matrimonio, sin que por esto puedan percibir derechos ni retribución alguna.”

La finalidad primordial de tal Orden es derogar una norma: la Real Orden de 1900. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que tal norma fuese de aplicación general (la Real Orden de 1900), al dictarse la Orden de 1932.

Como hemos podido ir viendo, la propia República la había derogado, por lo menos, en tres ocasiones: 14 de abril, 22 de mayo y 9 de diciembre de 1931, tal como hemos analizado.

Así, según IBÁN C. IBÁN, sin ninguna pretensión irónica, lo único que aporta la Orden de 10 de febrero de 1932 al sistema matrimonial español es un impreso³⁷⁴.

No podemos perder de vista, que en materia de legislación matrimonial, uno de los proyectos de mayor envergadura fue el divorcio que obtiene su carta de naturaleza jurídica mediante la Ley de 2 de marzo de 1932 y el artículo 42 del C. c. sigue plenamente vigente.

³⁷⁴ *Ibidem*, pág.126.

No será hasta el mes de junio de este mismo año cuando la República promulgue la Ley de Matrimonio Civil, la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932. Parafraseando a IBÁN C. IBÁN, podemos afirmar que finaliza con esta norma el cambio comenzado el 14 de abril anterior estableciendo un sistema de matrimonio civil obligatorio³⁷⁵.

Quizás podría ser interesante analizar algunas de los reflejos que la citada Constitución de 1931, junto con esta legislación de desarrollo que tratamos de estudiar, fueron propiciando en la noción de matrimonio.

El primer dato que resalta, por otro lado muy revelador, es la constitucionalización de un modelo matrimonial disoluble y la omisión en la propia Constitución de una declaración que uniera tal modelo a un correlativo matrimonio civil obligatorio³⁷⁶.

Es interesante relacionar este principio con las siguientes palabras de DELGADO IRIBARREN cuando hace mención a esta omisión diciendo “se omite en la Constitución un principio fundamental y básico que establezca la obligatoriedad del matrimonio civil como única forma de celebrarlo con eficacia legal; en un Estado que no tiene religión oficial (art.3º) y para el que las confesiones religiosas son consideradas como asociaciones sometidas a la ley (art.36), esta declaración era inexcusable...”³⁷⁷.

NAVARRO-VALLS no comparte en absoluto esta consideración. Las razones que aduce son variadas. Analicemos algunas. La primera podría ser que la peculiar concepción de los derechos fundamentales de la persona que tenían los constituyentes de la II República exigía el divorcio encuadrado dentro de un marco constitucional ya que las Constituciones paralelas de las que bebía no lo consideraban necesario, tal como hemos estudiado.

Es decir, que el divorcio, sic et simpliciter, no era una directa consecuencia de los principios básicos del Derecho constitucional europeo paralelo³⁷⁸. De ahí su necesidad, para la mayoría constituyente republicana, de insertarlo en la propia

³⁷⁵ Ibídem, pág.127.

³⁷⁶ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 225.

³⁷⁷ DELGADO IRIBARREN, José, “El Derecho de familia en la Constitución de la República española de 1931”, en *Revista Derecho Privado*, año 1932, núm. 222, pág.67.

³⁷⁸ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 226.

Constitución, sustrayéndolo al campo de una posterior discusión en el plano de la *prudentia iuris* de una ley ordinaria.

Puede ser significativa la siguiente cita del preámbulo de la Ley para analizar este aspecto: “Yo tengo la seguridad de que si la Cámara actual, esta Cámara constituyente, supiese que ella misma había de abordar el problema (del divorcio) en el Código Civil, que había que asumir la responsabilidad de dictar nuevas leyes civiles, no consignaría estos principios en la Constitución; pero como eso no es posible, como se trata de unas Cortes constituyentes que no pueden descender a la confección de cada una de las leyes que constituyen los principios del nuevo régimen, es indispensable consignarlos en el Código fundamental del país, por si luego son otros Parlamentos los que tengan que ocuparse en el desenvolvimiento legal de los mismos. Este es el motivo más importante que nos obliga a llevar a la Constitución preceptos que, acaso, no tengan aquel carácter de superlegalidad que corresponde a las disposiciones constitucionales en buenos principios de derecho constitucional”³⁷⁹.

Los días 15 y 16 de Octubre le toca el turno, en la discusión parlamentaria sobre la Constitución, el artículo 41, que con una redacción no muy afortunada y sujeta a diversas y posteriores avatares, incluyendo de facto el divorcio en la Constitución de la República de 1931. Es fundamental un análisis de estas discusiones porque nos sitúan claramente en las circunstancias que intentamos analizar y nos queda la situación perfectamente enmarcada.

Como ya hemos leído en el párrafo anterior un problema que se deriva gira alrededor de un tema de pura técnica jurídica que en esencia es determinar qué parte de la reglamentación legal de un Estado debe recogerse en la Constitución y qué parte desarrollarse en leyes ordinarias. Al parecer, el proyecto original del artículo 41 trataba de la familia y del divorcio tan extensamente que más parecía un cuerpo legal en sí que una parte de la Constitución.

Es indudable que la izquierda republicana, que fue la que más trabajó en el proyecto de Constitución, temía que ésta adoleciera de vaguedades o contenidos ambiguos que tiempo adelante pudiera representar para un gobierno de derechas un cuerpo legal manipulable. De aquí su preocupación por dejarlo todo bien amarrado.

Puede ser significativo el fragmento de la editorial de ABC del 16 de octubre:

“El divorcio, la Constitución y la realidad

³⁷⁹ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 2 de de junio 1932, apéndice 1º al núm.176, páginas. 1-3, Preámbulo, (se omitió en el momento de la promulgación de la Ley).

En la Constitución no se habla para nada del matrimonio ni hay por qué; ni en las anteriores ni en esta que se elabora. Como que no es asunto de Derecho político sino de Derecho civil. Es en el Código civil donde se instituye el matrimonio como contrato, con sus derechos, sus deberes y sus consecuencias; y allí adonde debe ir la modificación que suprima el efecto vitalicio del enlace. Y si la Constitución no define ni regula el estado y los efectos del matrimonio, ¿para qué llevar a sus capítulos el precepto sobre el divorcio? Pues se ha consignado; y si no llega a modificarse el dictamen, incluso se hubiera consignado en orden casuístico, embutiendo dentro de la ley fundamental otra ley. No es el primer caso, por supuesto; en casi todo el dictamen general y en casi todos los votos y enmiendas se desfigura el carácter propio e inconfundible de la Constitución, que sólo debe decir principios, definiciones, y, en contadísimas materias, bases fundamentales, sobre las que luego se desarrolle en ley aparte el articulado”.³⁸⁰

Como podemos observar, por más que el resto del editorial se descarríe por otros vericuetos, no cabe duda, que el párrafo anterior es de tener en cuenta. Al menos es base de justa polémica sobre el contenido de una Constitución.

Analizando el Diario de Sesiones podemos encontrar opiniones en un sentido y en otro. Decía el diputado Castrillo que la Constitución soviética de 1918, por ejemplo, no se llevó nada que representara una división del mundo en dos vertientes, ni con enseñanza, ni con la familia ni con la religión, y eso que se trataba de un país oficialmente religioso y con 150 millones de supuestos cristianos ortodoxos. Es significativa la cita del diputado:

“Si yo pretendo que se suprima no es por eludir un problema, sino porque yo creo que todas estas materias tienen su regulación en un Código Civil y no deben ser traídas a la Constitución, a fin de no provocar divisiones. Porque se habla, por ejemplo, de la investigación de la paternidad, y los señores Diputados no ignoran que a estas horas no se sabe todavía si es posible, técnicamente, la investigación de la paternidad sin evitar el clásico “chantaje”. Y como por otra parte, Sres. Diputados, existen en España legislaciones forales que regulan los derechos de los hijos legítimos y de los ilegítimos de distinta manera, yo pido a la Cámara que piense serenamente en todo esto, y que en lugar de llevar a la Constitución problemas confusos que dividen a los tratadistas, problemas que dividen a la Humanidad que los arranque, como hizo con la pena de muerte, de la Constitución, para llevarlos a una ley especial, y entonces indudablemente coincidiremos mucho, incluso en lo del divorcio, que estoy dispuesto a votar cuando llegue el momento de hacerlo. Nada más”³⁸¹.

A lo anterior contestaba el Sr. Samper, diputado, con unos argumentos, que explicitan las intenciones del legislador en el problema que debatimos:

“El Sr. Castrillo, sin penetrar en el fondo del problema, sostiene que debe éste aplazarse para las leyes civiles ordinarias; sin embargo, tienen tanta importancia estos principios del divorcio, de la igualdad de derechos entre marido y mujer dentro del matrimonio, de la investigación de la paternidad y, finalmente, de la igualdad de deberes del padre respecto de los hijos legítimos y naturales, es todo ello tan trascendental y, en cierto modo, se halla tan incorporado a los programas políticos que han constituido la esencia de este movimiento nacional, que es preciso estamparlo en la Constitución. Yo tengo la seguridad de que si la Cámara actual, esta Cámara Constituyente supiese que ella misma había de abordar el

³⁸⁰ Editorial diario ABC, de 16 de octubre de 1931.

³⁸¹ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 15 de octubre de 1931, Sr. Castrillo.

problema en el Código civil, que había de asumir la responsabilidad de dictar nuevas leyes civiles, no consignaría estos principios en la Constitución; pero como eso no es posible, como se trata de unas Cortes Constituyentes que no pueden descender a la confección de cada una de las leyes que constituyen los principios del nuevo régimen, es indispensable consignarlos en el Código fundamental del país, por se luego son otros Parlamentos los que tengan que ocuparse en el desenvolvimiento legal de los mismos.

Este es el motivo más importante que nos obliga a llevar a la Constitución preceptos que pudieran parecer de orden civil, preceptos que, acaso, no tengan aquel carácter de superlegalidad que corresponde a las disposiciones constitucionales en buenos principios de derecho constitucional. Puede ser que el Sr. Castrillo tenga razón; pero hay algo que está por encima de estas entelequias, de estas concepciones puramente metafísicas, y ese algo es la realidad imperiosa, la necesidad, que nos demandan que estos problemas fundamentales se aborden en la Constitución y se estampen por medio de principios sencillos y categóricos que luego encuentren se desenvolvimiento en las leyes que vote este Parlamento o los que le sucedan en la función legislativa³⁸².

Sin embargo, quien más abunda en el tema de la inclusión en la Constitución del tema del divorcio, y quien más razones aborda, es la Diputada Clara Campoamor, en réplica al Sr. Osorio y Gallardo, que fue siempre acérrimo enemigo, no ya que la máxima ley del Estado incluyera el tema de la familia en su articulado, sino del divorcio pura y simplemente. Puede resultar interesante leer la intervención:

“He de decir al Sr. Osorio que lo que el llamaba las interferencias del matrimonio civil y religioso tenían sin embargo, su razón de ser, al contestar a S.S., porque decía: no llevéis a la Constitución la cuestión del divorcio; dejadla para una ley. Y yo le digo: si en el espíritu de esta Cámara y en el espíritu de las leyes que la sigan y en el mismo espíritu de S.S (porque cuando nos dice que dejemos para una ley civil el divorcio, no será con el ánimo esperanzado de que no llegue nunca esa ley) está la esperanza de que la ley llegará, tenemos nosotros una razón fundamental para llevarlo a la Constitución y es que mientras no se dicte esa ley civil, estará vigente el código anterior, que remite el conocimiento de las causas del divorcio a los tribunales canónicos. Es decir, que será una ausencia de verdad, puesto que no existe Concordato ni, por tanto, la obediencia a los códigos canónicos ni a las disposiciones del Concilio tridentino. Esa es la primera necesidad lógica, jurídica que nos obliga a llevarlo a la Constitución. Pero la otra es la declaración de que lo que no existió nunca en España exista ahora declarado por su primera ley fundamental. De aquí la necesidad de explicar por lo que S.S. llamaba interferencia, de que vaya a la Constitución el principio de la declaración del divorcio”.³⁸³

Y en efecto, muchos diputados que combatían de entrada la procedencia de incluir en la Constitución el tema del divorcio y de los hijos ilegítimos, quizás esperaban, como dijo la Sra. Campoamor que la ley que habría de regular tales temas ni llegara nunca.

El desconcierto no tardó en llegar a la Cámara entre los Diputados, ya que el primitivo proyecto del artículo se presentó, una vez reducido, con el siguiente texto:

³⁸² Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 15 de octubre de 1931, Sr. Samper.

³⁸³ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 15 de octubre de 1931, Sra. Clara Campoamor.

Artículo 41. “La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo deseo, por libre voluntad de la mujer o a solicitud del marido, con alegación en este caso de justa causa.

Los padres están obligados, respecto de sus hijos, a alimentarlos, asistirlos, educarlos e instruirlos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes.

Los hijos nacidos fuera del matrimonio tendrán los mismos derechos que los habidos dentro de él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad.

El Estado se obliga a proteger y asistir a la infancia y a la maternidad.”

Antes de entrar el Congreso en la discusión de lleno del referido artículo se plantea una cuestión incidental, pero que tiene su importancia. Un sector de la derecha más conservadora que comprende especialmente a las minorías del Partido Agrario y los vascongados, y que representa más de 40 Diputados, acordó ausentarse de la Cámara desde que se comenzó el debate sobre el tema de la religión, el clero, la educación y el matrimonio. Por consiguiente, no se encuentran en el Congreso cuando se discute el artículo 41 sobre el divorcio.

Afirma el Sr. Osorio Gallardo, que “en ningún Parlamento ha ocurrido que una minoría se ausente y se pronuncie respecto al mismo, y el pronunciamiento ha sido siempre el de lamentar la marcha y esforzarse en que tenga término cuanto antes”. Añade que “en la minoría que contradice, cuanto más minoría es y menos fuerza tiene, está la mayor razón de permanecer en la Cámara y la mayor autoridad de sus deliberaciones”. Y la definición que el Sr. Osorio y Gallardo hace de las obligaciones de un Diputado pudiera ir hoy, sin perder un ápice de su frescura, a las Cortes de hoy en día.

“Porque cuando ellos se presentaron Diputados a Cortes ya sabían que venían aquí a contender y que su criterio saldría ganando o perdiendo, pero que por perder no hay derecho a enojarse. Al venir aquí ellos, sabiendo que eran minoría frente al pensamiento casi general en ciertas cuestiones, tuvieron que revestirse del valor necesario, que han demostrado muchas veces (lo digo en su elogio), para verse vencidos. No hay, pues, motivo a la sorpresa.

Prevaleció el otro día un criterio en materia religiosa que a ellos no les pareció bien; a mí, tampoco, ni a otras minorías, por otros motivos. Sin embargo, todos seguimos aquí. ¿Es que tienen los señores de las minorías que se han ausentado un motivo de agravio especial por juzgarse tratados con una singular severidad, con una extremada pasión, desconocedora de sus derechos? Ahora, ¿se puede pretender que no haya pasión? ¿Se puede pretender que ciertas ideas no choquen con un ambiente y una corriente de opinión muy generalizados? No puede ser; a eso tenemos que venir resignados todos, y, por consiguiente, si no hay un agravio específico y ellos tienen un deber que cumplir, ¿por qué marcharse de aquí?”

Es interesante analizar dos opiniones encontradas sobre el divorcio. El mismo Sr. Osorio y Gallardo, apenas ultimado el problema de la ausencia de las minorías agrarias y vasco navarras, toma la palabra para apurar su turno en oposición al divorcio:

“No creáis, no temáis, mejor diría, que yo voy a ocuparme del matrimonio como sacramento, porque ni eso es propio de la Cámara ni yo tengo competencia inautoridad para hacerlo, ni esperéis una disertación sobre la diferencia o la coincidencia entre el matrimonio y el contrato, no. Mi punto de vista, el que siempre he tenido, es pura y estrictamente social. A mi entender, la disolubilidad del matrimonio es nociva para la sociedad. Cabe mirar el matrimonio como hecho o como institución. Mirarlo como simple hecho es una concepción de materialismo tan amargo, de derivaciones tan crueles que apenas puede divisarse sin una profunda repulsión del espíritu. No es esa nuestra situación. La Constitución que estamos elaborando mira el matrimonio como institución, y ese es un acierto, y como institución protege y ampara la familia. Como institución, pues, hemos de discutir acerca de él, y mirando como institución se advierte que el al matrimonio se le exige lo que no se le pide a ningún contrato, que es la posibilidad de su retracción (...)

(...) pero al matrimonio le pedimos una cosa excepcional: que se pueda deshacer en cuanto alguien esté disconforme con haberlo celebrado. De modo que no es ya un contrato, es, según esta tesis, el último, el más deleznable, el ínfimo de los contratos. Lo que nadie se atrevería a romper en una venta, en un préstamo, se pretende romper disolviendo el vínculo en un matrimonio. Las consecuencias que esto trae para la sociedad son visibles, notorias y no hace falta señalarlas. No traigo citas de padres de la Iglesia, pero traigo alguna otra que no os debe parecer desdeñable. Era Augusto Comte, el padre del positivismo, quien decía: “La familia establece la primera noción de perpetuidad social enlazando el porvenir con el pasado. Ninguna intimidad puede ser profunda sin perpetuidad, pues la sola idea del cambio provoca el cambio”.

He aquí, señores, un gran concepto de este filósofo: «La sola idea del cambio provoca el cambio». Los que ejercemos la abogacía lo sabemos bien. La mayor parte de los divorcios que se nos consultan son absurdos, disparatados, inconscientes: una pequeña trifulca familiar, un choque con los parientes políticos, una divergencia en cuanto a los intereses; cualquiera de los pequeños episodios de la vida sobre los cuales fácilmente se puede y se debe pasar, determina, en el primer momento de irritación, el deseo de romper el matrimonio y de acabar con la familia. Cuando se tropieza con un obstáculo legal, aquellos no se logra, y después los cónyuges se felicitan de no haberlo logrado.”

Es posible que al Sr. Osorio y Gallardo le haya parecido irrefutable su símil entre el matrimonio y un contrato, y lo ha empleado en defensa de la institución. En puridad el mismo argumento del contrato, puede servir para lo contrario, porque es natural que en determinadas obligaciones mutuas, como puede ser una compraventa, los protagonistas del acto jurídico se comprometan a respetar determinadas y recíprocas normas pero no hay ningún contrato de acción continuada en el tiempo que obligue a los contratantes a permanecer por siempre ligados a su acuerdo inicial. Contrato de sociedad, de trabajo, de arrendamiento, etc., tienen, precisamente, en su esencia jurídica, la posibilidad de un “divorcio” de los contratantes.

Este argumento es el que emplea Clara Campoamor cuando toma la palabra para rebatir el ataque que Osorio y Gallardo hace contra el divorcio, aunque parece personalizado contra esta Diputada. Afirma Clara Campoamor que la República ha de mantener el matrimonio asentado en dos principios: el de libertad y el de laicismo. “En el principio de libertad, si es ésta la base de nuestras leyes, es imposible admitir

ninguna clase de contrato, ni ninguna clase de acción, que ligue perpetuamente a dos seres”. Y al referirse al segundo principio alude a la anómala y antijurídica situación de que el Código Civil, en su artículo 75, entregaba a los Tribunales canónicos todo lo que se refería al divorcio, del cual sólo entendían ellos, pasando después la jurisdicción civil a tener conocimiento de lo que en la materia hubieran acordado tales Tribunales.

Clara Campoamor hizo su defensa del divorcio como remedio a situaciones que no tienen mejor solución:

“Pues bien, el matrimonio, sin negar que contiene un elemento psíquico que, evidentemente, lo aleja mucho de la materialidad del contrato, es el concierto de dos voluntades. En cuanto este concierto quiebra, en cuanto estas voluntades no pueden convivir, en cuanto el matrimonio que, naturalmente tiene como base, a juicio de cualquier persona medianamente sensata, el amor y la afinidad espiritual no realiza esa finalidad, no es para los cónyuges más que una tortura, un sufrimiento y una degradación del individuo.

Si las cartas no fueran documentos privados que, a veces, revelan heridas muy hondas que no pueden sacarse a la publicidad y si el hecho de traer montones de ellas, sin estar autorizada su lectura, no tuviera un poco el aire de un chantaje, hubiese traído a la Cámara todas aquellas reclamaciones, todas aquellas quejas que me dirigen –y supongo que no seré el único Diputado a quien se dirigen- mujeres y hombres, que anhelan la llegada del divorcio para poder asentar su vida sobre una realidad luminosa y fecunda, sobre una esperanza.

En la unión del hombre con la mujer creo yo que se realizan todos los anhelos e ideales de la pareja cuando ésta va encaminada por nobles motivos a esa unión; pero cuando ésta falta ¿a qué condenar a los hombres y a las mujeres a permanecer unidos por medio de un vínculo indisoluble? Hacer eso es condenarlos a mutilar la personalidad o, caso contrario, a la hipocresía; es condenarlos al adulterio, a la ficción y a la falsedad. Es eso lo que se quiere al pedir que se excluya el divorcio de la ley.”

Y concluye Clara Campoamor su defensa del divorcio con un argumento que para ella es irrefutable: no es el divorcio lo malo, lo malo es la ruptura del matrimonio. Y un divorcio acordado por la ley civil, según ella, permite la reconstrucción de la vida de ambos cónyuges. En estas últimas razones, Clara Campoamor, también se dirige directamente a Osorio y Gallardo con las siguientes palabras:

“La ley canónica disuelve el matrimonio, puesto que acepta, en casos de separación de cuerpo, o el divorcio temporal o perpetuamente ¿No es esto así? Entonces, ¿qué diferencia encuentra su señoría entre la separación de cuerpos “ad perpetuam” y el divorcio civil? Únicamente la de que, a juicio de S.S., una separación perpetua estará dictada por los Tribunales canónicos después de aquilatar cuidadosamente si no hay medio de unir a los cónyuges; pero ni la misma ley canónica, en casos que considera graves, condena a una eterna permanencia común a los seres unidos por el vínculo; claro está que no faculta a contraer nuevo matrimonio. ¿En qué se diferencia una separación perpetua de un divorcio civil? Sencillamente en que este último permite al individuo una vida clara y serena, pudiendo efectuar una nueva unión, sin torturas, sin adulterios, sin cometer delitos y sin vergüenzas.

Pero, además permítame S.S. que yo me asombre de que S.S., todo bondad, aunque un poco agresivo a ratos (Risas), pero todo bondad, todo generosidad, como he tenido ocasión de comprobar muchas veces, teniéndole como decano del Colegio de Abogados, todo

comprensión, quiera imponer en el matrimonio una cláusula penal tan horrorosa como la de que el que se equivoque que se fastidie; es decir, sea siervo toda su vida de esa equivocación, y además, sujete a esa equivocación a otros. No, Sr. Osorio y Gallardo; la vida no puede estar encerrada en esas estrechas normas. El divorcio no es ninguna osadía. No es ninguna invasión del sacramento. Cuando uno sea víctima y sufra, que se resigne si tal es su gusto y su deseo, pero que no obligue a los demás a que se resignen también.”

Acabamos de observar una defensa del divorcio hecha por Clara Campoamor con razones que ella viene denominando universales. A continuación podremos apreciar una defensa con enfoque político a cargo del Sr. Sanchís Banús, concretamente se trata de un enfoque socialista, ya que dicho Diputado habla como representante de tal partido.

Comienza diciendo que, efectivamente, ese es su criterio, en nombre del Partido Socialista, ya que estima:

“Que no es lícito, por lo menos para quien se sienta en este banco, manejar como principios orientadores cualesquiera otros que no sean estrictamente los que pertenecen al programa político de su partido”. Y entra en materia con una afirmación, aparentemente contradictoria: “La minoría socialista sostiene y proclama que la forma más perfecta de la organización sexual de la sociedad humana es la monogamia estable.”

“Y si con este criterio nos lanzamos a sostener la teoría del divorcio es porque nos debemos a la doctrina socialista. Esta maneja, no verdades, sino simientes de verdades, que han de desarrollarse en un horizonte de perfección. El socialismo, que triunfa un poco todos los días, no alcanzará nunca la perfección. El divorcio significa una concordia entre la sociedad monógama del futuro y la situación actual.

Yo os digo, Sres. Diputados, que para nosotros el divorcio no es una cuestión de derecho subjetivo; nosotros no queremos dar a los cónyuges unas normas para que busquen su propia conveniencia y protegerlos dentro de las leyes; no nos planteamos el problema de si el divorcio es necesario para la felicidad de los cónyuges o de los hijos; lo que nos aseguramos es que el divorcio es estrictamente necesario para la buena constitución del Estado.

Ahora, señores, puesto que nosotros estamos ciertos que el matrimonio tiene una función esencialmente social y como socialistas la defendemos, ha llegado el minuto de que nos preguntemos en qué condiciones se precisa que se estatuya la sociedad conyugal para la existencia de esta felicidad. Insisto en mi primera afirmación para basar sobre ella todas las demás: la sociedad fundada en la unión monogámica y estable es condición esencial para formar hijos que sean buenos ciudadanos. Ahora bien; la existencia de esa sociedad es condición esencial, pero a nosotros, socialistas, no nos importa tanto instituir la a virtud de una obligación que establezca de una manera definitiva e irrompible ese vínculo, como convencer y educar a las conciencias en esta necesidad de estabilidad de unión, para que nunca llegue a romperse, ante la división del deber.

Nosotros creemos que deben existir matrimonios felices para la salud de los hijos y creemos que todo hombre y toda mujer conscientes tienen que darse cuenta de esa grave verdad sabiendo que con ello laboran a favor del bien de la Humanidad.”

El desconcierto no tardó en llegar a la Cámara entre los Diputados, ya que el primitivo proyecto del artículo se presentó, una vez reducido, con el siguiente texto:

Artículo 41

“La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo deseo, por libre voluntad de la mujer o a solicitud del marido, con alegación en este caso de justa causa.

Los padres están obligados, respecto de sus hijos, a alimentarlos, asistirlos, educarlos e instruirlos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución

Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.

Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad.

No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna.

El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la “Declaración de Ginebra” o tabla de los derechos del niño.”

Este artículo aparece en el Capítulo II, bajo el título Familia, economía y cultura. El sr. Alcalá-Zamora se refirió al primero de los artículos del Capítulo II, esto es el art.41, como “encuadernación de varios”. Y esta expresión es muy clarificadora para calificar al conjunto del Capítulo en cuestión. Los temas aparecen ligados más bien por ser cuestiones no tratadas en las clásicas Declaraciones de derechos, afrontar problemas de contenido o de ordenación supraindividual; también tienen en común la propensión a afirmaciones transcendentales pero nada normativas, que recuerdan a estilos persuasivos o doctrinantes no muy lejanos del estilo imperativo.

A continuación podemos analizar los diferentes contenidos del art. 41.

2.2.2.1. La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado

Esta primera declaración tiene su origen en el art.119 de la Constitución alemana, carece de verdadero valor preceptivo, aunque a veces se haya indicado entre los juristas germanos que con ella se quiso descartar alguna manifestación como la poligamia, o huir de excesos, como los que se imputan al Derecho ruso. Lo curioso del caso es que ANSCHÜTZ, uno de los más autorizados comentaristas del texto de Weimar, interpreta esta misma frase como afirmación de que el matrimonio, institución secular, no podría ser suprimido sin modificar la Constitución; y añade que el facilitar la disolución del mismo sin formalidades, y el suprimir toda diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos, iría contra el sentido íntimo de la expresión constitucional.

El artículo en cuestión lo ha entendido de otro modo, pues inmediatamente de consignar la declaración primaria aludida, se encarga de sentar normas que la atenúan o corrigen en gran parte.

2.2.2.2. *El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos*

Esta segunda declaración tiene mayor valor positivo y es la consecuencia obligada del criterio establecido respecto a igualdad de derechos sin distinción de sexos. Ahora bien, como esto pugna con el Código civil, y la Constitución no parece por sí ejecutiva, será menester aguardar a la ineludible reforma legislativa para que recobrará vida lo que en este momento parecía de tipo programático. Obligatoria en un futuro pero ineficaz mientras no sea completada y hecha viable. La unidad del matrimonio desde este momento podría ser incompatible con la igualdad proclamada; y se deben evitar equiparaciones que degeneren en rivalidades, conflictos, competencias... que impliquen una imposibilidad de la vida familiar.

2.2.2.3. *... y podrá disolverse*

Efectivamente nos encontramos en uno de los escollos de la cuestión, seguramente la más grave de todas las cuestiones abordadas hasta el momento: la disolubilidad o no del matrimonio.

Como hemos visto los Sres. Gil Robles y Leizaola habían presentado un voto particular sosteniendo que esta materia debía eliminarse de la Constitución, y en igual sentido se pronunció el señor Osorio y Gallardo³⁸⁴.

La Comisión formuló un primer dictamen admitiendo el divorcio vincular y estableciendo para él dos casos: la simple voluntad de la mujer, o la justa causa alegable por el marido; pero luego suavizó este punto de vista y se limitó a afirmar el principio de que el matrimonio podía disolverse con arreglo a la Ley, opinión ya propugnada por el Sr. Guerra del Río.³⁸⁵

Dos fueron, por tanto, los temas debatidos: si se aceptaba o no la ruptura del vínculo, y si se habían o no de señalar razones que autorizasen dicha solución. El sistema que se propuso a la postre fue el de afrontar y resolver el primer problema, aplazando en parte el segundo. Pero habida cuenta de que entre nosotros es lo corriente el matrimonio canónico, se dará a menudo el caso de personas que continúen casadas ante la Iglesia aunque civilmente hayan quedado en libertad, o contraído nuevo ligamen.

³⁸⁴ Diario de Sesiones número 57, Sr. Osorio y Gallardo.

³⁸⁵ Diario de Sesiones número 29, Sr. Guerra del Río.

2.2.2.4. *Disolución por mutuo deseo, por libre voluntad de la mujer o a solicitud del marido, con alegación en este caso de justa causa*

Dicho queda que la Comisión era partidaria de que la simple voluntad de la mujer bastara para acordar la disolución, fundándose para ello en el rubor que a veces causa a la esposa el confesar ciertas anomalías, según manifestó el Sr. Jiménez de Asúa, aunque el señor Galarza creyese que podía haber algo de literatura³⁸⁶.

Pero la desigualdad que tal fórmula implica en la relación contractual hizo que la impugnara el Sr. Álvarez Buylla³⁸⁷, contribuyendo asimismo a descartarla cierta ingeniosidad de D. Basilio Álvarez³⁸⁸, según el cual el proyecto se convertía en Ley el histerismo.

Así y todo, el criterio primitivo de la Comisión fue reproducido por la minoría socialista, y defendido elocuentemente por el Sr. Sanchís Banús³⁸⁹, logrando convencer a la Cámara (que aprobó su enmienda por 169 votos contra 153), siquiera con rectificación, que no ha sido única, cambiara luego de opinión, y prevaleciera en definitiva la tesis que la voluntad conforme de ambos cónyuges basta para disolver el matrimonio, y que en otro caso sería necesario alegar y probar alguna causa justa.

Cuáles vayan a ser estas no cabe predecirlo; pero debe hacerse presente desde ahora que la solución del divorcio, razonable en sí, afecta a muy hondos y respetables intereses sociales, y que la voluntad de los interesados no es el todo, ni mucho menos, porque hay algo que está por encima de ella: la conveniencia de los hijos .

Entendiéndolo así, el proyecto de Ley que ha leído el señor Ministro de Justicia frena un tanto el caso de mutuo disenso, modelándolo sobre modelos americanizados que invocó el Sr. Asúa.

³⁸⁶ Diario de Sesiones número 57, Sr. Jiménez de Asúa.

³⁸⁷ Diario de Sesiones número 30, Sr. Alvarez Buylla.

³⁸⁸ Diario de Sesiones número 29, Sr. Basilio Alvarez.

³⁸⁹ Diario de Sesiones número 29, Sr. Sanchís Banús.

2.2.2.5. *Los padres están obligados, respecto de sus hijos, a alimentarlos, asistirlos, educarlos e instruirlos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución.*

Dos cláusulas componen el párrafo: la primera reafirma, en términos de poca precisión jurídica, el deber de alimentos a cargo de los padres. La segunda, que supone mayor novedad, autoriza al Estado para una vigilancia sobre esta materia, y le impone unas obligaciones subsidiarias que obedecen a cierta iniciativa del Sr. Recasens, la cual, aun cuando bien intencionada, y dirigida principalmente a la hipótesis de huérfanos desvalidos, puede tener amplitud aventurada y representar para el Estado una carga onerosa; todo ello aparte de la alteración que parece acarrear en el orden de la deuda alimenticia regulada en nuestro derecho civil, ya que la actuación supletoria del Estado habrá de venir después de los llamamientos de cuantos parientes estén sujetos a aquélla.

2.2.2.6. *Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.*

El principio es de una generosidad aplastante. Ahora bien, la tarea de encuadrarlo en nuestro sistema familiar ha de originar dificultades sin cuento, y no se nos alcanza cómo podrán aliarse los dos criterios sentados en el artículo: la salvaguardia especial de la familia y la protección a los hijos ilegítimos hasta el punto de equipararlos a los legítimos.

Sin duda, habrá que ir a un nuevo régimen familiar, y mientras tanto la eficacia del precepto será dudosa, porque no será viable. Todo ello expuesto por el Sr. Samper a juicio del cual la Constitución había fijado los deberes de los padres, pero no se habían determinado los derechos de los hijos³⁹⁰.

2.2.2.7. *Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad*

El precepto no se ha interpretar como una mera dilatoria; ni podrá, por consiguiente, negarse la futura legislación civil a admitir esa investigación. El mismo hecho de mencionar expresamente ésta ya trasluce el propósito de permitirla. Se busca un equilibrio entre el mero chantaje y la plaga del donjuanismo.

³⁹⁰ Diario de Sesiones número 57, Sr. Samper.

2.2.2.8. *No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna*

Esta innovación responde a una enmienda del Sr. Sbert³⁹¹ y responde al espíritu antes expuesto de amparo a los hijos no legítimos. Será conveniente que se dicten sin demora las disposiciones complementarias indispensables, pues la nueva norma está en pugna con el Código y la regulación del Registro Civil.

2.2.2.9. *El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la “Declaración de Ginebra” o tabla de los derechos del niño.*

Este párrafo se constituye como un verdadero cajón de sastre. El conglomerado es lamentable. Pone de manifiesto todo lo que no debe recoger una Constitución. Se llegaron a admitir enmiendas creyendo que estaban fundamentadas en el Derecho Internacional y no dejaban de estar fundadas en un mero Congreso de gentes respetables. Transcribo como una nota la Declaración de Ginebra³⁹².

Esta fórmula propuesta por la comisión desencadenó una de las principales polémicas que se produjeron en las Cortes Constituyentes, dándose cita en la discusión, con todo su bagaje cultural e ideológico, diversos modos de entender la configuración de la sociedad y de la familia, que defendieron o atacaron el divorcio

³⁹¹ Ap.17 al número 50.

³⁹² El texto transcrito está tomado del discurso pronunciado por el Sr. Ayuso en la sesión de 16 de octubre de 1931, Diario número 58.

Declaración de Ginebra

“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, vulgarmente denominada Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad debe conceder al niño cuando estime mejor y más beneficioso para él, afirma como sus deberes, excluida toda consideración de raza, nacionalidad y creencia religiosa, los siguientes:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de realizar normalmente su desarrollo físico y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla; el niño desviado de la buena senda debe ser vuelto a ella; el huérfano y el abandonado deben ser corregidos y socorridos.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorros en toda ocasión de calamidad pública.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganar la subsistencia y ser protegido contra toda clase de explotación.
5. El niño debe ser educado, inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos”.

con parejo trasfondo argumental: la libertad y dignidad de la persona, como hemos visto.

2.2.2.10. Consideraciones al hilo del texto

Después de este análisis, podemos afirmar que buena parte de los partidos políticos que accedieron al poder en las elecciones de junio del 31, incluyeron el divorcio como punto importante de sus programas. Ello explica la fuerte carga política que tuvo el asunto, y da razón de un dato casi inédito en el Derecho matrimonial: que aunque lleve la fecha de 2 de marzo de 1932, en realidad sus líneas generales venían ya marcadas desde el 16 de octubre de 1931, día en que la Cámara de Diputados de las Cortes Constituyentes aprobó la redacción definitiva del art.41 (más tarde 43) de la Constitución de la II República, en cuyo primer párrafo se otorgaba rango constitucional a la tesis de que el matrimonio “podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación, en este caso, de justa causa”.³⁹³

Nos hemos detenido en la génesis de la futura ley, que será análisis del próximo punto, porque creo que la auténtica discusión del fondo de la futura ley tuvo lugar en el debate del texto constitucional, como hemos podido observar.

Vale la pena recordar que la redacción del inciso del art. 41 del proyecto referente a la disolución del matrimonio, era exacta repetición del esquema que el propio Jiménez de Asúa había propuesto en su artículo publicado en “El Socialista” de 26.VI.1931, bajo el título “El divorcio”.

Todo ello venía por su preferencia por la ley uruguaya de septiembre de 1913 y más en particular, por una de las formas de divorcio allí contemplada: el divorcio a solicitud de la mujer, sin necesidad de alegación de motivos³⁹⁴.

Así, a modo de epílogo, podemos afirmar que la discusión quedó centrada en los siguientes puntos:

1. Conveniencia o no de la constitucionalizar el divorcio: la reserva que planteaba a no pocos diputados la fórmula de reseñar en una disposición constitucional las diversas clases de divorcio.
2. El tema del divorcio-repudio a instancias de la mujer: como hemos podido ver, el primer extremo, la constitucionalización, fue el que de forma más amplia se debatió. Con un debate áspero y muy polémico,

³⁹³ REINA BERNÁLDEZ, Víctor, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Barcelona, 1989, Volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., pág.150.

³⁹⁴ *Ibidem*, pág.151.

como hemos podido analizar. Y a modo de resumen emblemático, podemos transcribir las palabras de Niceto Alcalá Zamora (que votaría en contra) y que resumen las apreciaciones que en la Cámara se dejaron oír acerca de esta conveniencia de llevar el divorcio a la Constitución: “La primera vez que la familia se enfrentó constitucionalmente con el Estado no tuvo gran fortuna. El divorcio en la arquitectura regular de la constitución es un postizo, un saliente de la línea de fachada, sin razón de ser ni utilidad alguna”.

En la línea opuesta, Jiménez de Asúa, afirma que la razón para insertar el divorcio en la Constitución estriba en la siguiente afirmación: “cuando nosotros llevamos a la Constitución el establecimiento del divorcio es para que un Parlamento veleidoso, el día de mañana, no pueda ir contra los principios y derechos que el pueblo reclama”.

Sin embargo, como ya hemos anunciado, el texto presentado por la Comisión en relación con otras cuestiones antedichas fue el sistema de divorcio a petición de la mujer sin alegación de causa y fue directamente atacado incluso desde las filas radicales y radicales-socialistas.

Y, a su vez, que la constitución especificara las clases de divorcio fue cuestión acogida con reticencias por amplios sectores de la Cámara, hasta el punto de que la propia Comisión hubo de rectificar su primitivo dictamen, proponiendo esta otra redacción: “... El matrimonio podrá disolverse por medio del divorcio, que será regulado por una ley”. Texto, este último, que ante la oposición del grupo Socialista, la ausencia de agrarios y vasconavarros, y las observaciones de los radicales-socialistas acabó siendo sustituido por esta forma transaccional que aparece en la definitiva redacción del art.43 de la Constitución de 1931: “El matrimonio podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso de justa causa”.

Así pues, podemos resumir que el proceso legislativo republicano, como afirma REINA, comenzó, en estricta lógica, por donde había haber acabado: el divorcio³⁹⁵. Con ello se corrobora, que cuando se trata de implantar por primera vez el divorcio en un ordenamiento jurídico las restantes cuestiones, por importantes que sean e incluso prioritarias en una elemental sistematización de la materia, pasan a un segundo plano. Y esto es lo que ocurrió en la II República: primero se constitucionalizó el divorcio en diciembre de 1931 en sus grandes posibilidades; a renglón seguido -marzo 1932- se regularon las causas o motivos de divorcio y los

³⁹⁵ REINA BERNÁLDEZ, Víctor, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Barcelona, 1989, Volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., pág.149.

efectos del mismo como una cuestión ya de tarea legislativa ordinaria; y finalmente se implantó el principio de matrimonio civil obligatorio -junio 1932-³⁹⁶.

Por tanto, es evidente el giro histórico que supuso la II República española, tanto en la clave divorcista como en el asentamiento del principio de matrimonio civil obligatorio que más adelante analizaremos.

Al igual que ocurriera en Francia con la ley Naquet de 1884 -que reintrodujo el divorcio después de su abolición por ley el 1816- , en Austria con la legislación sobre el divorcio de 1938, o más recientemente en Italia con la ley Fortuna-Baslini (sociedades todas ellas católicas desde el punto de vista histórico) también en España estas medidas sobre unas instituciones tan vitales vinieron acompañadas de reacciones contrapuestas y dispersas³⁹⁷, como hemos podido observar.

2.2.3. La Ley de divorcio 2 de marzo de 1932

El 4 de Diciembre de 1931, autorizaba Don Manuel Azaña, Presidente del Gobierno, al entonces Ministro de Justicia, D. Álvaro de Albornoz, la confección de una ley de divorcio. Con bastante rapidez por parte de la Comisión confeccionadora, en dos meses quedaba lista para discusión la citada ley. Sobre este proyecto de ley de divorcio emitió dictamen favorable la comisión de justicia el 19 de enero de 1932, siendo discutido el articulado entre los días 5 y 24 de febrero.

El día 3 de Febrero de 1932 se iniciaba la discusión parlamentaria bajo la presidencia del Sr. Besteiro, con bastante afluencia de Diputados y con gran expectación en las tribunas públicas. El proyecto de ley iba precedido de un preámbulo, a guisa de exposición de motivos, que fue leído por el Ministro de Justicia.

Puede ser interesante analizar el texto del Preámbulo del Proyecto de Ley a las Cortes Constituyentes.

Al presentar el Ministro que suscribe a las Cortes Constituyentes este proyecto de ley quiere rendir homenaje de pública gratitud a la "Comisión asesora jurídica". Es la Comisión y su presidente quienes han redactado, mediante estudios afanosos, el proyecto que tengo el honor de someter a la Cámara; es el pleno de esa Comisión, en la que se hallan representadas todas las posiciones ideológicas, el que ha escrito el dictamen que es sometido hoy a las Constituyentes.

³⁹⁶ Ibídem, pág.149.

³⁹⁷ Ibídem, pág.150.

La trascendencia moral, jurídica y social del matrimonio exigía del Gobierno de la República un aquilatado examen de la extensión que había de darse a la legislación sobre el divorcio; por ello acudió a la “Comisión asesora jurídica” a fin de lograr que la propuesta trajera la autoridad colegial de un organismo técnico provisto de alta competencia.

Mas el Gobierno de la República, al secularizar el Estado, no podía dejar tras de sí cuanto al matrimonio y a su íntima estructura jurídica atañe; desoír las apelaciones reiteradas de quienes, al buscar la felicidad en un hogar, hallaron la desventura; no podía solidarizarse con quienes quieren hacer de las situaciones creadas por dolo o culpa situaciones indisolubles jurídicamente; no podía, en una palabra, permanecer atado a todo el sistema de prejuicios sociales e imposiciones confesionales de que constitucionalmente se ha liberado.

El Derecho, al fluidificarse y dar acceso a la rectificación de las situaciones jurídicas subjetivas, creando un cuadro de formas extintivas de las relaciones matrimoniales, posibilita el que se haga más clara y limpia la moral familiar, porque no es el divorcio, concebido en la forma propuesta a la Cámara medio que pueda debilitar de modo genérico el vínculo matrimonial o amenguar el espíritu de sacrificio que constituye y ha de ser siempre la substancia espiritual de la familia, sino el resorte postrero a que acudir cuando se haga imposible sostener las bases subjetivas que la crearon.

Recibido en las Cortes Constituyentes de la República el principio de la disolución del matrimonio por causa de divorcio era deber inexcusable del Gobierno preparar y someter al Parlamento un proyecto de ley que regulase tan delicada materia, la cual, por afectar hondamente al fuero individual y al interés público, exige normas de exquisita pulcritud y ponderación que por igual alejen a sus disposiciones de cualquier innecesario sacrificio de la voluntad privada como de todo extremismo perturbador para la paz pública.

En el texto constitucional la libertad de los cónyuges ha sido respetada, pero subordinada con justicia al interés de la sociedad; a la vez que en aquella norma establecía el mutuo disenso como principio conceptual en el divorcio, recababa pero el Estado la intervención indispensable en su ejercicio y en la disciplina de sus efectos, y al propio tiempo que abría amplio cauce para la acción unilateral de divorcio, siempre que existiera justa causa, rechazó severamente todo sistema de repudio matrimonial por arbitraria decisión de un solo de los cónyuges.

Sobre tan escrupulosas bases, como lo son las de nuestro precepto constitucional acerca del divorcio, se asienta la reglamentación vertida en el adjunto proyecto de ley, cuyos dos primeros artículos se limitan a consagrar aquéllas en forma de norma positiva como derecho jurisdiccionalmente aplicable.

Cierra este primer capítulo de la ley con una enunciación, más ejemplar que taxativa, de las causas legítimas de divorcio. Son doce admitidas por expresa definición de la ley. La interpretación de los Tribunales podrá obrar en su aplicación con eficacia expansiva. Pero el empleo judicial de un método de analogía, fecundo y necesario en estas causas matrimoniales de experiencia multiforme, no deberá olvidar que el sistema de la ley se ha determinado preferentemente por el principio del divorcio culpable y que ha admitido sólo por excepción algunos motivos no culposos. Se justifica tanto más aquella preferencia de la ley cuanto que a los casos de grave perturbación matrimonial por causas objetivas ha podido proveer mediante el régimen de separación judicial, la cual, mantenida durante cierto tiempo, da lugar al pleno divorcio. Finalmente, el pensamiento que informa este proyecto se muestra a estos respectos un poco receloso ante el abusivo empleo que de la acción de divorcio pudiera hacerse. Ello sería enormemente perturbador para la regularidad de la vida civil, y en defensa de ésta, el legislador entiende más conforme al interés general erigir en principio de su ley un criterio sancionador contra las graves faltas familiares que abrir sin continencia el camino a posibles estímulos de egoísmo inconciliables en absoluto con aquellos deberes de auxilio mutuo que los cónyuges han de prestarse, y más estrechamente aún en condiciones desgraciadas para cualquiera de ellos.

El ejercicio de la acción de divorcio ha sido de conformidad con dichos principios, supeditado a ciertas condiciones que acrediten la seriedad del motivo, la presencia actual o el pasado próximo de las causas determinantes del divorcio; y a este efecto ha cercado la vigencia de la acción con plazos de caducidad y de prescripción que impidan controversias notoriamente retrospectivas sobre sucesos presuntivamente tolerados.

Esencial preocupación de ésta ley ha sido la suerte de los hijos cuyos padres se divorciaron. Cuantas medidas de protección se han podido adoptar han sido acogidas; así se declara el principio inderogable de la subsistencia íntegra de los deberes de los padres para con sus hijos; se provee a su guarda personal y a la gestión de su patrimonio por los medios que sugiere la máxima conveniencia moral y material de los hijos, y se impone la preferencia de asistirlos personalmente para el cónyuge no culpable. La autoridad judicial vigila con su aprobación el acuerdo posible de los padres, en relación a la permanencia de los hijos en compañía de uno y otro de aquéllos, y alterar por su resolución, cuando fuere preciso, el régimen establecido. No vacila la ley en ordenar la constitución de tutela en los casos más graves de doble culpabilidad de ambos cónyuges o la institución judicial de un gestor de los bienes de los hijos cuando el segundo matrimonio del padre que los tiene bajo su guarda hace temer que los frutos recibían aplicación no conforme al implícito destino que la ley hubo de asignarles o que la administración de aquéllos pueda quebrantarse en manos del padre bínubo.

Y todavía la ley, con el propósito de fortalecer los resortes de protección a los hijos y al cónyuge inocente, no ha dudado en acoger bajo sus prescripciones y en aplicación concreta a la situación de divorcio la figura delictiva de abandono de familia que otras legislaciones contemporáneas tienen ya incorporada a su inventario penal. Quien culpablemente desatiende y se despreocupa del más fundamental de los deberes familiares, consistente en atender a las necesidades de su prole y de su cónyuge, es merecedor de una sanción punitiva, tanto si la falta se comete en constante matrimonio cuando si la produce en situación de divorcio. Aún es más frecuente en este caso, según conocidas experiencias de otros países en cuyo derecho matrimonial se establece el divorcio. En su virtud, nuestro proyecto ha optado como primer ensayo por aplicar un sistema de sanciones penales al cónyuge divorciado que deja, culpablemente de proveer con los alimentos debidos al cónyuge inocente y a los descendientes, castigando la reincidencia con mayor severidad y sin que sirva a excusarle de su falta de abandono la circunstancia de haber constituido garantías de su solvencia económica, pues este hecho responde a un orden diferente que no debe confundirse con un riguroso imperativo moral a que se refiere la disposición penal formulada en esta ley.

También se ha preocupado ésta de regular los efectos del divorcio en cuanto a los bienes de los cónyuges. Las disposiciones a este respecto establecidas plantean soluciones nuevas en nuestro derecho matrimonial económico; a la mujer divorciada se le reconocen posiciones rotundas de plena capacidad, que también se le aplican al caso de mera separación judicial sin disolución de vínculo.

Por último, el proyecto ha establecido el procedimiento judicial de los pleitos de separación y divorcio sobre las bases de tramitación sumaria, y, por tanto, económica, aparte de la facilidad concedida al pobre para liquidar su divorcio sin previa ejecutoria de pobreza, pero sin mengua de las garantías procesales. Se ensaya en el nuevo procedimiento la única instancia ante las Salas de lo Civil de las Audiencias territoriales, conservando la intervención del juez de primera instancia para la adopción de las medidas provisionales en esta clase de litigios, la dirección y vigilancia en la tramitación escrita del pleito, el resumen razonado de las pruebas practicadas, juntamente con un informe sobre la cuestión de derecho; por último, se le reserva jurisdicción para que en cualquier momento del litigio, hasta que haya sentencia firme, pueda adoptar las resoluciones de urgencia que las circunstancias exijan en relación a las personas y bienes de los cónyuges o de los hijos. Contra la sentencia de instancia se concede un recurso de revisión por y ante el Tribunal Supremo, que sirve de garantía al litigante que se creyera agraviado. Al juez de primera instancia se le encomienda, en fin, íntegramente, con la resolución final inclusive, el sencillo procedimiento especial que debe seguirse en los divorcios por mutuo disenso.

Algunas disposiciones de carácter transitorio cierran el contenido de la presente ley. Redactadas con un sentido de generalidad, marcan la pauta para resolver estos conflictos de aplicación de la ley en el tiempo, tanto en el ámbito del derecho material como en el orden al nuevo derecho procesal que se establece. Pero deliberadamente se ha huido de ningún exceso de detalles en este punto, que por referirse a la aplicación de la ley en cada caso controvertido, corresponde más a la interpretación jurídica que al precepto legislativo terminante.

Cabe preguntarse por qué los políticos republicanos hubieran podido llevar a cabo su ambiciosa reforma en educación, sociedad y economía, a veces tan lejanas del tejido social existente. En cierta manera, encontramos la respuesta en la obra "Ahora, divorcio"³⁹⁸ cuando admite una serie de factores favorables que son: el repliegue de la Iglesia ante los problemas creados por el Cardenal Segura, la paralización de las fuerzas monárquicas, confusas por el rápido desplome de la monarquía, y el ahínco de los parlamentarios de izquierda en el Congreso. Y este último punto sería un punto a destacar, según afirma al respecto BRENAN³⁹⁹:

"Las Cortes elegidas en Julio prometieron ser en toda ocasión, dignas de la tarea que habían sido llamadas a realizar. La distinción personal de muchos de sus miembros era evidente. Durante los últimos años la vida española había llegado a un pináculo de cultura e inteligencia como no había conocido desde mediados del siglo XVII. Los nuevos hombres elegidos-pocos de ellos se habían sentado anteriormente en otras Cortes- estaban llenos de prestancia y capacidad que su cargo requería. Aquello era una asamblea de notables..."

"Estos partidos republicanos contaban en sus filas intelectuales... y muchos de las clases profesionales..."

Efectivamente este tipo de formación de los políticos republicanos llevaba a menudo a poner demasiado énfasis en materias ideológicas, en detrimento de la economía y la política prácticas. Es significativo en esta línea, lo que afirma Pierre VILAR⁴⁰⁰ cuando enuncia: "La Dictadura había gobernado sin transformar. La República quiso transformar y gobernó difícilmente".

Si nos paramos un momento en la facilidad con que fue aprobada la ley de divorcio habría de preguntarse qué hubiera pasado si la oposición se hubiera mostrado tan irreducible en el terreno de las ideas como lo fue en el de la economía. No olvidemos que la derecha española del momento, con la cuestión de la Reforma Agraria, por ejemplo, supo utilizar todos los recursos parlamentarios y de presión informativo y privada para realizar un proceso de transformación en la propiedad y

³⁹⁸ ALBERDI ALONSO, Cristina, CERRILLOS VALEDOR, Ángela, y ABRIL GONZÁLEZ, Consuelo, *Ahora, divorcio*, Editorial Bruguera S.A., Madrid, 1977, pág.30-31.

³⁹⁹ BRENAN, Gerald, *El laberinto español: antecedentes sociales y políticos de la Guerra Civil*, Editorial Ruedo Ibérico, París, 1962, pág. 177 y 178.

⁴⁰⁰ VILAR, Pierre, *Historia de España*, , París, 1971, Editorial Crítica, pág.121.

finas de las grandes fincas. Su unión contra la izquierda, que no logró ante las revolucionarias reformas en educación y familia, bien que la llevó a cabo cuando fueron sus intereses personales amenazados. No creo que se tache de sectaria la opinión de que la derecha, que tradicionalmente invoca los grandes temas para oponerse a la izquierda, es más sensible cuando atacan sus intereses económicos que los morales. Es especialmente significativa para ilustrar el punto de vista anterior, la anécdota en que se convirtió la respuesta otorgada por un Diputado de la minoría agrarista en los debates sobre la Reforma Agraria, a un contrincante que le dijo que el Santo Padre, en diversas encíclicas y textos del magisterio pontificio había abogado por un mejor reparto de la tierra: “Si su S.S. me asegura que la Iglesia dice que debemos dar nuestras tierras a los labradores nos haremos cismáticos.”

Conocido fue que en los debates sobre divorcio y religión, gran parte de los Diputados de la derecha -especialmente los vasconavarros- se limitaron ausentarse de la Cámara, en los de la Reforma Agrario no ahorraron ni su presencia ni su dedicación a larguísimas y tediosas prácticas obstructivas.

Como ya hemos anunciado con anterioridad el citado texto de divorcio fue el de culpabilidad, como norma general, aunque hubiera algunas excepciones como los casos de enajenación mental y la separación por mutuo consentimiento. No se llegó a la objetividad de las causas de divorcio, sistema muy evolucionado que hubiera chocado demasiado en una sociedad como las nuestras. Sin embargo aportó novedades jurídicas como: el divorcio por mutuo disenso (artículo 63 y ss), la mutua exigencia de pensión alimenticia (artículo 30), igualdad de trato en el adulterio para el hombre que para la mujer (causa primera del artículo 3), creación de la figura delictiva del abandono de familia (artículo 34).

La inclusión de este delito en la ley de Divorcio, pues existiendo numerosos precedentes en las legislaciones de Francia (Ley de 7 de Febrero de 1924), Bélgica (ley de 14 de Enero de 1928), en el Art.361 del Código penal alemán, en el 255 del holandés y en el 219 del noruego, no había ningún precedente en las leyes españolas.

Sin embargo, lo más notable fue la figura de divorcio por mutuo consentimiento, inexistente en aquellas fechas en muchos países con legislación divorcista. Las opiniones a favor por personajes adelantados no se hicieron esperar según atestigua la opinión del letrado Francisco CABRERIZO en la obra de Juan de GREDOS⁴⁰¹:

⁴⁰¹ GREDOS, Juan de, y BARBACHENO, José María, *Hacia el divorcio en España*, Madrid, 1931, Editorial Sáenz de Burbera, pág.47.

Esta causa de divorcio ofrece a los cónyuges la indudable ventaja de no necesitar de prueba ninguna sobre la vida íntima, prueba que tanto daño suele causar al buen nombre del matrimonio y sobre todo al de los hijos”.

Y en la misma línea y obra que la citada anteriormente el político e intelectual canario José FRANCHY y ROCA afirma: “El divorcio por mutuo consentimiento tiene su fundamento en un hondo sentido humano superior a las concepciones legales; y estimo incontestable la opinión de AHRENS de que la declaración hecha por los esposos de que ha dejado de existir las condiciones esenciales de la comunidad conyugal debe ser reconocida y aceptada como testimonio indubitable de reales y legítimas causas de divorcio que los interesados no consideran oportuno divulgar ni hay derecho a exigirles que divulguen.”

Es bueno hacer notar, para apreciar bien la novedad, que tal causa de divorcio, en Dinamarca no se introdujo hasta 1970, y que en Italia, Francia y Alemania ha sido de reciente introducción y que en Gran Bretaña no se introdujo hasta 1971 (“*divorce for irretrievable Breakdown of marriage*”)⁴⁰².

Esta ley de divorcio tuvo remarcables defectos, entre los que podemos destacar, el no haber sido precedida de una ley sobre matrimonio civil, no abordar aspectos claves de la vida marital, cierta indeterminación para fijar las pensiones alimenticias, el sentido de culpa, entre otros puntos⁴⁰³.

Puede resultar ilustrativo continuar el epígrafe observando que lo que pasó en España en materia matrimonial, ya había ocurrido en gran parte del mundo Occidental⁴⁰⁴ y el divorcio absoluto o vincular, usando terminología de la época estaba admitido en efecto en Alemania, Austria, Hungría, Checoslovaquia, Polonia, Francia Bélgica Inglaterra, Portugal, Grecia, Serbia, Montenegro, Rumania, Suiza, Holanda, Dinamarca, Suecia, Noruega, Rusia, Turquía, Japón, India, Canadá, Usa, Méjico, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, Cuba, Puerto Rico, Haití, Ecuador, Uruguay, Paraguay y Venezuela. No obstante, se mantenían firmes a la indisolubilidad del vínculo países como Italia, Mónaco, Malta, Argentina Colombia, Chile, Costa Rica, Bolivia, Brasil y Perú.

Y ello lo podemos ver patente en las siguientes intervenciones de los diputados cuando el Sr. Sanchís Banús, al defender, en nombre de los socialistas, el divorcio por voluntad de la mujer, sin alegación de causa o por petición del marido,

⁴⁰² LEZCANO ESCUDERO, Ricardo, *El divorcio en la II República*, Madrid, 1979, Editorial Akal, pág.36

⁴⁰³ *Ibidem*, pág.36

⁴⁰⁴ DELGADO IRIBARREN, José, “El Derecho de familia en la Constitución de la República española de 1931”, en *Revista Derecho Privado*, año 1932, núm. 222, pág.68

con su justificación, y se fundamentaban en razones meramente políticas, pues no se plantea, decía, “el problema de si el divorcio es necesario para la felicidad de los cónyuges o de los hijos; lo que aseguramos es que el divorcio es estrictamente necesario para la buena constitución del Estado...”; y agregaba: “El día que la masa esté educada de tal modo que no haya posibilidad que una mujer sin pudor sea considerada como mujer sin honor... y se establezca la verdadera igualdad económica de la mujer y del hombre, y la mujer no encuentre solución económica en el matrimonio, aquel día los socialistas votaremos como un solo hombre por la igualdad de sexos en la exigencia del divorcio; pero mientras esto no suceda y la mujer haya de estar encadenada por normas sociales, legales y prejuicios y reducida a la nada en el orden económico... no hemos de negar a ese principio de igualdad”⁴⁰⁵.

Esta argumentación impresionó y convenció a la Cámara, y por 169 votos contra 153 aceptó el criterio mantenido por el orador; más a continuación el diputado Sr. Baeza

Medina defendió una enmienda de los radicales socialistas, que suprimía el divorcio facultativo para la mujer, fundándose para ello en que establecido el principio de igualdad de derechos para el marido y la mujer, resultaba contradictorio el privilegio que se reconocía a ésta para que pidiera el divorcio sin causa alguna; y como no existe la desigualdad económica entre los cónyuges de que se había hablado, ni el pudor puede impedir a la mujer manifestar la causa de la discrepancia, aparte de que no todas las causas afectan al pudor, no debía prosperar aquella diferencia que podría traer honda perturbación para la vida familiar. Este razonado criterio fue admitido por la Cámara, la que, como en otras ocasiones había ocurrido, rectificó su decisión anterior y aceptó la enmienda; y por ello el dictamen quedó formulado en los términos de declarar que el matrimonio “podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa”.

Así pues, como ya habíamos anunciado, queda incorporado el divorcio vincular a nuestra legislación en términos de vanguardia, pues ni Francia ni Alemania, ni muchos países del entorno admiten en sus leyes el divorcio extracausal; y se derogan el art.52 del Código civil, según el que el matrimonio se disuelve por la muerte de una de los cónyuges y el art. 104, que sólo concede al divorcio la suspensión de la vida común de los casados. Siguiendo en esto el precedente de la ley del matrimonio civil de 1870, que tampoco aceptaba la disolución del vínculo matrimonial por entenderse “en la perpetuidad e indisolubilidad de dicho vínculo descansa como sobre base necesaria la moralidad

⁴⁰⁵ Diario de Sesiones, núm. 57, de 15 de octubre de 1931.

del hogar doméstico...; destruidas aquéllas se dificultaría o imposibilitaría la realización de los fines racionales del matrimonio”⁴⁰⁶, doctrina que ha seguido tradicionalmente nuestro derecho.

Con tal de seguir ilustrando la ley de divorcio, a continuación podemos analizar la discusión parlamentaria de la totalidad del Proyecto. Las aportaciones de las diferentes intervenciones en contra y a favor nos pueden ofrecer una visión más global del tema.

La discusión parlamentaria con varias intervenciones en contra y a favor del divorcio empieza con un alegato contra el divorcio a cargo del Diputado Guallar. En realidad, más que discutir la ley que estaba sobre la mesa no hizo más que repetir los mismos argumentos empleados por los Diputados conservadores cuando se discutía el divorcio como parte integrante de la Constitución, como hemos visto en el apartado anterior.

El Sr. Guallar afirmó que en las Constituciones de muchos países europeos no se habla para nada del divorcio y la cita literal es: “es un engendro verdaderamente ridículo” y añadió “que la moral, el buen orden las sanas costumbres hasta la defensa de la economía van contra el divorcio”. Y afirmó claramente que el matrimonio es indisoluble. El Sr. Guallar prosiguió su discurso con referencias a la ley antigua y al cuerpo paulino⁴⁰⁷. La oposición le plantea una y otra vez que no procede el discutir la procedencia o no del divorcio, o sea, el art.43 de la Constitución, que ya fue aprobado y se le acusa una y otra de entablar un proceso de revisión.

El Sr. Vidarte, socialista, opina que hay que sobrepasar los prejuicios religiosos y morales sobre el divorcio y que éste, una vez establecida tenderá a robustecer el vínculo matrimonial. Pide que se agilicen los trámites para pedir el divorcio y afirma “que el dictamen está lleno de timideces que es preciso corregir”⁴⁰⁸

Sin duda alguna, el discurso más enardecido de esta discusión de totalidad sobre el divorcio y el que demuestra con más claridad la posición de todo el sector progresista es el pronunciado por el Diputado Radical Socialista Sr. Ruiz de Villa, que sale de los límites de la discusión parlamentaria y se convierte en un panegírico sobre el divorcio:

“Señores Diputados: con la aprobación de esta ley de divorcio que se presenta a las Cortes, nuestro país da el primer paso y el más firme en orden a la

⁴⁰⁶ Preámbulo de la Ley de Matrimonio Civil de 1870.

⁴⁰⁷ Diario de Sesiones, núm.54, de 3 de Febrero de 1932.

⁴⁰⁸ Diario de Sesiones, núm. 55, de 3 de Febrero de 1932.

secularización del Estado, y se manifiesta la más auténtica y la más trascendental consecuencia del principio de la separación de la Iglesia y el Estado. Va el Estado a regular una institución de enorme trascendencia jurídica y social (aunque hubiera sido lo más lógico tener confeccionada una ley de matrimonio civil antes de reglamentar la disolución del vínculo).

Hemos vivido, ha vivido la institución matrimonial durante catorce siglos, bajo el principio de la sacramentalidad, que era tanto como entregar íntegramente a lo confesional la jurisdicción sobre esta materia. Nuestros civilistas no se han preocupado de estructurar netamente el matrimonio civil; su técnica estaba basada íntegramente sobre la legislación tridentina y modernamente sobre el Codex, con tal desprestigio para ella misma, que no ha sabido defenderse de despectivos calificativos, por ejemplo, el de concubinato. Y esto ahora es la rehabilitación del matrimonio civil, es, además encararse con lo que fue, con lo que fue mientras el mundo se empapaba de tendencias secularizadoras, mientras Lucero en su libro "Die Erecht" atribuía al Estado la jurisdicción del matrimonio al afirmar el carácter temporal y carente de sacramentalidad del mismo, y la teoría protestante era recogida por los regalistas de los siglos XVI, XVII y XVIII, especialmente en Francia y Austria, con los sistemas galicano y josefino, respectivamente, aunque es de justicia resaltar en esta fugaz visión el nombre de Melchor Cano, jurista y teólogo, que el siglo XVI daba base a los regalistas al separar el contrato del sacramento y atribuir al sacerdote la condición de ministro del sacramento, siendo la consecuencia el asignar al Estado la jurisdicción matrimonial en lo que los efectos civiles se refería.

Es incuestionable que al Estado le incumbe la regulación jurídica del matrimonio y de sus naturales consecuencias. Hay en él, no solamente un destino del individuo, sino también una alta misión social que no se puede abandonar a otra potestad ni dejar tampoco al libre juego de la voluntad individual, sin que el Estado haga acto de presencia de una forma bien ostensible, bajo una fuerte base ética, abrazando con sus normas toda la institución, sin cortapisas y sin desfallecimientos. Por todo eso no podían prevalecer en la legislación las tendencias reformistas del matrimonio, que se orientan desde distintos planos y esferas: amor libre, matrimonio a plazo, matrimonio a prueba, matrimonio polígamo para el cultivo de la raza. Y si al Estado le interesa el matrimonio, ha de regularlo, claro está, con toda seriedad, sobre todo en su ramificación más interesante; en todo aquello que se refiere al Divorcio. Debe haber un afán de ponderación entre estas dos fuerzas que son ya clásicas entre los tratadistas y que informan el principio que debe presidir el problema del divorcio: al Estado le compete, en todo lo posible, dificultar el divorcio, pero no le interesa sostener los matrimonios falsos, nada firmes y carente de valor social.

El proyecto español está basado fundamentalmente en el divorcio-sanción, en el concepto de la culpa, o bien en una necesidad evidente o un mal grave. Y las correcciones hechas por la Comisión parlamentaria no han herido el espíritu del proyecto, aunque sugieran algún comentario.

Es un proyecto restrictivo, porque las causas del divorcio son taxativas, y porque no se admite el hecho de la perturbación objetiva, porque no se empareja debidamente a la confesión de la culpa el remedio a una situación insostenible y sobre la cual pudiera crear la jurisprudencia un ancho campo.

Como un resultado de lo proclamado en la ley fundamental es el divorcio por mutuo disenso, y la causa de adulterio inspirada en el principio de la igualdad de sexos, que supone un gran avance respecto de su similar del Código civil, siendo de lamentar que se haya olvidado el precepto constitucional en los artículos del proyecto de reforma de Código penal que se refieren al adulterio. Está regulada esta última causa, ciertamente, a mi juicio, bajo el supuesto de que no pueda existir una presunción jurídica de perdón al ser el adulterio no consentido o no facilitado. Es acertado, técnicamente, el desdoblamiento que se hace del abandono en abandono, culpable, del cónyuge y desamparo de la familia.

El Estado, he insinuado anteriormente, debe dar cauces adecuados a la resolución de todos los casos infelices, de todos los matrimonios que carezcan de veracidad, debe ser amplio y generoso en las causas de divorcio; pero, al mismo tiempo, está obligado a velar por la institución matrimonial, por la misión social que ella desempeña, y en este sentido es necesario que aparezca la faz conservadora del Estado tomando toda clase de precauciones y garantías.

Por otra parte el Estado y la Sociedad no pueden presenciar impasiblemente el crecimiento pavoroso de las estadísticas de divorcio por un afán inmoderado de abusar de él, por una perversión íntima.

Señores Diputados: el Derecho de los países de Europa en lo relativo al divorcio estaba representado por una serie de matices que IBÁN desde España hasta Rusia como polos opuestos; de aquí en adelante la España de hoy no es, no debe ser, ni la España de ayer”.

El Sr. Leizaola, impugna el proyecto pues estima “que está demostrado en los países de divorcio el aumento de la delincuencia de menores por consecuencia del abandono de los hijos” argumentos en la línea tradicional que, por cierto, no son apuntalados por las necesarias estadísticas. Para el Sr. Leizaola hasta Lombroso es contrario al divorcio.

El Sr. Salazar llama la atención sobre el hecho de que hay más de cien enmiendas al proyecto, y que la Comisión no mantiene un criterio cerrado, esperando conocerlas a fin de ver si es posible efectuar algunas modificaciones.

Es significativo el editorial del ABC del 4 de Febrero de 1932 cuando comenta la discusión parlamentaria:

“Acucian las izquierdas para que apruebe las Cortes el proyecto de ley sobre el divorcio, pero al propio tiempo preparan numerosas enmiendas. No es, por lo visto, para los más extremos sectores de la Cámara suficientemente radical el dictamen. Hay quien desearía que sobre el fondo y lo adjetivo se simplificara de tal forma que la separación pudiera efectuarse con la parvedad del más fútil pretexto y con la veloz expedición de una comedia de cine. Sin duda tampoco falta quien aspira a presentar la reforma como una conquista de beneficio social, y acaso con igual designio se comienza a exhibe en algunos periódicos el argumento estadísticos de otros países, con su gráfico de línea ascendente. Los que ahora flamean esas cifras quieren decir: “Ved cuantos maridos y esposas han rectificado sus vidas, buscando la dicha en la libertad o en los nuevos esponsorios”. Y lo que habría que deducir y que vocear es esto: “Ved cuántos miles de hogares se han deshecho al amparo del divorcio...”

Como vemos la controversia fue prolija, pues se presentaron 142 votos particulares y enmiendas, aunque se alteró poco el proyecto del Gobierno⁴⁰⁹. Y la Ley de 2 de marzo de 1932 se abre reafirmando su carácter retroactivo, pues “el divorcio decretado por sentencia firme de los tribunales civiles disuelve el matrimonio cualquiera que hubiere sido la forma y fecha de celebración”⁴¹⁰. El Sr. Casanueva defiende una extraña enmienda que dice: “No estarán sujetos a las disposiciones de esta ley los matrimonios celebrados con anterioridad a la fecha de promulgación”. Pretende, como replica el Sr. Quintana, de la Comisión, que existan dos clases de casados: los que pueden divorciarse y los que han de estar unidos de por vida, cosa jurídicamente absurda. En definitiva, se trataba de un ataque no frontal, de haberse aprobado la enmienda, aplazándola hasta que los casados a partir de 1932 hubieran decidido divorciarse. Los demás matrimonios celebrados con anterioridad a la fecha quedaban fuera de esta ley.

La Comisión de Justicia, de acuerdo con las enmiendas de la Srta. Campoamor y el Sr. Gasset, añaden al texto anterior la frase “y la fecha”, para que no haya dudas de que el divorcio puede ser utilizado por todos los matrimonios.

A continuación, siguiendo el precepto constitucional, establece que “habrá lugar al divorcio cuando lapidan ambos cónyuges de común acuerdo o alguno de ellos por alguna de las causas determinadas en esta ley”⁴¹¹. El artículo 2 se aprobó sin discusión alguna lo que no deja de ser curioso que la oposición combata el artículo 1, y sin embargo, la facultad tan novedosa de solicitar el divorcio de mutuo acuerdo, medida revolucionaria, como ya hemos señalado anteriormente y que en

⁴⁰⁹ REINA BERNÁLDEZ, Víctor, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Barcelona, 1989, Volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., pág.153.

⁴¹⁰ Artículo 1, Ley de 2 de marzo de 1932.

⁴¹¹ Artículo 2, ley de 2 de marzo de 1932.

muchos puntos de Europa no llegó hasta bien entrado el siglo XX, pase sin apenas dificultad.

Es muy interesante el análisis que lleva acabo REINA cuando afirma que la sola lectura de la ley “hace comprender que la ley no es precisamente un modelo de síntesis legislativa”⁴¹². Y lo dice, en función del artículo 3 que enumera las causas de divorcio que constituye el núcleo principal de la Ley. Es bueno notar que de acuerdo con sugerencia del Sr. Salazar, y en nombre de la Comisión, propone se suprima la palabra “legítimas” por encontrarla innecesaria y así se hizo.

La causa 1ª del artículo 3 fue causa de encendidas controversias, aunque salió indemne de la discusión parlamentaria. La causa 1ª reza: el adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue y el Sr. Villanueva es contrario a esa especie de adulterio condicionado que se desprende del texto y propone que su redacción sea la siguiente: “Son causas de divorcio: Primera. El adulterio” Se basa en los antecedentes de las leyes de Febrero de 1930 y 22 de Junio de 1931, que regulan el divorcio en Cuba y Guatemala, respectivamente, y que en esta materia ofrecen idéntica redacción que la que propugna el Sr. Villanueva. Expone además de acuerdo con el texto original se darían casos absurdos como el siguiente:

“En el artículo 5º del dictamen se dice: “El divorcio mediante causa legítima, sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente”. Pues bien, supongamos el caso. El marido presenta la acción de divorcio contra la mujer, basado en que es una adúltera; la mujer contesta y dice: es verdad, pero ese adulterio está consentido, y lo prueba de forma documental, por mi marido. ¿Qué tiene que hacer el Juez con arreglo a esto? Pues como no existe causa de divorcio en un adulterio que está consentido por un cónyuge, el Juez tiene que dictar una sentencia declarando no haber lugar al divorcio. Y esto es un verdadero absurdo, porque además de las relaciones privadas que pueden existir entre los cónyuges, existen otras clases de relaciones públicas. Por eso hoy, el derecho de familia, según las innovaciones en el Derecho moderno, es casi público (están las relaciones de los padres con los hijos, están las relaciones del matrimonio con relación a los bienes, y están las relaciones del matrimonio con el Estado), porque el matrimonio y la familia están bajo la salvaguardia del Estado.

Por otra parte, esto está en contradicción con todos los demás preceptos, porque en el adulterio, desde el momento que está consentido o facilitado por un cónyuge, el otro cónyuge se convierte en un cómplice del adulterio y, por lo tanto, existe el delito de adulterio tanto en uno como en otro; en uno será como autor, en

⁴¹² REINA BERNÁLDEZ, Víctor, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Barcelona, 1989, Volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., pág.154.

otro será como cómplice o encubridor. Y admitida, como nosotros admitimos aquí, la demanda reconvenzional, resultarían los dos culpables, y el divorcio debe proceder, porque sería monstruoso que, existiendo el adulterio, porqué esté consentido por el otro cónyuge, el Juez tenga que declarar que no ha lugar al divorcio”.

Le contesta el Sr. Peñuela rechazando, en nombre de la Comisión, las razones del Sr. Villanueva. Cree que éste confunde la acción penal y la acción civil y que intenta establecer una especie de divorcio de oficio. Dice además:

“En el adulterio se trata de un problema civil, que en todas las legislaciones del mundo oscila en sus causas, en su base, desde la culpabilidad hasta la perturbación o la discrepancia objetiva, pero siempre teniendo en carácter meramente civil y particular. Claro que la acción penal tiene un carácter público, y claro que, desde ese punto de vista cuando se trata de un adulterio consentido, el Sr. Villanueva tiene razón en decir que el Juez se encuentra en algo que repugna a la sociedad, al orden público. Pero es indudable que en estos matrimonios no hay ni culpabilidad que se pueda alegar, ni injuria, ni falta a los deberes de fidelidad que entre sí se ha jurado el matrimonio, ni tampoco hay una perturbación, puesto que el adulterio ha sido consentido por uno de los cónyuges.

De manera que, teniendo estas razones en cuenta; que actualmente no hay ninguna legislación que reconozca que el adulterio consentido es causa de divorcio, porque aquellas legislaciones que establecen solamente como causa de divorcio el adulterio es indudable que dejan al criterio del Juez determinar si hay consentimiento, basándose en el aforismo de que “volenti non fit injuria”; que no hay, por tanto, lesión puesto que la persona que alega contra otra una lesión de contrato, una lesión de fidelidad jurada, ha colocado a la otra en condiciones de desligarse precisamente de esa fidelidad, que tampoco podemos encontrar una perturbación objetiva en ese matrimonio, puesto que esa perturbación no existe, sino al contrario, un acuerdo aunque sea para algo inmoral; es indudable que, dentro del sentido de esta ley de divorcio, que establece como una transacción entre el sistema clásico de la culpabilidad y el sistema moderno de la discrepancia objetiva, no puede ser admitido el voto particular del Sr. Villanueva, y la comisión no le acepta.”

El mismo REINA afirma que estas causas pueden sintetizarse en cuatro grupos.⁴¹³ El primero recoge aquellos motivos que implican contraste con los principios éticos que informan el matrimonio: el adulterio, la bigamia, la tentativa del marido de prostituir a la mujer, el conato de aquel o de ésta para corromper a sus hijas, y la conducta inmoral o deshonrosa de los cónyuges siempre que haga imposible la convivencia. Un segundo grupo se refiere a las actividades contrarias a los deberes de atención respecto a los integrantes de la familia: desamparo injustificado de la misma, abandono culpable de uno de los cónyuges durante un año, y su ausencia durante dos a partir de la correspondiente declaración judicial. El tercero se relaciona con causas atentatorias de la integridad física de las personas: enfermedad contagiosa de carácter venéreo, la que genera la incapacidad definitiva, el atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, así como los malos tratos y las injurias. En fin, el último grupo de causas hacen referencia a situaciones de hecho: condena a prisión por más de diez años, separación de hecho

⁴¹³ Ibídem.

consentida durante tres, y enajenación mental incurable si impide la convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia.

En cuanto al procedimiento previsto para la tramitación de las causas de divorcio supuso una figura procesal de perfiles originales en el Derecho español⁴¹⁴, pues el juez de primera instancia del domicilio conyugal quedaba reducido a mero instructor del pleito, siendo la comparecencia ante la Audiencia Provincial que era la que dictaba sentencia en única instancia, pudiendo interponer contra ella recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

En los supuestos de divorcio por mutuo disenso, tras la demanda, era precisa una comparecencia de los esposos por separado ante el juez para que este pudiera comprobar una efectiva “*voluntas divortandi*”, ratificada la cual se decretaba la separación provisional. La sentencia definitiva de divorcio tenía lugar después de dos nuevas comparecencias: la primera a los seis meses para ratificarse en la pretensión judicial; la segunda, otros seis meses más tarde para manifestar la voluntad definitiva.

En fin, los efectos que producía el divorcio se proyectaban en tres direcciones⁴¹⁵:

- ✓ Los estrictamente personales
- ✓ Los económicos
- ✓ Los paterno-filiales.

Los primeros suponen la disolución del matrimonio con posibilidad de contraer uno ulterior, bien con tercera persona, bien entre los propios divorciados. La sentencia de divorcio –en cuanto sus efectos de divorcio- supone la disolución de la sociedad de gananciales (donde existiera), aplicándose reglas similares a las contenidas en el Código civil para la separación en lo que a la prestación de alimentos se refiere. En cuanto a la prole, después de establecer la ley que “la disolución del matrimonio no exime a los padres de sus obligaciones para con sus hijos” (art.14), se admite el régimen convencional entre los esposos para la custodia de los hijos en los supuestos de divorcio por mutuo disenso, bigamia, adulterio, enfermedad, condena, separación de hecho, y, “a sensu contrario”, el de atribución judicial en los restantes supuestos.

La prensa de la época no se mostró muy proclive a la información y el debate sobre el problema del divorcio, se publicaron varias encuestas entre intelectuales, artistas, escritores... La encuesta más extensa fue publicada por el “Heraldo de

⁴¹⁴ Ibídem, página 155.

⁴¹⁵ Ibídem.

Madrid” de los días 17, 19 y 20 de Octubre de 1931, bajo un título un tanto rimbombante de *Las personalidades más populares del Madrid que sonrío y del Madrid que medita opinan sobre este trascendental problema*.

Las opiniones sobre divorcio que aparecen a continuación están, pues, recogidas en estas fuentes. Como podremos observar predominan los juicios favorables a la implantación del divorcio, no se trata de que se haya seleccionado previamente por mi parte ni mucho menos; tal criterio habrá que buscarlo en los encuestadores de dicho medio de comunicación de hace más de cincuenta años.

“Mi opinión es contraria al divorcio” (Niceto Alcalá Zamora)

“El divorcio era esperado como mesiánica redención de muchos y gravísimos males, de grandes injusticias, de innúmeras tragedias, no por incruentas menos tremendas, hondas y evitables”. (Luís Jiménez de Asúa)

“Si yo creo que el divorcio no tendría resultado práctico, ¿por qué soy partidario de él? Soy partidario de él porque todo lo que sirva para resquebrajar esta costra de leyes, de preceptos, de costumbres, de dogmas intangibles e inmutables que no nos dejan vivir, me parece bueno. Soy partidario de él porque creo que hay que afirmar que todo es revocable, que nada es definitivo, que todo puede transformarse y mejorar”. (Pío Baroja)

“De ningún modo; si se quiere conservar la familia, base de los pueblos y de la sociedad nacional”. (Francisco Bergamin)

“Soy partidario decidido del divorcio, por lo mismo que creo en el amor y no en el matrimonio. Cuando el amor se aleja para siempre, ¿a qué empeñarse en mantener la ligadura del matrimonio entre dos seres que se odian o se desprecian, como los presos que amarrados por la misma cadena han de satisfacer en común las más groseras necesidades”. (Vicente Blasco Ibáñez)

“El matrimonio sin la posibilidad del divorcio me parece la mayor de las inmoralidades. Es un absurdo, que lo justifica todo. Hasta lo peor. Y es la mayor ofensa a la dignidad de la mujer obligada a veces a soportar afrentas y humillaciones que una sociedad verdaderamente civilizada no debería consentir. Porque el divorcio es un arma, una protección para la esposa, en contra de lo que se creen esas señoras que ven la implantación del divorcio la fuga de todos los maridos”. (Carmen de Burgos)

“¡Ah, el divorcio!, ¡Y qué querellas, y qué comentarios suscita en la Cámara!; unas, por el principio; otras, por el desenvolvimiento. ¡El divorcio! Debe recordarse por todos aquella frase irónica de Montesquieu: “He visto matrimonios; buenos, muy pocos; deliciosos, ninguno”. Y bien, lo mismo la ley civil española que la ley católica, están hechas para matrimonios deliciosos. Y ahora le digo al Sr. Álvarez, como representante por su ropa talar de todos sus iguales que en la Cámara se sientan, y los sacerdotes, tan bien o mejor que nosotros, los abogados, lo saben, que hay una profunda piedad, que hay una profunda ternura al estatuir el divorcio en España, porque no hay matrimonios deliciosos. Y es insensato querer condenar a la indisolubilidad del vínculo cuando no hay manera de que se soporten dos en la vida, arrastrando uno de los cónyuges, o tal vez los dos, el peso de esa cadena, a la manera como arrastraban antiguamente los presidiarios aquellas bolas de hierro que marcaban la perpetuidad de sus penas”. (Clara Campoamor)

“Sí, creo hace mucho tiempo que es un deber social, ineludible, la implantación del divorcio en España, legalizado en una forma civil equivalente a las razones con que la Iglesia

autoriza y decreta la separación de bienes y el reparto de obligaciones respecto a los hijos”. (Concha Espina)

“El divorcio debe existir como una precaución, como un medio de evadirse de un sufrimiento. Indagar si el divorcio es conveniente viene a ser lo mismo que inquirir se debe haber extintores de incendios en los teatros o lanchas salvavidas en los buques. No siempre se incendian los teatros ni siempre naufragan los buques, pero a nadie se le ocurriría suprimir esas precauciones alegando la infrecuencia de los accidentes. Debatir aún la necesidad del divorcio es una clara revelación de atraso. Ahora estamos en el momento de preguntarnos si debe existir el matrimonio, tal y como está concebido; y por ahí adelante ya se ocupan en esta cuestión”. (W. Fernández Flórez)

“El divorcio va ligado a la libertad económica de la mujer. Serían de desear ambas cosas”. (Ramón Franco)

“El divorcio, disolución del vínculo matrimonial, era preciso como norma constitucional”. (Ángel Galarza)

“Con toda lealtad voy a responder a la consulta. Eso sí; haciendo salvedad de respeto y gratitud a quien logró que la personal experiencia no sea disolvente. Pero ¿no son aquellos que no carecen de él, los que deben preocuparse por los sin trabajo? En definitiva: El divorcio me parece muy bien. Lo que me parece mal es el matrimonio”. (Federico García Sanchís)

“Por mi parte, encantada, pues no pienso divorciarme”. (María Guerrero)

“En una España democrática y de tipo moderno no es lógico que persistía la estructura del matrimonio. Ha de reformarse esta institución de acuerdo con la ley natural, que ya Moisés admitía. Pero sólo a favor del hombre...” (Alberto Insúa)

“No; el divorcio ni disuelve la familia ni crea conflictos de vida interior que sean más crueles e insoportables que los que nacen de la falta de amor y de respeto mutuo entre los cónyuges”. (Sara Insúa)

“Yo no era partidaria del divorcio. Yo sostenía el criterio de que debía mejorarse la condición civil de la mujer en forma de que el contrato matrimonial no la colocara en la situación desventajosa en que hoy la coloca, pero... sin llegar al divorcio”. (María de Maeztu)

“No soy partidario del divorcio, aunque ya sé que aliviaría mucho dolor inmerecido, porque desde el día en que se implante les parecerá a los maridos abandonar a sus mujeres, y quedarán por ese parecer medio disueltos todos los matrimonios existentes”. (Ramiro de Maeztu)

“Categorícamente, sí”. (Diego Martínez Barrios)

“Para mí, la contestación es sencilla. Rotundamente, no. El predominio del sentimiento católico en la conciencia española haría de este tema, con solo plantearlo, una fuente de discordias absolutas, innecesarias y nocivas. En todo caso, a las Cortes corresponde la solución del asunto, y en tal momento la voluntad de ésta sería la que prevaleciera. No dudo que mi modo de pensar es el de la mayoría del pueblo español”. (Miguel Maura)

“No concibo que sea un problema en pleno siglo veinte. Ningún sacramento, ningún vínculo santifica el matrimonio cuando no tiene por base el amor. Es inmoral donde no lo hay; es además una ficción”. (Joaquín Novoa)

“El hecho de que sea necesaria esta información es por sí solo significativo de la característica del problema en nuestro país. Expresa el arcaísmo de nuestra legislación y aún más el ambiente en que hunde sus raíces. El divorcio existe en todos los países de alta civilización desde hace largos años y ahora si los ecos de nuestros debates sobre ese tema

trascienden al extranjero, suscitaremos una impresión de extrañeza. Pero aún en España no existe el divorcio, dirán. Los preceptos crean con sus rigidez uno de los factores típicos de la tragedia al hacer del posible error de un enlace erróneo algo irreparable. Una situación, que no por esos artificios valladores de una legislación inactual deja de ser tan frecuente en España como en cualquier otro país, que tiene doquiera sus cauces normales para ser resuelta se convierte en postura anormal ante la sociedad, vejatoria y aun ficticiamente humillante para los que no tienen energía moral de afrontarla con lealtad y con dignidad. Pero mi objeto en esta nota que se me demanda no puede ser el abordar el fondo del tema, ni la bien patente y difundida argumentación que impone el divorcio. Ni menos puede entrar en los estudios modernos que señalan cual es la evolución de la familia. Me he de limitar a decir que es asunto indiscutible y que la República en su magnífica misión de hacernos ganar en poco tiempo el atraso legislativo y social que nos han impuesto en todos los órdenes los prejuicios de una monarquía impregnada de ideas disueltas, habrá de hacer votar prontamente en su Parlamento una ley de divorcio”. (Eduardo Ortega y Gasset)

“El divorcio es la única fórmula jurídica con que subsanar los grandes errores sentimentales en la elección matrimonial; es la regla de derecho que permite dejar en situación limpia y noble, a quienes, constituidos en familia ven impelidos sus conciencias o sus conductas en direcciones opuestas. El divorcio no es una fórmula ideal, pero sí la que corresponde a la relatividad de la justicia”. (Fernando de los Ríos)

“Se suele defender el divorcio como remedio contra los inconvenientes del matrimonio. Mejor sería pensar en los sustitutivos jurídicos del divorcio, el cual resultaría innecesario si no fuese el hombre el único animal cuyas relaciones sexuales, en vez de regirse por la ley del amor se desvían muchas veces por el camino de la conveniencia y del interés. De todos modos, nunca es admisible el divorcio considerado como la libre y discrecional rescisión del matrimonio, sino como una disolución del mismo cuyos únicos motivos legítimos serían el adulterio y la sevicia. No debe condenarse a la soledad y al abandono moral al cónyuge inocente que ha sido víctima de la deslealtad o de la barbarie”. (Arturo Royo Villanova)

“Me pasa con eso del divorcio lo mismo que con las novelas de adulterio; muy rara vez logran interesarme. Todo lo referente a las relaciones entre uno y otro sexo lo he visto siempre como subordinado a problemas de otra índole. De aquí que el feminismo me llame muy poco la atención, considerando que algunas de las cuestiones que plantea lo son de organización y reglamentación del trabajo y otras de cultura general. La mayor parte de los males de que las mujeres se quejan son males que padecemos también los hombres. Por lo que hace más especialmente al divorcio, nunca he podido ver la familia como una mera unión de marido y mujer, sino que aparte, y aún además de los hijos, veo que lleva relación con la sociedad en general, que es una institución social y no un mero contrato entre los cónyuges. Y pudiera ser que el divorcio trajese mayores males a la vida social que no esa sujeción de los que se casan a algo superior a ellos y a la familia que forman. Creo, además, que el divorcio es un arma contra la mujer. Comprendo muy bien que se combata el matrimonio en cuanto Sacramento religioso o contrato legalizado civilmente y se propague la libre unión de hombre y mujer; pero me explico mal que se trate de desnaturalizarlo. “O herrar, o quitar el banco”. (Miguel de Unamuno)

“Soy partidaria del divorcio, y de su implantación en España estaría a tono con las modernas corrientes jurídicas de los países democráticos”. (Margarita Xirgu)

2.2.4. La Ley de Matrimonio Civil 28 de junio de 1932

Podemos afirmar que cuando se promulga la Ley de Matrimonio Civil se da cumplimiento al segundo gran objetivo de la República en materia matrimonial⁴¹⁶.

⁴¹⁶ Este es el texto íntegro:

Con el sentir de IBÁN podemos ratificar que con esta norma finaliza el cambio comenzado el 14 de abril anterior estableciendo un sistema de matrimonio civil obligatorio⁴¹⁷. Por tanto, como consecuencia inmediata podemos anunciar que el artículo 42 del Código Civil queda borrado del Ordenamiento jurídico español⁴¹⁸; no

Artículo 1º A partir de la vigencia de la presente Ley, solo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo tercero del título cuarto del libro primero del Código civil, con las modificaciones siguientes:

1º Los mayores de edad no están obligados a obtener ni acreditar el consejo a que se refiere el número primero del artículo 45 y el artículo 67 del Código civil.

2º La licencia que deben obtener los menores de edad se acreditará mediante documento autorizado por notario, por el funcionario ante quien debe celebrarse el matrimonio o por el juez municipal del domicilio del que haya de otorgarla, si no fuese elegido para la celebración del acto.

3º Queda suprimido el impedimento señalado en el número cuarto del artículo 83 del Código civil.

4º No podrán contraer matrimonio entre sí los colaterales por consanguinidad o afinidad hasta tercer grado, sustituyéndose con esa disposición lo establecido sobre impedimentos en los números segundo, tercero y cuarto del artículo 84 del mismo Código.

5º El juez de primera instancia del partido al que pertenezca el juzgado municipal designado para la celebración del matrimonio corresponderá dispensar, a instancia de parte y mediando justa causa, los impedimentos nacidos de la consanguinidad en tercer grado entre colaterales, de la afinidad en la línea colateral, el comprendido en el número segundo del artículo 45 del Código civil y los referentes a los descendientes del adoptante con el adoptado. El mismo juez de primera instancia podrá dispensar la publicación de edictos por las causas que se indican en el artículo 92 del referido Código.

6º El matrimonio se celebrará en la forma prevenida en el artículo 100 del Código civil omitiendo la lectura del artículo 57 de dicho cuerpo legal

Artículo 2º No se exigirán derechos por el expediente matrimonial ni por la celebración del acto.

Artículo 3º Las certificaciones del Registro Civil y demás documentos que sean precisos para la celebración del matrimonio se expedirán en papel timbrado de la última clase y sin exacción de derechos, expresándose al pie de los mismos que sólo serán válidos para este fin.

Artículo 4º La jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que da lugar la aplicación de esta Ley, incluso las que se relacionan con la validez o nulidad de los matrimonios celebrados con arreglo a la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 101 a 103 del Código civil. Las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados antes de la vigencia de esta Ley serán resueltas por los tribunales civiles, que aplicarán las leyes canónicas con arreglo a las que fueron contraídos. Las sentencias y demás resoluciones, de los tribunales eclesiásticos sobre lo que constituye el objeto de esta Ley, coproducirán efectos civiles.

Art. 5º La presente Ley comenzará a regir a los treinta días, a contar desde el siguiente de su publicación en la "Gaceta de Madrid".

Art. 6º Quedan derogadas todas las disposiciones legales, reglamentos, decretos y órdenes que se opongan a lo dispuesto en esta Ley".

⁴¹⁷ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; "Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)" en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.127-128.

⁴¹⁸ *Ibidem*, pág.128.

es éste el único precepto matrimonial del Código civil que se deroga, pero no todos ellos son derogados y creo que no es el momento de entrar en un análisis detallado⁴¹⁹.

Hemos de tener claro que es el legislador quien califica el sistema, los Tribunales no tienen ya que intervenir en la calificación del sistema matrimonial⁴²⁰, es la Ley de 28 de junio de 1932 quien establece un sistema de matrimonio civil obligatorio⁴²¹.

El matrimonio civil obligatorio era contemplado como un corolario de la visión constitucional del modelo de matrimonio disoluble. Lo que a su vez explica la práctica ausencia de discusión de la ley matrimonial civil cuando se ha aprobado. Así, pues, dos coordenadas de fondo explican la legislación republicana sobre el

PECES BARBA DEL BRÍO, Gregorio, *El matrimonio y el divorcio. Hijos legítimos e hijos naturales. Últimas disposiciones de la República*, Madrid, 1932, Editorial Imprenta J. Murillo, pág.41.

DE LA HERA, Alberto, "Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones entorno al artículo 42 del Código Civil)", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo III, Julio-Septiembre 1974, pág. 649 y 650.

FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, *El sistema matrimonial español (comentario al artículo 42 del código Civil)*, Madrid, 1949, Editorial Reus, pág.21.

⁴¹⁹ Una tabla de artículos vigentes y derogados puede verse en PECES BARBA DEL BRÍO, Gregorio, *El matrimonio y el divorcio. Hijos legítimos e hijos naturales. Últimas disposiciones de la República*, Madrid, 1932, pág. 33 y ss.

⁴²⁰ No queremos decir con esto que los Tribunales no interviniesen en materias matrimoniales. No intervinieron para calificar el sistema matrimonial. Pero hay numerosas sentencias en materia matrimonial; a título de ejemplo enumeraremos algunas de las más importantes, sólo del Tribunal Supremo y anteriores al 18 de julio de 1936:

STS 3-33; STS 14-III-33, STS 29-III-33, STS 31-III-33, STS 30-III-33, STS 22-IV-33, STS 14-X-33, STS 16-X-33, STS 30-X-33, STS 7-XII-33, STS 21-XII-33, STS 30-I-34, STS 1-II-34, STS 8-II-34, STS 12-II-34, STS 28-II-34, STS 7-III-34, STS 27-III-34, STS 21-IV-34, STS 28-IV-34, STS 12-VI-34, STS 20-VI-34, STS 25-VI-34, STS 7-XII-34, STS 19-III-35, STS 13-V-35, STS 27-VI-35, STS 19-XII-35, STS 9-I-36, STS 15-I-36, STS 6-II-36, STS 24-VI-36, STS 6-VII-36.

De entre estas sentencias destacaremos la de 30 de octubre de 1933, y ello en razón de que es una de las escasas sentencias, en toda la Historia de la Jurisprudencia Matrimonial del TS, en las que aparece la expresión "profesar...". Solo lo menciono a título de curiosidad, ya que nada puede aportar a la concreción del contenido de la expresión del 42 C.c., por el sencillo motivo de que el 42 C.c. no estaba vigente en este momento.

⁴²¹ No es ésta, por supuesto, la última norma republicana en materia matrimonial, pero ninguna de las siguientes nos afectan para el estudio. Las promulgadas en lo restante del año 1932: Orden de 14 de julio de 1932, Orden de 19 de agosto de 1932, Ley de 11 de septiembre de 1932, Ley de 27 de octubre de 1932 y Orden de 22 de noviembre de 1932.

matrimonio: su conceptualización como disoluble y su secularización. Lo primero alteraba el fondo del sistema; lo segundo, simplemente su cobertura⁴²².

Ahora bien, parafraseando a NAVARRO-VALLS, no obstante estas dos alteraciones, lo cierto es que las líneas técnicas del matrimonio heredadas del Código Civil, y este a su vez, de la visión canónica del mismo, no son radicalmente removidas. Y ello aunque el preámbulo de dicha ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932⁴²³ afirmara que la Constitución de la República ha destruido los preceptos fundamentales que venían rigiendo en materia de matrimonio.

Cierto es que la ley⁴²⁴ objeto de estudio se limita fundamentalmente a las siguientes cuestiones:

- a) Eliminar la necesidad de que los mayores de edad obtuvieran el consejo a que se referían los artículos 45 y 67 del Código Civil.
- b) Suprimir el impedimento de orden sagrado y profesión religiosa solemne recogida en el art.83 del Código Civil.
- c) Reducir el ámbito de los impedimentos de consaguinidad y afinidad al tercer grado de línea colateral

A lo que hay que añadir, naturalmente, el objetivo básico de la ley: reconocer la civil como única forma matrimonial operativa en el Derecho español y, por tanto, ratificar a la jurisdicción civil como la única competente para resolver los litigios matrimoniales⁴²⁵.

Ciertamente, el preámbulo anunciaba una futura “Ley de Matrimonio civil extensa y compleja”. Sin embargo, y como ya ocurrió en su momento con la “provisional” Ley de 1870 lo concebido como “solución provisional” resultó definitivo. Y ello es así seguramente porque “los dos modelos matrimoniales: el civil y el canónico no permanecen nunca realmente aislados”⁴²⁶

El Estado se encuentra ante una imponente y secular construcción canónica de la que ha sido en otros tiempos culturalmente tributaria y que “puede rechazar,

⁴²² NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 226.

⁴²³ Su texto puede verse en el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 2 de junio 1932, apéndice 1º al núm.176, págs. 1-3.

⁴²⁴ Cfr. Aranzadi, año 1932, págs. 849-851.

⁴²⁵ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 227.

⁴²⁶ *Ibidem*, pág. 205 a 234.

pero no ignorar⁴²⁷. Repárese que incluso pervive el impedimento de impotencia, del que se ha afirmado “que el grado de fidelidad de las legislaciones civiles a las directrices del Derecho matrimonial canónico viene dado por la conservación o el abandono de la impotencia como causa de incapacidad o nulidad en el matrimonio”⁴²⁸. E incluso el impedimento establecido en el número 7 del artículo 84: “los adúlteros que hubiesen sido condenados por sentencia firme” lo que nos ubica en una determinada concepción del matrimonio.

Otro dato que ya hemos podido observar en la lectura del texto legislativo en su artículo 4 cuando reza: “Las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados antes de la vigencia de esta Ley serán resueltas por los Tribunales civiles, que aplicarán las leyes canónicas con arreglo a las que fueron contraídas”. Tema que ya aparece justificado en el preámbulo de la Ley : “ En cuanto a las demandas de nulidad de los matrimonios canónicos celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, deben conocer de ellas también los Tribunales ordinarios, pues los eclesiásticos no pueden ya dictar fallos con carácter obligatorio dentro de la República española. No obstante, la ley que hayan de tener en cuenta los Tribunales civiles será la ley canónica, por ser la que presidió la celebración del matrimonio que se trata de anular y la única que puede servir para determinar si tal matrimonio será nulo o válido. Nada se opone a que ante los Tribunales ordinarios se aleguen leyes canónicas y sean por ellos aplicadas, porque pueden aplicar leyes derogadas, y las canónicas relativas al matrimonio fueron leyes del Reino, así como leyes extranjeras, si es que se quiere conceder este carácter a las leyes de la Iglesia”.

Lo que podemos resaltar del punto anterior son dos datos: ante el especial rechazo que la legislación republicana hace de la legislación eclesiástica no ocurre lo mismo con la legislación que ésta aplica. Queda demostrado pues que “la contienda jurisdiccional sobre el matrimonio ha constituido más una lucha por asumir la competencia sobre el matrimonio que un intento de sustituir el concepto canónico de matrimonio por un concepto secular del mismo”⁴²⁹.

Podemos retener que en la legislación republicana triunfó la lógica jurídica sobre el matrimonio. Así pues las relaciones jurídicas (en este caso las

⁴²⁷ PUNZI NICOLÒ, Angela Maria, “Due modelli di matrimonio” en *Il Diritto Ecclesiastico*, Roma, 1986, pág.40.

⁴²⁸ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, pág. 102.

⁴²⁹ SOUTO PAZ, José A., “Matrimonio y experiencia jurídica”, en *Anuario de Derecho Ecclesiastico del Estado*, 1985, pág.388.

matrimoniales) nacidas bajo el imperio de una ley han de ser revisadas, en el momento de poner en cuestión su validez, por la misma ley bajo las que nació.

En este sentido es bueno hacer notar el desarrollo jurisprudencial que similar cuestión ha tenido en el marco de la Ley de 7 de julio de 1981, al no hacer posible que los matrimonios canónicos puedan verse revisados en su validez por normas civiles ajenas al momento de la constitución del vínculo canónico⁴³⁰.

Por tanto, podemos concluir que una vez se ha resuelto el tema del divorcio, que ante la legislación matrimonial podían acogerse tanto los que se hubiesen contraído en forma canónica como los que hayan celebrado matrimonio civil, y que el sistema matrimonial del art. 42 del Código civil quedó legislativamente rebasado.

Y ello quedó claro en la ley cuando afirma “sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil”. Hemos de poner en evidencia que ante tales innovaciones legislativas el Episcopado español publicó una Instrucción el 25.VII.1932⁴³¹ donde se recurrió a los remedios para evitar perjuicios mayores a través de sus propias soluciones procesales a las que podemos prestar cierta atención: el problema de la Instrucción no era propiamente el divorcio.

El hecho principal era que los católicos no pudiesen plantear la separación conyugal ante la jurisdicción canónica con pretensiones de eficacia civil

El episcopado, sin perjuicio de lo que más adelante dijera la Santa Sede, arbitró una solución de tolerancia con práctica alternativa. Así toleran que los católicos ante las crisis matrimoniales y para no quedar legalmente desamparados, puedan acudir a la jurisdicción civil en vía de separación.

Y para ello no podemos obviar el planteamiento que se tuvo en Italia, tres años antes cuando Pío XI y Mussolini llegaron a la fórmula concordataria en virtud de la cual la Santa Sede toleraba que las causas de separación del matrimonio canónica fuesen conocidas por la jurisdicción civil italiana⁴³²

Así pues, como podemos observar, esta segunda etapa de matrimonio civil obligatorio es mucho más radical que la anterior⁴³³ por todos estos acontecimientos

⁴³⁰ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, págs 15-20 y bibliografía allí citada.

⁴³¹ REINA BERNÁLDEZ, Víctor, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Barcelona, 1989, Volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., pág.157.

⁴³² *Ibidem*, pág.158.

⁴³³ ROMERO VIEITEZ, Domingo, “Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español”, en *Revista de Derecho Privado*, 1941, Núm. 5, Madrid, pág. 23.

legislativos que hemos podido analizar y que se concretan en su ataque a la concepción de la familia en España⁴³⁴.

⁴³⁴ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, pág.19.

3. EL RÉGIMEN FRANQUISTA

Una vez terminada la guerra era muy difícil saber lo que iba a seguir. Creo que una breve crónica de SUÁREZ y COMELLAS nos puede ayudar a formarnos una idea de los acontecimientos legislativos que intentaremos exponer.

“Los vencedores se ufanaban de su triunfo, y se hacían los más ambiciosos proyectos: “la salvación de España”, “la grandeza de la patria”, “el Imperio”, aunque mucho de los eslóganes de entonces no eran más que nada producto de la propaganda: pero es evidente que no había un proyecto común, puesto que entre los propios vencedores existían proyectos distintos y hasta incompatibles”⁴³⁵.

Y esta idea tiene repercusión en el tema que estamos trabajando como veremos en los epígrafes siguientes. “Una idea que, con fundamento o sin él, circuló con frecuencia en las conversaciones privadas de los españoles era la de que se acabaría desembocando en una restauración de la monarquía, aunque quedaba en el aire el tipo de monarquía que iba a prevalecer. Hasta que en 1941 murió en el destierro Alfonso XIII hubo siempre quien pensó en su restablecimiento. La vuelta a la República sólo era posible en caso de los vencidos, por una circunstancia histórica, previsible o no, se convirtieran en vencedores”⁴³⁶. “Pero muchos de los vencidos tampoco deseaban la vuelta a una República como la de 1931-1936”⁴³⁷. “Lo que nadie pensaba, probablemente ni el mismo Franco, era que la jefatura de Franco se pudiera prolongar sin solución de continuidad por espacio de treinta y seis años más. Es así como la duración del mandato de Franco, desde su nombramiento como Jefe del Estado, se extendería durante treinta y nueve años. Jamás un español de sangre real o no, y pocos reyes, había mantenido su suprema magistratura a lo largo de tanto tiempo”⁴³⁸.

Creo que las ideas anteriores nos pueden ayudar a completar y a enfocar nuestra visión sobre el tema que nos ocupa. Y tampoco es nada despreciable la visión de la sociedad española donde encontrarán desarrollo las legislaciones motivo de nuestro estudio y que la retratan las líneas siguientes, con las limitaciones evidentes de la brevedad y la superficialidad que acarrea una excesiva síntesis.

⁴³⁵ SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis, y COMELLAS GARCÍA-LLERA, José Luís, *Breve historia de los españoles*, Barcelona, 2006, Editorial Ariel, pág. 359.

⁴³⁶ *Ibidem*. pág. 359.

⁴³⁷ *Ibidem*, pág. 360.

⁴³⁸ *Ibidem*.

“Franco encontró el apoyo de aquellos que habían hecho la guerra en el bando “nacional”, y el odio, casi nunca la violencia manifiesta, en aquellos que perdieron la contienda. Pero, entre los vencidos, dentro de España, reinaba también la resignación o la indiferencia. La propia “desmovilización política” de los españoles permitió a Franco seguir gobernando sin grandes peligros interiores aun en los momentos de mayor hostilidad internacional. Entre los que apoyaron desde el primer momento podemos contar:

- a) Los falangistas. La Falange fue un partido de corte fascista, al principio idealista y juvenil, fundado por José Antonio Primo de Rivera, hijo del antiguo dictador, durante la República, cuando las fuerzas políticas se radicalizaron. La Falange prefería más una república que una monarquía, un partido único, una autoridad fuerte, detestaba los parlamentos y preconizaba una política social, eso sí, encauzada por un sindicato único.
- b) Los tradicionalistas, carlistas o emparentados directamente con ellos. Eran monárquicos, al contrario de los falangistas, y por eso se llevaban mal con la Falange, aunque Franco los unificó a la fuerza, unificación que nunca fue del todo efectiva. Pretendían una monarquía autoritaria y basada en las tradiciones españolas, en particular el sentido católico;
- c) Los partidos de derechas, procedentes ya de la monarquía, ya de tiempos de la República. Bajo el régimen de Franco estaban prohibidos los partidos políticos, pero muchos de los hombres de derechas que habían contribuido al levantamiento contra el Frente Popular en 1936 siguieron apoyando de hecho a Franco, aunque en ocasiones le aconsejaron moderación y apertura... antiguos miembros de la Unión Patriótica... mauristas regeneracionistas... demócratas cristianos que entraron en el régimen para irlo reformando...
- d) La masa católica en general. La Iglesia, en su gran mayoría, apoyó a Franco, más que por simpatía en sí, porque los enemigos de Franco habían perseguido a la Iglesia, habían incendiado centenares de templos, y habían asesinado a dieciséis obispos y más de 6.000 sacerdotes. Franco se presentó como católico y defensor de los principios cristianos. En este sentido, puede decirse que la Iglesia no tuvo opción, aunque en ocasiones sirvió para moderar la naturaleza del régimen. Como, por otra parte, Franco respetó a la Iglesia, puede decirse que la única voz libre o la única prensa libre fue la que salía de ella. Pero no se trata sólo de la Iglesia como institución, sino que muchas familias sinceramente católicas, tal vez de ideas políticas no muy definidas, o totalmente apolíticas, apoyaron a Franco o al menos le consintieron, justamente por su carácter católico y no perseguidor. Entre esta masa católica, de muy amplio espectro social se encontró el franquismo muy cómodo, porque sabía que aquellos millones de

españoles podían criticarle determinadas medidas o actitudes, pero nunca IBÁN a ponerse abiertamente contra él;

- e) Los apolíticos y más aún los “apolíticos” por definición (no, por supuesto, se entiende los anarquistas). Aquellos que decían estar “asqueados de la política” se encontraban dispuestos a apoyar un régimen neutro y poco definido. Franco fue más autoritario que dogmático. “Nosotros no somos de derechas ni de izquierdas”, dijo muchas veces. La llamada “masa neutra” vio por lo general estas declaraciones con simpatía, aunque sintiera rabia, por ejemplo, contra la insistente propaganda falangista, que fue la que la que proclamó más abiertamente una ideología, y por eso mismo resultó más antipática a los españoles neutros o poco definidos. A todos aquellos que no tenían inquietudes políticas no les molestó en absoluto la “tolerancia con la indiferencia”, que distingue al régimen de Franco de otros sistemas totalitarios de la época, que “obligaban a intervenir” en contra de la propia opinión. De carácter neutro fueron también los que hablaban de la “filosofía de la eficacia”, más tarde llamados tecnócratas, que preferían la buena marcha de la administración, el buen funcionamiento del país, a un programa político-ideológico. Los tecnócratas acabarían teniendo predominio en los últimos tiempos⁴³⁹.

3.1. La derogación de la legislación republicana y la Ley de 12 de marzo de 1938

Partiendo de supuestos ideológicos opuestos, el Estado nacido el 18 de julio de 1936 tenía que mostrarse radicalmente incompatible con la legislación matrimonial republicana. Sin consolidar todavía su victoria, por Ley de 12 de marzo de 1938⁴⁴⁰, derogaba la de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932 y las

⁴³⁹ SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis, y COMELLAS GARCÍA-LLERA, José Luís, *Breve historia de los españoles*, Barcelona, 2006, Editorial Ariel, pág, 364-365.

⁴⁴⁰ “La Ley de 28 de junio de 1932 constituye una de las agresiones más alevosas de la República contra los sentimientos católicos de los españoles, y al instituir el matrimonio civil como el único posible legalmente entre España desconociendo el aspecto religioso intrínseco de la institución, creó una ficción en pugna violenta con la conciencia nacional.

Se impone, en consecuencia, como imperativo de justicia y desagravio a la conciencia católica de los españoles, la apremiante derogación de la sectaria Ley de 28 de junio de 1932, volviéndose a la legalidad el matrimonio mientras el Estado español no determine la adopción de normas que lo modifiquen.

En su virtud, previa deliberación del Gobierno y a propuesta del Ministro de Justicia,

DISPONGO

disposiciones dictadas para su aplicación. Por su parte, la Ley de 23 de septiembre de 1939 hace lo propio con la de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y las disposiciones que la complementan⁴⁴¹.

Sin embargo, como pone en evidencia NAVARRO-VALLS⁴⁴², “existe un paralelismo entre la legislación republicana y la emitida por el régimen de Franco”. Porque lo cierto es que ambos coinciden no sólo en una inicial precipitación al contemplar la cuestión matrimonial, sino también en una posterior cristalización del matrimonio y la familia en fórmulas constitucionales⁴⁴³.

Recuérdese que en el constitucionalismo histórico español las dos únicas Constituciones en que se aborda frontalmente el matrimonio y la familia es en la del 32 y en las llamadas Leyes Fundamentales del reino promulgadas entre 1938 y 1967⁴⁴⁴.

Artículo 1º Quedan derogadas la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 y las disposiciones para su aplicación

Artículo 2º Los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932 producirán todos los efectos civiles desde la celebración y sin perjuicio de los derechos adquiridos a título oneroso por terceras partes. A fines de los artículos 325 y 327 del Código civil, las partidas sacramentales de los expresados matrimonios canónicos que no hubieran sido precedidos o seguidos de matrimonio civil, deberán ser transcritas en el Registro de este nombre de oficio o a instancia de parte, en el plazo de setenta días a contar desde la publicación de la Ley.

Artículo 3º Se declaran nulos los matrimonios civiles contraídos por personas comprendidas en el número cuarto del artículo 83 del Código civil, ordenados “in sacris” o profesados ligados con votos solemnes de castidad no dispensados canónicamente y únicamente surtirán efectos civiles respecto al cónyuge de buena fe y de los hijos.

Artículo 4º Por el Ministro de Justicia se dictarán las órdenes necesarias para la ejecución de lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 5º La presente Ley empezará a regir a partir de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

Disposiciones transitorias.- Hasta tanto se dicten nuevas normas, se declaran vigentes el título cuarto del libro primero del Código civil y todas las demás normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se deroga.”

⁴⁴¹ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, pág.19.

⁴⁴² NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 229.

⁴⁴³ *Ibidem*, pág. 230.

⁴⁴⁴ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 230.

En estas últimas será el artículo 22 del Fuero de los Españoles el que aludirá al matrimonio y la familia en estos términos:

“El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores a toda ley humana positiva. El matrimonio será uno e indisoluble. El Estado protegerá especialmente a las familias numerosas.”

También el Fuero del Trabajo reconocía a la familia como “célula primaria natural y fundamento de la sociedad, y al mismo tiempo como institución moral dotada del derecho inalienable y superior a toda ley positiva”.

Así, según afirma FOSAR⁴⁴⁵, se ha dicho “que las Leyes Fundamentales del régimen consagraron una noción de matrimonio y de familia fuertemente anclados en los preceptos de la moral católica, según la interpretación preconiliar de los años cuarenta y cincuenta de este siglo”.

Y enlazando con el principio del epígrafe afirmamos que, antes de terminar la guerra civil, ya se dicta la Ley de 12 de marzo de 1938, por la que se deja provisionalmente sin efecto la Ley de matrimonio civil de 1932 y disposiciones dictadas para su aplicación (art.1), disponiendo que hasta tanto se dicten nuevas normas, se declara vigente el Título IV del Libro I del Código Civil y todas las demás normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se deroga; es decir, se vuelve a poner en vigor la legislación anterior. De un Estado laico hemos pasado a un estado confesionalmente católico⁴⁴⁶.

En ejecución de la Ley de 12 de marzo de 1938 se dicta la Orden de 22 de marzo de 1938, que viene a sostener la interpretación que el artículo 42 del Código Civil diera la Real Orden de 1900. Así, dispone, en efecto, que los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932 puedan seguir tramitándose y ultimándose siempre que ambos contrayentes o uno de ellos declare expresamente que no profesen la religión católica. Esta misma orientación sigue la Orden de 8 de marzo de 1939, referente a la nulidad de inscripciones en el Registro Civil durante la dominación republicana. En su artículo 2º, letra G, se dice que la Orden de 22 de marzo anterior había interpretado el artículo 42 en el sentido tradicionalmente admitido⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Barcelona, 1981, Editorial Bosch, pág.91.

⁴⁴⁶ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág.25.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

La Ley de 23 de septiembre de 1939 deroga la de divorcio de 2 de marzo de 1932. En verdad esta Ley había quedado ya en suspenso por el Decreto de 2 de marzo de 1938⁴⁴⁸.

Sin embargo, para ser exhaustivos hemos de afirmar que la disposición que cierra la actividad legislativa de la II República en materia de Derecho de familia es un Decreto de 13 de junio de 1936 del Ministerio de Hacienda que regula el régimen de tributación de los frutos de los bienes parafernales a efectos de la contribución general sobre la renta⁴⁴⁹.

Y la disposición que en realidad abre una nueva legislación del bando que más adelante vencería en la contienda militar es una Orden de 3 de noviembre de 1936 de la Comisión de Justicia en la que se regula la “manera de suplir documentos necesarios para contraer matrimonio”⁴⁵⁰.

Nos puede parecer interesante transcribir a continuación este precepto, pues a partir de él podemos observar de forma mucho más clara el sistema vigente en España en este período:

“Ilmo. Sr. Vista la consulta formulada por V.I. el 27 de octubre último, ha dispuesto, con carácter general, que cuando no pueda obtenerse la partida de nacimiento de alguna de las personas que pretenden contraer matrimonio, por estar en poder del enemigo el pueblo de su naturaleza, se procederá de la forma siguiente:

1º La declaración aludida en el artículo 85 del Código civil contendrá los nombres, apellidos, edad, estado, profesión, naturaleza y domicilio o residencia de los padres y de los abuelos paternos y maternos.

2º Para comprobar las anteriores circunstancias examinará el juez municipal por sí mismo a los contrayentes; recibirá información testificada, debiendo dar fe el secretario del conocimiento de los testigos, y si no los conociera, y se aportará, si no es posible, certificación expedida por el secretario del Ayuntamiento del domicilio de los futuros cónyuges, expresiva de las circunstancias personales de éstos que conste en el último padrón municipal.”

El lapso temporal que quedaría por determinar es qué legislación se aplica en los primeros meses de guerra, en la llamada zona nacional, con el sentir de IBÁN⁴⁵¹, creemos que se continúa aplicando la Ley de Matrimonio Civil, mantenemos tal opinión por dos motivos:

⁴⁴⁸ *Ibidem*, pág.25.

⁴⁴⁹ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.130.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, pág.130.

⁴⁵¹ *Ibidem*, pág.131.

1º No hay norma expresa de derogación hasta 1938.

2º La Orden de 3 de noviembre de 1936 alude únicamente al artículo 86 C. c. (incluido en el capítulo sobre el matrimonio civil).

No obstante, estimamos, y es una mera hipótesis, que fue aplicada con cierta laxitud. Pensamos que se celebraron matrimonios canónicos, no acompañados de matrimonio civil, sin dificultades; la no alusión, de la primera doctrina posbélica a prohibiciones de matrimonios canónicos, así lo permite suponer⁴⁵².

Por tanto ya es en 1938 cuando podemos encontrar disposiciones que permiten intuir claramente lo que permite intuir cuál es el sistema que se pretendía delinear; y antes que nada abre la lista un Decreto del Ministerio de Justicia de 2 de marzo de 1938.

El contenido de Derecho positivo de tal disposición queda resumido en su primer artículo: “Se suspende la sustanciación de los pleitos de separación y de divorcio y las actuaciones para obtener aquélla o éste por mutuo disenso, iniciadas con arreglo a lo dispuesto en la Ley de dos de marzo de 1932”.

Es decir, en este artículo si bien se admite que la legislación republicana sobre la materia, no podía ser de otro modo⁴⁵³, sigue vigente, sin embargo, se trata de congelarla, de dejarla sin eficacia aunque sea válida.

Esta disposición sería complementada más tarde por una Orden del Ministerio de Justicia de 9 de noviembre de 1938. Con la transcripción parcial de su texto será suficiente para comprender su alcance:

“La paralización procesal impuesta por el Decreto de 2 de marzo de 1938, a los pleitos de separación y divorcio, derivados de la Ley de 2 de marzo de 1932, ha suscitado diversos problemas que normativamente deben ser resueltos por el Poder Público con criterio de decidida protección y amparo del vínculo matrimonial.

Una de estas situaciones, que declara imperiosa decisión del Gobierno, es la causada por sentencias denegatorias del divorcio o separación, pendientes del recurso de revisión interpuesto ante el Tribunal Supremo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 57 de referida Ley, fallos que deben considerarse firmes a todos efectos.

En su virtud dispongo:

⁴⁵² *Ibidem*, pág.131

⁴⁵³ “Las Leyes sólo se derogarán por otras leyes posteriores y no prevalecerán contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario”, art. 5 del Código civil, vigente en el año en cuestión.

Que las sentencias dictadas en pleitos de separación o divorcio tramitados al amparo de la Ley sea denegatorio del divorcio o separación, y se encuentren pendientes de revisión interpuesta ante el Tribunal Supremo, se considerarán firmes a todos los efectos.”

Es interesante la exposición de motivos del citado Decreto, el segundo y tercer párrafo son claros para determinar las pretensiones de tal disposición.

“El Gobierno ha anunciado oficialmente el propósito de revisar con rapidez y decisión la legislación laica que suprimió en nuestra patria el sentido católico y espiritual de las leyes, y entre las disposiciones que reclaman esta revisión ha de ocupar lugar preferente la llamada Ley del Divorcio.

Mientras llega a ese momento, y con objeto de evitar que, al amparo de preceptos revisable puedan seguir creándose situaciones jurídicas inalterables.

A propuesta del Ministerio de Justicia y de acuerdo con el consejo de Ministros,

DISPONGO: [y sigue el articulado]”.

Es interesante la descripción que lleva a cabo IBÁN cuando afirma: un propósito a alcanzar: revisar y modificar la legislación republicana. Una solución provisional: bloquear su aplicación⁴⁵⁴.

Un carácter de provisionalidad y precipitación latente en toda la legislación de la época que aparece con absoluta nitidez en la citada Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la Ley de Matrimonio Civil de 1932⁴⁵⁵.

Vale la pena hacer notar que en el texto de la ley que nos interesa aparecen algunas inexactitudes que ya aparecen en el primer párrafo: “La Ley de 28 de junio de 1932... [instituye] el matrimonio civil como el único posible legalmente en España...” es falsa; la Ley no prohíbe el matrimonio el matrimonio canónico, la Ley de 1932 se limita a conceder efectos civiles exclusivamente al matrimonio civil.

Otra inexactitud la constituye la afirmación implícita en la Exposición y en las Disposiciones transitorias de que la legalidad republicana había derogado la totalidad del Título cuarto del Libro primero del Código civil⁴⁵⁶.

Una ambigüedad importante la constituye la que aparece en el artículo 3º, al afirmar que el matrimonio civil contraído durante la vigencia de la Ley del 32 por ordenados in sacris o profesos con voto solemne de castidad sólo surtirán efectos civiles respecto del cónyuge de buena fe. Y con IBÁN nos podemos preguntar,

⁴⁵⁴ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.132.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, pág.132.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, pág.133.

¿Quién es el cónyuge de buena fe? ¿Se presumirá la mala fe de aquel que acudió, respetando la legalidad vigente, el matrimonio civil ordenado in sacris?⁴⁵⁷.

El otro extremo carente de reflexión de la norma comentada y que ya hemos anunciado está en la disposición transitoria que como afirma DE LA HERA, viene a cubrir provisionalmente el vacío dejado en la legislación matrimonial por el art. 1º de la propia Ley⁴⁵⁸.

Habíamos indicado que la Ley pretendía acabar con la legislación matrimonial republicana y que no lo consiguió, y en efecto así fue, pues las Disposiciones transitorias al declarar “vigentes... las normas... que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se deroga” lo que hace es declarar como derecho vigente la Orden de 10 de febrero de 1932; que no fuese eso lo que se pretendía es probablemente cierto, pero que fue eso lo que se hizo es un hecho⁴⁵⁹.

La postura de IBÁN⁴⁶⁰ no corre la misma suerte y cree admisible dos posibilidades:

1ª Lo que el legislador quería restablecer era la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, y la restablece, puesto que la voluntad del legislador está por encima del texto de la ley, y ello aunque sea de forma técnicamente incorrecta.

2ª Lo que el legislador restablece, aunque fuera otra su voluntad, es la Orden de 1932, pues así se deduce del texto de la Ley de 1938. Lo que no se puede considerar correcto, es decir, que la Ley de 1938 restablece la Orden de 1932, porque es igual a la Real Orden de 1900, que es lo que realmente quería restablecer.

Y en el fondo, no olvidemos, que como el mismo texto afirma lo que el legislador quería no era establecer uno u otro sistema matrimonial, sino “... borrar la obra legislativa de los años republicanos...”⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

⁴⁵⁸ DE LA HERA, Alberto, “Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones entorno al artículo 42 del Código Civil)”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo III, Julio-Septiembre 1974, pág.651.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, pág.651 y ss.

⁴⁶⁰ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.133.

⁴⁶¹ DE LA HERA, Alberto, *Pluralismo y libertad religiosa*, Sevilla, 1971, Editorial Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1971, pág.69.

En palabras de REINA, su derogación fue paulatina⁴⁶², pues primero el decreto de 2 de marzo de 1938 suspendió en una zona del territorio español tanto la sustanciación de los pleitos de divorcio como las actuaciones para obtenerlo por mutuo disenso iniciado con arreglo a lo dispuesto en la ley de 1932; después, la Orden de 9 de noviembre de 1938 dispuso que las sentencias dictadas en pleitos de divorcio tramitados según la ley de 1932, cuyos pronunciamientos fueron denegatorios del divorcio, y se encontraran pendientes de revisión ante el Tribunal Supremo, se consideraran firmes a todos los efectos; y, en fin, la suspensión se convirtió en abolición definitiva por ley de 23 de diciembre de 1939.

Según dicha ley, como ya hemos enunciado escuetamente, volvían a tener vigor en la materia las disposiciones del Código Civil, y además contenían una disposición transitoria según la cual cualquiera de los contrayentes anteriores a 1932 podían impugnar tanto el divorcio obtenido al amparo de la ley de 1932 como el matrimonio civil subsiguiente, y ello por razones puramente “de conciencia” y “sine die”⁴⁶³.

Esto último ocasionó un cúmulo de anomalías y de incertidumbres que ha llevado a incluir en modificaciones del Código Civil de la época actual una primera disposición transitoria del siguiente tenor: “Los divorciados por sentencia firme al amparo de la Ley de Divorcio de 2 de Febrero de 1932 podrán contraer nuevo matrimonio, salvo si la sentencia fue anulada judicialmente”⁴⁶⁴.

Por tanto, en este epígrafe intentaremos indagar en las alteraciones o en la pervivencia del modelo matrimonial que conoció España desde 1938 hasta 1975.

Sin embargo, siendo puristas, como ya vimos en el capítulo anterior, la legislación republicana tuvo sus anomalías técnicas (se promulga, contra toda lógica, antes una ley de divorcio que la de matrimonio civil; se traspasan precipitadamente por Decreto de 3 de noviembre de 1931 las causas de separación y nulidad a la jurisdicción civil, traspaso que hubo de suspenderse un mes después, dejando las demandas pendientes para la futura ley de divorcio; la interpretación de la enigmática expresión “profesara la religión católica” llega con diez meses de retraso, etc.) y el régimen político que surge el 18 de julio de 1936 tampoco actuará con mayor cautela técnica, como hemos visto en el acto de derogación de la ley de divorcio de 1932 con los matices que todavía en la época democrática produjo.

⁴⁶² REINA BERNÁLDEZ, Víctor, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Barcelona, 1989, Volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., pág.161.

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, pág.162.

A lo que podemos añadir que la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la de matrimonio civil de 1932, crea la paradoja de una legislación matrimonial que se apoya en una Ley (la de marzo de 1938) que declara vigente el artículo 42 del Código Civil, pero en la interpretación dada por una Orden (la de 10 de febrero de 1932) precisamente emitida en el seno de una legislación que se quiere abolir; de ahí que, advertido el legislador, dicta otra disposición más equívoca que la anterior (me refiero a la Orden Ministerial de 22 de marzo de 1938)⁴⁶⁵.

Evidentemente no son estas anomalías incidentales las únicas aportaciones al epígrafe sino hacer alusión al paralelismo entre la legislación republicana y la emitida por el régimen de Franco⁴⁶⁶. Porque lo cierto es que ambos coinciden no sólo en una inicial precipitación al contemplar la cuestión matrimonial, sino también en una posterior cristalización del matrimonio y la familia en fórmulas constitucionales, como más tarde analizaremos.

Como ya se desprende del contexto, la legislación matrimonial española ha planteado muchos problemas; no pocos de entre ellos son técnicos, pero bastantes de ellos, incluso los técnicos, son consecuencia del profundo trasfondo político que tiene, o se ha pretendido que tenga, la adopción de uno u otro sistema matrimonial.

Si el trasfondo político se manifiesta en las opiniones doctrinales vertidas en cada momento, con mayor razón trasluce en las actuaciones directas de la Administración, y con especial énfasis al salir de una situación de profundas tensiones políticas que producen importantes, radicales, cambios de concepción, desde el poder político, de la sociedad organizada en Estado⁴⁶⁷.

Y dos ejemplos típicos de la situación que hemos estado describiendo serían los instaurados por la II República (realidad ya analizada), y en el polo opuesto, la nueva legislación del sistema político surgido al finalizar, y aún antes, la guerra que terminó con la República⁴⁶⁸. Y como ya hemos hecho, es bueno observar desde el punto de vista comparativo, la evolución política y las modificaciones estrictamente legislativas del sistema matrimonial que sin duda muestran un claro y evidente paralelismo.

⁴⁶⁵ NAVARRO VALLS, Rafael, "El matrimonio concordatario ante el Derecho español y el Derecho italiano: problemas comunes," en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1988, págs. 247 - 249.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pág.229.

⁴⁶⁷ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; "Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 -1978)" en *Anuario de Derecho Civil*, Enero - Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.129.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, pág.129.

Así, la legislación matrimonial de este período se resumiría como el restablecimiento de la legalidad anterior a la República⁴⁶⁹. La disposición transitoria de la Ley de 12 de marzo de 1938 marca de modo claro y anuncia como inminente⁴⁷⁰ la reforma del código en la materia matrimonial; dice, en efecto, que “hasta tanto se dicten nuevas normas, se declaran vigentes el Título IV del Libro Iº del Código Civil y todas las demás normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de la publicación de la Ley que se deroga”.

ROMERO VIETEZ⁴⁷¹ ha observado que “la expresión de esta disposición final resulta claramente incorrecta: sólo parte del Título IV del Libro Iº del Código Civil había dejado de tener vigor; y en la fecha señalada de publicación de la Ley de Matrimonio civil estaba vigente, por ejemplo, la Orden de 10 de febrero de 1932, que convertía el matrimonio civil de subsidiario en facultativo, la vigencia de la cual, contra el propósito del legislador, está reconocida literalmente en la fórmula usada”.

Por tanto, lo mejor es afirmar que lo que realmente queda en vigor es la legislación vigente al tiempo de instaurarse la República⁴⁷², que es, sin duda, lo que quiso decir el legislador. Y la componen fundamentalmente los preceptos del Título IV del Código, complementados e interpretados por las RR.OO. de 28 de diciembre de 1900, 28 de febrero de 1907 y 28 de julio de 1913⁴⁷³.

La situación es, pues, en tal momento la siguiente: la legislación matrimonial está constituida por una ley⁴⁷⁴, que ley declara vigente el artículo 42 del Código civil y la interpretación dada al mismo por la Orden de 10 de marzo de 1932 (en contra de la voluntad del legislador). Y por otra Ley⁴⁷⁵, que permanece bloqueada por un

⁴⁶⁹ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, pág.19.

⁴⁷⁰ LUNA SERRANO, Agustín, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*, Madrid, 1994, Editorial Civitas, pág.34-36.. Algunos escritores parecían desconocer este matiz de transitoriedad insistiendo en el carácter de restablecimiento de la anterior ordenación jurídica. No cabe duda de que, ya para entonces, se preveía por el Gobierno un futuro Concordato con la Santa Sede.

⁴⁷¹ ROMERO VIEITEZ, Domingo, “Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español”, en *Revista de Derecho Privado*, 1941, Núm. 5, Madrid, pág.77.

⁴⁷² GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, pág.19.

⁴⁷³ *Ibidem*.

⁴⁷⁴ De 12 de marzo de 1938.

⁴⁷⁵ De 2 de marzo de 1932.

Decreto⁴⁷⁶, podemos calificar el sistema como contrario a la seguridad jurídica y técnicamente incorrecto⁴⁷⁷.

A los pocos días, como recuerda DE FUENMAYOR⁴⁷⁸ “... se vio la necesidad de evitar el equívoco, y en efecto, se dicta la Orden del Ministerio de Justicia de 22 de marzo de 1938”

En ejecución de la Ley de 1938 se dictó la Orden del Ministerio de Justicia de 22 de marzo del mismo año, que textualmente dice lo siguiente:

“En aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la de 28 de junio de 1932, debe proveerse sin demora a la solución de los expedientes de matrimonio civil pendientes y que deseen llevar a su fin los interesados.

Teniendo presente que el art.42 del Cc. Impone claramente, y lo abonan uniformes resoluciones, el matrimonio canónico a cuantos españoles profesen la Religión católica, debe exigirse para autorizar la celebración del matrimonio civil la declaración expresa de no profesar la Religión católica por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos; y cumplidos tales requisitos, cabe darse a los expedientes de matrimonio civil promovidos después de 28 de junio de 1932.

En su virtud, dispongo:

Art. 1º Los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932 pueden seguir tramitándose y ultimarse siempre que ambos contrayentes, o uno de ellos, declaren expresamente que no profesan la Religión católica; sin esa declaración no podrá en modo alguno autorizarse el matrimonio civil para los españoles.

Art. 2º Para reanudarse la tramitación de dichos expedientes deberá proceder instancia de las partes interesadas, considerándose fenecidos los expedientes cuyo seguimiento no se inste en el plazo de treinta días, a partir de la publicación de la presente Orden.

Art. 3º La tramitación de los expedientes referidos deberá sujetarse a las normas del art.100 del Cc., con todos los requisitos en él comprendidos.”

De la lectura de esta Orden se desprende una doble consecuencia:

1ª En principio, sólo atiende a una finalidad de derecho transitorio. Esto es señalar el destino que debe darse a los expedientes de matrimonio civil pendientes al tiempo de promulgarse la Ley de 1938.

⁴⁷⁶ De 2 de marzo de 1938.

⁴⁷⁷ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.134.

⁴⁷⁸ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, *El sistema matrimonial español (comentario al artículo 42 del código Civil)*, Madrid, 1949, Editorial Reus, pág.22.

2ª Y además, implícitamente, es posible ver en ella una pauta para los expedientes que en el futuro se insten. Seguíamos, al parecer, en la misma línea de interpretación que la Real Orden de 1900 y concordantes, y cabe, por tanto, reproducir aquí los reproches que a aquélla se han hecho.

El nuevo legislador se plantea dar contenido al término “profesar...” del artículo 42 del Código civil. Tal vez, lo que impuso tal Orden no fue precisamente eso, sino el dejar claro que la legislación matrimonial republicana no era aplicable, y para alcanzar dicha meta, como demostramos más arriba, no había sido suficiente la Ley derogatoria de la del matrimonio civil⁴⁷⁹.

No debemos olvidar que el ámbito normativo a que se aplica la nueva orden queda reducida a “Los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932...”, lo que en buena técnica jurídica quiere decir que los expedientes de matrimonio civil promovidos con posterioridad a la Orden comentada, deberán atenerse a la Orden de 10 de febrero de 1932, que para dichos expedientes seguiría vigente.

El legislador, en su precipitación para borrar la legislación republicana, no conseguía pues otra cosa que suprimirla parcialmente, y ello a costa de introducir notables ambigüedades en el sistema.

Ciñéndose al marco de aplicación de la Orden del 38, debemos de destacar que el sistema establecido para acceder al matrimonio civil podría calificarse de subjetivista con restricciones⁴⁸⁰; desde luego el anterior sistema (el de la Orden del 32) hacía más fácil el acceso al matrimonio civil; pero que para acceder la matrimonio civil bastase la declaración expresa de no profesión de uno de los contrayentes, supone tanto como configurar el sistema matrimonial más liberal de todo el período.

Una prueba del carácter “liberal” de la disposición puede ser la afirmación de MONTERO: “[La Orden de 1938] estando inspirada, sin duda, en una buena intención, hubiera sido de desear que se hallase más conforme con el Derecho canónico, según el cual no basta la declaración de no profesar la religión católica para dejar de ser católico y poder contraer matrimonio civil válido”⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.134.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, pág.135.

⁴⁸¹ MONTERO GUTIÉRREZ, Eloy, “El nuevo Estado español y la institución matrimonial”, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm.2, abril-septiembre 1941, pág.10.

Resulta un tanto sorprendente el art.2 de la Orden que estamos estudiando, salvo que el contexto político así lo demande: el dar un plazo de 30 días para instar la reanudación de expedientes, en un momento de guerra civil, es un plazo breve.⁴⁸²

Si continuamos en el plano cronológico, una semana más tarde encontramos una nueva disposición referida a temas matrimoniales, me refiero a la Orden del Ministerio de Justicia de 29 de marzo de 1938:

“Ilmo. Sr.: Publicada la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932, y acordada en este aspecto la vigencia del Código civil, se impone la necesidad de volver a las normas de la reaborden de 31 de diciembre de 1920 en todo lo relativo a la Sección de Matrimonios del Registro Civil, debiendo en su consecuencia derogarse la orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 1932.

En su virtud dispongo:

1º Se restablece la vigencia de la Real Orden del Ministerio de Justicia de 31 de diciembre de 1920 en todo lo referente a los libros de la Sección de Matrimonios del Registro Civil que en lo sucesivo se ajustarán al modelo publicado con la misma.

2º El día 20 del próximo mes de abril, a las doce de la noche, se cerrarán en todos los Registros Civiles de la zona nacional los libros impresos de la Sección de Matrimonios existentes en la actualidad. A este efecto, en el último folio en blanco se extenderá una diligencia de clausura con referencia a esta Orden, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de 13 de diciembre de 1870, y el resumen circunstanciado que ordena el artículo 13 del mismo. Los demás folios que hayan quedado en blanco se inutilizarán, trazando en toda su extensión dos líneas de tinta cruzadas en forma de aspa estampado en el centro el sello del Juzgado; en la parte inferior se inscribirá con caracteres claros la palabra “inutilizado” y firmarán a continuación el Juez Municipal y el Secretario.

3º Se autoriza a los jueces municipales hasta que se provean de los nuevos libros de la Sección de Matrimonios, para abrir, con carácter provisional, libros y cuadernos en forma y condiciones análogas a las que previene la segunda disposición transitoria del citado Reglamento. Las inscripciones de matrimonios que en ellos se extiendan se ejecutarán al modelo referido. Estos se cerrará, en cuanto se adquieran los nuevos libros impresos que en todo caso habrá de ser antes del día 1º de junio del presente año.”

Como hemos podido observar en la Orden anterior, aunque referente a temas matrimoniales de poca entidad en lo que a nosotros nos interesa; se trata de la regulación de la forma que deben tener los libros de la Sección Matrimonial del Registro Civil. Dos puntos a destacar podrían tomar relevancia: la restauración del Código civil y borrar cualquier residuo de legislación republicana.

⁴⁸² No podemos olvidar que una de las primeras disposiciones de la Junta de Defensa Nacional fue el Decreto de 24 de julio de 1936 en el que quedaban suspendidos posplazos y términos judiciales, así como los plazos de vencimiento de letras de cambio y efectos mercantiles.

Por tanto, se daba por hecho la derogación del Código Civil durante la época de la República y, en este caso, volver a la Real Orden de 31 de diciembre de 1920⁴⁸³.

En el aspecto puramente registral de la cuestión incide una nueva Orden del Ministerio de Justicia de 12 de agosto de 1938, que en su artículo primero declara nulas “las inscripciones autorizadas por funcionarios distintos de los que determina la legislación del Registro civil anterior a la misma fecha”.

Para aplicar la mencionada Orden, una nueva Orden del mismo Ministerio, del 22 de septiembre de 1938, dice en su artículo 2º: “Las inscripciones practicadas a consecuencia de hechos conceptuados como matrimonios civiles contraídos durante la dominación roja, con arreglo a disposiciones distintas de las vigentes, antes del 18 de julio de 1936, y comprendidas en el artículo primero de la Orden Ministerial de 12 de agosto ya citada, se considerarán nulas, debiendo anotarse marginalmente en las actas esta nulidad y solamente podrán practicarse otras referentes a las mismas personas si contraen matrimonio con sujeción a las normas legales actualmente en vigor”.

Lo que es como considerar nulos los matrimonios civiles después de tal fecha, matrimonios que sin duda, en algunos casos fueron canónicamente válidos al amparo del canon 1098.1⁴⁸⁴.

Y la pregunta que plantea IBÁN⁴⁸⁵ a partir de esta Orden podría ser: ¿Cabría incluir en el supuesto de hecho regulado a los matrimonios contraídos en la llamada zona nacional en el período transcurrido entre el 18 de julio de 1936 y el 22 de marzo de 1938?

El artículo 2º y 3º de la Orden de 8 de marzo de 1939 analizan el supuesto:

“Artículo 2º Se declararán nulas:

⁴⁸³ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.136.

⁴⁸⁴ Canon 1098.1 del C.I.C.: Si haberi vel adiri nequeat sine gravi incommodo parochus vel Ordinarius vel sacerdos delegatus qui matrimonio assistant ad normam canonum 1095, 1096:

1ª In mortis periculo validum et licitum est matrimonium contractum coram solis testibus; et etiam extra mortis periculum, dummodo prudenter praevideatur eam rerum condicionem esse per mensem duraturam.”

⁴⁸⁵ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.137.

A. Las actas extendidas a consecuencia de matrimonios celebrados ante funcionarios distintos de los que preceptúa la Ley del registro Civil, según se declaró en la Resolución del Servicio Nacional de los Registros y del Notariado del día 5 de noviembre de 1938.

B. Las originadas por matrimonios a los que no se hubieren aportados los documentos exigidos por la Ley, las cuales podrán ser convalidadas mediante la presentación de los mismos en el Juzgado Municipal donde se celebró el matrimonio.

C. Las producidas en virtud de matrimonios celebrados en los frentes de combate. Estas actas no pueden ser convalidadas gubernativamente.

D. Las procedentes de matrimonios celebrados por menores de edad, según el Código civil, sin consentimiento paterno, las cuales podrán ser convalidadas mediante la presentación del mencionado consentimiento.

E. Cualquiera clase de las extendidas a virtud de matrimonios contraídos a tenor de la legalidad revolucionaria en que haya fallecido uno de ellos. Estas actas no podrán convalidarse gubernativamente.

F. Las dimanantes de matrimonios celebrados con posterioridad a la Ley de 12 de marzo de 1938 publicada en el "Boletín Oficial del Estado" del día 21 del mismo mes y año con infracción del número cuarto del artículo tercero de la Ley citada, y del 42 del mismo cuerpo legal interpretado por la Orden del Ministerio de Justicia del día 22 de marzo del mismo año en el sentido tradicionalmente admitido de que para autorizar la celebración del matrimonio civil debe exigirse la declaración expresa de no profesar la religión católica ambos o al menos uno de los contrayentes. Las actas anuladas por haber infringido el artículo 83 del Código civil son insubsanables gubernativamente. Las que violaron el artículo 42 del mismo podrán convalidarse mediante la declaración anteriormente expresada ante el Juez Municipal Encargado del Registro en que estuvieron inscritas.

La anulación de las actas a que se hace referencia en todos los apartados de este artículo se entenderá siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos por los hijos, y por el cónyuge de buena fe si hubiesen sido originados por matrimonios contraídos con infracción del número cuarto del artículo 83 del Código civil.

Artículo 3º Sólo se mantendrán las anotaciones marginales sobre divorcios cuando éstos han sido acordados conforme a las causas señaladas en la Ley de 2 de marzo de 1932 por los Tribunales en la forma que la misma disponía a virtud de sentencia firme acordada antes de la vigencia del Decreto de 2 de marzo de 1938, que suspendió la sustanciación de estos pleitos y con la limitación introducida por la Orden del Ministerio de Justicia de 9 de noviembre del año último, en virtud de la cual cuando el pronunciamiento sea denegatorio del divorcio y las sentencias se encuentren pendientes de revisión interpuesta ante el Tribunal Supremo se considerarán firmes a todos los efectos. Estas anotaciones no pueden nunca ser objeto de convalidación gubernativa".

Algunas disposiciones que dimanar de tal Orden merecen una mención: anular actas de los matrimonios contraídos por menores sin consentimiento constituye una ilegalidad estando en vigente el artículo 50 del Código civil; el anular las actas producidas en virtud de matrimonios celebrados en los frentes de combate, sin dar ninguna razón, no tiene fácil explicación, o al menos no tiene explicación el que las actas anuladas no puedan ser convalidadas gubernativamente.

Sin embargo, quizás lo más interesante para nuestro estudio es el último apartado del artículo 2. En dicho apartado, a la pregunta ¿qué es "profesar..."? se

responde que no profesar es declarar expresamente que no se profesa; se sigue pues la línea ya marcada con anterioridad, pero lo más destacable, lo que convierte al sistema, al menos para un grupo de matrimonios, en un sistema prácticamente subjetivista en sentido estricto, es que para convalidar las actas anuladas en razón de no haberse hecho la mencionada declaración, es bastante que tal declaración rehaga ante el Juez Municipal, aun con posterioridad a la celebración del matrimonio⁴⁸⁶.

El hecho que se considere que el contraer matrimonio civil sin hacer la declaración de no profesión supone una violación⁴⁸⁷ del artículo 42 del Código civil es tanto como decir que el único sentido que se pueda dar al artículo 42 es precisamente ese, ya veremos más adelante que el mismo legislador y tan sólo dos años más tarde, adoptó una postura distinta en cuanto al contenido del artículo 42 del Código civil.

Profundizando sobre este tema podemos observar como una nueva orden Ministerial, de fecha 22 de abril de 1939⁴⁸⁸, amplía los plazos de inscripción, exageradamente cortos, concedidos por la Ley de 12 de marzo de 1938 y la Orden de 8 de marzo de 1939. Tal plazo sería aún prolongado una vez más con la Orden de 1 de septiembre de 1939 hasta el 31 de diciembre de 1939, y otra Orden de 9 de enero de 1940, para acabar suprimiendo todo tipo de límite temporal, en absoluta coherencia con los principios que pretendían inspirar la legislación matrimonial, según Orden del 31 de diciembre de 1940 cuya simple transcripción justifica suficientemente su existencia:

“Con las sucesivas prórrogas concedidas al plazo señalado a la Ley de 12 de marzo de 1938 el objeto de transcribir en los Registros civiles los certificados de matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil se ha conseguido que se inscribÁN la mayor parte de estos matrimonios, pero puede haber ocurrido, por distintas causas, que no haya sido posible realizar la transcripción y no parece justo someter a los cónyuges que tuvieron el valor de no aceptar la legislación laica sobre el matrimonio civil a la instrucción de un expediente de inscripción fuera del plazo del matrimonio único reconocido

⁴⁸⁶ *Ibidem*, pág.138.

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

⁴⁸⁸ “La Ley de 12 de marzo de 1938 concedió un plazo de sesenta días para la transcripción de los matrimonios canónicamente contraídos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, que no fueran acompañados ni seguidos de éste, el cual plazo terminó hace ya bastante tiempo. Por otra parte, la Orden de 8 de marzo del corriente año concedió también un plazo de sesenta días para la transcripción de los mismos, aplicable a los territorios recientemente liberados o al rescate de cada población española y habiendo resultado breve este último plazo y pareciendo necesario unificar las normas sobre esta materia, este Ministerio ha acordado disponer:

Que los matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley 28 de junio de 1932 y que no hubieran sido acompañados ni seguidos de matrimonio civil, pueden transcribirse en los Registros civiles hasta el día 31 de julio, inclusive, del año actual”.

legal por la Iglesia, con las consiguientes molestias y dilaciones y, sobre todo, con la limitación de no producir efectos civiles sino desde su inscripción.

En virtud de las razones anteriores, este Ministerio ha tenido a bien disponer:

Artículo único.- Los matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932, que no hubieran sido acompañados ni seguidos de matrimonio civil, pueden transcribirse en los Registros civiles hasta nueva disposición con la simple presentación en los mismos del certificado correspondiente, expedido con las formalidades legales”.

El objetivo fue hacer desaparecer cualquier vestigio de legislación o actuación jurídica realizada en la época de la República y ello incluye también la actividad llevada a cabo con posterioridad al 18 de julio de 1936 lo que dio lugar a una Ley de 8 de mayo de 1939 que en su artículo 6º reza:

“Se declararán nulas todas las actuaciones judiciales practicadas en pleitos de separación y divorcio por funcionarios al servicio de la dominación roja”.

Tal normativa no nos afecta directamente al tema de nuestro estudio pero sí que nos parece significativo para confirmar la idea que venimos exponiendo a lo largo del capítulo.

El tema que nos quedaría por abordar es lo referente a la Ley del Divorcio, todavía vigente en 1939 desde su proclamación durante la II República Española. Tener vigente esta ley suponía una incoherencia dentro del sistema claramente antidivorcista, y finalizada ya la guerra civil el legislador fue consciente de tal incoherencia y dictó una Ley con fecha de 23 de septiembre de 1939 derogatoria de la Ley de Divorcio:

“El nuevo Estado Español anunció, desde un principio, la derogación de la legislación laica, devolviendo así a nuestras leyes el sentido tradicional, que es el católico.

Por tanto, derogada la Ley de Matrimonio Civil y puestas en vigor, siquiera sea de un modo transitorio, las disposiciones del Título IV, Libro primero, del Código Civil, no podía quedar en período de mera suspensión la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, siendo necesaria ya una derogación explícita de la misma, por tratarse de Ley distinta de la mencionada de matrimonio y radicalmente opuesta al profundo sentido religioso de la sociedad española.

En su virtud, dispongo:

Artículo único. Queda derogada la Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932 y las disposiciones complementarias de la misma, quedando vigentes en la materia las disposiciones del Código civil.

Disposiciones transitorias:

1ª Las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por los Tribunales civiles a tenor de la Ley que se deroga, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores de declararán nulas por la Autorización judicial a instancia de cualquiera de los interesados.

2º Las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la Ley que se deroga y en que uno o ambos cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma, encontrándose ligados canónicamente a otra persona, se entenderán disueltos para todos los efectos civiles que procedan, mediante declaración judicial, solicitada a instancia de cualquiera de los interesados.

3º Serán causas bastantes para fundamentar las peticiones a que se refieren las precedentes disposiciones, el deseo de cualquiera de los interesados de reconstruir su legítimo hogar o simplemente el de tranquilizar su conciencia de creyentes.

4º La patria potestad de los hijos nacidos de las segundas o ulteriores uniones civiles corresponderá, en el caso de disolución de ésta, al que por mutuo acuerdo determinen sus propios padres y, a falta de acuerdo, al que el Juez designe.

5º Se reconoce plena eficacia jurídica en el Fuero civil, desde el momento de su firmeza y validez canónica, a las sentencias firmes de los Tribunales eclesiásticos competentes declarando la nulidad de un matrimonio, y a los Rescriptos Pontificios de disolución de matrimonio rato y no consumado, dictadas y otorgadas respectivamente, durante la vigencia de la llamada Ley de Separación y de Divorcio o con posterioridad a aquélla.

Los interesados quedarán obligados a inscribir dichas sentencias y Rescriptos en el Registro civil correspondiente, en el plazo de de seis meses, que comenzará a contarse desde la fecha de promulgación de esta Ley

6º Ningún cónyuge divorciado por sentencia firme con arreglo a la Ley que se deroga podrá contraer con tercera persona nuevo matrimonio en tanto subsista su vínculo canónico.

Esta prohibición comprende al cónyuge divorciado que, habiendo celebrado segundas o ulteriores uniones civiles, se considerase civilmente viudo, en tanto no se declarase la nulidad de su matrimonio canónico que primeramente contrajo.

7º De conformidad con lo dispuesto en el Decreto del Ministerio de Justicia de 2 de mayo de 1938, las diligencias incidentales del artículo 68 del Código civil, acordadas en armonía con los preceptos de la Ley que se deroga, podrán convalidarse mediante ratificación en el juzgado correspondiente, siempre que se presente en el plazo de un mes, a partir de la publicación de esta Ley, y se admitan las demandas a que se hace referencia el artículo 67 del Código civil.

El Ministerio de Justicia dictará las disposiciones que regulen la tramitación y efectos de esta derogación”.

El artículo único derogatorio de la Ley del Divorcio convierte una situación de hecho en una situación de derecho⁴⁸⁹. Pasaríamos de una situación inoperante o de bloqueo a su derogación.

Es interesante destacar dos aspectos recogidos en la exposición de motivos: el insistir en que el Título IV, libro primero del Código civil, quedó derogado durante la República, y el declarar la intención de proceder a una reforma del articulado del

⁴⁸⁹ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.140.

Código en materia matrimonial (“... siquiera sea de un modo transitorio...”). Como veremos a continuación casi una década sería necesaria para alcanzar tal objetivo.

El aspecto puramente procesal de esta disposición fue regulado más tarde mediante la Ley 26 de octubre del mismo año, y otras dos disposiciones reguladoras de tal tema fueron la Orden del Ministerio de Justicia de 2 de diciembre de 1939 y a la Orden de 7 de enero de 1941.

Con esta Ley derogatoria de la del Divorcio, y el conjunto normativo que lo acompaña podemos afirmar que se redondea una primera fase de la actividad legislativa en materia matrimonial de esta nueva época: la época de Franco.

Y como ya hemos anunciado con anterioridad, uno de los objetivos que se propone la legislación franquista es borrar la legislación republicana y sus efectos jurídicos. Es en esta línea que cabe interpretar las disposiciones que surgen y sus interpretaciones jurisprudenciales.

Otro de los rasgos que parece adquirir la legislación de esta primera etapa es un carácter de provisionalidad y de precipitación, y ello no en sentido peyorativo, sino teniendo en cuenta el gran número de disposiciones promulgadas en materia matrimonial que fueron, como hemos visto, alrededor de una veintena.

Con esta ley derogatoria podemos afirmar que se cierra un primer ciclo y se abre una “nueva etapa”⁴⁹⁰.

La misma orientación perdura - si bien toca este punto incidentalmente - la Orden de 8 de marzo de 1939, referente a la nulidad de inscripciones en el Registro Civil durante la dominación roja, en su artículo 2, letra G, se dice que la Orden de 22 de marzo anterior interpretó el artículo 42 del Cc. “en sentido tradicionalmente admitido”⁴⁹¹.

3.2. La Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941

Podemos afirmar que una nueva fase empezaba; la guerra civil quedaba atrás y aún más lejos la República; al menos se pretendió que quedara lejos jurídicamente. Las nuevas disposiciones legales comenzaron a ser más creadoras

⁴⁹⁰ DE LA HERA, Alberto, “Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones entorno al artículo 42 del Código Civil)”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo III, Julio-Septiembre 1974, pág.28.

⁴⁹¹ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, pág.21.

que destructivas, y lo que fue una regla general en toda legislación no quedó ausente en la específicamente matrimonial⁴⁹².

Esta nueva fase legislativa se abre con una disposición no derogatoria de las más importantes durante todo el período franquista, aunque fue una simple Orden Ministerial: la del 10 de marzo de 1941.

Con esta Orden la legislación matrimonial española adquiere un aire más pausado, más meditado; las principales modificaciones se producirán muy distanciadas, y la Jurisprudencia y la Dirección General del Registro adquieren una posición que hasta entonces les había estado vedada⁴⁹³.

Analizaremos en este epígrafe tal norma cuyo texto es el siguiente:

“El artículo 42 del Cc. ordena la obligatoriedad del matrimonio canónico para cuantos, proponiéndose contraer legítimas nupcias profesen la Religión católica. La defectuosa redacción de dicho artículo, que ni siquiera llegó a prever la distinción entre la acatolicidad de ambos, o de uno sólo de los contrayentes, así como también lo desacertado de otras varias disposiciones correlativas del mismo Título IV, Libro I del Código civil, más acentuada después de la publicación del nuevo Código canónico, incorporado a la legislación española por Real Decreto de 1919, exigen una revisión meditada de aquellos artículos. Pero ello no obsta a que en tanto continúen vigentes, obtengan su debida aplicación.

A aumentar las dificultades expresadas concurre la diversidad de disposiciones administrativas tantas veces contradictorias en su propia esencia, con lo que los regímenes anteriores, víctimas del doctrinarismo liberal, vacilaron en sus interpretaciones, cuando no las rindieron escandalosamente al sectarismo político, enfrentándolas con el verdadero sentido del precepto y las doctrinas fundamentales de la Iglesia.

La contradicción evidente entre tales disposiciones, agravada posteriormente por la perturbación que en tan delicada materia introdujo el espíritu anticatólico de la República, ha originado una lamentable confusión en la aplicación de los textos legales, que es preciso desvanecer con la promulgación de una norma general, que unificando los criterios, restablezca el sentido verdadero de la disposición y ampare el espíritu de instituciones tan sagradas como la familia y el matrimonio, objeto de las atenciones preferentes del nuevo régimen.

En su virtud, este Ministerio, previa deliberación del Consejo de Ministros, ha tenido en bien disponer:

Art.1º Los jueces municipales no autorizarán otros matrimonios civiles que aquellos que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la Religión católica se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes, o, en el caso de que esta prueba documental no fuere posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios.

⁴⁹² IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.141.

⁴⁹³ *Ibidem*.

Art.2º Quedan derogadas todas las disposiciones administrativas que se opongan a la presente Orden.”

Los aspectos más relevantes de esta disposición, a primera vista, podrían ser la de su validez⁴⁹⁴. Encontramos dos posturas doctrinales extremas que quedarían representadas por VELLVE⁴⁹⁵ cuando afirma: “...la orden Ministerial de 10 de marzo de 1941 derogó o abrogó (prácticamente) el artículo 42 del Código civil...” y la postura contraria la podríamos encontrar en todo el amplio grupo de autores que, mencionando tal Orden, no aluden a su nulidad⁴⁹⁶.

La pregunta que nos cabe formular inmediatamente sería el preguntarnos acerca de la validez o no de la orden del 41. Y la respuesta, con el sentir de IBÁN es clara: será válida en la medida en que se ajuste a las disposiciones de rango superior, en este caso concreto al Código civil, ya que una Orden Ministerial no puede derogar una Ley.

El problema es que dichas disposiciones de rango superior (artículo 42 del Código civil básicamente) no tienen un contenido inequívoco⁴⁹⁷.

Ante tal hecho se pueden adoptar dos posturas:

Doctrinalmente, de forma unilateral, considerar que el artículo 42 del Código civil tiene un contenido específico; en consecuencia, si la Orden del 41 violenta ese contenido, no será legal.

Considerar que el fijar el contenido inconcreto (voluntaria o involuntariamente inconcreto) del artículo 42 del Código civil no es misión doctrinal, sino jurisprudencial.

Esta opción parece la más sensata, y con IBÁN, podemos alegar que la Orden del 41 será conforme a derecho si no es contraria a la solución jurisprudencial; así, pues, para determinar la validez de la tan repetida disposición, será necesario descubrir el espíritu jurisprudencial sobre la materia en el período de vigencia - o de pretendida vigencia - de tal disposición.

⁴⁹⁴ Ibídem, pág.142.

⁴⁹⁵ VELLVE BUENO, Ernesto, “Matrimonio civil de acatólicos en España”, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLI, enero-diciembre 1957, pág.536.

⁴⁹⁶ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.142.

⁴⁹⁷ Ibídem.

Y para ello, debemos tener claro que es así cuando la jurisprudencia sea concordante con la Orden del 41, la validez de la Orden del 41 es reconocida por el Tribunal Supremo al fallar conforme a ella, el proceso es el inverso. Las sentencias del Tribunal Supremo no son conforme a Derecho por respetar la Orden de 1941, sino que, por el contrario, la Orden del 41 es legal porque se ajusta a la interpretación dada por la jurisprudencia del artículo 42 del Código civil⁴⁹⁸.

Lo que no podemos perder de vista es que esta normativa de carácter civil trataba de aproximarse a la canónica⁴⁹⁹.

Muchas críticas se han hecho a la Orden de 1941. Se le achaca de haber ido más allá que el propio Código de Derecho canónico (más papista que el Papa), al no dispensar del matrimonio canónico a los hijos de acatólicos que, aunque bautizados, hubieran sido educados acatólicamente desde la infancia; excepción esta admitida por el Código canónico⁵⁰⁰, pero después suprimida del canon 1.099 por el *motu proprio* de Pío XII de 1 de agosto de 1948⁵⁰¹.

Según DOMÍNGUEZ ROMERO, la interpretación que da esta Orden al artículo 42 permitía solamente el matrimonio civil en España cuando ambos contrayentes probaban su originaria acatolicidad. Nunca en el supuesto de matrimonio mixto, ni en el caso de los apóstatas. Así, pues, los españoles que hubieran sido bautizados no disponían de otra forma matrimonial que la canónica⁵⁰².

La técnica de la orden no es muy depurada, y hasta su redacción gramatical deja mucho que desear en cuanto a corrección⁵⁰³, pero su significado no es otro que el de establecer la recta interpretación del artículo 42 del Cc., tal como hemos

⁴⁹⁸ *Ibidem*.

⁴⁹⁹ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, "El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible", en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág.25-26.

⁵⁰⁰ El Decreto *Ne temere* innovaba la legislación canónica antecedente. El canon 1.099 exceptuaba de la forma canónica a los hijos de acatólicos, aunque estuviesen bautizados católicamente, si desde la infancia vivían en la herejía o el cisma. El citado Decreto elimina dicha excepción. Luego fue de nuevo admitida para ser finalmente abrogada por *motu proprio* de Pío XII de 1 de agosto de 1948, explicando que la experiencia de los últimos treinta años había demostrado que tal excepción no había servido para el bien de las almas, sino que había multiplicado las dificultades y problemas presentadas por tales uniones.

⁵⁰¹ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, "El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible", en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág.26.

⁵⁰² *Ibidem*.

⁵⁰³ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, "La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil", en *Anuario Derecho Civil*, Enero-Marzo1954, tomo VII, fascículo I, Madrid, pág. 154 ss.

propugnado anteriormente, y como no lo habían respetado las RR.OO de 1900, 1906 y 1913⁵⁰⁴.

Afirma ROMERO VIEITEZ⁵⁰⁵, que “acorta las distancias entre el Derecho general de la Iglesia católica y el civil español” y “rectifica la interpretación anterior del art.42 del Cc.”, la cual “debe ser relacionada con el canon 1099 del CIC”.

GARCÍA CANTERO⁵⁰⁶ alega que “el propósito de esta orden no era sólo el de acortar distancias entre ambos ordenamientos, sino el de suprimirlas”. Y continúa diciendo que “creemos que no podía ponerse en duda la legalidad de la orden de 1941, y las facultades del Ministerio de Justicia para interpretar, como antes lo había hecho, el art. 42 del Cc., dando instrucciones a los funcionarios encargados de los Registros civiles para la celebración del matrimonio civil”.

Abonan esta postura las siguientes consideraciones⁵⁰⁷:

- ✓ La Ley de 1938 se limitó a restablecer, con cierto carácter de transitoriedad, la legalidad vigente al devenir de la Segunda República.
- ✓ Con ello, no elevó de rango jurídico a las disposiciones que constituían esa legalidad, sino que cada una de ellas conservó el que le otorgaba la forma de promulgación.
- ✓ El citado restablecimiento se hacían con vistas a una futura modificación de la legislación matrimonial española.

Si bien la Orden de 22 de marzo de 1938 se dictó en ejecución de la Ley del mismo año, no sucedió lo mismo con la de 10 de marzo de 1941. El Ministerio de Justicia podía derogar las disposiciones administrativas vigentes al instaurarse la Segunda República sin infringir por ello la Ley de 1938.

A propósito de esta Orden de 1941 MARTÍNEZ BLANCO afirma que “lo que sucede es que en ese primer momento es la Administración la que asume la misión de delimitar el significado de “profesar la religión católica”; y con el trasfondo político de una rígida confesionalidad, con la finalidad de evitar cualquier atisbo de instauración de una matrimonio civil facultativo, la Orden de 1 de marzo de 1941

⁵⁰⁴ Ibídem, pág. 155.

⁵⁰⁵ ROMERO VIEITEZ, Domingo, “Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español”, en *Revista de Derecho Privado*, 1941, Núm. 5, Madrid, pág. 183.

⁵⁰⁶ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, Pág. 22.

⁵⁰⁷ Ibídem, pág. 23.

exigirá para el matrimonio civil que “ha de contraerse por quienes no pertenezcan a la religión católica que se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes, o en el caso de que esta prueba documental no fuese posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos de los referidos matrimonios”.

En el sentido anterior, en la exposición de Motivos de la orden se recoge una declaración de objetivos: modificar la legislación matrimonial española y modificarla en el sentido de adaptarla al Derecho canónico⁵⁰⁸, idea que ya he venido anunciando.

En el segundo párrafo de dicha Exposición de Motivos se acude a los anteriores regímenes de dificultar la interpretación del artículo 42 del Código civil por haber dictado varias disposiciones administrativas; esta acusación, hecha por la Administración, en una disposición administrativa interpretadora del artículo 42 del Código civil, que había dictado en un trienio una docena larga de disposiciones administrativas que incidían en tal tema, no puede menos que ser calificada de paradójica⁵⁰⁹.

El considerar que esta Orden restablece el sentido verdadero del artículo 42, es tanto como decir que esta Orden está de acuerdo con el sentido de tal precepto. ¿Por qué, pues, proceder a su desarrollo, si el texto tiene ya un sentido?⁵¹⁰ . Esta duda y comentario ya aparece delimitada también por FUENMAYOR CHAMPÍN⁵¹¹.

¿Qué es “no profesar...” para la Orden del 41? No profesar, a tenor de su artículo 1º será, o bien probar documentalmente la acatolicidad, o presentar una declaración jurada de que no se ha sido bautizado, y que tal declaración sea cierta. El probar un hecho es algo, en principio, siempre posible; el probar la inexistencia de un hecho es algo prácticamente imposible.

Yo podré probar que soy acatólico, siempre que se me diga que se entiende por acatólico, y aun esto con dificultades; lo que no podré probar es que no estoy bautizado.

⁵⁰⁸ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.143.

⁵⁰⁹ *Ibidem*.

⁵¹⁰ *Ibidem*.

⁵¹¹ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, *El sistema matrimonial español (comentario al artículo 42 del código Civil)*, Madrid, 1949, Editorial Reus, págs.25 y 26.

Así, pues, creemos que para la Orden del 41 profesar es idéntico a no estar bautizado, y no necesariamente en el catolicismo⁵¹².

En la línea anterior, afirma DE LA HERA que "... el sistema matrimonial de la Orden de 10 de marzo de 1941 es el del matrimonio civil subsidiario en su más rígida formulación..."⁵¹³

IBÁN opina que el Ministerio de Justicia supera esta visión y afirma que "... el Ministerio de Justicia pretende volver al sistema de la Real Cédula de 12 de julio de 1564 (Novísima Recopilación 1, 1,13), es decir, al sistema de matrimonio religioso, canónico, obligatorio"⁵¹⁴.

Y continúa: "Es bien cierto que teóricamente no es así, que el matrimonio civil es una figura que contempla nuestra legislación en 1941; que aquél que no haya sido bautizado, y lo declare mediante juramento, podrá acceder a dicho matrimonio; pero debemos de tener en cuenta la configuración de la estructura poblacional española. ¿Cuántos españoles en 1941 no estaban bautizados, en cualquier Iglesia, y además estaban dispuestos a declarar bajo juramento? Insistimos, en la práctica, la Orden Ministerial de 1941 configura, o pretende configurar, un sistema matrimonial próximo al de matrimonio religioso, canónico, obligatorio"⁵¹⁵.

Se ha producido un cambio radical de criterio en la interpretación del artículo 42 del Código civil, pues interpreta el requisito de no profesión en sentido objetivo y confesional, es decir, y como se dice en el texto transcrito, como equivalente a no pertenecer a la Iglesia católica por no haber recibido el bautismo⁵¹⁶.

⁵¹² IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; "Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)" en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág. 144.

⁵¹³ DE LA HERA, Alberto, "Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones entorno al artículo 42 del Código Civil)", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo III, Julio-Septiembre 1974, pág. 655.

⁵¹⁴ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; "Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)" en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág. 144.

⁵¹⁵ *Ibidem*.

⁵¹⁶ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1993, Volumen I, (Capítulo VI), Editorial Tecnos, Volumen I, (Capítulo VI), pág. 493.

A salvo esta modificación de la Orden de 1941, el modelo matrimonial heredado históricamente, permanece inalterado durante la época de Franco⁵¹⁷.

3.3. El Concordato de 1953

Podemos decir que el proceso institucionalizador del nuevo régimen comenzó⁵¹⁸ y se desarrolló paralelamente al proceso de acercamiento - a nivel jurídico - entre España y la Santa Sede⁵¹⁹ que concluiría, en su hito más fundamental, con el Concordato de 26 de octubre de 1953⁵²⁰.

De él, en líneas generales, podríamos afirmar lo siguiente:

Tras una lenta y compleja negociación, iniciada prácticamente al final de la guerra, se llegó en 1953 a la firma del concordato con la Santa Sede porque bajo el aspecto religioso, había que recomponer una España deshecha e instaurar un nuevo cauce de relaciones con la Iglesia. El anterior sistema religioso-político, establecido por el concordato de 1851, se había dado por caducado entre 1931 y 1941, sin que se hubiera hecho constancia formal de su denuncia ni por parte de la Santa Sede, ni por parte de los diversos gobiernos españoles.

A la orfandad en que se encontraban las diócesis se puso fin mediante el convenio de 1941, en virtud del cual se fueron cubriendo ininterrumpidamente todas las sedes episcopales vacantes, y en él se definió, además, la posición que el Estado asumía ante la Iglesia: el reconocimiento de la religión católica como la única de la nación...

El principio informador fundamental del concordato fue la confesionalidad católica del Estado. Pudo firmarse gracias a la nueva imagen que ofrecía España, ya disipada o atenuada la cara castizada de la década anterior...

⁵¹⁷ NAVARRO VALLS, Rafael, "El modelo matrimonial de la legislación histórica española", en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 230.

⁵¹⁸ Ley de 17 de julio de 1942 creando las Cortes Españolas; Fuero de los españoles de 17 de julio de 1945; Ley de Sucesión a la jefatura del Estado de 26 de julio de 1947.

⁵¹⁹ Acuerdo sobre el modo de ejercicio del Privilegio de presentación entre el Gobierno español y la Santa Sede, de 7 de junio de 1941; Acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno Español para la provisión de beneficios no consistoriales, de 16 de julio de 1946; Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre Seminarios y Universidades de Estudios Eclesiásticos, 8 de diciembre de 1946; decreto-Ley de 1 de mayo de 1947 reconociendo el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de España.

⁵²⁰ Artículo 1, Concordato de 1953: La religión católica apostólica romana sigue siendo la única de la nación española y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la ley divina y el derecho canónico.

El Concordato tuvo una serie de circunstancias favorables al estado y otras favorables a la Iglesia. De la confesionalidad católica del Estado se derivaron a favor de la Iglesia:

- a) la protección oficial de la religión y de la Iglesia católica;
- b) la garantía de su personalidad y derechos inherentes;
- c) la sanción de los días festivos religiosos;
- d) la inviolabilidad de los lugares sagrados;
- e) (...)
- f) el reconocimiento y prescripción de la forma canónica del matrimonio para los católicos y de la competencia de la autoridad eclesiástica sobre el mismo.

Algunos interpretaron el concordato como una legitimación del Régimen por parte de la Iglesia.

En contrapartida, se reconocía que el catolicismo y la Iglesia católica constituían el eje y la “piedra angular” del nuevo Estado que protegía y facilitaba la labor de la Iglesia⁵²¹.

Es precisamente este acuerdo concordatario el texto legal que incidiría en el sistema matrimonial español inmediatamente después de la Orden del 41⁵²², si bien no conviene olvidar que: “... el Concordato no contempla todo el campo jurídico del matrimonio, ni directamente⁵²³... ni indirectamente...”⁵²⁴.

En el artículo XXIII del Concordato dice: “El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico”, precepto que en nada altera al sistema ya vigente.

Es en el artículo XXIV en el que “El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa

⁵²¹ CARCEL ORTÍ, Vicente, *Breve Historia de la Iglesia en España*, Planeta, Barcelona, 2003, Editorial Planeta, pág. 428-430.

⁵²² IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.144

⁵²³ Dice “indirectamente” en el original por evidente error tipográfico.

⁵²⁴ DE LA HERA, Alberto, “Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones entorno al artículo42 del Código Civil)”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo III, Julio-Septiembre 1974, pág. 639 y 640.

del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino”, y que en los sucesivos números regula determinados aspectos procesales y de relación entre los Tribunales eclesiásticos y civiles. Es, en cierta medida, un corolario del artículo anterior.

Por último, los cuatro párrafos del protocolo final dedicados al tema son un mero desarrollo del artículo XXIII, fundamentalmente en su aspecto registral⁵²⁵.

No creemos, en definitiva, que el Concordato del 53 haya tenido la importancia que la doctrina ha pretendido darle en materia de sistema matrimonial⁵²⁶. MALDONADO afirma que “... era esa una magnífica ocasión para mejorar y dejar perfilado y fijado,, que buena falta le hace, ese precepto del artículo 42 del Código civil, cuyo alcance ha venido a estar, desde su promulgación en un movimiento de avance o retroceso, como en vaivén de marea, determinado por Ordenes ministeriales”⁵²⁷.

Así, pues, la Orden del 41 seguía siendo válida, si alguna vez lo fue, y lo seguiría siendo plenamente, al menos hasta el 26 de octubre de 1956, fecha en la que un Decreto modifica determinados artículos del Reglamento del Registro civil⁵²⁸.

3.4. Reglamento del Registro civil de 26 de octubre de 1956

Decreto cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 1º Los artículos 37, 38, 40, 41 y 100 del Reglamento de 13 de diciembre de 1870 para la aplicación de la Ley provisional del Registro Civil, quedarán redactadas como sigue:

Art.37. De conformidad con el artículo 42 del Código, el matrimonio será autorizado en el solo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesen la Religión Católica.

Art. 38. Los que intenten contraer matrimonio presentarán al Juez o Cónsul correspondiente la declaración y los documentos señalados en el artículo 86 del Código civil. Cuando no pueda ser firmada por alguno de los contrayentes lo harán algunas personas a su ruego.

⁵²⁵ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.145.

⁵²⁶ *Ibidem*, pág.145

⁵²⁷ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, “La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil”, en *Anuario Derecho Civil*, Enero-Marzo1954, tomo VII, fascículo I, Madrid, pág. 3.

⁵²⁸ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág. 145.

Acompañarán a dicha declaración, además, las certificaciones para acreditar su domicilio o residencia durante los dos últimos años, y en todo caso, la prueba de los motivos que aleguen para celebrar esta clase de matrimonio.

Art. 40. Inmediatamente después de presentada la declaración solicitando la celebración del matrimonio, el Juez dictará providencia, mandando que se ratifiquen en ella los interesados. Si la celebración adoleciere de alguna omisión o defecto, se suplirá o subsanará en el acto de la ratificación, adicionándose o corrigiéndose lo que para ello fuere necesario, la diligencia de ratificación se firmará por el Juez, por la persona que suscribió la declaración a su ruego, y por el Secretario.

Art. 41. Una vez hecha la ratificación, el Juez dispondrá que se formen y publiquen los correspondientes edictos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 del Código civil, salvo caso de la dispensa.

Además, si se tratase de bautizados en la Iglesia Católica o de aquellos que, convertidos a ella, hayan apostado posteriormente e intentasen contraer matrimonio civil entre sí o con persona católica, una vez hecha la ratificación el Juez informará circunstancialmente de la petición a la Autoridad eclesiástica diocesana de su territorio, en el plazo de ocho días mediante notificación en forma. No procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haber realizado la notificación expresa.

Si antes de celebrarse el matrimonio civil se advirtiese la existencia de algún impedimento u obstáculo legal, se procederá conforme determinan los artículos 97 y 98 del Código civil.

Art. 100. Las dudas que ocurriesen a los Jueces encargados del Registro Civil acerca de la preparación y celebración de los matrimonios o sobre la inteligencia y aplicación de la Ley del Registro Civil y del presente Reglamento, serán consultados por los mismos en comunicación clara y precisa a los jueces de Primera Instancia, quienes las resolverán por auto motivado a la mayor brevedad, con audiencia del Ministerio Fiscal si las dudas surgieran sobre la concurrencia de la forma civil de los matrimonios a que se refiere el párrafo segundo del artículo 41, o se tratase de cualquier otro caso igualmente grave, se suspenderá la ejecución del auto y se elevará, con el dictamen del Fiscal y demás antecedentes, a la Dirección general para su resolución definitiva.

Art. 2º Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a las de este Decreto, y autorizando el Ministerio de Justicia para dictar las complementarias que su aplicación requiera”.

Como hemos podido ver el nuevo artículo 37 del Reglamento del Registro Civil se limita a ratificarse en la posición adoptada por la Orden del 41, contra la interpretación tradicional del artículo 42 del C. c., acerca de la necesidad de no profesión de ambos contrayentes para que el matrimonio civil sea posible; estimamos que es esta la interpretación correcta del precepto legal⁵²⁹.

⁵²⁹ *Ibidem*, pág.146.

El Código civil afirma en su primitiva redacción, entonces vigente, que "... el (matrimonio) canónico (es aquel) que deben contraer todos los que profesen la religión católica..."⁵³⁰.

Así, pues, del tenor literal de tal precepto se deduce inmediatamente que todo aquel que, profesando la religión católica, pretenda contraer matrimonio, lo deberá contraer canónicamente, independientemente de con quien lo contraiga, y de esta regla general ni el Código civil, ni ninguna otra norma del mismo rango –y posterior- o de rango superior, establece excepción alguna.⁵³¹

Consideramos, pues, injustificadas las críticas doctrinales acusando de inexactitud a nuestro Código civil en dicho punto, del mismo modo que consideramos innecesaria la reforma del artículo 42 C.c. respecto a tal punto.⁵³²

No estamos emitiendo un juicio de valor respecto de una posición legislativa - clara -, según el sentir de IBÁN, así que expondremos esta posición.

El aspecto más importante de ese Decreto, el punto en el que quiebra la interpretación mantenida desde 1941, es respecto a qué se debe entender por "profesar...". El sistema interpretativo se basa en tres prescripciones:

1ª "...el matrimonio civil será autorizado en el caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión católica"⁵³³.

2ª "... (Ambos contrayentes deberán presentar) la prueba de los motivos que aleguen para celebrar esta clase de matrimonio"⁵³⁴.

3ª "Si se tratase de bautizados en la Iglesia Católica o de aquellos que, convertidos a ella, hayan apostatado posteriormente e intentasen contraer matrimonio entre sí o con persona católica... el Juez informará circunstancialmente de la petición a la Autoridad eclesiástica diocesana de su territorio en el plazo de ocho días, mediante notificación en forma. No procederá el Juez a la celebración del

⁵³⁰ Artículo 42 del Código civil.

⁵³¹ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; "Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)" en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.146.

⁵³² *Ibidem*.

⁵³³ Artículo 37 *in fine* del R. R. C.

⁵³⁴ Artículo 38, párrafo 2º, *in fine* del R. R. C.

matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haber realizado la notificación expresada”⁵³⁵

Y llegados a este punto, nos cabe plantear la siguiente pregunta: ¿Quién tiene acceso al matrimonio civil en virtud de este Decreto?

Para acceder al matrimonio civil será necesario probar que no se profesa el catolicismo y probar los motivos que se alegan para celebrar tal matrimonio. ¿Son estas dos pruebas distintas? IBÁN piensa que no⁵³⁶ ya que el único motivo que se puede alegar para no contraer matrimonio canónico es que no se es católico, cualquier otro motivo creemos que traería como consecuencia automática el dejar de ser católico, y por tanto, sería reconducible a éste. Sin embargo, VELLVE BUENO piensa que se tratan de dos pruebas distintas⁵³⁷.

El asunto es que se requiere algo más, y esto solamente en el caso de los bautizados en la Iglesia Católica, una comunicación a la Autoridad eclesiástica y esperar un mes tras dicha notificación, la respuesta, en el supuesto de que se produzca con carácter denegatorio, de la Autoridad eclesiástica, a tenor del Decreto no será vinculante. Así pues, no profesarán el catolicismo:

1º Los no bautizados (al igual que el sistema de la orden Ministerial del 41);

2º Los bautizados en Iglesias no católicas (a diferencia de la Orden del 41);

3º Los bautizados en la Iglesia Católica o convertidos en ella que hayan apostatado previa notificación a la Autoridad eclesiástica y transcurrido un mes de tal notificación. En este tercer supuesto, ¿basta con eso?, o ¿será necesaria la autorización discrecional del Juez? El último párrafo del artículo 41, y del artículo 100, permiten suponer que tal autorización no será necesariamente automática.

Estimamos, sin embargo, que los artículos 97 y 98 del C.c. no son aplicables a la prueba de no profesión, ya que dichos artículos se refieren a impedimentos, y no creemos que dentro del concepto de impedimentos del C. c. ⁵³⁸ pueda incluirse tal supuesto.

⁵³⁵ Artículo 41, párrafo *in fine* R. R. C.

⁵³⁶ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.147.

⁵³⁷ *Ibidem*, pág. 543.

⁵³⁸ *Vide* arts. 45, 83, 84, 85, 89, 96, 97, 98, 99,329 y 919 del C.c.

En cuanto al artículo 100 creemos que la idea de fondo es que el Juez puede conceder la autorización, y en el caso que no la conceda es la D.G.R.N. la competente para autorizar o denegar el matrimonio civil⁵³⁹.

Consciente la DGRN. del lugar preminente que le tocaba, en orden a la aplicación del artículo 42 del C.c., en virtud del Decreto del 56, poco tiempo más tarde, el 2 de abril de 1957, dirige una Instrucción Circular a los Presidentes de las Audiencias, que incide muy directamente en el tema.

La transcripción íntegra del texto nos puede ayudar:

“Aunque la nueva redacción del Decreto de 26 de octubre de 1956 (Boletín Oficial de 13 de noviembre) a los artículos 37, 38, 40, 41 y 100 del Reglamento del Registro Civil termina con antiguas dudas interpretativas del artículo 42 del Código civil, ha parecido oportuno, en razón a la gravedad de la materia, instruir a los órganos que intervienen en la celebración de matrimonios civiles sobre el espíritu del citado artículo 42 en orden a la no profesión de la Religión católica, que constituye un presupuesto necesario para que estos actos puedan ser autorizados.

Según dispone actualmente el artículo 37 del Reglamento del Registro Civil “de conformidad con el artículo 42 del Código, el matrimonio civil será autorizado en el solo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión Católica.

Basta que uno de los contrayentes profese esta Religión para que no quepa otra clase de matrimonio que el canónico. Es decir, que la acatolicidad ha de darse en ambos contrayentes para que la unión civil sea posible. Requisito previo obligado de la celebración del matrimonio civil es, pues, la prueba de que ninguno de los dos profesen la Santa Religión Católica, Apostólica y Romana. En consecuencia, la circunstancia de profesar o no profesar la Religión Católica queda erigida por la norma en concepto clave, en concepto decisivo para la delimitación de los sujetos a quienes es posible el matrimonio civil.

La incorporación o adscripción a la religión Católica se produce por el Bautismo en la Iglesia Católica o por la conversión a ella de la herejía o del cisma. Así, resulta claro que no profesan la Religión Católica los no bautizados y aquellos que lo fueren en la herejía o en el cisma.

Igualmente resulta claro, conforme al recto sentido del artículo 42 del Código civil y a nuestra conciencia católica, la de la que es expresión nuestro vigente Concordato con la Santa Sede, que la adhesión o profesión de la fe católica se presume válidamente en toda persona que se incorpore a la Iglesia Católica por el bautismo o la conversión. Mientras no se de una actitud desvinculadora y apóstata, material o formalmente evidente, ha de entenderse que el bautismo en la Iglesia Católica o convertido a ella de la herejía o del cisma continúa en la Religión Católica. Lo que quiere decir (supuesto del párrafo 2º del artículo 41, en relación con el 37, ambos del Reglamento del Registro Civil, modificado por Decreto de 26 de octubre de 1956) que la forma civil del matrimonio sólo será aplicable en el caso de ambos contrayentes hayan evidentemente apostatado de la fe católica o si una persona que se halla en tales condiciones intenta contraer con una acatólica, sin que, por tanto, la posibilidad de proceder al acto civil pueda extenderse a otra condición de personas, aunque sean indiferentes u hostiles a la práctica de la Religión.

⁵³⁹ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.148.

Es cierto que se puede apostatar en un momento determinado: pero el carácter imperativo del artículo 42 del Código Civil, que impone el matrimonio canónico a los que profesen la Religión Católica, exige que se desconfie de las apostasías que tienen lugar al tiempo que se pretende contraer matrimonio civil, pues bien pudieran ser motivadas, más que por un cambio de fe, por deseo de eludir la disciplina canónica del matrimonio. De permitir fácilmente estas apostasías iríamos prácticamente al matrimonio civil facultativo, repudiado por la Iglesia y por los deberes que el Estado impone su catolicidad declarada, y no acogido en el derecho español vigente. El supuesto de apostasía es excepcional y por tanto, deben ser objeto de interpretación y aplicación restrictiva.

Quede bien entendido que continúa permaneciendo en pleno vigor lo dispuesto en el artículo 83, núm.4º del código civil, relativo a los que han recibido Ordenes sagradas o se hallen ligados con voto solemne de castidad, los cuales no pueden contraer matrimonio, a no ser que unos u otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica.

El artículo 37 del Reglamento del Registro Civil, en su redacción actual, exige, para que el matrimonio civil, pueda ser autorizado, que “ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión Católica”, y a esta prueba se refiere también el artículo 38, al requerir “la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio”.

En congruencia con lo dicho sobre las condiciones que integran el concepto de “profesar la Religión Católica” se entenderá acreditada la no profesión cuando se pruebe, por los medios admitidos en Derecho la concurrencia de alguna de estas dos disposiciones: 1º No haber sido bautizado en la Santa Iglesia Católica o no haberse convertido a ella de la herejía o del cisma. 2º Haber apostatado formal y materialmente.

Para demostrar la falta de incorporación, en momento alguno, de la persona a la Religión Católica, la prueba ha de acomodarse a la naturaleza de un hecho negativo, cual es que no está bautizada en el seno de la iglesia Católica, o que, estando bautizada en la herejía o en el cisma, no se convirtió. Normalmente podría ser suficiente la propia declaración de los contrayentes, ratificada por testigos o que no han sido bautizados ni se convirtieron a la herejía o de la misma, según los casos, o que nacieron en un ambiente acatólico en el que resultara anómalo bautizar al nacido. Sin embargo, es lógico, que es lógico, que en este último supuesto no se admita con facilidad que en España puedan darse estos ambientes, dado que los españoles son católicos en su casi totalidad. Y en estos casos ha de ser sumamente conveniente exigir las certificaciones negativas del bautismo expedidas por los párrocos correspondientes, con referencia al trimestre siguiente al nacimiento.

En cambio, cuando conste que el contrayente fue bautizado en la Iglesia Católica o converso, debe exigírsele prueba suficiente y adecuada de su actitud ostensiblemente desvinculatoria y apóstata de la dogmática fundamental del catolicismo. Esta prueba ha de realizarse también por los medios admitidos en Derecho, pero ha de ser lo suficientemente expresiva para llevar al ánimo del Juez la convicción de una auténtica apostasía. El Juez, si la prueba presentada no fuera concluyente, exigirá se complete con otros medios referidos a las situaciones en que se manifiestan las profundas creencias de las personas, cuidando siempre de eliminar cualquier subterfugio que pueda eludir el mandato del artículo 442 del Código civil, pero evitando, así mismo, que sus exigencias constituyan obstáculos de hechos invencibles.

En la declaración presentada por los contrayentes, al efecto de contraer matrimonio civil, éstos manifestarán siempre si están bautizados en el seno de la Iglesia Católica o fueron convertidos a ellos de la herejía o del cisma. En caso de que por este u otros medios le conste al Juez el bautismo o la conversión de uno de los dos contrayentes procederá a hacer notificación a la autoridad eclesiástica diocesana de su territorio, en los términos establecidos en el artículo 41 del Reglamento, consignando los datos que identifiquen a los contrayentes, domicilios respectivos, actitud en que se hallan, según la declaración, respecto a la religión Católica, y cuantos elementos de juicio consten en el expediente. Si la autoridad eclesiástica

diocesana demandase una mayor información o el conocimiento de antecedentes, el Juez, si obrasen en el expediente, deberán facilitar copia o nota suficiente.

Están obligados a hacer la notificación expresada los Jueces que, conforme al Código, reciban las declaraciones de los contrayentes. Ahora bien, el juicio sobre si procede el acto civil, corresponde al Juez elegido para la celebración del matrimonio.

Ha de advertirse que en caso de que los contrayentes figuran con domicilios distintos, pertenecientes a diferentes diócesis, no procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurridos un mes de haberse realizado la notificación a uno y otro ordinario diocesano.

No obstante, el Juez autorizará el matrimonio civil del que se halle en inminente peligro de muerte, si ambos contrayentes declarasen que no profesen la religión Católica, en este supuesto se cumplirán las prescripciones establecidas en cuanto fuesen compatibles con la urgencia del acto.

Las dudas que, conforme al artículo 100 del Reglamento puedan ser consultadas, han de versar sobre cuestiones de Derecho entre las que están las que se originen sobre los conceptos utilizados por las normas, y concretamente el de profesar o no profesar la Religión Católica, en relación con la prueba practicada. Sin embargo, quedan a salvo las superiores prerrogativas de la Dirección y de los jueces de primera instancia, quienes acordarán lo que estimen más conveniente para el mejor desempeño de las funciones que los Jueces que están subordinados tienen en orden a la celebración del matrimonio, como, por ejemplo, el ordenar la ampliación de las pruebas, e incluso imponer la superior apreciación de las presentadas.

En garantía de cumplimiento de las normas legales, queda abierta siempre la vía judicial para impedir o conseguir la autorización del matrimonio civil.

El Ministerio Fiscal, que debe ser notificado por el Juez de la existencia del expediente sobre matrimonio civil, puede aportar las pruebas oportunas, y si estimase, frente al Juez que habrá de autorizar el matrimonio, que no debe procederse a su celebración (párrafo 3º del artículo 41) actuará en cualquier momento anterior a la celebración del matrimonio, conforme a los artículos 97 y 98 del Código civil, suspendiéndose aquella celebración mientras dure el procedimiento.

Dada la importancia de estas cuestiones, los jueces de primera instancia velarán muy especialmente por el cumplimiento de cuanto se expone en esta instrucción por parte de los Jueces competentes para autorizar los matrimonios civiles; celo que igualmente pondrán los Jueces municipales y comarcales, tanto para cumplir ellos mismos lo jurídicamente dispuesto como para hacerlo cumplir a los jueces de paz.

Los Jueces municipales exigirán de los de paz que les den cuenta inmediata de las solicitudes de matrimonio civil que reciba, para instruirles urgente y debidamente de sus obligaciones, a fin de que se atengan a lo que en cada caso proceda”.

Lo primero que hay que tener en cuenta es un hecho que, tal vez, aparezca como obvio: que nos encontramos ante una mera circular de la D.G.R.N., y por tanto con escasa capacidad modificadora del sistema vigente legislativamente. Si algo de esta circular se opone a la legislación, evidentemente, no será aplicable en dicho punto⁵⁴⁰.

⁵⁴⁰ Ibídem, pág.151.

Si continuamos parafraseando a IBÁN podemos afirmar que sorprende la afirmación contenida en el primer párrafo de la circular. Sorprende en el sentido de que el Decreto del 56 había resuelto las posibles dudas interpretativas del art.42 del C.c.; esta afirmación al comienzo de una circular tan extensa cuya misión es instruir en la interpretación del art.42 C.c. puede ser calificada de paradójica. Sin embargo, hay que reseñar que pocas son las novedades que esta circular supone con respecto al Decreto que reformó el Reglamento del Registro Civil.

En el punto I de la circular se insiste en aspectos que quedaban claros en el Decreto: ambos contrayentes deberán “no profesar...” si pretenden contraer matrimonio civil, y no profesarán los no bautizados, ni los bautizados en secta acatólica y que posteriormente no ingresen en el catolicismo.

El intento de apoyarse en el Concordato para justificar tal interpretación, el señalar que el matrimonio civil facultativo se opone a la confesionalidad del Estado, y el considerar que la apostasía debe ser objeto de interpretación restrictiva son también puntos notables⁵⁴¹.

El punto III resuelve la duda planteada por el Decreto en la que la prueba de la no profesión y la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio vienen a ser los mismos.

El problema planteado como es la prueba de un hecho negativo que es el no estar bautizado, en la circular, se entiende que bastará con la declaración y otra prueba más, que bien puede ser la testifical. La pregunta sobre la necesidad de ambas, la encontraremos en el texto que afirma: “... los españoles son católicos en su casi totalidad...”. Así, las certificaciones negativas de bautismo, pensamos tiene el mismo sentido.

Los casos de apostasía aparecen tratados en la circular como todavía más exigentes, con pruebas más concluyentes, sin embargo, trata de apartarse de un sistema de matrimonio civil subsidiario estricto al indicar que el Juez no debe llevar sus exigencias de prueba hasta el punto que “... constituyan obstáculos de hecho invencibles”.

En el punto IV se resuelve un aspecto que parecía no quedar muy claro en el Decreto: a pesar de ser necesaria la notificación a la autoridad eclesiástica, “...el juicio sobre si procede el acto civil, corresponde al Juez...”.

⁵⁴¹ *Ibidem*, pág.152.

En el caso de matrimonio civil en caso de peligro de muerte, ¿será dicho matrimonio válido, independientemente de que se cumplan o no los requisitos? Si fuera válido aún en el supuesto de que no cumpliera los requisitos, ello significaría que los requisitos no son del fondo, sino meramente formales. Nada resuelve la circular acerca de tan decisivo extremo.

El punto V se dedica a insistir en la importancia de la D.G.R.N. en materia matrimonial, y ello aunque "...queda abierta siempre la vía judicial para impedir o conseguir la autorización del matrimonio civil".

En la actividad legislativa, surge el 8 de junio de 1957 la Ley Reguladora del Registro Civil. No entraremos en este aspecto registral. El precepto que en mayor medida interesa es el recogido en el art.80.2: "A petición del interesado o del Ministerio Fiscal se anotarán... 2º el (matrimonio) civil, mientras no acredite debidamente que ambos contrayentes no profesan la religión católica o la libertad de los mismos por inexistencia de impedimentos".

Es definitivo el comentario de DE FUENMAYOR que transcribimos a continuación:

"Como se ve, queda constituido, aquí también un concepto clave para la celebración del matrimonio civil, la "no profesión" de ambos contrayentes, como el Decreto de 26 de octubre de 1956. Advierte BATISTA que el precepto citado, art.80.2, parece contradictorio con lo dispuesto en los artículos 37 y 41 del Reglamento del registro Civil, tal y como aparecen reformados por el Decreto del 56, que exigen justificación previa de ambos extremos, sin que hasta tanto quepa matrimonio civil; pero entiende que tal norma es simple aplicación del artículo 93 del Código civil; que permite al Juez municipal autorizar matrimonio del que se halle en peligro de muerte, con carácter condicional.." si bien amplía la condicionalidad a los supuestos en que no se acredite por la misma urgencia, la acatolicidad de los contrayentes"
542

Junto a este documento de la Dirección General de los Registros y del Notariado apareció otro documento significativo de la Nunciatura Apostólica, en el cual se pone en evidencia cuál era el pensamiento, entonces, de la potestad civil y eclesiástica en esta delicada materia⁵⁴³.

El documento, suscrito por el entonces nuncio de Su Santidad en España, monseñor Antoniutti, y dirigido a los obispos de la nación, con fecha de 25 de marzo de 1957⁵⁴⁴, contiene las siguientes normas:

⁵⁴² BATISTA MONTERO-RÍOS, José, "La nueva Ley del registro Civil", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre de 1975, pág 300. Es nota de DE FUENMAYOR.

⁵⁴³ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, "El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible", en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág. 27.

⁵⁴⁴ ANTONIUTTI, Hildebrando, "Documento de la Nunciatura Apostólica de España" en *Revista Ecclesia*, 6 de abril de 1957, pág.46.

- a) La admisión a la estipulación del acto civil sólo puede tener lugar en el caso en que ambos interesados hayan apostatado de la fe católica, o cuando una persona que se halle en tan desdichada condición intente unirse con una acatólica.
- b) La norma no puede, por tanto, ser extendida a otras condiciones de personas, aun cuando sean indiferentes u hostiles a la práctica de los deberes religiosos.
- c) Aquellos que habiendo sido bautizados en la Iglesia católica o a ella convertidos de la herejía o del cisma hayan apostatado con posterioridad, si pretendieran ser admitidos al “acto civil”
- d) Deberán formular petición por escrito a la autoridad civil especificando el motivo y aduciendo las pruebas de su defección.
- e) La autoridad civil deberá esmerarse en informar cuanto antes sobre la petición que le ha sido hecha a la autoridad diocesana interesada.
- f) Y no se podrá proceder a la estipulación del “acto civil” antes de que haya transcurrido por completo un mes a partir de la fecha en la cual haya sido informada la autoridad diocesana.

Continuará manteniéndose en pleno vigor todo lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código civil respecto a la imposibilidad de contraer matrimonio cuando hayan recibido las órdenes sagradas o se hallen ligados por voto solemne de castidad⁵⁴⁵.

Se disponía que en tales casos hubiera de procederse: tan pronto se recibiera la notificación de la autoridad civil, los ordinarios comprobarían con esmerada diligencia si resultaba efectivo el abandono de la fe católica por parte de los desdichados de quienes se trate, y, sobre todo, si ello había ocurrido *tempore non suspecto* y procurando evitar que realmente alguno se lance a declararse con ligereza “no católico”, al exclusivo fin de sustraerse a la legislación canónica del matrimonio.

La documentación presentada por los interesados para probar el verificado abandono de la fe católica deben tenerla a la vista los ordinarios. Cuando ese abandono de la fe católica no resulte conforme a la verdad, sino que se comprueba tan sólo el caso de indiferencia o incluso hostilidad a la práctica de la fe, será de ello informada la autoridad civil, exponiendo el resultado de las propias indagaciones, en casos de particular importancia, directamente al Ministerio de Justicia.

⁵⁴⁵ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág. 28.

Si las gestiones pastorales para disuadir a los interesados de su deplorable propósito “legalmente” realizables resultasen infructuosas, no se hará notificación alguna a la autoridad civil⁵⁴⁶.

Cuando, por fin, tuviera lugar la estipulación del acto civil, se ordenaba que por Decreto razonado se publicaran las penas canónicas de excomunión e infamia en que hayan incurrido, ipso facto, a tenor del canon 2.314, los contrayentes, y las de entredicho o prohibición de entrar en la iglesia y tener sepultura eclesiástica los que actuaron de testigos en la estipulación del matrimonio civil⁵⁴⁷.

Así pues, como ya hemos analizado, la circular de la D.G.R.N. de fecha 2 de abril de 1957, disponía que “la acatolicidad había de darse en ambos contrayentes para ser posible la unión civil (es decir, que bastaba con que uno de los contrayentes profesase la religión católica para que no pudiera darse otro matrimonio que el católico). Para el acceso al matrimonio civil se necesitaba evidente apostasía, sin que baste ser indiferente u hostil a la práctica de la religión. La apostasía debe estimarse un supuesto excepcional, por lo que su existencia ha de interpretarse restrictivamente. Debe pues, eliminarse cualquier subterfugio, pero también evitarse que las exigencias de la prueba constituyan obstáculos de hecho invencibles⁵⁴⁸”.

A la autoridad eclesiástica debe informarse sobre el propósito y ampliársele la información si así lo solicita. Si los contrayentes figuran con domicilio perteneciente a distintas diócesis, no se procede a la celebración del matrimonio civil hasta después de transcurrido un mes de haberse realizado la notificación a uno y otro peligro inminente de muerte. Las dudas que merezcan consulta han de recaer siempre sobre cuestiones de Derecho y en particular sobre el concepto legal de profesar o no la religión católica.

Es interesante la aportación que nos hace FUENMAYOR⁵⁴⁹ cuando afirma que estas normas administrativas, modificadoras del Reglamento del Registro Civil y circular de la D.G.R.N., que tratan de interpretar el artículo 42 del Código presentan estas dos características:

1ª Definen con precisión el número de personas a quienes alcanza la tolerancia estatal del matrimonio civil, es decir, de aquellas a quienes se permite

⁵⁴⁶ *Ibidem*.

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

⁵⁴⁸ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág 28.

⁵⁴⁹ BATISTA MONTERO-RÍOS, José, “La nueva Ley del registro Civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre de 1975, pág 300. Es nota de DE FUENMAYOR.

esta clase de unión a pesar de estar obligadas, según la Iglesia, a contraerlo canónicamente.

2ª En la interpretación del artículo 42 del Código se toma partido a favor de una solución intermedia entre las varias extremas que admite el concepto “no profesión”, pues sin aceptar la más rigurosa (acogida por la Orden de 1941, que la hace equivalente a no pertenecer por el bautismo o la conversión a la Iglesia católica), no admite la más amplia (seguida por las restantes disposiciones gubernativas anteriores a la reforma), toda vez que exige que la no profesión fuera cualificada (los contrayentes a quienes se tolera el matrimonio civil han de ser apóstatas de la fe católica), y rechaza, finalmente, la posibilidad de extender tal tolerancia a los meros indiferentes u hostiles a la práctica de la religión.

En definitiva, con el sentir de DOMINGUEZ ROMERO⁵⁵⁰, era evidente que la situación religiosa de nuestra patria iba cambiando. A un catolicismo oficialmente profesado por prácticamente todos los españoles, iba sustituyéndole otro más auténtico, más real, aunque eso supusiese poner al descubierto una considerable parte de la población alejada de la Iglesia. El Estado se encontraba con el problema de que estas personas, al estar bautizadas, habían de contraer matrimonio canónico. Pero ellas rechazaban esta solución y optaban por la más fácil de unirse ilegalmente, y de esta forma iba aumentando progresivamente el número de las familias e hijos ilegales, ilegítimos. La situación requería una solución urgente que sacase a muchas personas de esa especie de callejón sin salida en que se encontraban ante unas exigencias canónicas y civiles que repugnaban con sus ideas. Esta solución fue el texto legal de 26 de octubre de 1956, ya estudiado⁵⁵¹.

3.5. Ley de 24 de abril de 1958

La solución anterior fue una solución interina. Se imponía, conforme a lo acordado, modificar el Código Civil y la Ley del Registro Civil. La modificación del Código Civil se lleva a efecto por Ley de 24 de abril de 1958. La adaptación de las normas del Código Civil al Concordato se ha verificado por Ley de 24 de abril de 1958 (B.O. del E. del 25)⁵⁵².

⁵⁵⁰ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág.29.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, pág.26.

Las tantas veces pretendida reforma del cuerpo básico de la legislación matrimonial -el Código civil- llega a fin con la Ley de 24 de abril de 1958, con la que se modifican varios artículos de dicho cuerpo legal relativos al matrimonio⁵⁵³.

El nuevo artículo 42 responde a la orientación iniciada por el Decreto de 1956. Se ratifica – y ahora con plenitud de sentido – la exigencia de la no profesión y se exige imperativamente que dicha circunstancia concorra en ambos contrayentes; se impone a éstos la carga de probarla; se sustituye el término “forma” por “clase”; se mejora la redacción de todo el precepto, suprimiendo la anecdótica prohibición del celibato para los católicos españoles⁵⁵⁴.

En su preámbulo se dice que se trata de conseguir un mayor respeto a la libertad, pero hay que verla en la posibilidad de contraer matrimonio civil los apóstatas⁵⁵⁵. Según ella, “la Ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno, al menos, de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica”.

Con ello se aclara, por fin, la duda sobre si era posible el matrimonio civil cuando sólo uno de los contrayentes no profesaba la religión católica. Basta con que uno de los contrayentes la profese para que no quepa otro matrimonio que el canónico⁵⁵⁶.

En el aspecto que a nosotros interesa, la antigua redacción del artículo 42 del C.c. decía:

“... el (matrimonio) canónico (es el) que deben contraer todos los que profesen la religión católica...”. Y después de la reforma del 24 de abril de 1958 pasa a decir, como hemos visto, la siguiente redacción:

⁵⁵³ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág. 153. Se modifican los artículos 42, 45, 46,47, 48, 49, 50, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 86, 104, 105, 106, 107, 166, 168, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179,180,184, 206,209, 211, 220, 237, 244, 294, 295, 492, 681, 701, 772, 807, 809, 814, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 841, 953, 1.333, 1.340, 1.341 y 1.413.

⁵⁵⁴ Dice el Preámbulo: “Necesitábase, en primer término, eliminar antiguas dudas sobre si era posible el matrimonio civil cuando uno de los contrayentes no profese la Religión católica. En el art. 42 y en el 86, que ahora se reforman queda claramente establecido el carácter supletorio del matrimonio civil. Basta, por tanto, que uno de los contrayentes profese esta Religión para que no quepa otra clase de matrimonio que el canónico. Es decir, que la acatolicidad ha de darse en ambos contrayentes...”

⁵⁵⁵ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág.30.

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

“El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica.

Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica”.

IBÁN opina que la modificación del texto anterior no supone ningún cambio esencial en el precepto, y de eso precisamente se deriva una pregunta, cuya respuesta consideramos esencial: ¿Cómo se explica que el legislador perpetúe el término “profesar”, cuando, sin duda, es perfectamente consciente de las dificultades que han planteado en las siete décadas anteriores la interpretación de tan controvertido término?

Cualquier respuesta que ahora podamos dar a tal pregunta carecerá de la certeza que nos agradaría pudiese tener. Más que una respuesta, será una opinión. Suponer que el legislador mantiene tal expresión por no haber reparado en las dificultades que ella acarrea, es, sin duda, inexacto. El problema se plantea, pensamos, en otros términos.

Dos tipos de respuestas se pueden dar a la pregunta planteada, ambas partiendo de la consciencia de que el término “profesar”, plantea indudables problemas interpretativos:

- a) El legislador no puede establecer un sistema de mayor claridad, por razones del contexto sociológico e histórico en que se desarrolla su actividad.
- b) El legislador, que es consciente de la ambigüedad del término, lo perpetúa puesto que decide dejar en manos de otro la fijación exacta del sistema matrimonial⁵⁵⁷.

IBÁN continúa analizando que el legislador es consciente que la utilización del término “profesar” supone una inconcreción, pero no tiene otra posibilidad que mantenerla, por los motivos que aduciremos a continuación. Recordemos que nos encontramos en 1958, que faltan diez años para la Ley de Libertad Religiosa, que hablar de libertad religiosa en España es similar a violar la esencia misma del Estado frente a las religiones no católicas es la de la tolerancia, baste con decir que supone una especial protección de la religión católica, que no llega a prohibir otras religiones, pero que se limita a admitirlas como un mal menor⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.154.

⁵⁵⁸ *Ibidem*.

Parece claro que un sistema de matrimonio civil obligatorio es absolutamente contrario a la especial protección de una confesión (la católica, en nuestro caso), debe merecer en un sistema de tolerancia. La solución contraria: sistema de matrimonio religioso obligatorio, debe ser también rechazada. El obligar a todo ciudadano español, que desee contraer matrimonio, a celebrarlo canónicamente, sería contrario a un sistema de tolerancia, siendo por otro lado evidente que la propia Iglesia no admitiría al matrimonio canónico a dos no bautizados.

Podríamos deducir que el sistema matrimonial adecuado sería el de matrimonio civil subsidiario. El legislador no estableció con toda claridad un sistema de matrimonio civil subsidiario. Las razones, con el sentir de IBÁN, son de dos tipos: técnicas y de política legislativa.

Una solución de matrimonio civil subsidiario no es tarea fácil, técnicamente hablando; una remisión al ordenamiento canónico en cuanto a quién debe contraer matrimonio canónico plantea problemas graves. Así lo hemos visto con la Orden de 1941, obligando a contraer en forma canónica a personas que están dispensadas de tal forma por el propio ordenamiento canónico.

Sin embargo, las razones de mayor peso, son las llamadas de política legislativa. Es significativo lo que afirma DE CASTRO, cuando dice: “La práctica ha impuesto un creciente respeto hacia el texto del Código Civil (y de que) las modificaciones no se hacen periódicamente... sino que deben, casi siempre, a causas concretas y urgentes...”⁵⁵⁹.

El legislador de 1958 es consciente de que la instauración de un sistema de libertad religiosa es algo, próximo o lejano, que tiene que llegar. Y sabe que tal instauración no se produce en un momento dado, sino que es un proceso de progresiva adaptación de las normas. No quiere recoger con toda claridad un sistema matrimonial inequívocamente unido a un régimen de tolerancia: ¿Cómo reflejar en un texto legislativo, con toda claridad, una idea como la de la tolerancia? Pues es consciente que tal sistema cambiará⁵⁶⁰.

El legislador mantiene la misma Ley, pero tratando de convertir la ley ambigua en ley flexible⁵⁶¹. De este modo, se podrá adaptar a las circunstancias cambiantes.

⁵⁵⁹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Compendio de Derecho Civil, Introducción y derecho de la persona*, 5ª edición, Madrid, 1970, Editorial Marisal, 1970, pág.51.

⁵⁶⁰ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.156.

⁵⁶¹ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Jurisprudencia y fuentes de Derecho*, Pamplona, 1969, Editorial Aranzadi, págs. 204 y 205.

Así pues, llegamos a la conclusión de que el legislador de 1958, consciente de la inconcreción del término “profesar...”, lo mantiene precisamente por eso.

“La frase “profesar la religión católica”, gramaticalmente ambigua, ha albergado muy distintas intenciones legislativas desde la promulgación del Código Civil. Inicialmente, es frase del artículo 42 del Código la transacción lograda en un clima de tensiones políticas, es en su origen una cuerda floja de nuestro sistema matrimonial. El artículo 42, fruto de una norma ambigua, que provoca interpretaciones divergentes y a veces contradictorias. La Orden de 10 de marzo de 1941 viene a identificar el concepto “profesar la religión católica” con el hecho de la recepción del bautismo en la Iglesia, sin atender a valoraciones de conducta confesional, con lo que el precepto se convierte en una norma rígida. Con la reforma del Código por Ley de 24 de abril de 1958, el artículo 42 se precisa en su contenido indeterminado cuya aplicación se hace depender en buena medida de la función crítica del Encargado del Registro Civil”⁵⁶².

Un punto importante en el derecho matrimonial se convertirá en “interpretar el término profesar”⁵⁶³. Así pues el legislador de 1958 ha actuado con el criterio de conservar el término “profesar” y que su aplicación al caso específico colabore el Encargado del Registro⁵⁶⁴.

Y siguiendo a LALAGUNA, no podemos decir que tal sistema conducirá a contradicciones interpretativas porque “... se puede afirmar que todas las normas de contenido indeterminado que dejan abierto un margen muy amplio de valoración de la realidad al juzgador..., no crean propiamente un riesgo de interpretaciones contradictorias si se admite que las variaciones que necesariamente se ha de producir en el campo de aplicación de la ley no están determinadas por el significado incierto de la norma, sino por los cambios que la realidad social introduce en el contenido de la norma o en los criterios para su valoración”⁵⁶⁵.

Así, según las consideraciones de IBÁN, el legislador de 1958 pretende establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario encomendado al Tribunal Supremo la tarea de fijar el grado de subsidiaridad tomando como elemento clave en la fijación de tal grado el momento histórico-sociológico. Repetimos, la libertad del Tribunal Supremo no es total, el único sistema matrimonial aplicable en España con el texto del artículo 42 del Código civil vigente es el subsidiario, la libertad se da en cuanto al grado de subsidiaridad, y no se confunda libertad con discrecionalidad absoluta, pues el Tribunal Supremo debe interpretar el término “profesar” del artículo

⁵⁶² Ibídem, págs. 205 y 206.

⁵⁶³ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.157.

⁵⁶⁴ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Jurisprudencia y fuentes de Derecho*, Pamplona, 1969, Editorial Aranzadi, págs. 205 y 206.

⁵⁶⁵ Ibídem, págs. 207 y 208.

42 del Código civil atemperando su interpretación a las circunstancias generales que existan en el momento de aplicación de la norma⁵⁶⁶.

La principal innovación, por tanto, ha sido la de sustituir el término “formas” por el de “clases”, expresión que se juzga más técnica por cuanto la forma es solo un elemento del matrimonio, y evita el riesgo de equiparación del matrimonio civil con el canónico, pues en el caso de matrimonios canónicos en forma civil les es de aplicación el régimen canónico; en todo caso se acentúa el carácter supletorio del matrimonio y se evidencia que el Código civil ha asumido globalmente el matrimonio canónico⁵⁶⁷.

Otras diferencias con relación al texto anterior son eliminar la duda de la obligatoriedad del matrimonio canónico cuando uno sólo de los contrayentes profesase la religión católica, pues ahora se exige expresa y claramente tal forma canónica; así como la formulación en forma legal, y no meramente reglamentaria, de la obligación de los contrayentes del matrimonio civil de probar que no profesaban la religión católica⁵⁶⁸.

En cuanto a la jurisdicción eclesiástica se reconoce ahora en términos de gran amplitud, abarcando las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos, sobre dispensa de matrimonio rato y no consumado y sobre uso y aplicación del privilegio paulino (art.80); y reconociendo a dichas sentencias y resoluciones plenos efectos civiles, llevándose la ejecución a cabo en virtud de comunicación canónica de las sentencias o resoluciones o a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio (art.81)⁵⁶⁹.

Por tanto, como ha señalado LÓPEZ ALARCÓN, en los artículos 80 a 82 del Código civil en su redacción por Ley de 24 de abril de 1958 se dan dos figuras de conexión de los ordenamientos canónico y civil:

⁵⁶⁶ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.157.

⁵⁶⁷ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1993, Volumen I, (Capítulo VI), Editorial Tecnos, pág.495

⁵⁶⁸ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio y el Concordato español”, *Ius Canonicum*, 3, 1963, en nota 24, págs. 301 y ss.; REINA, Víctor, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Barcelona, 1989, Volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., págs. 170-172.; LOPEZ ALARCÓN, Mariano, *El matrimonio civil de los católicos*, Editorial Tecnos, Sexta Edición. pág 227 y ss.

⁵⁶⁹ LOPEZ ALARCÓN, Mariano, “Autonomía de la jurisdicción eclesiástica y su reconocimiento por el Estado español”, en *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*, Madrid, 1977, pags.151 y ss.

- a) El reconocimiento de efectos civiles a las sentencias y resoluciones canónicas en los supuestos que enumera.
- b) El reconocimiento de la jurisdicción eclesiástica, que supone más que partir de las decisiones eclesiásticas como supuestos de hecho, pues acepta en su propio ordenamiento la jurisdicción eclesiástica (sus órganos, sus procesos y sus decisiones) como jurisdicción privilegiada y no especial, haciendo un vacío en el ámbito de su competencia para que sea llenado por la Iglesia y por ello la consecuencia de exclusión de toda intervención fiscalizadora a modo de exequátur⁵⁷⁰.

NAVARRO VALLS afirma que la ley que estamos estudiando introdujo algunas modificaciones, aunque más fueron de forma que de fondo, si se exceptúan tal vez la abolición de las incapacidades de la mujer soltera en el ámbito del Código Civil y una cierta mejora en la posición de la mujer casada⁵⁷¹.

Es decir, se sigue el criterio de la Orden de 10 de marzo de 1941 de que el matrimonio mixto habrá de contraerse canónicamente, quedando el matrimonio civil con el carácter de subsidiario y autorizable únicamente para el caso de la acatolicidad de ambos contrayentes⁵⁷².

En definitiva, la adaptación de las normas del Código civil al Concordato ha supuesto la Ley de 24 de abril de 1958, y el nuevo artículo 42 responde a la orientación iniciada por el Decreto de 1956. Se ratifica la exigencia de la no profesión y se exige imperativamente que dicha circunstancia concorra en ambos contrayentes; imponiendo la carga de la prueba a éstos; se sustituye el término “forma” por “clase”, como hemos afirmado al principio, y en líneas generales como una mejora de todo el precepto.

Situándonos en la realidad histórica del momento, sabemos que pocas semanas después de la promulgación de la Ley de 24 de abril de 1958, esto es, el 17 de mayo de 1958 se promulga una nueva Ley de las llamadas Fundamentales, la de Principios del Movimiento Nacional.

⁵⁷⁰ *Ibídem*.

⁵⁷¹ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 230.

⁵⁷² DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág.30.

Esta Ley Fundamental de Principios del Movimiento Nacional ha sido objeto de escasísimo interés por parte de los matrimonialistas, sin embargo, para nosotros, es un texto básico en la configuración del sistema matrimonial español⁵⁷³.

LOMBARDÍA afirma que "... es el texto fundamental de la confesionalidad del Estado..."⁵⁷⁴. Y con IBÁN, afirmamos que además de ser el texto fundamental de la confesionalidad del Estado, en sentido formal, supone más: supone también una confesionalidad sustancial al establecer la obligatoriedad de que la legislación española se inspire en la doctrina de la Iglesia⁵⁷⁵.

El Principio II de la Ley de Principios de Movimiento Nacional dice:

"La nación española considera como timbre de honor el acatamiento de la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación".

Y el artículo 3º de la misma Ley indica que:

"Serán nulas las Leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los principios proclamados en la presente Ley fundamental del Reino."

Conjugando ambos preceptos obtendremos la siguiente afirmación, en palabras de IBÁN:

"Serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren la Ley de Dios según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana."⁵⁷⁶

Sabemos que nunca llegó a estar en práctica tal sistema; no sabemos que se haya presentado jamás un recurso de contrafuero apoyado en la violación por una norma estatal de la Doctrina de la Iglesia. Pero es un hecho evidente que tal norma estatal del máximo rango, si bien no supone la recepción en pleno del ordenamiento canónico, sí marca un claro límite a la legislación española.

A nivel meramente teórico, el indicar cuáles son las normas que son nulas de pleno derecho por oponerse al II Principio del Movimiento Nacional y en último

⁵⁷³ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; "Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)" en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.157.

⁵⁷⁴ LOMBARDÍA DÍAZ, Pedro, "La confesionalidad del Estado hoy", en *Escritos de Derecho Canónico*, I, Pamplona, 1961, págs.428 y 429.

⁵⁷⁵ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; "Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)" en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.158.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, pág.159.

extremo a la Ley de Dios interpretado por la Doctrina de la Iglesia, sería tarea laboriosísima y que desbordaría los conocimientos de un jurista.

Y en lo que a nosotros nos interesa directamente, en materia matrimonial, la Ley de Principios del Movimiento Nacional supondría que cualquier norma que se opusiese a la Ley de Dios, interpretada por la Doctrina de la Iglesia, sería inaplicable; el sistema matrimonial vigente, a nivel teórico, en el período transcurrido desde el 17 de mayo de 1958 hasta nuestros días, es el que marque la Iglesia Católica, al interpretar la Ley Divina y no es éste el lugar adecuado para exponerlo⁵⁷⁷.

El próximo fruto legislativo en España fue la nueva Ley de Registro Civil que exigiría la promulgación de un nuevo reglamento, y en efecto, así se hace mediante Decreto de 14 de noviembre 1958, que trata del matrimonio civil en la sección 2ª del capítulo II de su título V⁵⁷⁸.

Podemos observar a continuación el texto del artículo 243 y ss:

“**Artículo 243.** Los que pretenden contraer matrimonio civil, manifestarán en la declaración exigida:

1º Las menciones de su identidad, incluso la profesión, y también los apellidos, profesión y domicilio o residencia de los padres.

2º Que no profesan la Religión Católica y si hubieran sido bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella.

3º Si alguno hubiera estado casado, el nombre y apellidos del cónyuge o cónyuges anteriores y fecha de la disolución del matrimonio.

4º Que no existe impedimento para el matrimonio.

5º El encargado elegido, en su caso, para la celebración.

6º Pueblos en que hubieren residido o estado domiciliados en los dos últimos años.

La declaración será firmada por dos testigos a ruego del contrayente que no pueda hacerlo.

Artículo 244. Con la declaración se acompañará la prueba de nacimiento y la de que no profesan la Religión Católica.

Presentarán, en su caso, además, la de la disolución de anteriores vínculos, la licencia matrimonial o la dispensa: ésta no prejuzga la inexistencia de otros impedimentos u obstáculos.

⁵⁷⁷ Ibídem, pág.158.

⁵⁷⁸ Ibídem, pág.159.

En el caso de ratificación, o cuando se adviertan, se indicará a los contrayentes los defectos de alegación y prueba que deben subsanarse.

Artículo 245. Ratificados los contrayentes, si se trata de personas que bautizadas en la Iglesia Católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma, hubieren apostatado posteriormente, el Encargado expondrá circunstancialmente el proyectado matrimonio a la autoridad eclesiástica diocesana, la que podrá pedir información suplementaria.

No se celebrará el matrimonio en tanto no transcurra un mes desde la expedición de la comunicación o desde la última, si las declaraciones de los contrayentes se presentaran a diferentes Encargados.

Artículo 246. Mientras transcurre el mes se tramitan los edictos o proclamas, se practicarán las pruebas propuestas o acordadas de oficio, encaminadas a acreditar la religión, estado o domicilio de los contrayentes, o cualquier otro extremo necesario.

El Encargado oír a ambos reservadamente y por separado, para cerciorarse de la existencia de obstáculos a la celebración.

Artículo 247. Todos aquellos a cuyo conocimiento llegue la pretensión de matrimonio están obligados a denunciar cualquier impedimento que haya de autorizar el matrimonio; conocida la existencia de obstáculo legal, suspenderá la celebración.

Contra la resolución de suspensión cabe recurso en vía gubernativa, según las reglas establecidas para los expedientes en general, sin perjuicio de que por el trámite de incidentes se declare la improcedencia o falsedad del impedimento u obstáculo legal.

Denunciado un obstáculo y no acordada la suspensión por falta de prueba, se pasará la denuncia al Ministerio Fiscal; puede procederse a la celebración si dentro del plazo de quince días hábiles, siguientes a la comunicación al representante de la Ley, no se acredita la interposición de la demanda de oposición.

Si se instruye doble expediente, el Encargado que no haya de autorizar el matrimonio se limitará a remitir lo actuado al elegido, único al que corresponde decidir sobre la celebración o suspensión.

Artículo 248. Para autorizar el matrimonio civil "in articulo mortis", basta que ambos contrayentes declaren no profesar la Religión Católica; en su caso, en cuanto sea posible, se hará la previa comunicación a la autoridad eclesiástica a través del Párroco.

La inscripción se extenderá en virtud del acta levantada, con las circunstancias necesarias para practicar aquélla y del correspondiente expediente gubernativo.

El Juez de Paz está dispensado de pedir instrucciones al encargado cuando lo impida la urgencia del caso; pero le dará cuenta inmediata del matrimonio autorizado.

Artículo 249. No habiéndose levantado acta, el matrimonio civil sólo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la Religión Católica, su libertad por inexistencia de impedimentos y, cuando no conste auténticamente, la celebración en el expediente se publicarán edictos o proclamas, si se hubieren omitido, y se practicarán las debidas diligencias probatorias de la religión y libertad de los contrayentes.

Al comunicar a los órganos extranjeros el cumplimiento solicitado de proclamas o la concesión de dispensas para matrimonio civil de españoles se advertirá, especialmente, que conforme al Derecho español, dicho matrimonio sólo será eficaz si los contrayentes no profesan la Religión Católica.

Artículo 250. Las dudas que ocurrieren a los Encargados acerca de la preparación y celebración de los matrimonios serán consultadas en comunicación clara y precisa a los Jueces de Primera Instancia, quienes la resolverán a la mayor brevedad posible, por auto, previa audiencia del Ministerio Fiscal. Si las dudas surgieren sobre la concurrencia de los requisitos para hacer viables los matrimonios civiles a que se refiere el artículo 245 o se tratase de cualquier otro caso igualmente grave, se suspenderá la ejecución del auto y se elevará con el dictamen del fiscal y demás antecedentes a la Dirección General para su resolución definitiva.”

No supone el nuevo Reglamento un cambio importante con respecto a la situación legislativa en 1958; sin embargo, el hecho de que sería un elemento clave en la configuración del sistema matrimonial durante más de diez años, justifica un somero análisis de su contenido⁵⁷⁹.

El Decreto pretende separar a aquellos que tienen acceso al matrimonio civil en dos grupos; el primero estaría integrado por los no bautizados y por los bautizados en iglesias católicas que no se convirtieran al catolicismo y el segundo estaría formado por los apóstatas. Para el primer grupo las facilidades de acceder al matrimonio civil serán mayores que para los últimos. La necesidad de prueba de la no profesión viene señalada en el artículo 244, sin que nada aclare acerca de qué es lo que efectivamente debe ser probado. Lo más destacado del tema de los apóstatas lo vemos en el artículo 245 dónde además de la prueba de la acatolicidad será necesaria la comunicación a la autoridad eclesiástica del propósito de contraer matrimonio civil.

La Circular de la DGRN de 2 de abril de 1957 señalaba que la posible respuesta a tal notificación no era vinculante, que era la autoridad estatal y no la eclesiástica, la competente para determinar quién podía acceder y quien no al matrimonio civil.

Nada hace pensar que tal criterio debería ser modificado⁵⁸⁰. Pero en cualquier caso parece lógico pensar que la opinión de la autoridad eclesiástica tendría un cierto peso en la opinión de la autoridad eclesiástica tendría un cierto peso en la autorización o denegación del matrimonio civil por parte del Juez. LO que era inevitable era la comunicación en sí y la espera de un mes⁵⁸¹.

El artículo 11 del C.c.⁵⁸² es interpretado, en lo que se refiere a la no profesión para poder ser considerado eficaz un matrimonio civil en España, por el último

⁵⁷⁹ *Ibidem*, pág.160.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, pág.161.

⁵⁸¹ *Ibidem*.

⁵⁸² “Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes de país en que se otorgan.

párrafo del artículo 249 en el sentido de considerar que la “no profesión” es un requisito de fondo y no de forma, a efectos de la validez del matrimonio civil⁵⁸³.

El lugar preeminente de la DGRN en materia de autorización de matrimonio civil es señalada en el artículo 250, en los supuestos de duda a cerca de la apostasía o en “... cualquier otro caso igualmente grave...”, la DGRN es la encargada de “... su resolución definitiva”. Y parece lógico pensar que, a pesar de hablar de “resolución definitiva”, la vía judicial permanecerá siempre abierta⁵⁸⁴.

La promulgación de este Reglamento marcará el inicio de un paréntesis de casi dos lustros de una calma prácticamente absoluta en materia de legislación matrimonial.

Dicho paréntesis es cerrado con la promulgación de una de las leyes más importantes dentro del sistema de Derecho Eclesiástico Español⁵⁸⁵. Nos referimos a la Ley 44 /1967 de 28 de junio, reguladora del Derecho civil a la libertad en materia religiosa.

3.6. Ley de 28 de junio de 1967 de libertad religiosa

Como consecuencia del Concilio Vaticano II y su reconocimiento de la libertad religiosa, el Estado, se compromete a proteger la libertad religiosa (modificación del art. 6, párrafo 2º, del Fuero de los Españoles por Ley Orgánica de 10 de junio de 1967) y se dicta la Ley (ordinaria) de Libertad Religiosa de 28 de junio de 1967, que en línea con el principio de libertad religiosa prescinde de la prueba de acatolicidad de los contrayentes (art.6.1)⁵⁸⁶, congruentemente el *Decreto de 22 de mayo de 1969*

Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observará en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.

No obstante, lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y los que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en el extranjero.”

⁵⁸³ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.162.

⁵⁸⁴ *Ibidem*.

⁵⁸⁵ *Ibidem*.

⁵⁸⁶ Artículo 6.1 de la Ley de 28 de junio de 1967: “Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil se autoriza el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la Religión católica sin perjuicio de los ritos o ceremonias propios de las distintas confesiones no católicas que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atente a la moral o buenas costumbres”

que modifica determinados artículos del Reglamento del Registro Civil, entre ellos el artículo 245, hace consistir la prueba de que no se profesa la religión católica - formalmente exigida por la redacción por Ley de 1958 que permanece inalterada - por la mera notificación al párroco del domicilio , o la declaración expresa del interesado ante el Encargado del Registro Civil, según que se trate de abandono de la religión católica, o de acatolicidad^{587 588} .

Para LOPEZ ALARCÓN, formalmente se seguía adscrito al sistema matrimonial civil subsidiario, pero en su aplicación práctica el péndulo se ha movido hacia el sistema facultativo o electivo⁵⁸⁹ .

Así, se plantea la posibilidad de fraude si una persona católica, sin ánimo de abandonar la religión, suscribe declaración de abandono para contraer matrimonio civil, y estima que ello son riesgos de la libertad religiosa, aunque concluye que si el fraude se generaliza como medio ordinario de eludir los católicos el matrimonio canónico, habría motivo para reestructurar el sistema y sería aconsejable el paso al régimen facultativo⁵⁹⁰ .

NAVARRO VALLS afirma “sin que, por lo demás, la Ley de libertad religiosa de junio de 1967 aporte algo de interés, como no sea una tímida referencia en su artículo 6.1 a “los ritos o ceremonias propias de las distintas confesiones no católicas, que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten a la moral o buenas costumbres”. Referencia que será el primer jalón de un largo camino hacia el reconocimiento de la eficacia civil de los ritos matrimoniales de las confesiones religiosas distintas de la católica. Camino que aún no ha concluido, pues los recientes Acuerdos firmados por el Gobierno español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y con la Federación de Comunidades Israelitas de España aún no han sido sancionados parlamentariamente.

⁵⁸⁷ Conforme al nuevo artículo 245 del Reglamento del Registro Civil modificado por Decreto de 22 de mayo de 1969, cuando se trate de personas que hubiesen abandonado la religión católica solamente se exigirá la notificación del abandono al párroco del domicilio. Según el artículo 246 del mismo Reglamento, en otros casos la prueba de que no se profesa la religión católica podrá acreditarse bien mediante la certificación acreditativa de la adscripción a otras confesiones religiosas expedidas por el ministro competente o representante autorizado de la respectiva Asociación confesional o bien mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado.

⁵⁸⁸ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1993, Volumen I, (Capítulo VI), Editorial Tecnos, pág.496.

⁵⁸⁹ LÓPEZ ALARACÓN, Mariano, “Iglesia, Estado y Matrimonio” en *Anales de la Universidad de Murcia (1967-1968)*, pág.75-76.

⁵⁹⁰ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1993, Volumen I, (Capítulo VI), Editorial Tecnos, pág.496, *in fine*.

Por lo demás, cabría ahora hacer una referencia a la evolución durante estos años del sistema matrimonial por vía jurisprudencial, y más en concreto, por la obra de las resoluciones de la Dirección General del los Registros y del Notariado. Pero tales resoluciones solo colateralmente afectan al fondo de esta ponencia, pues al referirse a cuestiones como matrimonios contraídos durante la guerra civil, celebrados en el extranjero, carácter del sistema matrimonial o interpretación de la expresión “profesar la religión católica”, simplemente matizan cuestiones que no alteran el modelo matrimonial de fondo acogido por el Derecho español anterior a la Constitución de 1978⁵⁹¹.

Con esta Ley, el Estado español reconoce el derecho a la libertad religiosa, fundado en la dignidad de la persona humana, y asegura a ésta, con la protección necesaria, la inmunidad de toda coacción en el ejercicio legítimo de tal derecho (art.1º). Tal ejercicio ha de ser compatible con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus Leyes Fundamentales (art.1º, 3). Las creencias religiosas no constituirán motivos de desigualdad de los españoles ante la Ley (artículo 3º).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código Civil, se autorizará al matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propias de las distintas confesiones no católicas, que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten a la moral o a las buenas costumbres (art.6º,1). Quien hubiera sido ordenado in sacris o esté ligado con votos solemnes de castidad dentro de la Iglesia católica no podrá contraer sin dispensa canónica, conforme a lo dispuesto en el artículo 84,4, del Código⁵⁹².

Antes de entrar en el análisis del texto vigente creemos conveniente realizar un breve análisis de la evolución sufrida por los artículos relativos al aspecto matrimonial de la cuestión desde el Proyecto de Ley remitido a las Cortes hasta su aprobación definitiva⁵⁹³.

⁵⁹¹ NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 230-231.

⁵⁹² DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, 1975, pág.33-34.

⁵⁹³ DE LA HERA, Alberto, *Pluralismo y libertad religiosa*, Sevilla, 1971, Editorial Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1971, pág. 97 y ss.

El número 951 del Boletín Oficial de las Cortes Españolas de fecha 10 de marzo de 1967 inserta el Proyecto de Ley⁵⁹⁴.

En su preámbulo se recoge la idea que esta Ley venía exigida por el cambio de actitud de la Doctrina de la Iglesia en materia de libertad religiosa que había supuesto la declaración conciliar “*Dignitatis humanae*”⁵⁹⁵, y como consecuencia de la necesidad de que la legislación española estuviese inspirada en la Doctrina de la Iglesia⁵⁹⁶. Hemos de hacer notar que, en realidad, la Ley de Principios Movimiento Nacional no hace referencia directa a la Doctrina de la Iglesia, sino a la Ley Divina de la que la Doctrina de la Iglesia es mera intérprete.

Los artículos del proyecto que nos pueden interesar para nuestro análisis son los siguientes:

Art 3. Las creencias de los españoles en materia religiosa no constituirán en ningún caso motivo de desigualdad ante la Ley, que ampara el derecho de todos, sin excepción de personas ni discriminación alguna.”

Art 6. 1. Todos los españoles con independencia de sus convicciones religiosas, dispondrán de facilidades y plazos idénticos para contraer matrimonio.

2. Se autorizará el matrimonio civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica.

3. Quienes hubieran sido ordenados “in sacris” o estén ligados con votos solemnes de castidad dentro de la Iglesia Católica no podrán contraer matrimonio sin dispensa canónica, conforme a lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código Civil.

Art. 38. La prueba de que se profesa una determinada confesión religiosa no católica o de que no se profesa a efectos del ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Ley, se efectuará por los medios establecidos en los artículos siguientes.

Art.39. 1. La adscripción a una determinada confesión religiosa no católica se acreditará mediante certificación del Ministro competente para extenderla.

2. Cuando la adscripción implique abandono de otra confesión religiosa, el Ministro que certifique de ella por primera vez deberá dar traslado literal de su certificación al Ministro de la confesión anterior que sea competente.

⁵⁹⁴ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.162.

⁵⁹⁵ *Documentos completos del Vaticano II*, Editorial El Consejero del Corazón de Jesús, Bilbao, 1965.

⁵⁹⁶ “El precepto de la Ley de rango fundamental, de 17 de mayo de 1958, según el cual la doctrina de la Iglesia Católica inspirará en España su legislación, constituye fundamento muy sólido de la presente Ley”

Art.40. 1. La circunstancia de no profesar ninguna religión se acreditará mediante declaración expresa del interesado corroborada por dos testigos.

2. Cuando el interesado hubiese estado anteriormente adscrito a una confesión religiosa deberá acreditar asimismo que ha comunicado el abandono de la misma al Ministro de dicha confesión que sea competente.

3. En estos casos la validez de los actos jurídicos que se realicen dependerá de que la declaración sea verdadera.”

Lo que es evidente del articulado anterior es que quedan derogados de forma automática el párrafo 2º y 3º del artículo 42 del Código civil, ya que se produce una desigualdad ante la Ley si sólo los que no profesan el catolicismo pueden acceder al matrimonio civil⁵⁹⁷.

Sin embargo, esta aseveración anterior queda anulada porque en el número 22 del artículo 6º se señala con toda claridad la vigencia del artículo 42 del Código civil. A la vez, en el artículo 6 número 3 se articula una desigualdad ya que el Ordenamiento Canónico recibe una protección que no reciben los restantes ordenamientos confesionales y como consecuencia de ello algunos católicos tienen algunas restricciones para acceder al matrimonio, que no tienen los miembros de otras confesiones en circunstancias paralelas⁵⁹⁸.

Parafraseando a IBÁN podemos afirmar que el texto promulgado como preámbulo de la Ley 44/67 recoge la idea de que el Principio II de la Ley del Movimiento Nacional es la causa de la propia Ley, reproduciendo en su primer párrafo textualmente el párrafo primero del Proyecto del Gobierno: “El precepto de la Ley de rango fundamental de 17 de mayo de 1958, según el cual la doctrina de la Iglesia Católica inspirará en España su legislación, constituye un fundamento muy sólido de la presente Ley” (es curioso constatar que no se menciona a la Ley del P.M.M. con su nombre).

El artículo del proyecto que más directamente incide en el tema matrimonial es el 6º. Su contenido y consecuencias son las que exponemos a continuación. Sus ideas centrales son:

- a) Igualdad ante el matrimonio
- b) Vigencia del artículo 42 del Código civil
- c) Vigencia del artículo 83.4 del Código civil

⁵⁹⁷ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág. 162.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, pág. 165.

Así, según podemos constatar, el texto inicial es idéntico al promulgado finalmente. Las diferencias entre el texto y el propuesto por el Gobierno son las siguientes:

Supresión del punto 1 del artículo del proyecto, punto en el que se reconoce la igualdad de los españoles ante el matrimonio.

Añadir al punto 2 del proyecto y 1 del texto definitivo, la autorización para que además del matrimonio civil que es el que produce efectos civiles, los que no profesen la religión católica pueden celebrar otras ceremonias, que no tendrán ninguna eficacia civil, lo que, en opinión de IBÁN, ya era perfectamente legal.

Así, paradójicamente, pues una postura “liberal” de los enmendantes produce, como respuesta una postura restrictiva de la Ponencia y luego en las Cortes con respecto al Proyecto gubernamental⁵⁹⁹.

Para resumir, estimamos que las modificaciones sufridas por el proyecto se pueden considerar restrictivas en lo que se refiere a los artículos 3º y 6º y 31⁶⁰⁰. Aclaratoria en lo que se refiere al artículo 32 de la Ley⁶⁰¹; y liberalizadora en la supresión del 40.3 del proyecto⁶⁰².

Así pues el articulado de la Ley en cuestión queda con el siguiente texto:

Art. 3. Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la Ley.

Art. 6. 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, se autorizará el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propias de las distintas confesiones no católicas que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten la moral o las buenas costumbres.

2. Quienes hubieren sido ordenados in sacris o estén obligados con votos solemnes de castidad dentro de la Iglesia Católica no podrán contraer matrimonio sin dispensa canónica, conforme a lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código civil”.

Art. 31. La prueba de que se profesa o no una determinada confesión religiosa no católica se efectuará en la forma establecida en los artículos siguientes.

Art. 32. 1. La adscripción a una determinada confesión religiosa no católica se acreditará mediante declaración expresa del interesado.

⁵⁹⁹ Ibídem, pág.167.

⁶⁰⁰ Ibídem, pág.169.

⁶⁰¹ Ibídem.

⁶⁰² Ibídem.

2. La no adscripción a una confesión religiosa se acreditará mediante declaración expresa del interesado.

3. El abandono de una confesión religiosa exigirá la prueba de que el mismo ha sido comunicado al ministro competente de la religión que hubiese sido abandonada.

Art.33. Se entenderá que cualquier cambio de adscripción religiosa no afecta a las obligaciones que hayan sido contraídas en virtud de una adscripción confesional anterior”.

Como podemos suponer esta ley va dirigida a aquellos que profesando una religión no son católicos⁶⁰³.

Por tanto, de lo anterior afirmamos que quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley, de una parte los ateos y de otra los católicos.

Y el punto anterior queda ratificado por DE LA HERA cuando afirma: “La Ley atiende a ofrecer a los no católicos igualdad de derechos con los católicos en materia religiosa, a aquellos puntos en que la situación favorable de la religión no lo impide...”⁶⁰⁴.

En la misma línea encontramos a PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ cuando nos apunta: “... no pretende abarcar en su ámbito de aplicación más que el derecho de los creyentes acatólicos y sus Asociaciones Religiosas...”⁶⁰⁵.

La idea también la vemos plasmada en el siguiente articulado de la citada Ley como nos ofrece IBÁN: 1º 3, 2º 1,5º 3, 6º 1, 6º 2, 7º 4, 8º 2, 8º 3, 9º 1, 9º 2, 10º, 11º 1, 12º, 13º 2, 13 3, 14º, 15º 1, 15º 2, 15º 3, 15º 4, 16º, 17º 1, 17º 2, 17º 3, 18º 1, 18º 2, 18º 3, 19º, 20º, 21º 2, 22º, 24º, 25º 3, 26º, 27º 1, 27º 2, 28º 1, 28º 2, 29º, 30º 1, 30º 2, 30º 3, 31º, 32º 1, 36º y disposición transitoria⁶⁰⁶.

Y la pregunta clave concentrándonos en la cuestión que nos ocupa la encontramos en los interrogantes que nos plantea brillantemente IBÁN: ¿Afecta la Ley de Libertad Religiosa al sistema matrimonial español? ¿Se modifica el artículo

⁶⁰³ PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Jaime, *La libertad religiosa en España y el Vaticano II*, Madrid, 1974, Instituto de Estudios Políticos, págs 355 y ss.

⁶⁰⁴ DE LA HERA, Alberto, *Pluralismo y libertad religiosa*, Sevilla, 1971, Editorial Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1971, pág.87.

⁶⁰⁵ PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Jaime, *La libertad religiosa en España y el Vaticano II*, Madrid, 1974, Instituto de Estudios Políticos, 1974, pág. 363.

⁶⁰⁶ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág. 170.

42 del Código civil? Y en definitiva ¿qué significa “profesar...” a partir del año 1967?⁶⁰⁷.

Y la respuesta la encontramos en el propio artículo 6º que no tiene otra finalidad que indicar que el artículo 42 del Código civil sigue vigente. Y en esta línea se sitúa, entre otros IBÁN cuando afirma: “estimamos que tal aclaración no era necesaria, puesto que en nuestra interpretación, era evidente que tales preceptos eran de derecho vigente”⁶⁰⁸.

En definitiva, el texto básico del sistema matrimonial español sigue siendo el artículo 42 del Código civil en la redacción dada al mismo por la Ley de abril de 1958, y según tal artículo para acceder al matrimonio civil es necesario probar que no se profesa la religión católica; y para el art.32.1 de la Ley de Libertad Religiosa de 1967 no basta como prueba de la no profesión del catolicismo la certificación del ministro competente de que se profesa una religión no católica, pero siempre que se pruebe previamente que no se profesa el catolicismo, al menos a los efectos del 42 del Código civil.

Así, con el sentir mayoritario de la doctrina⁶⁰⁹, la Ley de Libertad Religiosa pensamos que no afecta en absoluto al sistema matrimonial español, otra cosa es que sí ha influido en la legislación posterior y en la doctrina jurisprudencial. Así la Ley 44/67 incide directamente en el Decreto de 22 de mayo de 1969 que reforma varios artículos del Reglamento del Registro Civil⁶¹⁰. BERNARDEZ comentando la reforma del artículo 245 de este Reglamento asevera: “... convierte al sistema matrimonial, en la práctica, en una modalidad que, por lo que respecta a los católicos disidentes, se acerca a la del matrimonio civil facultativo”⁶¹¹. Y lo anterior lo complementa el siguiente comentario: “Esto es perfectamente cierto pero con la salvedad hecha por Bernárdez de que sólo en la práctica”⁶¹².

⁶⁰⁷ Ibídem.

⁶⁰⁸ Ibídem.

⁶⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, Barcelona, 1990, José Mª Bosch Editor, S.A., pág.31.

⁶¹⁰ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.171.

⁶¹¹ VV.AA., *Derecho Canónico*, vol. II, Pamplona, 1974, págs. 435 y ss.

⁶¹² IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.171.

El Decreto modifica el artículo 244 y siguientes del Reglamento, en el sentido de facilitar la prueba de la acatolicidad y de suprimir el trámite de comunicación a la autoridad eclesiástica, que había introducido el discutido Decreto de 26 de octubre de 1956⁶¹³. Y en la misma tesitura se sitúa MARTINEZ BLANCO cuando afirma: “modifica determinados artículos del Reglamento del Registro Civil, entre ellos el artículo 245, hace consistir la prueba de que no se profesa la religión católica, formalmente exigida por la redacción del artículo 42 del Código civil en su redacción por Ley de 1958 que permanece inalterada, por la mera notificación al párroco del domicilio, o la declaración expresa del interesado ante el Encargado del Registro Civil, según que se trate de abandono de la religión católica, o de acatolicidad”.

Así conforme al nuevo artículo 245 del Reglamento del Registro Civil modificado por Decreto de 22 de mayo de 1969, cuando se trate de personas que hubiesen abandonado la religión católica solamente se exigirá la notificación del abandono al párroco del domicilio. Según el nuevo artículo 246 del mismo Reglamento, en otros casos la prueba de que no se profesa la religión católica podrá acreditarse bien mediante la certificación acreditativa de la adscripción a otras confesiones expedida por el ministro competente o representante autorizado de la respectiva Asociación confesional o bien mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado⁶¹⁴

Concretamente las modificaciones introducidas por el Decreto de 1969 consistieron:

1. En suprimir el trámite de comunicación a la autoridad eclesiástica diocesana del proyectado matrimonio civil y, consiguientemente, el tener que esperar a que transcurra un mes para su celebración.
2. En facilitar la prueba de la “no profesión de la religión católica” (en ocasiones tan rigurosa) pudiendo ahora acreditarse: a. Las personas no bautizadas en la Iglesia católica ni convertidas a ella de la herejía o el cisma, mediante certificación acreditativa de su adscripción a otra confesión religiosa o mediante una declaración expresa del interesado ante el encargado del Registro Civil (art.246,párr..2º). b. Los apóstatas pueden acreditar la no profesión actual mediante la presentación de un justificante de haber comunicado al párroco del domicilio su abandono.

⁶¹³ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág.34.

⁶¹⁴ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1993, Volumen I, (Capítulo VI), Editorial Tecnos, pág.496.

Este comunicado podrá hacerse a través del encargado por correo certificado con acuse de recibo (art. 245)⁶¹⁵

Y para finalizar el epígrafe puede resultar ilustrativo una instrucción de la DGRN de 22 de marzo de 1974⁶¹⁶ en la que se observa una clara intención de simplificar los trámites que constituyen el expediente previo al matrimonio civil. A parte de la idea de fondo que transmite el texto dicha Instrucción se refiere también a la prueba de la no profesión y dice en su punto III-3:

“Prueba de no profesar la religión católica. En el momento actual está tan facilitada esta prueba que su exigencia nunca debe ser causa de dilaciones, pues, según Resolución de este centro Directivo de 3 de agosto de 1970 es medio de prueba idóneo “la declaración expresa de los interesados de no profesar la religión católica”. Solamente se establece una diligencia especial para el supuesto de que se tratase de personas que hubiesen abandonado la religión católica “se exigirá que, a la mayor brevedad, se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encargado, por correo certificado con acuse de recibo” (artículo 245 del Reglamento Registro Civil). Naturalmente la realización de esta diligencia no debe paralizar el curso de los demás trámites”.

Por tanto, como se desprende del texto anterior podemos alegar que la instrucción de la DGRN sigue con fidelidad⁶¹⁷ el espíritu del Decreto del 69. Esta instrucción ha sido ampliamente difundida y comentada en la prensa. Sin duda se vio en ella una liberalización del matrimonio y de sus fórmulas⁶¹⁸.

Por tanto, con el sentir de DOMÍNGUEZ ROMERO el matrimonio civil en España sufrió una liberalización en una doble vertiente:

1. Al haberse facilitado tanto la prueba de la acatolicidad se ha producido un cambio del sistema, habiéndose pasado del matrimonio civil subsidiario al matrimonio civil cuasi facultativo⁶¹⁹. Se insiste tanto en la no dilación del matrimonio por cumplimiento de trámites y requisitos, en parte superados, que la interpretación restrictiva que antes regía para averiguar a quién se “toleraba” el matrimonio civil, hoy se ha desplazado al polo opuesto, o sea, a la determinación de los obstáculos

⁶¹⁵ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág.34.

⁶¹⁶ B.O.E. de 15 de abril.

⁶¹⁷ IBÁN PÉREZ, Iván Carlos; “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1ª, Número 2, Madrid, pág.173.

⁶¹⁸ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág.35.

⁶¹⁹ LUCES GIL, Francisco, *La reforma del Registro Civil. Comentarios al Decreto de 22 de mayo (no marzo) de 1969*, Madrid, 1970, Editorial Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, pág.20.

que aún perduran, y que no deben ser más ni distintos de los taxativamente recogidos en los textos legales⁶²⁰.

Y solamente quedaría por presentar una de las últimas disposiciones que tratan sobre el acceso a una u otra clase de matrimonio que es el Real Decreto de 1 de diciembre de 1977, modificador de varios artículos del Reglamento del Registro Civil.

El texto de los preceptos que afectan a nuestro estudio son los siguientes:

“Art. 243. Los que pretendan contraer matrimonio civil, manifestarán en la declaración exigida:

1º Las menciones de su identidad, incluso la profesión, y también los apellidos, profesión y domicilio o residencia de los padres.

2º Que no profesan la religión católica.

3º Si alguno hubiera estado casado, el nombre y apellidos del cónyuge o cónyuges anteriores y fecha de la disolución del matrimonio.

4º Que no existe impedimento para el matrimonio.

5º El Encargado elegido, en su caso, para la celebración.

6º Pueblos en que hubieran residido o estado domiciliados, en los dos últimos años.

La declaración será firmada por dos testigos a ruego del contrayente que no pueda hacerlo.”

Art. 245. La prueba de que no se profesa la religión católica se efectuará mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado

Art. 249. No habiéndose levantado acta, el matrimonio civil sólo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la religión católica, su libertad por inexistencia de impedimentos y cuando no conste auténticamente, la celebración. A efectos de este expediente, se presumirá la acatolicidad por el sólo hecho de la celebración del matrimonio civil. En el expediente se publicarán edictos y proclamas, si se hubieran omitido, y se practicarán, en su caso, de oficio las debidas diligencias probatorias.”

Una vez más en nuestro ordenamiento jurídico se nos plantea, en definitiva, interpretar el término “profesar”. Y el artículo 243 del Reglamento exige que en el momento de pretender contraer matrimonio civil se deberá declarar que no se profesa la religión católica y tal declaración se convierte, por el artículo 245, en prueba suficiente de la no profesión y consiguientemente en exigencia suficiente para no quedar obligado al matrimonio canónico.

⁶²⁰ DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, “El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible”, en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág.36.

Tal medida no es nada original, ya en nuestra evolución jurídica lo hemos visto de forma parecida. Así ya fue empleada en el Decreto de 9 de febrero de 1875, y también por la Real Orden de 28 de diciembre de 1900. Por tanto el espíritu facilitador del acceso al matrimonio civil entra con esta última disposición con mayor fuerza. Y esto se ve con mayor claridad en el artículo 249 y se vuelve a la interpretación dada por la Real Orden de 27 de agosto de 1906, "... se presumirá la acatolicidad por el sólo hecho de la celebración del matrimonio civil". Así la interpretación del artículo 42 del Código civil que hemos visto en este Real Decreto de 1977 ha sido la más amplia que hemos podido observar a lo largo la historia de nuestras leyes en lo que a materia matrimonial se refiere.

Es importante hacer ver que el Real Decreto de 1977 augura una nueva etapa para la institución matrimonial y por tanto, clausura una etapa anterior. El Real Decreto de 1977 cierra una etapa de la historia de nuestro derecho o anticipa una nueva era, según lo queramos percibir. En definitiva, la protección que se da a la institución matrimonial en nuestro sistema jurídico se ve fortalecida por el Derecho fundamental a la libertad religiosa.

En conclusión, en el momento histórico anterior a la Constitución de 1978 nos encontramos en España con un sistema matrimonial de matrimonio civil subsidiario, aunque debilitado, pues basta la mera declaración expresa del interesado de no profesar la religión católica.

De relevancia sustantiva, pues el matrimonio canónico con plenos efectos civiles se rige por las disposiciones sustantivas de la Iglesia católica, que no reconoce el divorcio para ninguna clase de matrimonio, sea civil o canónico; y que reconoce a la jurisdicción eclesiástica como única competente para conocer de las causas matrimoniales en su más amplio sentido, con paralela concesión de efectos civiles mediante la simple notificación de la sentencia o solicitud⁶²¹.

A lo largo de todo este período que abarca el estudio de este capítulo las leyes españolas regulan con carácter restrictivo la capacidad de los españoles para contraer matrimonio civil, pues la redacción del art. 42 solamente autorizaba tal matrimonio en los supuestos en que quien deseara contraerlo probara no profesar la religión católica.

Y como hemos podido ver en este último epígrafe, esta característica de subsidiaridad entró en crisis con la reforma del Reglamento del Registro civil operada por Decreto de 22 de mayo de 1969 y con la Instrucción de la Dirección

⁶²¹ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1993, Volumen I, (Capítulo VI), Editorial Tecnos, pág.497.

General de los Registros de 22 de marzo de 1974, que al facilitar al máximo dicha prueba dio lugar de hecho a un régimen de matrimonio civil facultativo. Esta facultatividad⁶²², como hemos podido comprobar, se confirma con la reforma del Reglamento del Registro civil de 1 de diciembre de 1977.

⁶²² LÓPEZ ALARACÓN, Mariano, "Iglesia, Estado y Matrimonio" en *Anales de la Universidad de Murcia (1967-1968)*, pág.41.

4. LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Los ordenamientos constitucionales de Occidente regulan el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia a partir de la primera guerra mundial. Como hemos visto en los capítulos que preceden a éste, el primer texto constitucional que recoge ambas figuras fue la Constitución de la II República.

La promulgación de la Constitución de 1978 supone la modificación del marco jurídico de nuestra sociedad y establece en el art.1.1º que “El Estado español se configura en un Estado social democrático de Derecho, en el que se reconocen como valores fundamentales del ordenamiento la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político”, y el art. 16.3º declara la no confesionalidad del Estado.

En este contexto y desde estos postulados se inicia la reforma de la legislación matrimonial que se promulga a partir de este período, teniendo en consideración que los principios que van a informar la presente legislación serán la igualdad y libertad de los sujetos que lo integran, teniendo como límite la laicidad, para unos o para otros la aconfesionalidad.

El texto constitucional reconoce y protege dos de los grupos en los que se puede integrar y desarrollar la persona individual: el matrimonio y la familia, al igual que recogía el texto constitucional de la II República.

El sistema matrimonial vigente en España, que resulta del artículo 32 de la Constitución de 1978, del artículo VI del Acuerdo Jurídico con la Santa Sede, y de los artículos 59 y 60 del Código civil en su redacción por Ley 30 / 1981, de 7 de julio es fruto de una larga evolución histórica que, precisamente merced a estas últimas disposiciones, ha sufrido una profunda transformación.

Hay que poner de manifiesto que en España está reconocido a efectos civiles el matrimonio religioso católico, junto al matrimonio civil, tradicionales ya en nuestro país, y que con arreglo a los nuevos Acuerdos del Estado con las confesiones evangélica, judía y musulmana ha sido reconocido también a tales efectos el matrimonio de estas confesiones.

4.1. El proceso constituyente de la regulación del matrimonio

El texto del anteproyecto de la Constitución de 1978 que fue presentado al Congreso recogía en su artículo 27.1º: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de

derechos, relaciones estables de familia”. Y en su art.27.2º: “El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes del mismo”⁶²³.

4.1.1. Enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados

En las Enmiendas que se presentaron a este artículo se reflejaba la posición de cada partido político o de cada grupo parlamentario tanto del matrimonio como de la familia. Veamos los principales:

- a) El grupo parlamentario UCD tenía una visión de la familia exclusivista, “solo existe un tipo de familia, la que tiene su origen en el matrimonio”⁶²⁴.
- b) El Grupo parlamentario de Alianza Popular, con una visión exclusivista del matrimonio como único cauce de construir una familia,⁶²⁵ considera: “que a través del matrimonio se crea una familia estable y no relaciones estables de familia”⁶²⁶.
- c)
- d) El Grupo parlamentario Socialista establece: “el matrimonio es una de las vías para desarrollar la afectividad de las personas, pero en ningún momento el único cauce constitutivo de la familia”⁶²⁷. De lo que se desprende que tienen una visión amplia de familia, se constituye tanto con el matrimonio como a través de otras vías⁶²⁸.

Así pues, después de este breve pero significativo análisis podemos afirmar que las Enmiendas presentadas en el Congreso las podemos clasificar en dos grupos:

- a) Aquellas que propugnaban que existía un único tipo de familia, que estaba basada única y exclusivamente en el matrimonio.

⁶²³ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.11.

⁶²⁴ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.472.

⁶²⁵ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.894.

⁶²⁶ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.397.

⁶²⁷ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.714.

⁶²⁸ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.894.

- b) Quienes establecían que existían distintos tipos de familia, la que tiene su origen en el matrimonio y la extra-matrimonial⁶²⁹.

El grupo Alianza Popular proponía en la Enmienda 691: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio bajo el principio de equiparación y a crear y mantener mediante el mismo una familia estable”. La justificación que da es que a través del matrimonio se crea una familia estable y no relaciones estables de familia.⁶³⁰

La Enmienda 736 presentada por UCD proponía: Art 27: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica. Se reconocen los derechos de la familia como institución natural basada sobre el matrimonio. El matrimonio y la familia gozarán de especial protección por parte del Estado”. Aquí la justificación que se daba es que trataba de esclarecer dos materias que en su opinión estaban rodeadas de ambigüedad y confusión. Considera a la familia como institución natural y se fundamenta en el matrimonio. Por lo que de esta justificación se desprende, solo existe un único tipo de familia, la que tiene su origen en el matrimonio⁶³¹.

Posteriormente es la UCD quien de nuevo en la Enmienda 756 establece: “La familia es la célula natural y fundamental de la sociedad, se funda en el matrimonio monogámico y debe ser tutelado y protegido por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a mantener relaciones estables de familia”⁶³².

Y es la misma UCD la que en la Enmienda 779 establece una nueva redacción del art. 27.1 estableciendo: “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia”. La justificación que podemos establecer con esta nueva redacción es que se trataba de eliminar el equívoco del párrafo 1º, del artículo 27 ya que de él podía deducirse la admisión de dos formas alternativas de familia, una matrimonial y otra extramatrimonial y esto realmente no es lo que ellos pretendían sino justamente lo contrario, era la postura que trataban de eliminar del texto constitucional en todo momento...⁶³³.

⁶²⁹ Ibídem.

⁶³⁰ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.397.

⁶³¹ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.454-455.

⁶³² Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.472.

⁶³³ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.487.

Es significativo el comentario de LÓPEZ RODO una vez concluida la fase de enmiendas y en el debate de las Enmiendas cuando manifiesta que la sociedad española está basada en la institución matrimonial, basada en la familia, y con este ataque frontal a la indisolubilidad del matrimonio se trata de pasar a una nueva forma de sociedad incompatible con nuestras tradiciones, incompatible con nuestro Derecho, salvo el leve paréntesis, y poco afortunado, de la Ley del Divorcio de 1932, y se trata también de entrar en disonancia con una creencia muy extendida en el pueblo español⁶³⁴.

Este es un exponente más que algunos sectores que se ocuparon de la redacción de ése artículo seguían pensando en el matrimonio precedente y no estaban de acuerdo con las modificaciones que pusieran en sintonía nuestro ordenamiento jurídico con el resto de países de nuestro entorno⁶³⁵.

El Grupo parlamentario de la Minoría Catalana presenta la Enmienda 125 en que el artículo 27.1º establecía: “a partir de la mayoría de edad, tienen derecho a contraer matrimonio, y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia...”⁶³⁶. Luego este grupo establece y distingue dos derechos, el de contraer matrimonio y el de crear relaciones estables de familia⁶³⁷.

Sin embargo, la Enmienda más significativa fue presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la que establecía que “toda persona tiene derecho a desarrollar su afectividad y sexualidad: a contraer matrimonio y a crear relaciones estables de familia”⁶³⁸. La Enmienda en cuestión fue presentada por PECES-BARBA del grupo socialista, como hemos dicho, y la principal idea es manifestar que el matrimonio era una de las vías para desarrollar la afectividad de las personas, pero en ningún momento el único cauce constitutivo de la familia...⁶³⁹.

⁶³⁴ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.1153.

⁶³⁵ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág. 895.

⁶³⁶ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.201.

⁶³⁷ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág. 895.

⁶³⁸ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.714.

⁶³⁹ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.714.

Hemos de tener especialmente en cuenta que la UCD también propuso que matrimonio y familia deberían recogerse en dos apartados distintos⁶⁴⁰. Así la Enmienda 736 presentada por UCD proponía la modificación del apartado 1º del artículo 27: *“A partir de la mayoría de edad, tienen derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica. 2º Se reconocen los derechos de la familia como institución natural basada en el matrimonio. 3º El matrimonio y la familia gozarán de especial protección por parte del Estado*⁶⁴¹.

La justificación de la Enmienda es intentar aclarar materias fundamentales ya que se consideran que en el Anteproyecto tal y como se presentan son ambiguas y confusas, y la consideración en apartados distintos de matrimonio y familia puede aclarar este aspecto⁶⁴².

El texto definitivo del proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados se sitúa en la misma Sección 2º, bajo la rúbrica “De los derechos y deberes de los ciudadanos” quedando así: *Art. 30 : 1º “ A partir de la edad núbil , el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrá contraer matrimonio. 2º La ley regulará las formas de matrimonio.*⁶⁴³

4.1.2. Enmiendas presentadas en el Senado

A continuación el texto se presenta en el Senado⁶⁴⁴, donde también se presentan distintas Enmiendas en las que se trasluce nuevamente la visión que, sobre el matrimonio, tenía cada grupo parlamentario. El texto definitivo del artículo 30 es el siguiente: *1º A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en igualdad de derechos y deberes, podrá contraer matrimonio. 2º La ley regulará las formas de matrimonio,...*

Intentaremos a continuación comentar las Enmiendas que fueron más significativas introducidas por el Grupo Independiente y por el Grupo Mixto.

El Grupo Independiente establecía que la familia es el elemento natural o fundamental de la sociedad, así pues, se reconoce el derecho del hombre y de la

⁶⁴⁰ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.895.

⁶⁴¹ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.454-455.

⁶⁴² Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.454-455.

⁶⁴³ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág. 2580.

⁶⁴⁴ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.2580.

mujer a contraer matrimonio y fundar una familia en igualdad de derechos y deberes⁶⁴⁵. La idea se basa en el contenido de los distintos Tratados internacionales que recogen contenidos con derechos similares, concretamente el art. 16 de la DUDH de 1948 y el art. 23 del PIDCP de 1966.

Una posición más bien contraria es la que mantiene el Grupo Mixto que propone una nueva redacción para el artículo 30 1º, en los siguientes términos: *“Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y de su sexualidad, a contraer matrimonio y a crear relaciones estables de familia en libertad”*.

La justificación de dichos términos se basa en que “tratan de hermanar la libertad y la responsabilidad en las relaciones afectivas y sexuales entre las personas, de lo que podemos deducir que para el Grupo Mixto, son dos cosas distintas el matrimonio y crear relaciones estables de familia, con lo que la familia no surge única y exclusivamente del matrimonio”⁶⁴⁶.

Una vez finalizadas las discusiones en el Senado se modifica la ubicación del artículo en cuestión, pasando a situarse en el artículo 32, que será el lugar que ocupará definitivamente en el texto constitucional una vez concluido el proceso de elaboración y publicado en el Boletín Oficial del Estado, el 27 de diciembre de 1978. Podemos afirmar que de este texto definitivo se desprende que no hay mención expresa a si, sólo a través del matrimonio puede constituirse una familia, o si por el contrario puede constituirse la familia a través de otras vías⁶⁴⁷.

El texto definitivo y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 27 de diciembre de 1978 es el siguiente⁶⁴⁸:

Artículo 32.1º El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2º La ley regulará las formas de matrimonio y capacidad para contraerlo.

⁶⁴⁵ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.896.

⁶⁴⁶ Trabajos parlamentarios, Enmienda 389 presentada por el Grupo Independiente, Volumen I, pág. 2830.

⁶⁴⁷ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.897.

⁶⁴⁸ Trabajos parlamentarios, Volumen I, pág.5010.

Así, de las Enmiendas que se han presentado se puede desprender que existían dos posturas chocadas, por un lado la del Grupo Socialista y por otro lado la posición mantenida por la UCD y AP.

La que propone el Grupo Socialista establece que “toda persona tiene derecho a desarrollar su afectividad y sexualidad, a contraer matrimonio y a crear y mantener relaciones estables de familia”. Lo que comprende esta Enmienda, según LABACA, ya no es más que lo que establece el propio texto constitucional, ya que la persona será el centro de imputación de derechos y libertades como consecuencia de lo cual, es necesario que se establezcan las vías necesarias para que pueda desarrollarse la afectividad y sexualidad del individuo, de lo que se desprende que no puede existir una única vía para constituir relaciones estables de familia en las que la persona pueda desarrollar su afectividad, por ello a ese mismo fin puede contribuir, tanto el matrimonio como otro tipo de relaciones interpersonales, siempre según opinión de la autora⁶⁴⁹.

En sentido contrario, ALZAGA considera que en relación con el contenido de esta Enmienda “no tiene ningún precedente serio y de haber sido aprobada hubiera producido consecuencias imprevisibles”. El autor considera que la Constitución “no reconoce o protege otra realidad familiar que la fundada en el matrimonio, el resto de conjuntos familiares no fundados en el matrimonio quedan implícitamente desprovistos de protección en nuestro texto constitucional”⁶⁵⁰.

Como hemos anunciado, la otra postura viene reflejada en las posiciones mantenidas por la UCD y AP. Ambos trataban de reflejar sus concepciones tradicionales de familia como cédula básica de la sociedad.

Creo que las ideas de los párrafos anteriores nos pueden ayudar a completar y a enfocar nuestra visión sobre el tema que nos ocupa. Y tampoco es nada despreciable la visión de la sociedad española donde encontrarán desarrollo las legislaciones motivo de nuestro estudio y que la retratan las líneas siguientes, con las limitaciones evidentes de la brevedad y la superficialidad que acarrea una excesiva síntesis.

Estos dos grupos lo que intentaban a través de las Enmiendas que presentaron fue que constara que la única vía para formar la familia era el

⁶⁴⁹ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.897.

⁶⁵⁰ ALZAGA VILLAAMIL, Óscar., *Comentarios a las Leyes políticas*, Madrid, 1983, Editorial Edersa, pág. 285.

matrimonio, así pues, lo que lograron a través del consenso con los otros grupos es que desapareciera el párrafo en el que se establecía que el hombre y la mujer tienen derecho a crear y mantener relaciones estables de familia ya que esta era la vía mediante la que se reconocía el derecho a formar otros tipos de familia además de la que se fundaba en el matrimonio⁶⁵¹.

Por tanto, con el sentir de LABACA, podemos deducir que la redacción definitiva del artículo 32 de la Constitución española de 1978 es el esfuerzo del consenso⁶⁵². Como hemos podido constatar ninguna de las posiciones iniciales de los grupos llegó a buen puerto. No prosperó ninguna de sus propuestas pero tampoco la de sus oponentes.

Como consecuencia cuando nos detenemos en el citado artículo observamos que de su redacción definitiva no se establece a través de qué vías puede constituirse la familia, ni si la familia se crea única y exclusivamente a través del matrimonio, ni si además del matrimonio existen otros tipos de relaciones interpersonales estables que puedan hacer surgir a la familia, aunque parezca una evidencia nada de lo anterior lo vemos en la norma suprema ni tampoco a través de las posibles interpretaciones.

LABACA, a la vez, afirma que al ordenamiento se le puede aplicar otro calificativo y éste es la ambigüedad⁶⁵³; lo ve como una característica que fue consensuada y deseada por el legislador constituyente, con el fin de atender la incorporación de otras figuras en su desarrollo futuro. Y me parece este punto del todo acertado y que el tiempo ha venido a constatar. La realidad en nuestro país, en lo que a legislación matrimonial se refiere, ha sido la que ha sido y estas palabras se han cumplido a la perfección.

También me parece interesante lo que describe esta autora a continuación cuando afirma, en relación al párrafo 2º, del artículo 32 CE, cuando establece que *“La Ley regulará las formas, la capacidad para contraerlo y las causas de la disolución”*, que quiere manifestar que se contiene una orden dirigida al legislador ordinario para que dé la regulación pertinente al matrimonio, aunque esta regulación se encuentra constreñida a determinadas materias como son: las formas, la capacidad, la disolución y los efectos.

⁶⁵¹ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.898.

⁶⁵² *Ibidem*, pág.898.

⁶⁵³ *Ibidem*, pág.898.

LABACA de forma muy hábil describe cómo este artículo 32.2º recoge como único límite del legislador ordinario, el respeto derivado del principio de libertad de conciencia de los ciudadanos, de lo que se desprende que el modelo de matrimonio que nos deberá regular será el apropiado a las creencias, religiosas o no, de los ciudadanos siempre que la misma no entre en colisión con otros derechos fundamentales, especialmente el de igualdad y el de aconfesionalidad⁶⁵⁴.

4.1.3. Consideraciones doctrinales de la regulación del matrimonio en la Constitución

Y dando un pequeño paso adelante cabría interrogarnos sobre las diferentes posiciones doctrinales acerca de la inclusión en la Constitución de la regulación del matrimonio; según propugna GÓMEZ SÁNCHEZ, en la actualidad sería más armónico que “el matrimonio se recogiera en las leyes civiles, pero que ya no existen argumentos suficientes para su regulación como derecho constitucional”⁶⁵⁵.

Determinados autores, como MARTÍNEZ MORÁN, consideran que la regulación que hace la Constitución del tema en cuestión se puede calificar de imprecisa⁶⁵⁶, frente de LÓPEZ ALARCON y NAVARRO VALLS, que nos dicen que es ambigua⁶⁵⁷. FERRER ORTIZ a la vez establece que el artículo 32 es una norma ambigua cuando no confusa. Dice que esta norma tiene una notable carga de elasticidad, lo que considera es que es inapropiado que una ley ordinaria como la relativa al matrimonio, no solo se apoye en ideologías fuertemente enfrentadas, sino que refleje ese enfrentamiento en sus normas⁶⁵⁸.

La idea anterior la corrobora NAVARRO-VALLS⁶⁵⁹ cuando viene afirmando que el legislador ha querido ser decididamente ambiguo, entendiéndose el término

⁶⁵⁴ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.898.

⁶⁵⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “Matrimonio y familia: artículos 32 y 39 CE”, en *Revista de Derecho Político, la reforma constitucional*, UNED, Madrid, 1992, número 36, pág.21.

⁶⁵⁶ MARTÍNEZ MORÁN, Narciso, “La familia y su protección constitucional”, en *Revista de la Universidad Complutense*, número 5, 1978, pág.139.

⁶⁵⁷ LÓPEZ ALARCÓN, Mariano y NAVARRO-VALLS, Rafael, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, 2010, Séptima Edición Editorial Tecnos.

⁶⁵⁸ FERRER ORTIZ, Javier, *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*, Pamplona, 1986, Editorial EUNSA, pág.138.

⁶⁵⁹ NAVARRO VALLS, Rafael, *El matrimonio religioso ante el derecho español*, Barcelona, 1996, Editorial Ariel, págs. 25.

ambigüedad como imprecisa o equívoca formulación del pensamiento legislativo en cuanto crea una incertidumbre sobre el significado de la norma.

Y corroborando lo primero, CABALLERO GEA⁶⁶⁰ establece que el artículo 32 es ambiguo como consecuencia de su carácter consensuado, sostén de los más dispares criterios e interpretaciones sobre su alcance en los efectos del matrimonio canónico y divorcio en particular.

Ya para finalizar con esta idea podemos concluir que la definición que se contiene en el artículo 32 de la Constitución Española es la más correcta de todas las que se propusieron, tal como afirma MARTÍNEZ MORAN⁶⁶¹.

Después de este análisis podemos afirmar que la regulación que hizo del matrimonio el constituyente es la correcta. Con el sentir de LABACA ZABALA, podemos mantener que se trata de una norma abierta⁶⁶². Lo cual significa que deberá completarse a través de la regulación civil de desarrollo, como se establece en el art.32.2 de la Constitución Española, así como de las decisiones de los distintos Tribunales teniendo en consideración, en todo momento, la evolución de la sociedad española y respetando los principios fundamentales que se recogen en el texto de la Carta Magna.

Y en este sentido lo podemos corroborar en lo que afirman REINA y MARTINELL en el siguiente párrafo: “las normas constitucionales, partiendo de la realidad social, imponen al legislador ordinario la obligación de dictar una disciplina que estructure esas realidades con el fin de servir a un mejor desarrollo de la personalidad individual. Por ello, la Constitución regula el matrimonio y la familia con el objetivo de que sirvan a la dignidad y desarrollo de la personalidad individual, lo cual ha acarreado una serie de reformas legislativas que ponen de manifiesto, que el legislador ha tenido que extraer las correspondientes consecuencias de la evolución operada en los últimos años en la sociedad española, sociedad que no debemos olvidar es pluralista”⁶⁶³.

⁶⁶⁰ CABALLERO GEA, José Alfredo, *Ley del divorcio*, Pamplona, 1982, pág.105.

⁶⁶¹ MARTÍNEZ MORÁN, Narciso, “La familia y su protección constitucional”, en *Revista de la Universidad Complutense*, número 5, 1978, pág.139.

⁶⁶² LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.899.

⁶⁶³ REINA BERNÁLDEZ, Víctor, y MARTINELL GISPERT-SAÚCH, José María, *Curso de Derecho matrimonial*, Madrid, 1995, Editorial Marcial Pons, pág.19-21.

Estos autores establecen que “en el matrimonio, la estructura jurídica es un elemento constituyente, y la realidad social es el desenvolvimiento vital del dinamismo matrimonial. Así, el elemento constitutivo del matrimonio es la unión entre varón y mujer ordenada a la familia; pero es una unión jurídica, independientemente de la que ocurra en la realidad social. De donde se deduce que si bien la estructura jurídica del matrimonio no debe confundirse con la realidad social del mismo, tampoco deben extrapolarse ambos elementos, ya que la estructura jurídica del matrimonio existe en función de su realidad social, y cuando no coinciden ambos elementos nos hallamos ante una situación patológica del matrimonio, que es cuando el recurso al derecho tiene mayor utilidad”⁶⁶⁴.

4.1.4. La regulación del matrimonio en relación con la normativa internacional

Tampoco podemos olvidar que toda la normativa sintonice con la regulación existente en los distintos Tratados Internacionales y que en última instancia son fuente de interpretación de los derechos y libertades, que la Constitución recoge, tal y como establece el artículo 10 de la Constitución Española.

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en Nueva York, de 10 de diciembre de 1948, establece en el artículo 16.1º lo siguiente: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. Y sigue el artículo 16.2º “Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio”. Y el artículo 16.3º “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En el mismo sentido, el art. 23.2º y 4º del PIDCP, Nueva York, de 16 de diciembre de 1966 afirma: art.23.1 “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”. Art. 23.2. “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello”. Art.23.3 “el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Art. 23.4 “los Estados parte en el presente pacto, tomarán las medidas necesarias para asegurar la igualdad derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución”.

⁶⁶⁴ *Ibidem.*

4.2. La regulación constitucional del matrimonio

4.2.1. Reconocimiento constitucional del matrimonio

Como ya hemos podido observar, el derecho a contraer matrimonio es un reconocimiento constitucional⁶⁶⁵. Ello responde a una visión un tanto novedosa en la historia de nuestras legislaciones contemporáneas. Es una novedad en el constitucionalismo español que responde a las últimas tendencias en el constitucionalismo comparado de ampliar el elenco de derechos reconocidos en la norma fundamental⁶⁶⁶.

Se trata de un derecho que por su ubicación en el texto constitucional, Sección Segunda del Capítulo Primero, goza de un régimen de garantías menos intenso que los que contienen la Sección Primera. Sin embargo, esto constituye el reconocimiento constitucional de una de las principales manifestaciones del derecho de la persona a configurar su propia vida, en cuanto que reconoce y garantiza el derecho a adoptar una decisión como la de constituir una familia legalmente reconocida y cuya regulación se ajusta a los preceptos constitucionales⁶⁶⁷.

Considera la doctrina que la naturaleza jurídica que poseen, los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, de auténticos derechos subjetivos hace que sean plenamente exigibles frente a los poderes públicos, es decir, que cualquier persona, en cuanto titular de ellos puede exigir que los mismos sean respetados sin necesidad de atender a ningún desarrollo legal⁶⁶⁸.

4.2.2. Sistema de protección jurídica

Después de estas consideraciones podemos suponer que el derecho a contraer matrimonio es un derecho que podrá ser alegado ante los Tribunales sin

⁶⁶⁵ LABACA ZABALA, Lourdes, "El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española", en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: "Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas"*. 2005-2008. Ponencia, pág.901.

⁶⁶⁶ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "Los derechos de la esfera personal", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, volumen I, 4ª edición, Valencia 2000, Editorial Tirant lo Blanch, pág. 238, en LABACA ZABALA, Lourdes, "El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española", en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: "Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas"*. 2005-2008. Ponencia.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, pág. 239.

⁶⁶⁸ LÓPEZ GUERRA, Luis. "Los derechos fundamentales" en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, volumen I, 4ª edición, AA.VV., Madrid, 2000, pág.140-141.

necesidad de ser desarrollado legislativamente, aunque carece de la protección sumaria y preferente que concede el art. 53.2 a los arts. 14 a 29 de la Constitución⁶⁶⁹.

En este sentido, como derecho de la personalidad, afecta a la propia dignidad humana y su regulación por ley deberá respetar dicho carácter, por lo que los requisitos y limitaciones que se exijan deberán de fundarse sólo en la propia esencia del matrimonio y no en consideraciones extrínsecas, de lo que se deduce que esta clase de restricciones serán inconstitucionales⁶⁷⁰.

Parafraseando a ESPIN podemos afirmar que la regulación constitucional del derecho a contraer matrimonio tiene una triple virtualidad:

- a) Es un mandato al legislador ordinario de regular la forma matrimonial de la familia. Así, no podrá el legislador prescindir de una regulación global del matrimonio que contemple los aspectos expresamente señalados en el art. 32.2 de la CE.
- b) Consagra este derecho con el máximo rango normativo.
- c) Supone una expresa remisión al legislador en lo que respecta a los principales aspectos del régimen jurídico del matrimonio: formas, edad y capacidad para contraerlo, derechos y deberes de los cónyuges, causas de separación y disolución y sus efectos.

El enclave constitucional del matrimonio y la familia ha sido un tema cuestionado por la doctrina en el último cuarto de siglo⁶⁷¹.

La Constitución española se aparta del tratamiento conjunto que el artículo 43 de la Constitución de 1931 hacía de la familia y del matrimonio, como ya hemos podido observar en los capítulos precedentes. En la actualidad, como hemos venido anunciando, es el artículo 32 el que reconoce el derecho a contraer matrimonio, mientras que el artículo 39 señala la actuación de los poderes públicos con respecto a la familia a la par que trata otros aspectos tradicionalmente vinculados a ella, como

⁶⁶⁹ LABACA ZABALA, Lourdes, "El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española", en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: "Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas"*. 2005-2008. Ponencia, pág.903.

⁶⁷⁰ ESPIN CANOVAS, D., "Comentarios al art. 32 CE", en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo III, art. 24-38, Madrid, 1996, pág.454.

⁶⁷¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, "Matrimonio y familia: artículos 32 y 39 CE", en *Revista de Derecho Político, la reforma constitucional*, UNED, Madrid, 1992, número 36, pág.210.

es la asistencia a los hijos, la protección de la madre y de la infancia y la investigación de la paternidad⁶⁷².

Las tesis a las que nos referíamos y que se mantienen sobre el artículo 32 de la CE en nuestros días abrogan por la supresión del derecho a contraer matrimonio de la norma suprema, aunque, no podemos obviar que su incorporación en 1978 ha resultado positiva en varios aspectos, como más adelante abordaremos.

4.2.3. Opiniones doctrinales sobre la inclusión del matrimonio en la Constitución

Algunos autores, en este sentido GÓMEZ SÁNCHEZ⁶⁷³, defienden su no inclusión porque las clásicas funciones del matrimonio (reproductora, sexual y económica) que se han mantenido a lo largo de los años en muchas sociedades ya no precisan de la figura jurídica del matrimonio para manifestarse y ser reconocidas en los ordenamientos jurídicos. Según la línea que siguen estos autores, el matrimonio debe tener su lugar en las leyes civiles.

Las incógnitas que plantea la inclusión en el texto constitucional no las podremos resolver porque no es este el lugar. Sin embargo, debemos tender a buscar una respuesta a la pregunta siguiente: ¿debe ser constitucionalizado el matrimonio en una organización social democrática? Y ¿qué motivos animaron su incorporación al texto constitucional? Las reflexiones en torno a la institución matrimonial nos darán luces suficientes para tener un criterio claro acerca de la idoneidad o no de la categoría legal que ocupa.

Tradicionalmente la inclusión del matrimonio en la cúspide de la jerarquía normativa ha obedecido a la concepción jurídica que el matrimonio es una institución de derecho natural. Esta postura ha sido la mayoritaria en la doctrina y es la que mejor casa con una adecuada idea del hombre, en cuanto a tal⁶⁷⁴. Otra línea minoritaria, que coincidiría con suprimir la regulación matrimonial de la Constitución, es la que ve en el matrimonio una relación personal enclavada más en el ámbito

⁶⁷² *Ibidem*.

⁶⁷³ *Ibidem*.

⁶⁷⁴ En este sentido podemos encontrar a: ALBALADALEJO, Manuel., *Derecho Civil*, tomo IV, Barcelona, 1982; ENTRENA KLET, Carlos, *Matrimonio, Separación y Divorcio*, Pamplona, 1982, Editorial Aranzadi; PUIG PEÑA, Federico., *Compendio de Derecho Civil español*, tomo IV, Barcelona, 1966, Editorial Aranzadi.

privado⁶⁷⁵. Y su constitucionalización reconocería, sin más, la admisión de un pacto voluntario específicamente configurado⁶⁷⁶.

Lo que no podemos obviar, aunque no tenga un carácter esencial y sea del todo secundario, es que la constitucionalización del matrimonio supone una verdadera ayuda a la sociedad para que su vertebración y estructuración derive en una realidad. Si observamos nuestro entorno más inmediato, nos damos cuenta que el matrimonio crea un grupo básico de consumo, vincula intereses, crea lazos económicos, aspectos todos ellos que no acostumbran a encontrarse en otro tipo de relaciones afectivas. No podemos dejar de pensar que se encuentran en este caso las personas que consiguen casa, estatus, bienestar económico y social a partir del matrimonio y no podrían haber conseguido solas esta situación de otras maneras.

Llegados a este punto nos podemos plantear las ventajas que ha supuesto la constitucionalización del matrimonio en España. La más evidente ha sido la declaración, en el apartado primero del artículo 32, de la plena igualdad jurídica de los cónyuges ante el matrimonio. Podemos afirmar que con esto conseguimos la igualdad formal entre el hombre y la mujer, aunque la igualdad real sea otro tema.

La remisión a la ley que hace el apartado segundo del artículo 32, para la regulación de las causas de separación y disolución del matrimonio ha permitido la incorporación de elementos impensables al ordenamiento jurídico.

La gran ventaja de la constitucionalización del matrimonio ha sido la distinción que hemos conseguido del matrimonio hacia otras posibles formas de convivencia. De esta forma, con la configuración del matrimonio como derecho constitucional se pueden avalar formalmente actuaciones de los poderes públicos que han de mostrarse coherentes con los principios constitucionales.

Por todo ello, las ventajas que la inclusión del matrimonio en el texto constitucional ofrecieron ya se han consolidado en la sociedad y parece muy poco probable que se den retrocesos en la legislación y se establezca cualquier tipo de regresión en este aspecto.

⁶⁷⁵ En este sentido vemos a: GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, "Matrimonio y familia: artículos 32 y 39 CE", en *Revista de Derecho Político, la reforma constitucional*, UNED, Madrid, 1992, número 36.

⁶⁷⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, "Matrimonio y familia: artículos 32 y 39 CE", en *Revista de Derecho Político, la reforma constitucional*, UNED, Madrid, 1992, número 36, pág.212.

4.3. Los principios informadores del matrimonio en la Constitución de 1978: la libertad y la igualdad. La monogamia

4.3.1. La libertad y la igualdad en la Constitución española

Dos de los principios básicos e informadores y deducibles del matrimonio son la libertad y la igualdad⁶⁷⁷.

En este sentido, FOSAR BENLLOCH apunta que ambos principios favorecen el libre desarrollo de la personalidad, fin último de cualquier ordenamiento jurídico, para garantizar la dignidad de todos los ciudadanos, y cómo no, también a la hora de regular este derecho en el Estado Social y Democrático de Derecho que consagra el texto constitucional⁶⁷⁸.

Esta igualdad que acabamos de predicar la podemos encontrar recogida en distintos textos internacionales. Especialmente destacable es la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16. En este sentido, el art.16.1 propone: *“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia”*⁶⁷⁹.

El mismo autor prosigue afirmando que esta visión engarza perfectamente con el planteamiento constitucional en su misma esencia. En este sentido afirma, “estos dos principios están plena y armoniosamente enlazados en la mente del legislador constituyente, como valores superiores del ordenamiento jurídico, art.1.1, de lo que se deduce que no hay libertad nupcial sin que todo hombre y toda mujer tengan derecho a contraer matrimonio en la más plena igualdad, no hay igualdad jurídica sin que esos hombres y mujeres que son iguales ante la ley para contraer matrimonio, se unan si no es con el pleno y libre consentimiento matrimonial, pues

⁶⁷⁷ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1990, Editorial Congreso de los Diputados, pág.182. El autor considera que tanto la familia como el matrimonio son figuras sociales, formalmente constitucionalizadas, operantes dentro de una sociedad ordenada conforme a postulados democráticos y, especialmente, basados en los principios de igualdad y libertad. El primer postulado, como puede observarse con la lectura de la tesis, no es el que defiende, por la propia naturaleza de las cosas, sin embargo, sí es el lugar donde operan.

⁶⁷⁸ FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Barcelona, 1981, Editorial Bosch, pág.183 y ss. En este sentido: *“en opinión del autor la dignidad humana consagrada en el art. 10.2 la Constitución exige la armoniosa conjunción de la libertad e igualdad”*.

⁶⁷⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Nueva York, de 10 de diciembre de 1948.

sólo la voluntad concorde de ambos permite comprometer su libertad en la unión conyugal⁶⁸⁰.

Por lo que al primero de los principios que hemos anunciado, la libertad, hemos de afirmar que cualquier limitación que el ordenamiento jurídico pretenda introducir debe aparecer perfectamente justificada, debe interpretarse de forma restrictiva y además estas limitaciones deben ser excepcionales. Y en este sentido viene reconocido en los distintos Convenios y Pactos internacionales ratificados debidamente por España. Por tanto, esta libertad nupcial aparece reconocida a nivel internacional.

Para asegurar plenamente esta libertad, los padres de la Constitución establecieron que la regulación del matrimonio debía realizarse a través de una ley. Y no remitió a una norma en blanco, dando potestad plena al legislador ordinario, sino más bien esta libertad de actuación del legislador debía quedar dentro del ámbito del propio artículo 32 de la Constitución. Así, el constituyente realizó una delimitación de cuáles debían ser las líneas sobre las que el legislador ordinario podría actuar.

Del contenido del párrafo anterior, se organiza la libertad nupcial pregonada en el artículo 32 de la Constitución. Por tanto, hoy en día, el derecho a contraer matrimonio como muy bien ratifica FOSAR BENLLOCH, se constituye en un derecho universal, irrenunciable, perpetuo y *erga omnes*, que sólo puede ejercitarse con el pleno asentimiento del hombre y de la mujer que pretenden contraerlo, expresado en forma legal. Todas son conquistas históricas perfectamente consolidadas en Occidente hoy en día y forman parte del orden público de la legislación matrimonial secular⁶⁸¹.

Así, la libertad, además de constituirse en un principio que informa el ámbito matrimonial, es también un derecho individual, entendido éste como el derecho que tiene toda persona a no encontrar obstáculos en su realización como tal. Por ello, esta libertad individual debe ser reconocida y protegida por los poderes públicos⁶⁸², puesto que es una derivación de la dignidad personal y del libre desarrollo de la personalidad que el artículo 10.1 de la Constitución consagra como fundamento del

⁶⁸⁰ FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Barcelona, 1981, Editorial Bosch, 1981, pág.183.

⁶⁸¹ *Ibidem*, pág.186.

⁶⁸² GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Publicaciones del Instituto Jurídico Español, págs. 62 y ss.

orden jurídico y social⁶⁸³ ⁶⁸⁴. Textualmente afirma ROCA “este derecho deriva del fundamental a la libertad, de forma que quien desea entrar en el estado matrimonial no debe verse limitado por ninguna forma de prohibición irracional impuesta por el Estado. Esta es una conquista derivada de la Revolución francesa”⁶⁸⁵ y LACRUZ, en la línea que anunciábamos, suscribe de forma literal que “el régimen jurídico del contenido personal de la vinculación matrimonial entre los esposos está presidida por el principio de igualdad de los mismos”.

En cuanto a la igualdad, aparece expresamente recogida en el artículo 14 de la Constitución al afirmar: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; el constituyente establece en el artículo 32.2 “la igualdad jurídica del hombre y la mujer a la hora de celebrar matrimonio”. Y esta igualdad que informa la regulación del matrimonio también la podemos apreciar en la mente del legislador ordinario en el artículo 66 del Código civil: “el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”, teniendo plenamente en cuenta lo establecido tanto en el propio artículo 32.1 como en el 14 de la Constitución Española.

En este sentido PUENTE MUÑOZ admite que “La declaración de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer se proclama además de en el Texto constitucional, artículo 14 y 32.1, en el propio Código civil. Esta insistencia acerca de la igualdad de derechos es el resultado de la desconfianza de aquellos grupos de mujeres impulsoras de derechos que ignoran que basta con que la Constitución declare una vez la igualdad para que se proyecte en todo el régimen jurídico de la mujer soltera o casada”⁶⁸⁶.

El tema de la igualdad no es más que el recorrido de un camino en el que podemos observar diferentes tramos a la hora de llevar a cabo este principio:

- a) El artículo 32.1 establece la igualdad del hombre y la mujer a la hora de celebrarse el matrimonio.

⁶⁸³ ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Madrid, 1999, Editorial Aranzadi, pág.91

⁶⁸⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *El nuevo régimen de la familia, I, Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, Editorial Civitas, pág.115.

⁶⁸⁵ ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Madrid, 1999, Editorial Aranzadi, pág.91

⁶⁸⁶ PUENTE MUÑOZ, Teresa, “Comentarios al art.44 del Código civil” en LACRUZ BERDEJO, José L. *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título 4º, del Libro I, del Código civil*, Madrid, 1994, pág.72 y ss.

- b) El artículo 66 del Código civil recoge la igualdad de los cónyuges, por tanto, se habla de un momento posterior a la celebración del matrimonio.
- c) El artículo 81 consagra la igualdad de los cónyuges a la hora de solicitar la conclusión del matrimonio⁶⁸⁷.
- d) El artículo 82 del propio Código establece las causas de separación sin distinción alguna por razón de sexo.

Nos puede resultar especialmente significativa la idea que se desprende del comentario de LETE DEL RÍO, cuando nos dice: “Se inicia el cambio en el ámbito matrimonial a partir de mediados del siglo XX, pasando de una familia de carácter patriarcal en la que existía un dominio total del marido sobre la mujer a un matrimonio en el que se recoge la igualdad como principio fundamental. Se inicia esta transformación en la Ley de 24 de abril de 1958, continua con la Ley de 2 de mayo de 1975 y culmina con las recientes Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, representando esta última la más significativa afirmación del principio de igualdad establecido en el texto constitucional de 1978”⁶⁸⁸.

En la misma línea, GETE-ALONSO tiene algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal cuando afirma que “el artículo 66 del Código civil positiviza el principio de igualdad de sexos que recoge el artículo 14 y 32 del texto constitucional. Este principio ha informado la reforma de todo el derecho matrimonial”⁶⁸⁹.

4.3.2. La monogamia

La monogamia no ha sido uno de los elementos esenciales del matrimonio a lo largo de toda la historia⁶⁹⁰, aunque es un principio familiar de orden público en nuestro entorno cultural⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ Artículo 81 del Código civil: se decretará judicialmente la separación de los cónyuges, a petición de ambos cónyuges o, a petición de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro.

⁶⁸⁸ LETE DEL RÍO, José Manuel, “Comentario al art. 66 del Código civil”, en LACRUZ BERDEJO, J.L., en *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV, del Libro Primero del Código civil*, Segunda Edición, Madrid, 1994, Editorial Civitas, pág. 627 y ss.

⁶⁸⁹ GETE-ALONSO y CALERA, M. Carmen, *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 317 y ss.

⁶⁹⁰ ENTRENA KLET, Carlos, *Matrimonio, Separación y Divorcio*, Pamplona, 1982, Editorial Aranzadi, pág.223.

⁶⁹¹ *Ibidem*, pág.223.

En sociedades y pueblos primitivos, la pluralidad de matrimonios simultáneos era una de las notas características de estas sociedades, las cuales toleraban y admitían la multiplicidad de uniones simultáneas⁶⁹².

Tal como podemos leer en LABACA, la monogamia, protegida en la legislación matrimonial estatal a través del impedimento de vínculo y el delito de bigamia, no constituye estrictamente un supuesto de incapacidad para contraer matrimonio⁶⁹³.

El hecho que la persona esté anteriormente casada supone que posee dicha capacidad y que estamos ante una prohibición o limitación legal de tipo radical y que no admite excepciones. El impedimento de vínculo no es dispensable ni puede procederse a convalidar el matrimonio en el que concurra dicho impedimento. Se trata claramente de una concepción monogámica del matrimonio⁶⁹⁴.

Lo que debemos preguntarnos es si las prohibiciones legales para celebrar matrimonios válidos, que recogen las legislaciones matrimoniales bajo la figura de impedimentos son realmente supuestos de incapacidad o inhabilidad subjetiva. A lo que REINA responde considerando que “la inhabilitación real que recoge la correspondiente prohibición legal no se compaginaría ni con las posibilidades de dispensa del impedimento, ni con la convalidación del matrimonio que se hubiesen celebrado con dichas prohibiciones, quedando reducido el concepto de impedimento a aquellos que no fueran dispensables ni convalidables. Por lo que se refiere al impedimento de vínculo, considera que en la concepción legal del matrimonio monógamo, el sujeto no puede ya disponer del objeto que ha comprometido mientras permanezca la relación y vínculo anterior. Así pues, todos estos datos llevan a considerar que los impedimentos se constituyen en prohibiciones legales que tratan de proteger alguna de las características básicas de la institución matrimonial, pero que no todas las características propias del matrimonio, ni siquiera todas aquellas que vienen considerándose más elementales, quedan tuteladas por los respectivos impedimentos, ya que algunos de estos rasgos esenciales quedan fuera de los mismos, y su protección jurídica se concreta en el propio concepto de matrimonio, como puede ser la exigencia de la heterosexualidad”⁶⁹⁵.

⁶⁹² LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.907.

⁶⁹³ *Ibidem*, pág.908.

⁶⁹⁴ REINA BERNÁLDEZ, Víctor, y MARTINELL GISPÉRT-SAÚCH, José María, *Curso de Derecho matrimonial*, Madrid, 1995, Editorial Marcial Pons, pág.294.

⁶⁹⁵ *Ibidem*.

CODERCH considera que “la incapacidad sería siempre absoluta en cuanto presupuesto material consistente en una cualidad o característica estrictamente personal, teniendo eficacia por sí misma” y que “la prohibición tendría una estructura relacional, es decir, implicaría la preexistencia de una determinada relación y diádica (impedimento de vínculo)”⁶⁹⁶.

El mismo autor, siguiendo con este planteamiento, considera que si bien la distinción no es incorrecta desde el punto de vista formal, depende del punto de vista material del que se parte. Por tanto podemos concluir que la monogamia, protegida en la legislación matrimonial española a través del impedimento de ligamen, se constituye en una prohibición legal que trata de proteger uno de los elementos esenciales de la institución matrimonial por la que se inhabilita de forma absoluta al cónyuge a contraer nuevo matrimonio.

Establece FOSSAR que, siguiendo a IBAN C. IVÁN, a pesar de que la Constitución no define el matrimonio, sí pueden deducirse dos notas características como son la heterosexualidad y la unidad⁶⁹⁷. Así pues, la heterosexualidad es deducible de la lectura del apartado primero del art. 32 de la Constitución Española: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. El uso del singular fortalece esta interpretación junto con la lectura del Código Civil. Como bien es de suponer, también está la posibilidad de una interpretación *sensu contrario* de lo que se deduce que el artículo 32.1, aun siendo una norma abierta, deberá ser motivo de interpretación por el Tribunal Constitucional de acuerdo con el contexto social.

Hemos de incidir en que la doctrina mayoritaria siempre abogó por el carácter heterosexual de la institución, como vemos en BAURA DE LA PEÑA cuando afirma “los elementos esenciales del matrimonio son: la unidad y la heterosexualidad, siendo pacífica la posición de la doctrina a este respecto”⁶⁹⁸.

Y en la misma línea: “Considera que son titulares de éste derecho el hombre y la mujer, por lo que es la persona humana, contemplada en el plano de la dirección sexual. Y su fundamento reside en el carácter complementario de los sexos, es decir

⁶⁹⁶ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia.

⁶⁹⁷ FOSSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Barcelona, 1981, Editorial Bosch, 1981, pág.188.

⁶⁹⁸ BAURA DE LA PEÑA, Eduardo. “El contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio” en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, Volumen IV, 1988, pág.363.

en la heterosexualidad”⁶⁹⁹. Y también cuando ENTRENA KLET sostiene “que las nupcias son fruto de la existencia de dos sexos y de la unión de dos personas de distinto sexo, es tan obvio que huelga justificarlo”⁷⁰⁰.

Y ahondando un poco más en la cuestión podemos afirmar que la monogamia no se desprende directamente del art. 32 de la Constitución Española. Así podríamos encontrar tres enfoques que se corresponderían a lo siguiente:

Siguiendo a IBAN C. IVAN⁷⁰¹, se puede mantener que “del empleo del singular hombre y mujer que se contiene en el texto constitucional, puede inferirse o deducirse que nuestra Constitución excluye la poligamia, habida cuenta que el límite de la libertad religiosa en virtud del artículo 16 de la Constitución Española es el orden público, y como se desprende de la doctrina jurídica española, la unidad matrimonial, es considerada como una cuestión de orden público”, posición que no es compartida por autores como FOSSAR BENLLOCH. Y lo que vendría a continuación es cuestionarse si se trata de una cuestión religiosa o cultural, lo que analiza detenidamente NAVARRO-VALLS⁷⁰².

Y FOSSAR BENLLOCH⁷⁰³, mantiene más acertado o preferible enfocar la prohibición de la poligamia como conculcadora del principio de igualdad y no como una restricción por razón de orden público de la libertad religiosa⁷⁰⁴.

Tiene una posición discrepante a la manifestada por IBAN al creer que surge de la vulneración del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo, artículos 32.1 y 14 de la Constitución Española, sin necesidad de recurrir a creencias religiosas del varón que pretende celebrar sucesivos matrimonios simultáneos con distintas esposas. Por todo ello el autor fundamenta la limitación del ejercicio de este derecho, que ostentan los varones que profesan la

⁶⁹⁹ ESCRIVÁ-IVARS, Javier, “El sistema matrimonial español. Antecedentes históricos”, en *Manual de derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid 1997, Editorial Colex, págs. 338 y ss.

⁷⁰⁰ ENTRENA KLET, Carlos, *Matrimonio, Separación y Divorcio*, Pamplona, 1982, Editorial Aranzadi, 1982.

⁷⁰¹ IBAN C. IVAN en LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.912.

⁷⁰² NAVARRO VALLS, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, Editorial Tecnos, pág.22.

⁷⁰³ FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Barcelona, 1981, Editorial Bosch, pág.192.

⁷⁰⁴ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.913.

confesión islámica en consideraciones seculares, sin necesidad de acudir al ámbito religioso⁷⁰⁵. Especial atención debemos prestar al considerar que la prohibición de la poligamia por la Constitución como estado matrimonial legal pueda considerarse como una limitación a la posible libertad religiosa de los ciudadanos españoles que pretendan que su religión admita dicho estado matrimonial múltiple, con efectos civiles⁷⁰⁶.

Lo que parece evidente es que la monogamia no se muestra como una exigencia generada por el texto constitucional, al menos a primera vista. Otro tema muy claro y distinto es que entre los padres de la Constitución pudiera circular la idea de otro tipo de vínculo matrimonial monógamo. Lo que queda manifiesto es que del estudio conjunto del artículo 14 y 32 de la Constitución Española la poligamia está prohibida no por imperativo religioso sino por consideraciones seculares. Porque el hombre no puede celebrar matrimonio simultáneo con distintas mujeres y, *sensu contrario*, para las mujeres, de lo contrario se vulneraría el principio de igualdad de forma manifiesta. En esta línea podemos ampararnos en los pronunciamientos correspondientes del Tribunal de Derechos Humanos⁷⁰⁷ y del Tribunal Constitucional⁷⁰⁸ de forma respectiva.

Como bien sabemos, el principio de igualdad jurídica, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, hace referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que pueda venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho para la efectividad de los valores que la Constitución consagra, como son la justicia y la igualdad. Lo que en realidad prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación entendida como la desigualdad de tratamiento legal sin una justificación razonable⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Barcelona, 1981, Editorial Bosch, pág.190.

⁷⁰⁶ LABACA ZABALA, Lourdes, "El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española", en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: "Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas"*. 2005-2008. Ponencia, pág.913.

⁷⁰⁷ Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos, de 23 de julio de 1968 y de 25 de octubre de 1975, entre otras.

⁷⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio, 10 de noviembre, 16 de noviembre y 22 de diciembre, entre otras.

⁷⁰⁹ LABACA ZABALA, Lourdes, "El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española", en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: "Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas"*. 2005-2008. Ponencia, pág.914.

Así pues la unanimidad doctrinal en este punto es total y dominante: el matrimonio es de por sí monogámico. El uso del singular en la redacción de este precepto es total y absoluto y para que ello cambie tendría que dar un giro copernicano la doctrina del Tribunal Constitucional. El uso de la expresión, el hombre y la mujer, donde se alude a la unidad de uno solo de cada sexo, confiere un rango constitucional, y por tanto irreversible salvo modificación del texto u otra interpretación por el Tribunal Constitucional⁷¹⁰.

Con el sentir de FOSAR BENLLOC, podemos repetir de nuevo que esta consideración es deducible del singular empleado en el texto constitucional y por tanto, se excluye la poligamia. Esta exclusión se debe hacer con independencia de las consideraciones religiosas y debe ser por motivos seculares. Y a la par por su inclusión en la Declaración sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos al consagrarse la igualdad de los cónyuges⁷¹¹.

Y el mismo argumento aduce ENTRENA KLETT cuando nos delibera: “Que sólo puedan ser dos los contrayentes parece ser una condición obvia, pero la debemos realizar como exigencia natural, aunque en ciertas fases históricas y en ciertos pueblos se haya dado el matrimonio de grupo por más que modernos movimientos ácratas pretendan hoy implantar ese espécimen; esta pretensión, que no merece comentario”⁷¹².

En aras de la verdad y del pluralismo doctrinal hemos de incidir en que algún autor aboga por una posición discrepante al posicionamiento anterior. Así, GÓMEZ⁷¹³ considera que la monogamia es una exigencia de la regulación restrictiva fruto de la concepción vigente en el Código civil y que nada encontramos en el texto constitucional que afirme que sólo se puede contraer válidamente un único matrimonio. Y en opinión de la propia autora, nada impediría la posibilidad de admitir la poligamia en nuestro ordenamiento jurídico sin incurrir en quebranto constitucional. La propia autora establece que el marco constitucional es mucho más amplio que la regulación del Código civil.

Es decir, según interpreta LABACA, no habría dificultad constitucional en admitir la posibilidad de contraer dos o más matrimonios simultáneos. Una mera reforma de la ley civil permitiría, sin quebranto constitucional, ampliar este marco

⁷¹⁰ *Ibidem*.

⁷¹¹ FOSAR BENLLOC, Enrique, *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Barcelona, 1981, Editorial Bosch, pág.189.

⁷¹² ENTRENA KLET, Carlos, *Matrimonio, Separación y Divorcio*, Pamplona, 1982, Editorial Aranzadi, pág.43.

⁷¹³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “Matrimonio y familia: artículos 32 y 39 CE”, en *Revista de Derecho Político, la reforma constitucional*, UNED, Madrid, 1992, número 36, pág.219

negocial y permitir la celebración de un nuevo matrimonio subsistiendo los anteriores⁷¹⁴. Como hemos anunciado ya es la única autora que admite esta posibilidad remota de admitir la poligamia en el ordenamiento jurídico español manteniendo intacto el cuerpo constitucional⁷¹⁵.

4.3.3. El carácter religioso o cultural del matrimonio

El matrimonio no es una creación técnica del Derecho, sino una institución natural que el Derecho recoge de la realidad social y la regula⁷¹⁶. Y en la misma línea podemos predicar que el matrimonio no es una creación del Derecho, sino una institución natural, querida por Dios y recogida por la ley humana en cuanto pieza fundamental en la convivencia social, que es la que aquélla regula⁷¹⁷. Y parece bastante claro PUENTE MUÑOZ cuando afirma que el matrimonio es antes que nada una relación ética, moral e incluso social, que el derecho no hace sino recoger y ordenar con vistas al bien común⁷¹⁸.

Y nos hacía falta recordar estas palabras para poder enunciar someramente el asunto de la bigamia o, en concreto, de la poliginia (reiteración de matrimonios coexistentes).

Sorprenden hoy en día las opiniones de autores como DURANDO, EL ABULENSE, CAYETANO, que admiten que la unión coetánea de un hombre con dos o más mujeres no repugna al Derecho natural y para ello se apoyan en afirmaciones de san Agustín⁷¹⁹. El apoyo lo encuentran en los comentarios que realiza san Agustín al hablar de las cuatro mujeres de Jacob: cuando era costumbre

⁷¹⁴ LABACA ZABALA, Lourdes, "El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española", en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: "Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas"*. 2005-2008. Ponencia, pág.915

⁷¹⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1990, Editorial Congreso de los Diputados, pág.219.

⁷¹⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia*, Barcelona, 1990, José M^a Bosch Editor, S.A., pág.87.

⁷¹⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, tomo IV, Barcelona, 1982, pág.31.

⁷¹⁸ PUENTE MUÑOZ, Teresa, "Comentarios al art.44 del Código civil" en LACRUZ BERDEJO, José L. *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título 4º, del Libro I, del Código civil*, Madrid, 1994, pág.26

⁷¹⁹ LABACA ZABALA, Lourdes, "El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española", en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: "Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas"*. 2005-2008. Ponencia, pág.916.

no había delito. Y la idea viene complementada por san Jerónimo que estableció que en la Antigua Ley, la poliginia no estaba prohibida por ninguna ley.

Sin embargo, aunque el asunto no era contrario al Derecho natural primario (fin primario: la procreación y educación de la prole), por lo menos sí lo era al secundario o derivado (fin secundario: el mutuo auxilio y el remedio contra la concupiscencia). Santo Tomás de Aquino establecía: “La pluralidad de mujeres no impide, ni total ni parcialmente, el fin primario del matrimonio, ya que un solo varón basta para fecundar a varias mujeres y para educar los hijos nacidos de ellas, pero impide el fin secundario, si no totalmente, sí en mucho, puesto que no puede existir fácilmente la paz en la familia, donde se unen varias mujeres a un solo varón; no puede un solo varón bastar para satisfacer a muchas mujeres hasta la saciedad y la comunión de muchos en un mismo deber causa litigio”⁷²⁰.

Y en este mismo sentido RIESGO MENGUEZ opina que “la poligamia atenta contra el fin principal del matrimonio que son la procreación y la conservación de la especie y además daña otros aspectos del fin primario del matrimonio como puede ser la educación de los hijos, la mutua ayuda y complemento de los esposos”⁷²¹.

La concepción monógama de la institución arranca de forma previa al cristianismo. Es más, podemos afirmar que no es una aportación del cristianismo a la concepción occidental del matrimonio⁷²². Y continúa NAVARRO VALLS que ya en la misma época de Cristo, tampoco el derecho hebreo planteaba demasiados problemas en este punto, pues la visión monógama implícita en el Cantar de los Cantares había ganado de hecho la partida a los concretos casos descritos en otros libros del Antiguo Testamento relacionados con la poligamia de algunos patriarcas y reyes. Ya en los albores de nuestra civilización, época romana, la visión fue monógama pero partía de una visión técnico-jurídica diferente⁷²³.

La concepción de la monogamia en Roma era distinta a la que hoy día se tiene en los ordenamientos occidentales. En una etapa inicial para el Derecho romano era impensable inicialmente el delito de bigamia. La simultánea convivencia con dos personas implicaba inmediatamente la ausencia de la honorabilidad social requerida, y el abandono del cónyuge para iniciar la convivencia con otra persona implicaba la disolución del primer matrimonio y el inicio del nuevo. Posteriormente la

⁷²⁰ AQUINO, SANTO TOMÁS DE, IN. 4 *Sent. Dis.* 33, *quest.* I, art. 2, *incorpore.*, BAC, 1979.

⁷²¹ RIESGO MÉNGUEZ, Luis, *La unidad y la indisolubilidad del matrimonio ante la razón natural*, Madrid, 1979, Editorial Apostolado de la Prensa, pág. 91 y ss. Y del mismo autor: RIESGO MÉNGUEZ, Luis, *El matrimonio como encrucijada. Un estudio filosófico sobre la naturaleza del matrimonio, la poligamia y el divorcio*, Madrid, 1970, Editorial Apostolado de la Prensa, pág. 91.

⁷²² NAVARRO VALLS, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, Editorial Tecnos, pág. 22.

⁷²³ *Ibidem*, pág. 23.

bigamia se independiza de otros delitos como el adulterio o el estupro y se constituye como delito autónomo. Tras ésta nueva concepción, en la etapa postclásica y por influencia del cristianismo se transforma el consentimiento continuado que existió en la primera etapa por un consentimiento pacticio. A partir de este momento, la bigamia era posible y además se estableció en el ordenamiento jurídico que no era suficiente con la inexistencia del consentimiento por parte de uno de los cónyuges para que decayera el matrimonio, es decir, el matrimonio no se disolvía por falta de consentimiento, sino que era necesario un acto de consentimiento contrario para que pudiera darse la disolución de dicho matrimonio. De no existir ese acto de voluntario consentimiento en el que se expresara la voluntad de no continuar con el consentimiento emitido inicialmente, estarían ante el delito de bigamia.⁷²⁴

Si bien el matrimonio romano clásico exigía el consentimiento continuado para estar ante un matrimonio, entendido éste como *affectio maritalis*⁷²⁵, con el transcurso del tiempo ya Justiniano comienza a asumir que el consentimiento es el elemento que hace surgir el matrimonio. Este requisito se vio reforzado por el Derecho canónico, que exigió determinados ritos al matrimonio, pero esta exigencia de la Iglesia no se logró hasta el Concilio de Trento⁷²⁶. Es éste un momento clave para afirmar que el matrimonio en el derecho canónico deberá celebrarse emitiendo el consentimiento y siendo éste el que hará surgir el matrimonio, dejando de un lado el consentimiento continuado de la etapa romana⁷²⁷.

Según el parecer de VEGA GUTIERREZ⁷²⁸, es como consecuencia de las actuaciones de los primeros autores cristianos por recoger la unidad como elemento esencial del matrimonio, cuando la legislación romana modificó alguna de las instituciones y adoptó principios y normas de éstos autores cristianos, entre ellos la

⁷²⁴ NAVARRO VALLS, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, Editorial Tecnos, pág.23.

⁷²⁵ VOLTERRA, Eduardo, *La conception du mariage d'après les juristes romaines*, Padova, 1940, Editorial La Garangola, 1940, pág.45 en LABACA ZABALA, Lourdes, "El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española", en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: "Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas"*. 2005-2008. Ponencia, pág.918.

⁷²⁶ LABACA ZABALA, Lourdes, "El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española", en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: "Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas"*. 2005-2008. Ponencia, pág.918.

⁷²⁷ *Ibidem*, pág.918.

⁷²⁸ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María, *La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*, Granada, 1997, Editorial Comares, pág.102.

monogamia y así crearon, por primera vez en el derecho romano, la figura del delito de bigamia, inexistente hasta ese momento en dicho ordenamiento jurídico.

Así el derecho romano del último período protegió dicha institución basándose en tres pilares:

- ✓ El impedimento de ligamen
- ✓ El delito de bigamia
- ✓ La infamia⁷²⁹.

Y ya con posterioridad durante los siglos IV y V la propia Iglesia fue elaborando una doctrina propia sobre el matrimonio sirviéndose de los esquemas propios del derecho romano⁷³⁰. Por tanto se produjo una fuerte influencia entre ambos ordenamientos, sobre todo en la configuración del delito de bigamia⁷³¹.

El delito de bigamia en el ordenamiento romano de la época clásica obedece a motivos de orden ético, social y político⁷³². Con el transcurso del tiempo adquirirá un nuevo rumbo, a finales del siglo IV, por influencia del cristianismo⁷³³ que ya había pasado a ser la religión oficial del imperio con Teodosio⁷³⁴.

Así VEGA GUTIÉRREZ afirma que en la época clásica romana la punición de la bigamia atendía más a la protección del estado civil de las personas que al interés por garantizar específicamente la institución social de la monogamia⁷³⁵.

En la etapa postclásica y como consecuencia de la influencia del cristianismo se produjo un cambio en la configuración del matrimonio romano ya que las autoridades civiles romanas incorporaron al ordenamiento jurídico matrimonial cambios influenciados tanto por el fortalecimiento de la indisolubilidad matrimonial propiciado por el mensaje evangélico como por la incipiente doctrina sacramental del matrimonio. Todas estas innovaciones incidieron en la consideración jurídico penal de la bigamia que contribuyeron a su configuración autónoma, pasando a convertirse

⁷²⁹ *Ibidem*.

⁷³⁰ *Ibidem*, pág.104-105.

⁷³¹ *Ibidem*.

⁷³² *Ibidem*, pág.146.

⁷³³ *Ibidem*.

⁷³⁴ *Ibidem*.

⁷³⁵ *Ibidem*.

en parte esencial del orden público matrimonial totalmente asumido por el Derecho y defendido por las autoridades romanas⁷³⁶.

Ya será durante los siglos XI a XVI cuando los teólogos y canonistas elaboren una doctrina consolidada acerca de la monogamia como una institución esencial del matrimonio canónico⁷³⁷.

Durante el siglo XVI con la celebración del Concilio de Trento⁷³⁸, año 1573, será el momento más relevante del derecho matrimonial canónico, en esta etapa queda configurado el modelo institucional del matrimonio canónico que inspirará a los ordenamientos civiles europeos⁷³⁹.

Así una de las principales aportaciones del cristianismo a la institución matrimonial consistió en la formulación que a continuación transcribimos: “definir la unidad matrimonial como *una caro*, de donde se desprende que la unión de los cónyuges es total y perpetua y por ello las propiedades esenciales del matrimonio serán la unidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial, siendo ambas propiedades una derivación de la sacramentalidad”⁷⁴⁰.

“El ordenamiento canónico fue recogido plenamente en los ordenamientos de los distintos países, teniendo fuerza legal tanto en la Iglesia como en la legislación civil, esto acontece en España con la publicación de Las Partidas”⁷⁴¹.

Como bien hemos apreciado a lo largo de este estudio, la regulación jurídica del matrimonio civil ha sido deudora del Derecho canónico; hasta el punto que el matrimonio civil podemos afirmar que es una figura recibida del matrimonio

⁷³⁶ Ibídem, pág.146-147.

⁷³⁷ Ibídem, pág.172-173.

⁷³⁸ A través de la Real Cédula de 12 de junio de 1564 se introdujeron en España los cánones de Trento sobre la reforma del matrimonio en el ordenamiento español. Esta introducción fue acatada sin resistencia por los súbditos del Rey de las Españas. FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Barcelona, 1981, Editorial Bosch, pág.499.

⁷³⁹ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María, *La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*, Granada, 1997, Editorial Comares, pág.174.

⁷⁴⁰ Ibídem, pág.179-184.

⁷⁴¹ Ibídem, pág.252. En España, la recepción oficial del Derecho matrimonial canónico aconteció con las Partidas de Alfonso X el Sabio. Año 1256-1258.

canónico⁷⁴². Los españoles deberán celebrar matrimonio canónico durante los siglos XIX y XX con leves excepciones⁷⁴³.

Sin embargo, una vez promulgada la Constitución se ha producido un cambio en esta configuración y hoy el matrimonio sigue conservando elementos cristianos como es la monogamia, y se ha despojado de otros, como la indisolubilidad⁷⁴⁴.

Hoy podemos afirmar que la unidad matrimonial es un principio general y tradicional del ordenamiento jurídico español, principio que ha estado presente a lo largo de la regulación estatal del matrimonio de los siglos XIX y XX⁷⁴⁵.

La unidad es una de las convicciones más arraigadas en el orden jurídico español, su vulneración supone una violación de alguno de los principios fundamentales recogidos en el texto constitucional, como son la igualdad de los cónyuges y la libertad⁷⁴⁶.

Sin duda alguna, podemos manifestar que la posición mantenida por la doctrina española es pacífica al considerar que el Código civil recoge en el artículo 46.2 “una tradición cultural asentada en los países occidentales”⁷⁴⁷.

En ese sentido, el artículo 46.2 del Código civil recoge la tradición de la cultura occidental conforme a la cual el matrimonio es una comunidad estable de vida entre un solo hombre y una sola mujer⁷⁴⁸.

⁷⁴² REINA BERNÁLDEZ, Víctor, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Barcelona, 1989, Volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., pág.218.

⁷⁴³ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo quinto, “Derecho de Familia”, vol. I. *Relaciones conyugales*, duodécima edición, Madrid, 1994, Editorial Instituto Reus, pág.145.

⁷⁴⁴ SALVADOR CODERCH, Pablo, “Comentarios al art. 46 del Código civil” en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Volumen I, Madrid, 1984, pág.139.

⁷⁴⁵ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág..921.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, pág.922.

⁷⁴⁷ CARRIÓN OLMOS, Salvador, “Comentarios al artículo 46 del Código civil” en *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil*, coordina LACRUZ BERDEJO, J.L., Madrid, 1994, pág.171 y ss.

⁷⁴⁸ LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.922.

4.3.4. El orden público

La monogamia forma parte consustancial de nuestro sistema jurídico. En este sentido, con el sentir de ENTRENA KLETT, afirmamos que es un principio familiar de orden público en nuestro Derecho y está protegido a través de normas penales⁷⁴⁹.

En otra línea, otros autores como LECLERCQ, argumentan que el matrimonio monogámico es el único en que los esposos fundan una verdadera familia, que favorece la unión moral de los esposos⁷⁵⁰. Y siguiendo el mismo hilo conductor continúa afirmando que es el único que permite la unión en plano de igual dignidad de la mujer al hombre y permite la educación de los hijos por el padre y la madre unidos en una obra común de familia⁷⁵¹.

En definitiva hemos de decir que existen determinadas cuestiones que se contienen en la legislación matrimonial actual que son consideradas por la doctrina de orden público⁷⁵². Para intentar ser más concretos podemos parafrasear a ESPINAR VICENTE, cuando considera que entrarían dentro del ámbito del orden público matrimonial, las cuestiones que tienen que ver con:

- ✓ La aptitud nupcial
- ✓ La libertad consensual
- ✓ La edad
- ✓ La heterosexualidad
- ✓ La exogamia
- ✓ Y la monogamia⁷⁵³.

Y ahondando un poco más en el concepto nos tenemos que cuestionar dónde se encuentra el origen de tal concepto de orden público, dónde lo podemos entrever por primera vez y de dónde proviene tal noción. En opinión de VALLET DE

⁷⁴⁹ ENTRENA KLETT, Carlos, *Matrimonio, Separación y Divorcio*, Pamplona, 1982, Editorial Aranzadi, pág.223.

⁷⁵⁰ LECLERCQ, Jean François, *La familia*, Barcelona, 1962, Editorial Herder, pág.62. “El matrimonio monogámico se constituye en una unión moral entre los esposos, unión que favorece la unión de sus vidas y que trasciende la simple satisfacción de las pasiones carnales”.

⁷⁵¹ *Ibidem*, pág.69.

⁷⁵² LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia, pág.923.

⁷⁵³ ESPINAR VICENTE, José María, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional*, Madrid, 1996, Editorial Civitas, pág. 122-130.

GOYTISOLO, en el ámbito del Derecho interno, en el Derecho romano se consideraba que el *ius publicum* era una cuestión que la voluntad de las partes no podía modificar⁷⁵⁴. Y en la misma línea BOUHIN se refiere a las leyes exorbitantes de derecho común o manifestaciones injustas, cuya aplicación en el territorio de la *lex fori* quedan rigurosamente excluidas. Varios textos de la época clásica se refieren a un *ius publicum* que la voluntad privada no puede derogar⁷⁵⁵.

Ya entrados en el siglo XIX podemos afirmar que este término se configuraba como una institución que no permitía la entrada de la ley extranjera en determinadas materias como son: la vida, la libertad, la propiedad y el matrimonio en los distintos países⁷⁵⁶.

El principio de orden público tuvo, desde sus orígenes, un marcado carácter excepcional que irá perdiendo a lo largo de su evolución hasta el punto de convertirlo en una institución que se aplicará de forma general⁷⁵⁷.

En definitiva, como bien expone LABACA esta institución surge como consecuencia de la necesidad que tienen los distintos países de preservar y defender las particularidades jurídicas de cada pueblo, de su organización política, social y cultural⁷⁵⁸.

Como caracteres fundamentales del orden público, según NAVARRO VALLS, podemos subrayar:

- ✓ Indeterminación conceptual
- ✓ Relativismo
- ✓ Elasticidad
- ✓ Dinamismo⁷⁵⁹
- ✓ Y carácter metajurídico⁷⁶⁰.

⁷⁵⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan y otros, "Conflictos de leyes en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Revista de Derecho Notarial*, 1968, pág.179.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, pág.179.

⁷⁵⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan y otros, "Conflictos de leyes en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Revista de Derecho Notarial*, 1968, pág.179.

⁷⁵⁷ NAVARRO VALLS, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, Editorial Tecnos, pág.77.

⁷⁵⁸ LABACA ZABALA, Lourdes, "El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española", en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: "Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas"*. 2005-2008. Ponencia, pág. 924.

⁷⁵⁹ CALVO ALVAREZ, Joaquín, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona, 1983, Editorial EUNSA, pág.129 y ss.

Su indeterminación conceptual viene cuando se afirma que lo que se persigue a través de esta institución es defender el modo de ser interno de cada Estado, la organización de sus instituciones públicas, de la familia⁷⁶¹. Y en esta misma línea establece SAVATIER que los grandes temas de orden público son: la vida, la libertad, la propiedad y el matrimonio⁷⁶².

Es común ver confundido el concepto de orden público en ocasiones con otros términos como buenas costumbres, bien común y orden jurídico. En el ámbito del derecho internacional privado el orden público excluye la aplicación de la ley extranjera cuando ésta es contraria a la legislación del foro. El orden público en el ámbito del Derecho interno se ha equiparado con las normas imperativas, pero no todas las normas imperativas son de orden público⁷⁶³.

El orden público es un concepto que irá modificando su contenido en relación a determinados principios de espacio y de tiempo en el que se va a aplicar. Por ello el legislador no puede realizar una delimitación de supuestos de orden público puesto que este es cambiante y así será el juez el que puede realizar esta función, interpretando en cada momento lo que ha de entenderse por contrario al orden público de forma más acertada⁷⁶⁴.

La elasticidad de la noción de orden público supone que en su configuración positiva y jurisprudencial en relación con su delimitación en un país y en un momento histórico concreto tendrá una incidencia distinta según a qué institución se vaya a aplicar⁷⁶⁵.

Por lo que a España se refiere las Leyes de orden público se promulgaron a finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX: Ley de orden público de 1870, 1933 y 1959⁷⁶⁶ y no se constituyen de un gran interés para la especificidad de este tema.

⁷⁶⁰ NAVARRO VALLS, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, Editorial Tecnos, pág.77.

⁷⁶¹ *Ibidem*, pág.78.

⁷⁶² SAVATIER, René, *Cours de Droit international privé*, 2^o edición, París, 1953, Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, pág.168.

⁷⁶³ NAVARRO VALLS, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, Editorial Tecnos, pág.80 y ss.

⁷⁶⁴ *Ibidem*, pág.85.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, pág.88-89.

⁷⁶⁶ LABACA ZABALA, Lourdes, "El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española", en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: "Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas"*. 2005-2008. Ponencia, pág.925.

La jurisprudencia española ha ido completando el concepto de orden público a través de distintas resoluciones que ha ido proviniendo a lo largo de los tiempos. Así podemos distinguir:

- ✓ Sentencia de 10 de enero de 1933
- ✓ Sentencia de 12 de mayo de 1944
- ✓ Sentencia de 5 de abril de 1966⁷⁶⁷

Son especialmente clarificadoras las palabras de la Sentencia de 12 de mayo de 1944 cuando afirman que son “aquel conjunto de principios religiosos, morales y jurídicos”, y también nos puede ilustrar de forma especial el siguiente párrafo: “el orden público está constituido por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y en una determinada época” .

Aunque clarificadores para entender la evolución histórica los principios que cita el Tribunal han de entenderse a la luz de la Constitución de 1978⁷⁶⁸. En este sentido BAURA afirma “ha insistido en la necesidad de abandonar la noción de orden público como mero instrumento de defensa de las instituciones fundamentales del Estado y, por ende, con efectos limitadores de las libertades, puesto que, junto al carácter defensivo es necesario subrayar la vertiente positiva de promoción de los derechos”⁷⁶⁹.

Como es obvio, la moral, tampoco puede ser límite al ejercicio de los derechos individuales⁷⁷⁰. El mismo CALVO ALVAREZ establece que deben diferenciarse los conceptos de moral, buenas costumbres y orden público puesto que esta última es una noción jurídica mientras que las dos primeras pertenecen al mundo de lo ético. El término “buenas costumbres” se utiliza en Derecho para subrayar la necesidad de respetar las convicciones morales presentes en la vida social, puesto que éstas incluyen valores dignos de protección, de forma que dicha moral es protegida por el Derecho. La moral, por tanto, en opinión del autor recoge las convicciones morales de la sociedad. Y en la misma línea nos puede ser muy clarificador el comentario de GARCIA OVIEDO cuando expone que “la moralidad pública y las buenas costumbres están constituidas por un conjunto de reglas y exigencias sociales ancladas en las costumbres y aceptadas por la casi unanimidad

⁷⁶⁷ Ibidem, pág.928.

⁷⁶⁸ Ibidem, pág.928

⁷⁶⁹ BAURA DE LA PEÑA, Eduardo. “El contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio” en *Ius Canonicum*, Volumen XXVII, 1987, pág.736.

⁷⁷⁰ CALVO ALVAREZ, Joaquín, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona, 1983, Editorial EUNSA, pág.25 y ss.

de la conciencia de un pueblo, por lo que son protegidas por el Derecho⁷⁷¹. Y ahondando con lo anterior, CALVO ALVAREZ prosigue que, ésta “no es una noción jurídica sino ética que recoge el sentimiento tradicional de los principios y convicciones éticas, junto a los usos y convicciones sociales de diversa índole, que han perdurado históricamente”⁷⁷² y confirma la idea general cuando nos argumenta “a pesar de no ser realidades jurídicas, ni la moral... ésta es incorporada al mundo de lo jurídico por distintos caminos, en concreto, por medio de la ley”⁷⁷³. Y todo ello teniendo en cuenta que no puede ser límite al ejercicio de los derechos individuales, tras la entrada en vigor del texto constitucional⁷⁷⁴ y completado con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 15 de noviembre de 1982 en la que establece como medio de interpretación “el mínimo ético necesario para la vida social acogida por el Derecho”⁷⁷⁵.

En suma, el orden público deriva del propio ordenamiento jurídico una vez aprobada la Constitución de 1978 y en el Derecho matrimonial existen determinados límites o fronteras que los particulares no pueden traspasar puesto que la transgresión de las mismas supondría realizar actos contrarios a lo establecido en la ley que supondrían la nulidad *ipso iure*, es decir, automática, del matrimonio sin necesidad de declaración de nulidad alguna⁷⁷⁶.

4.4. El divorcio en la etapa constitucional. Ley de 1981. Ley de 2005

Antes de entrar en el análisis propio de este epígrafe, el divorcio en la etapa constitucional, parece necesario recordar que en la legislación canónica, fuente y origen de la actual legislación civil, la unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio; no sólo del matrimonio cristiano y sacramental, sino de cualquier matrimonio, sea sacramento o no lo sea, se contraiga ante la Iglesia o, como es el caso de los no bautizados, ante el Estado. Tal como se desprende de HERVADA XIBERTA es así porque la unidad y la indisolubilidad no son

⁷⁷¹ GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho administrativo*, II, Madrid, 1962, Editorial E.I.S.A., 1962.

⁷⁷² CALVO ALVAREZ, Joaquín, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona, 1983, Editorial EUNSA, pág.25 y ss.

⁷⁷³ *Ibidem*, pág.25 y ss.

⁷⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁷⁵ Recurso de amparo número 185/1980 y 402/1981 acumulados. Sentencia de 15 de noviembre de 1982, número 62/1982. Fundamento jurídico 7º a).

⁷⁷⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil en España*, 2ª edición, Tomo I, Madrid, 1997, pág.538.

imposiciones del legislador humano, sino propiedades que por surgir de la esencia misma del matrimonio, están en todo matrimonio⁷⁷⁷.

La Iglesia afirma que el matrimonio comporta una comunidad de vida y amor, una unión para toda la vida y un amor indisolublemente fiel⁷⁷⁸. Según S. Juan Crisóstomo, cuando se acepta al otro por esposo, se le hace como parte de uno mismo⁷⁷⁹, querer repudiarlo es como querer repudiarse a sí mismo⁷⁸⁰.

Después de estas consideraciones, se podría articular que esto es un ideal hermoso al que sólo pueden aspirar personas excepcionales. Los hombres muchas veces estamos ofuscados ante las grandezas y, una de ellas, es la propia dignidad humana. Hemos de tener muy presente que la vida humana es habitualmente una continua articulación entre los dones que hemos recibido y la propia libertad. Estos dones están sujetos para su desarrollo y fructificación a nuestra libertad. Hemos de tener plena consciencia de que tales requerimientos exigen una conquista continuada.

Así, el hombre no debería convertir el matrimonio en disoluble porque esta institución contiene *per se* la fuerza de la perpetuidad. Todo matrimonio, por derecho propio, está enriquecido por los tres bienes esenciales: la ordenación de los hijos, la unidad y la indisolubilidad⁷⁸¹ que como bien se desprende, pertenecen como fin o como propiedad a su propia esencia.

En nuestra visión humana, se puede poner en evidencia nuestro enfoque excesivamente unilateral de la cuestión, y sólo verlo como un mandato y deber, como una carga y no observar el segmento que tiene de fuerza y de don. Sin esta premisa, tal capacidad de la persona humana para el matrimonio no existiría por no darse la base natural.

Es interesante, a nivel ilustrativo, la proyección que hace el profeta MALAQUÍAS varios cientos de años anteriores a nuestra era cuando afirmó, y obvia decir que no se refería en absoluto a un matrimonio sacramental amparado secularmente por el derecho canónico, la perpetuidad del vínculo: “Y aun habéis hecho más; habéis cubierto de lágrimas, de lamentos y de gemidos el altar del Señor

⁷⁷⁷ HERVADA XIBERTA, Javier, *Carta sobre el divorcio*, Colección El matrimonio y la fe de la Iglesia, Cuadernos del Instituto Martín Azpilcueta, Pamplona, 1998, Navarra Gráficas Ediciones, pág.15.

⁷⁷⁸ *Documentos completos del Vaticano II*, Constitución Gaudium et spes, nn. 48 y 49, Editorial El Consejero del Corazón de Jesús, Bilbao, 1965.

⁷⁷⁹ SAN JUAN CRISÓSTOMO, *Quales ducendae sint uxores*, PG 51,229.

⁷⁸⁰ HERVADA XIBERTA, Javier, *Carta sobre el divorcio*, Colección El matrimonio y la fe de la Iglesia, Cuadernos del Instituto Martín Azpilcueta, Pamplona, 1998, Navarra Gráficas Ediciones, pág.21.

⁷⁸¹ SAN AGUSTÍN, De bono coniugali, cap. 24; De Genesi ad literam, lib. IX, cap.7 n.12.

porque no vuelve ya sus ojos hacia ningún sacrificio, ni recibe favorablemente de vuestras manos nada grato. Vosotros dijisteis: ¿Por qué motivo? Porque el Señor fue testigo entre ti y la mujer que amaste en tu primera edad, a la cual despreciaste, a pesar de ser tu compañera y tu esposa, mediante el pacto hecho... Guarda pues, tu espíritu y no seas infiel a la esposa de tu juventud. Porque ha dicho el Señor que detesta el repudio... Guardad vuestro espíritu y no seáis desleales”⁷⁸².

Según esta parte de la doctrina que acabamos de analizar la indisolubilidad del matrimonio hay que plantearla desde su verdadera perspectiva y esto es como un bien del matrimonio. Es una exigencia en sí misma pero es un bien de la misma institución. Es un factor muy positivo del matrimonio. Y este bien de la perpetuidad que está en todo matrimonio permite estar unidos a los cónyuges hasta la muerte.

Y como consecuencia inmediata podemos observar que de ahí se derivan grandes beneficios para las personas y para la sociedad en su conjunto, porque en definitiva tal presupuesto se asocia con la honradez y con la integridad que deberían ser propias y dimanantes de la misma naturaleza humana.

A fines del siglo XVII y, sobre todo, durante el siglo XVIII, la Escuela racionalista del Derecho Natural plantea la cuestión divorcista y lo hace sobre la base que toda sociedad es producto de un pacto entre hombres, y como consecuencia, que todo vínculo social depende, con mayor o menor fuerza, de la voluntad de los asociados⁷⁸³.

El matrimonio es entendido como una mera asociación personal para determinados fines y esto fue defendido con un argumento muy socorrido, que se resume en decir que las cosas se deshacen por las mismas causas que las crean, así como que si la causa que origina el vínculo conyugal es el consentimiento, también el consentimiento es capaz de romper el matrimonio. No hace falta decir que el argumento anterior no es una afirmación universal ni se aplica a todas las cosas.

Debe quedar claro que las verdades objetivas no son producto de convenciones mayoritarias sino de estudio y de conocimiento de la realidad, pero no siempre queda patente. Nos puede ayudar la siguiente cita de una obra anterior a nuestra era donde Cicerón en *De legibus* expone: “A. Porque recuerdo haber oído contado a mi admirado Fedro, en Atenas, que tu amigo Gelio, al venir como

⁷⁸² Mal 2,13-16, *Sagrada Biblia*, Facultad de Teología Universidad de Navarra, Pamplona, 2008, Editorial EUNSA, 2ª edición, 1368 págs.

⁷⁸³ HERVADA XIBERTA, Javier, *Carta sobre el divorcio*, Colección El matrimonio y la fe de la Iglesia, Cuadernos del Instituto Martín Azpilcueta, Pamplona, 1998, Navarra Gráficas Ediciones, pág. 35.

procónsul a Grecia, después de haber sido pretor, conoció en una reunión a todos los filósofos que había entonces en Atenas, y que, con mucha insistencia, les propuso la idea de acabar de una vez con sus controversias: que si no estaban dispuestos a malgastar toda su vida en disputas, podría llegarse a un acuerdo, y que él les prometía su ayuda, por si era posible llegar a algún acuerdo. M. Eso sí que fue cosa de risa, Pomponio, y de la que siempre se burló todo el mundo”⁷⁸⁴.

Enlaza muy bien con el fenómeno que estamos tratando la siguiente cita en la que leemos: “Que si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos, las decisiones de los príncipes y las sentencias de los jueces, sería justo el robo, justa la suplantación de testamentos, siempre que tuvieran a favor los votos o los plácemes de una masa popular... Y es que para distinguir la ley buena de la mala no tenemos más norma que la de la naturaleza. No sólo lo justo y lo injusto, sino también todo lo que es honesto y lo torpe se discierne por la naturaleza. La naturaleza nos dio así un sentido común, que esbozó en nuestro espíritu, para que identifiquemos lo honesto con la virtud y lo torpe con el vicio. Pensar que esto depende de la opinión de cada uno y no de la naturaleza, es cosa de loco”⁷⁸⁵.

Una vez analizado este aspecto de la indisolubilidad matrimonial, podemos afirmar que las nuevas regulaciones del divorcio, a finales del siglo XX en el caso español, ha supuesto una ruptura frontal, radical, con el contenido comúnmente aceptado durante siglos por las legislaciones precedentes.

Desde sus más remotos orígenes, y con la sola excepción de la vigencia del divorcio de 1932 a 1938 durante la Segunda República, el Derecho español hasta julio de 1981 ha reconocido siempre la unidad, la indisolubilidad y la complementariedad sexual orientada a la procreación como propiedades esenciales irrenunciables de la institución matrimonial⁷⁸⁶.

La fragmentación de los principios anteriores emerge en la Ley 30/1981, de 7 de julio⁷⁸⁷, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que reforma una larga serie de artículos del Cuerpo sustantivo.

⁷⁸⁴ CICERON, *De legibus*, 20.

⁷⁸⁵ *Ibíd.*, 16.

⁷⁸⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, José Gabriel, *El matrimonio invertebrado*, Documento del Instituto de Ciencias para la Familia 42, Madrid, 2012, Editorial Rialp, Editorial Rialp, pág.12.

⁷⁸⁷ Ley 30/1981, de 7 de julio, modificando el Código Civil en materia de matrimonio, nulidad, separación y divorcio, “Art.85. El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”.

Lo primero que destacamos es que el Código no define el matrimonio, ni enumera sus propiedades esenciales o sus fines. El legislador pierde interés por el momento constitutivo del matrimonio, centrándose sobre todo en una pormenorizada regulación de las situaciones de crisis del matrimonio, detallando todo lo referente a las causas de separación y de disolución, en especial de divorcio: el elemento estrella de la nueva institución matrimonial en el Código Civil es la disolubilidad⁷⁸⁸.

Con este planteamiento, toda la institución pierde consistencia: al multiplicar el legislador las facilidades para contraer el vínculo como para disolverlo se produce una debilitación de la fuerza vinculante del libre consentimiento⁷⁸⁹. El matrimonio civil queda como una institución sin contenido positivo, y también sin fines: con la desaparición de la indisolubilidad, pierde sentido la defensa jurídica del compromiso de permanencia en la mutua entrega, y queda como opcional todo lo referente a la finalidad procreativa⁷⁹⁰.

Así pues, esta ruptura con el sistema matrimonial pacíficamente aceptado y vivido por la sociedad española, y así reflejado por el Derecho a lo largo de los siglos, es todavía más radical de lo que parece. Los políticos sostenedores del proyecto de ley en el debate de las Cámaras legislativas argüían que la nueva Ley se limitaba a mantener el matrimonio tradicional, pero con la defensa de la libertad de opción por el divorcio para aquellos que no consideran el matrimonio como indisoluble. Esto cuesta mucho de entender así. La nueva Ley no sólo determina la desaparición de la indisolubilidad como propiedad esencial de todo matrimonio, sino que da un paso más al imponer la disolubilidad⁷⁹¹ como propiedad necesaria para todo matrimonio⁷⁹².

Siguiendo con el análisis de la legislación en cuestión, vale la pena poner de manifiesto que una de las apreciaciones de la nueva legislación que destaca la

⁷⁸⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, José Gabriel, *El matrimonio invertebrado*, Documento del Instituto de Ciencias para la Familia 42, Madrid, 2012, Editorial Rialp, pág.12.

⁷⁸⁹ *Ibidem*, pág.13.

⁷⁹⁰ *Ibidem*.

⁷⁹¹ Ley 30/1981, de 7 de julio, modificando el Código Civil en materia de matrimonio, nulidad, separación y divorcio, "Art.85. El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio".

⁷⁹² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, José Gabriel, *El matrimonio invertebrado*, Documento del Instituto de Ciencias para la Familia 42, Madrid, 2012, Editorial Rialp, pág.13.

doctrina de forma unánime es la calificación de ambigua, en concreto, una ambigüedad normativa⁷⁹³.

Y corroborando la línea anterior podemos decir: “ante el nuevo texto del Título IV del Libro I del Código parece alterarse ese elemental orden de ideas por el que discurre cotidianamente, como en su natural clima de trabajo, la tarea de exégesis. La ley de 7 de julio de 1981 ha convertido el Título IV del Libro I del Código en un barroco cuadro de oscuridades, insuficiencias y equívocos”⁷⁹⁴.

En efecto, la reforma del Código civil no significa únicamente la aparición del divorcio como eventual opción que los contrayentes pueden elegir al unirse en matrimonio, alternativa a la voluntad de establecer un vínculo indisoluble, sino que la nueva regulación consagra la disolubilidad de todo matrimonio que quiera ser reconocido como tal en Derecho español. Como viene afirmando MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en lugar de llamarse Ley del divorcio, sería más acertado o preciso llamarla Ley del vínculo obligatoriamente disoluble⁷⁹⁵.

A partir del 7 de julio de 1981, todos los matrimonios eficaces y válidos en España pasan a ser disolubles. Y no solamente los que se celebren desde la entrada en vigor de la Ley, sino también los ya existentes, puesto que como determina la Disposición Transitoria Segunda⁷⁹⁶, los efectos de esta Ley se retrotraen a todos los matrimonios celebrados con anterioridad a la misma.

La retroactividad del divorcio fue objeto de importantes críticas⁷⁹⁷, las leyes sólo excepcionalmente deben ser retroactivas⁷⁹⁸ y ésta en concreto, lesiona además

⁷⁹³ LÓPEZ ALARCÓN, Mariano y NAVARRO-VALLS, Rafael, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, 2010, Séptima Edición Editorial Tecnos, pág.50.

⁷⁹⁴ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *La reforma del sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, Editorial Reus, p.28. ALONSO PÉREZ, Mariano., “Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro VI”, en *Actas del XVI Simposio de Derecho Matrimonial Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca de 16 a 20 Septiembre 1982*, Salamanca, 1982, pág.234. SÁNCHEZ – APELLANIZ VALDERRAMA, Francisco, “Algunas cuestiones de Derecho internacional privado en la nueva regulación del matrimonio” en *La reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, págs. 333-335.

⁷⁹⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, José Gabriel, *El matrimonio invertebrado*, Documento del Instituto de Ciencias para la Familia 42, Madrid, 2012, Editorial Rialp, pág.13.

⁷⁹⁶ “Disposición Transitoria 2ª. Los hechos que hubieren tenido lugar o las situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley producirán los efectos que les reconocen los capítulos VI, VII y VIII del Título IV del libro I del Código civil. Serán computables los períodos de tiempo transcurridos a efectos de demandar la separación o el divorcio conforme a lo establecido en el mismo”. El art. 85 se encuentra en el capítulo VII del Título IV.

⁷⁹⁷ FERRER ORTIZ, Javier, “Notas críticas sobre el sistema matrimonial español”, en *Ius Canonicum*, 1982, pág.1325.

derechos adquiridos, atenta contra la seguridad jurídica⁷⁹⁹ y ofrece reparos por su posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución Española⁸⁰⁰. Aunque se propuso una fórmula respetuosa con los derechos fundamentales del individuo y con los derechos adquiridos, la Ponencia no respondió ni a las objeciones ni a la fórmula sugerida para evitarlas⁸⁰¹ y se aprobó el divorcio en los términos mencionados de máxima retroactividad y extensión.

Lo que no debemos olvidar es que la redacción de la Ley 30/1981, de 7 de julio es resultado de una larga evolución histórica consecuencia de una profunda transformación de la sociedad. Y el sistema matrimonial, de acuerdo o por razón de la libertad de los contrayentes en este momento preciso, lo podemos calificar de tipo igualitario, o dicho en negativo, no discriminatorio entre el matrimonio civil, el matrimonio canónico⁸⁰².

Por consiguiente, haciendo un ejercicio para centrarnos en este punto, después de julio de 1981, en España podemos afirmar que lo único que queda a la libre elección de los contrayentes (lógicamente) es el ejercicio de esta disolubilidad⁸⁰³.

Así, como podemos deducir, la aprobación parlamentaria de esta Ley suponía un verdadero antes y un después en la historia del sistema matrimonial español con unas consecuencias a todos los niveles:

1º De forma inmediata, supone la imposición de la disolubilidad como una propiedad necesaria de todo matrimonio que quiera ser tal en España

2º A medio plazo, porque como parte de la reforma de la normativa sobre el matrimonio, han desaparecido varios impedimentos: además de los impedimentos de adulterio, afinidad, orden sacerdotal y voto de castidad,

⁷⁹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, José Gabriel, "El debate parlamentario sobre los artículos 60 y 63 de la nueva Ley matrimonial española", en *Excerpta et dissertationibus in Iure Canonico II*, Pamplona, 1984, Editorial EUNSA, pág.409.

⁷⁹⁹ *Ibidem*.

⁸⁰⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, José Gabriel, *El debate parlamentario sobre el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico*, Pamplona, 1982, (tesis doctoral), pág.200.

⁸⁰¹ FERRER ORTIZ, Javier, "Notas críticas sobre el sistema matrimonial español", en *Ius Canonicum*, Volumen 32, Núm. 64,1982, pág.565.

⁸⁰² MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1993, Volumen I, (Capítulo VI), Editorial Tecnos, pág.489.

⁸⁰³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, José Gabriel, *El matrimonio invertido*, Documento del Instituto de Ciencias para la Familia 42, Madrid, 2012, Editorial Rialp, pág.14.

también se ha suprimido el de impotencia. Esto último supone una clara señal de que para el legislador español el matrimonio no está necesariamente encaminado a la generación y educación de la prole.

3º A largo plazo, suponía la consagración de la nueva competencia del Estado, con más precisión, de la mayoría política parlamentaria, para dictaminar cuáles son las propiedades y elementos esenciales del matrimonio.

Y esta última consecuencia es la que realmente innova un proceso realmente preocupante en los desarrollos legislativos españoles posteriores, como observaremos en la última parte de este capítulo. Resulta especialmente significativa y casi profética la forma de concluir de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, al argumentar que ya no hay un contenido esencial objetivo, de acuerdo con la naturaleza humana inmutable sino que será el legislador civil quien decida lo que es o lo que no es un matrimonio⁸⁰⁴.

Ante un panorama de esta magnitud, me parece muy legítimo plantearse la relación directa que hubo entre divorcio y Constitución. Se trataría de observar en qué medida la Constitución rechaza, exige o posibilita el divorcio para el matrimonio, y si en su caso, el divorcio sería aplicable también al matrimonio celebrado en forma canónica. Este punto, al que la historia más reciente nos ha dado su respuesta, puede resultar interesante cuál fue el planteamiento en sus orígenes y los planteamientos de la doctrina en su debido momento.

Es interesante saber que determinados autores rechazaron la constitucionalidad de una ley, o una posible ley de divorcio, por aquel entonces proyecto incipiente, por ser incompatible con la protección jurídica que el artículo 39.1 concede a la familia⁸⁰⁵.

Como es de suponer, otro sector doctrinal, aun reconociendo lo razonable de la interpretación del texto del artículo 32.2 de la Constitución “la ley regulará las causas de separación y disolución del matrimonio” en el sentido de facultar al legislador para acoger o no al divorcio en una futura ley, y, esto es lo importante, estima que en realidad dicho texto constitucional constitucionaliza o exige el divorcio, pues el término plural de “causas” supone admitir más de una causa de disolución que además de la muerte, no es otra que el divorcio⁸⁰⁶. Y en efecto, también lo es la

⁸⁰⁴ *Ibidem*, pág.15.

⁸⁰⁵ GARCÍA CANTERO, Gabriel, “El divorcio en el Proyecto de Constitución española”, en el vol. Colectivo *El hecho religioso en la nueva Constitución Española*, Salamanca, 1979, pág.270.

⁸⁰⁶ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1993, Volumen I, (Capítulo VI), Editorial Tecnos, pág.504.

declaración de fallecimiento, o lo podría ser la disolución pontificia por la declaración de matrimonio rato y no consumado.

Aunque sea gramaticalmente más correcto decir “causas de separación y de disolución” para afirmar la pluralidad respecto tanto de la separación como de la disolución es frecuente en el lenguaje usual por razones de economía y mala dicción suprimir esa copulativa y preposición. Y la opinión más generalizada es que la Constitución posibilita la regulación del divorcio⁸⁰⁷. Es decir, no se constitucionaliza la exigencia del divorcio, ni la indisolubilidad tradicional canónica y civil del mismo, sino que la Constitución remite este tema al legislador ordinario, que podrá moverse en este campo sin cortapisas confesionales ni mandatos divorcistas constitucionales.

Otro punto que nosotros solamente mencionaremos fue la cuestión de la relación entre divorcio y Constitución y la aplicabilidad al matrimonio canónico de la ley del divorcio. Se pretendió, a raíz de la Constitución, que una futura ley de divorcio no afectara a quien eligió el matrimonio canónico que es indisoluble, sin que ello suponga violación del principio de igualdad porque esta no supone uniformidad⁸⁰⁸. Pero este planteamiento no es compatible con el derecho civil de libertad religiosa que comporta indudablemente el derecho a cambiar de creencias y de religión⁸⁰⁹. Tema colateral sería la regulación de las causas de separación y el análisis del término nulidad que aquí no podemos llevar a cabo.

4.5. Los derechos de secularización de segunda generación. Leyes 1 y 8 de julio de 2005.

Con un acelerado proceso legislativo y con pocos días de distancia en julio de 2005 se aprobaron dos leyes con una fuerte significación ideológica y política: la ley de matrimonios entre personas del mismo sexo y la llamada ley del “*divorcio express*”. Era un deber auto-impuesto por el Gobierno al consistir en dos promesas de la campaña electoral, y legitimado por tanto por la victoria conseguida⁸¹⁰.

Sin embargo, como bien señala CARDENAL FERNÁNDEZ, sería ingenuo negar la existencia de corrientes ideológicas y sociales que pretendían estos

⁸⁰⁷ Ibídem, pág.505.

⁸⁰⁸ PORTERO SÁNCHEZ, Luis, Constitución y política familiar en el volumen *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, pág. 302-306.

⁸⁰⁹ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1993, Volumen I, (Capítulo VI), Editorial Tecnos, pág.504.

⁸¹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, José Gabriel, *El matrimonio invertido*, Documento del Instituto de Ciencias para la Familia 42, Madrid, 2012, Editorial Rialp, pág.25.

cambios; entre muchos autores, MEULDERS ha subrayado: “la preponderancia de las instancias ideológicas y políticas en la orientación del modelo y de las legislaciones familiares en las sociedades contemporáneas”⁸¹¹ .

La influencia de la ideología de género en muchas legislaciones es un hecho. También en el caso de la española⁸¹². Así pues, la ideología de género está presente desde esa etapa en el ordenamiento jurídico español⁸¹³ .

Porque no podemos dejar de pensar, aunque en un nivel mucho más pragmático y sin ser exagerados, que en una semana se transfiguró tajantemente la ya desnaturalizada institución matrimonial en el Derecho español.

4.5.1. La regulación jurídica de la heterosexualidad

Como bien afirma NAVARRO-VALLS, las grandes discusiones jurídicas nunca son una simple cuestión nacional, suelen ser planetarias. Parecido a lo que ocurrió con los debates de la codificación, en este momento, lo vivimos con la nota de la heterosexualidad del matrimonio⁸¹⁴ . Veamos a continuación una breve panorámica mundial de lo que ha venido ocurriendo en este ámbito.

4.5.1.1. Efecto dominó y efecto blindaje

La tensión se percibió en polos opuestos. La primera de ellas se produjo en lo que el derecho internacional ha venido en llamar “efecto dominó”. Es decir, la propensión expansiva de una institución jurídica en el momento en que es adoptada por un sistema jurídico de cierta influencia sobre otros.

El acontecimiento que España aceptase, con una fuerte oposición por parte de algunos de los órganos jurídicos españoles de más relieve, el llamado matrimonio entre personas del mismo sexo, residió en el hecho de producir una especie de reacción en algunos países latinoamericanos como pudo ser Argentina o de forma limitada el estado de Méjico DF, alterando de forma muy contundente la estructura configurada al aceptar el matrimonio entre personas del mismo sexo. En otros

⁸¹¹ CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús, “Reformas en el derecho de Familia” en Lección inaugural del curso académico 2004-05: Universidad Católica San Antonio, Murcia, pág.11.

⁸¹² REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “La ideologia de gènere en el dret espanyol”, en *Temes d’Avui*, setembre-desembre 2011, núm. 41, pág.71.

⁸¹³ En este tema conviene tener especialmente presente el *Informe de 26 de abril de 2006, del Consejo General del Poder Judicial*, sobre el Anteproyecto de lo que fue la LO 3/2007 de 3 de marzo por una igualdad efectiva de hombres y mujeres.

⁸¹⁴ NAVARRO VALLS, Rafael, “La regulació jurídica de l’heterosexualitat”, en *Temes d’Avui*, setembre-desembre 2011, núm. 41, pág.49.

países, como Chile, Ecuador, Perú... el tema no pasó de la controversia política o jurídica pero no produjo efectos inmediatos en la configuración del matrimonio⁸¹⁵.

Por oposición a esta tendencia expansiva, la adopción por parte de algunos sistemas jurídicos del matrimonio entre personas del mismo sexo ha producido una reacción contraria. Es lo que se ha venido en llamar “efecto blindaje”, es decir, la defensa del matrimonio heterosexual a través de la constitucionalización de la nota de heterosexualidad. Los últimos ejemplos en Europa, en esta tendencia, ha sido Hungría donde se establece de forma expresa la protección de la “institución del matrimonio, considerado como la unión natural entre un varón y una mujer y como fundamento de la familia”. Con anterioridad, la Constitución polaca de 1997 en su artículo 18 definía el matrimonio exclusivamente como la “unión entre un hombre y una mujer”. Finalmente, la constitución de Lituania (1992) establece que “el matrimonio se debe efectuar con el consentimiento mutuo y libre del varón y de la mujer”, y en su Código civil el matrimonio se define como “el acuerdo voluntario entre un hombre y una mujer”⁸¹⁶.

4.5.1.2. *Europa, América y Estados Unidos*

Prescindiendo del alboroto mediático al que podemos estar acostumbrados cuando salta este tema a la luz pública, intentaremos ceñirnos estrictamente a los hechos.

En Europa, si bien es cierto que en los Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010) y Francia (2013) se ha regulado el matrimonio entre personas del mismo sexo, la corriente mayoritaria concede efectos diversos a las uniones civiles de personas del mismo sexo; sin embargo, se muestran muy poco receptivos a transformar estas uniones en matrimonios⁸¹⁷. Como ya hemos anunciado, la tendencia de los países del Este de Europa se orienta a constitucionalizar la nota de heterosexualidad.

Por tanto, la realidad es que se da un equilibrio inestable; modelado para reacciones y contra reacciones que dibujan un panorama más próximo a una defensa del matrimonio heterosexual que al avance del matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁸¹⁵ *Ibidem*.

⁸¹⁶ *Ibidem*, pág.50.

⁸¹⁷ *Ibidem*.

En Latinoamérica encontramos un ámbito jurídico donde las reacciones se producen con rapidez ante modelos diferentes. Un ejemplo de lo anterior fue México, donde el único estado donde se aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo fue Ciudad de México y la reacción fue inmediata. Los estados de Jalisco, Morelos, Sonora, Tlaxcala y Guanajuato plantearon en la Corte Suprema la cuestión de inconstitucionalidad. Ésta declaró constitucionales los matrimonios aprobados en la Ciudad de México, sin imponerlos a otros estados. De forma inmediata el Congreso del estado de la Baja California reformó el artículo 7 de la Constitución estatal y definió el matrimonio como “la unión entre un hombre y una mujer”⁸¹⁸.

Como podemos observar, la propensión a blindar las constituciones estatales también encuentra eco en algunos estados mexicanos, centroamericanos y sudamericanos.

En Estados Unidos, hay algunos estados que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo: Massachusetts (2004), Connecticut (2008), Iowa, Vermont, New Hampshire y Distrito de Columbia (2009). Sin embargo, como reacción a la tendencia expansiva, antes o después de estas fechas, más de 20 estados alteraron sus constituciones para definir el matrimonio como una unión entre hombre y mujer. Es decir, para blindarse ante la tendencia expansiva.

4.5.2. El caso de España

4.5.2.1. Ley 13/2005 de 1 de julio

Como ya hemos anunciado, la ampliación del derecho a contraer matrimonio para incluir la unión entre personas del mismo sexo llegó a España con la citada ley del 2005, la cual merece un particular análisis ya que supone, tras la de la disolución, la más profunda alteración del contenido de este negocio jurídico en la historia del derecho matrimonial español. Prescindiendo de las repercusiones en el orden político, ideológico o sociológico, la perplejidad en el ámbito jurídico ha sido muy importante.

Tres organismos de máximo prestigio adelantaron sus reservas a la reforma, la literatura jurídica se presentó tremendamente crítica de forma mayoritaria, y finalmente un grupo de sesenta parlamentarios presentaron un recurso contra la constitucionalidad de la mencionada ley.

Los documentos en los que los diferentes organismos presentaron sus reservas fueron:

⁸¹⁸ *Ibidem*, pág.51.

1º Dictamen del Consejo de Estado número 2628/2004 de 16 de diciembre de 2004.

2º Informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de enero de 2005.

3º Informe de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, aprobado en la sesión plenaria de 21 de febrero de 2005.

Y la pregunta que nos cabe formular podría ser si se puede encontrar razón suficiente que dé lugar a esta amplia reserva jurídica ante la reforma que se llevó a cabo. El motivo que podemos observar no es otro que la posible vulneración del artículo 32 de la Constitución, que contiene una inequívoca garantía institucional del matrimonio.

El porqué no es otro que, no sólo se reconoce una inequívoca garantía institucional del matrimonio, sino que además confiere el matrimonio como una institución jurídicamente garantizada por la misma Constitución.

Y ¿cuál es el modelo de matrimonio que configura esta garantía constitucional? ¿Nos la podemos cuestionar? Si prestamos atención al contexto y a los antecedentes históricos y legislativos del dictado constitucional, y teniendo en cuenta el conjunto de trabajos de las Cortes Generales en la elaboración del artículo 32 de la Constitución, como ya hemos visto en la primera parte del capítulo, podemos llegar a la conclusión de que el constituyente fue plenamente consciente del hecho que al reconocer el derecho al matrimonio, éste no implicaba una tarea de creación jurídica, sino exclusivamente un reconocimiento de una institución con unos perfiles definitorios entre los cuales estaba el carácter heterosexual.

Dicho de otro modo, la garantía constitucional configuraba un modelo de matrimonio basado en el principio heterosexual, es decir, en la unión de un hombre y de una mujer, lo cual daba a entender, que el legislador de un momento determinado no debería regular y alterar este principio básico.

En consecuencia, y siempre desde esta perspectiva, parecía imposible una norma que intentara vaciar el contenido propio o desnaturalizarlo creando una figura que substancialmente prescindiera de los perfiles básicos propios. Es decir, la existencia de una garantía institucional del matrimonio parecía determinar la inconstitucionalidad de las eventuales normas que, sin mandarla desaparecer, desvirtuaran, tergiversaran y desnaturalizaran el contenido aparentemente predeterminado por la Constitución.

Hemos de pensar, siempre enfocando el asunto desde la perspectiva que he anunciado, que el mandato constitucional de respetar el contenido esencial de los derechos y las libertades fundamentales (artículo 53.1 de la Constitución) supone

que “el tipo abstracto del derecho presupone conceptualmente al momento legislativo y en este sentido no se puede hablar de un posible reconocimiento de esta clase en la regulación concreta”⁸¹⁹.

Dicho lo anterior, la conculcación del contenido esencial del *ius connubii* comporta la pérdida de identidad de la propia institución matrimonial, precisamente por desvirtuarse de lo que la hace reconocible como derecho pertinente a un determinado tipo.

Por otro lado, y siguiendo con el mencionado dictamen del Consejo de Estado, la referencia a “hombre y mujer” en el artículo 32 de la Constitución no parece tener la intencionalidad de abarcar la unión entre personas del mismo sexo, sino de evitar que el legislador incluya en sus normas desigualdades que superaran el juicio de razón derivado de la aplicación del artículo 14 de la Constitución. Y en el mismo sentido, podemos observar la interlocutoria 222/1994, de 11 de julio, en que el Tribunal Constitucional señala que “igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, y tampoco no hay un derecho constitucional a establecerse; todo lo contrario de lo que pasa con el matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional, artículo 32, que genera *ope legis*, una pluralidad de derechos y de deberes”⁸²⁰.

Estas y otras razones suscitaron dudas fundamentales sobre la constitucionalidad de la ampliación de contenido del *ius connubi* que realizó la ley 13/2005, precisamente porque se observaría una invasión de la reserva constitucional en favor de las parejas heterosexuales y una concepción del matrimonio basado en el carácter complementario de los sexos, a que apunta una rigurosa interpretación del artículo 32 de la Constitución.

La Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio es una ley que incide en un punto tan básico y estructurador de una sociedad como es el matrimonio, y tratando de eliminar uno de sus signos de identidad, como es la heterosexualidad, va directamente encaminado a destruir lo que se podría venir en considerar un modelo tradicional de familia y alejar de la unión matrimonial toda idea de unión basada en la naturaleza y sostenerla exclusivamente en la conveniencia de los contrayentes⁸²¹. Y en este punto nos podemos remitir al Estudio del Proyecto de ley por parte del Consejo General del Poder Judicial, de 26 de enero de 2005.

⁸¹⁹ STC 11/1981, de 8 de abril.

⁸²⁰ STC 184/1990, de 15 de noviembre.

⁸²¹ REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “La ideología de género en el dret espanyol”, en *Temes d’Avui*, setembre-desembre 2011, núm. 41, pág.81.

Y corroborando la idea anterior, el artículo 44 añade un párrafo en el cual se dice que: “tiene los mismos requisitos y efectos el matrimonio cuando los dos contrayentes son del mismo o distinto sexo”. Con estas palabras el Código Civil abandona las palabras “marido y mujer” para sustituirlas por “cónyuges”, o curiosamente, “los padres”, lo cual tiene su parangón en las reformas que acaecieron en lo relativo al Registro Civil. Se trata, por tanto, de una operación de tipo ideológico y se ha llevado a cabo sobre unas bases jurídicas débiles, como son la invocación del artículo 9.2 de la Constitución, al artículo 10.1, referente a la dignidad de la persona, y al artículo 14; justificaciones todas ellas que tienen un apriorismo ideológico y que ignoran intencionalmente lo que ha sido el derecho de familia, anterior al propio Estado y a la misma Constitución⁸²².

Como ya hemos anunciado, dicha Ley 13/2005, desde el punto de vista de su constitucionalidad fue muy dudosa⁸²³ y no podemos perder de vista para asentar la idea anterior la redacción del artículo 32.1 de la Constitución. Este es el único precepto de la Constitución que al regular un derecho fundamental, no utiliza expresiones como “los españoles”, “los ciudadanos”, “las personas” o “todos los españoles”. No es nada irrelevante que el único precepto que se refiere al hombre y a la mujer sea en el que se hable de matrimonio. Se podría aducir que se hace para recalcar el principio de no discriminación por razones de sexo deducible de la declaración subsiguiente de plena igualdad; sin embargo, este objetivo lo cumple el artículo 14 de la Constitución.

De todas formas, aunque se alegara una falta de definición de la propia Constitución, este hecho tampoco implicaría que no se diese una definición jurídica. No es nada extraño que la Constitución no defina qué es el matrimonio; tampoco define lo que es la vida, ni define lo que es una asociación, ni el honor, ni el domicilio. Con todo, que no exista un concepto constitucional de todas estas figuras mencionadas no implica que sean conceptos libremente disponibles para el legislador. Hemos de entender que no es posible utilizar la vía de las definiciones legales para alterar artificialmente los preceptos introduciendo regulaciones basadas en definiciones que alteran la imagen principal de una institución, llegando a desvirtuar su reconocimiento jurídico. Por tanto, sólo una reforma constitucional

⁸²² *Ibíd*em, pág.80.

⁸²³ La Ley 13/2005 estuvo recurrida en el Tribunal Constitucional al admitirse a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864/2005, interpuesto por don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, comisionado al efecto por otros setenta y un Diputados del Grupo Popular del Congreso. (cf. BOE del 15 de noviembre de 2005).

hubiera podido cambiar el concepto de matrimonio. Y en puridad, ni tan siquiera lo hubiera podido hacer el propio Tribunal Constitucional⁸²⁴.

Sin embargo, al margen de la constitucionalidad de la reforma, se dan más razones contrarias a esta reforma porque el matrimonio, como institución jurídica, posee unos signos de identidad que el legislador no debe alterar⁸²⁵. Debemos superar crisis positivistas o normativistas porque el matrimonio no ha de ser totalmente lo que diga el legislador y éste debe recoger la realidad preexistente donde la diferencia de sexos y su complementariedad es evidente. Estas ideas no se constituyen en una opción ideológica sino en su imagen consustancial.

Uniones homosexuales y matrimonio heterosexual son realidades radicalmente distintas y de imposible equiparación. Tal como afirma REQUERO IBÁÑEZ, confundir estos conceptos puede resultar empobrecedor y podría llevar a la inseguridad jurídica y a una alteración del orden jurídico nada aconsejable. Uno de los motivos fundamentales de la afirmación anterior serían que el derecho de familia en general, y el matrimonial en particular, no se puede fundamentar en una tendencia subjetiva como la sexual, por eso, cuando el ordenamiento jurídico atribuye relevancia a una cuestión privada como la sexualidad, lo hace basándose en lo que es objetivo y constatable⁸²⁶. No perdamos de vista que el ordenamiento jurídico funciona a modo de ecosistema: en sí mismo, porque si se altera su lógica, las consecuencias en todo lo que rodea a la institución son evidentes, y en otro plano exterior, porque el destinatario de la norma en sí es la propia persona⁸²⁷.

Contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, fue interpuesto recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005, por don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa por escrito registrado en el Tribunal el 30 de septiembre de 2005, actuando en condición de Comisionado de otros setenta y un Diputados del Grupo Popular del Congreso.

El escrito de interposición desarrolla los fundamentos de Derecho del recurso en los términos que a continuación de exponen⁸²⁸:

1º) Se pone de relieve que la ley impugnada consta de un único artículo con varios apartados que modifican diversos preceptos del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La modificación principal, de la que traen causa todas las demás, es la contenida en el apartado uno, que añade un segundo párrafo

⁸²⁴ REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “La ideología de gènere en el dret espanyol”, en *Temes d’Avui*, setembre-deseembre 2011, núm. 41, pág.81.

⁸²⁵ *Ibidem*.

⁸²⁶ *Ibidem*, pág.82.

⁸²⁷ *Ibidem*.

⁸²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, Antecedentes,

al artículo 44 CC, que dispone que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

En opinión de los recurrentes, mediante esta simple reforma de unas cuantas palabras del Código Civil se vendría a modificar la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer. Los recurrentes ciñen sus objeciones a las jurídico-constitucionales y, concretamente, a la vulneración de los arts. 32, 10.2, 14, 39.1, 2 y 4, 53.1, 9.3 y 167, todos ellos de la CE. así como a lo que se considera lo que constituyen tres razones añadidas que dan la inconstitucionalidad de la Ley un relieve muy particular. Estas razones previas las tachas de inconstitucionalidad son las siguientes:

- a) El carácter básico de la institución del matrimonio.
- b) La imposibilidad de que el legislador modifique la Constitución cambiando el nombre acuñado de las cosas empleado por el constituyente.
- c) La posibilidad de conseguir la finalidad perseguida a través de fórmulas que no supongan una ruptura de la Constitución.

2º) El primer y fundamental motivo de inconstitucionalidad es la infracción del art. 32 CE, relativo al derecho a contraer matrimonio y a su garantía institucional. De este precepto se desprenden dos notas fundamentales: que el derecho a contraer matrimonio está constitucionalmente reconocido al “hombre y la mujer” siendo la igualdad y la heterosexualidad las dos notas principales del mismo.

3º) El segundo motivo de inconstitucionalidad es la infracción del art. 10.2 CE relativo a la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos. Se pone de manifiesto que tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.16), como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art.23.2) y el Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art.12) se refieren al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, por lo cual el art. 32 CE también debe ser predicado únicamente respecto de la pareja heterosexual por lo que la extensión de este derecho a las personas del mismo sexo contradice el art. 10.2 CE.

4º) El tercer motivo de inconstitucionalidad invocado por los recurrentes es la infracción del art.14 CE, en relación a los arts. 1.1 y 9.2 CE, relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual.

5º) El cuarto motivo de inconstitucionalidad invocado es la infracción del art.39 CE en sus apartados 1, 2 y 4 relativos a la protección de la familia y de los hijos.

6º) El quinto motivo de inconstitucionalidad es la infracción del art. 53.1 CE en relación con el art. 32 CE. La inadecuación de las normas contenidas en la Ley impugnada también debe entenderse referida, en su opinión, al art.53.1 CE, puesto que el reconocimiento a las parejas del mismo sexo de un derecho que no tienen constitucionalmente reconocido conlleva una alteración de la configuración institucional del matrimonio que vulnera el contenido esencial del art.32 CE y, por tanto, el art. 53.1 CE.

7º) El sexto motivo de inconstitucionalidad invocado en la demanda es la infracción del art. 9.3, y, concretamente, del principio de jerarquía normativa. En la medida en que, de acuerdo con lo expuesto en las alegaciones anteriores, las normas contenidas en la Ley impugnada contradicen el art. 32 CE y, como consecuencia de ello, otros preceptos constitucionales. Por lo tanto, debe considerarse también vulnerada dicha vertiente del art. 9.3 CE.

8º) El séptimo motivo de inconstitucionalidad aducido es la infracción del art. 9.3 CE en su dimensión de principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. La apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo cuando el art.32 CE reserva la titularidad y el ejercicio de este derecho al “hombre y la mujer”, y ello, además, mediante la aprobación de una ley ordinaria y sin la reforma previa de la Constitución, constituye para los recurrentes una arbitrariedad del legislador que se compece mal con esta dimensión del art. 9.3 CE, referida a los poderes públicos y, por lo tanto, también al legislador.

9º) El octavo y último motivo de inconstitucionalidad es la infracción del art.167 CE, relativo a la reforma constitucional. Según los recurrentes, la Ley impugnada habría infringido implícitamente el art. 167 CE al no haber seguido el cauce previsto en este precepto para reformar el art. 32 CE y haber optado en su lugar por una reforma legal que, a través de la simple alteración de unas palabras, habría dado lugar a una mutación del orden constitucional. En su opinión, la única vía posible para introducir el matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento español sería la reforma constitucional, de modo que su introducción por vía de la legislación ordinaria supondría una infracción múltiple de la Constitución que también afecta al art. 167 CE.

4.5.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo

El 6 de noviembre de 2012, el Tribunal Constitucional emitió sentencia⁸²⁹ desestimando el recurso⁸³⁰ presentado por el Partido Popular en el que se ponía en

⁸²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre.

duda la constitucionalidad de la ley que equiparaba las uniones homosexuales al matrimonio. Esta sentencia del Tribunal Constitucional, que recibió ocho votos a favor y tres en contra se demoró considerablemente, en principio, en busca del mayor acuerdo posible. Siete años después de que el Partido Popular presentara recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005 el Alto Tribunal avala la dicha ley aprobada por el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero.

Los fundamentos del fallo del Tribunal Constitucional en su posición mayoritaria se encuentran en una interpretación evolutiva del artículo 32 de la Constitución española, aunque no basada en el principio de igualdad⁸³¹.

El fallo del Alto Tribunal recoge tres votos particulares de los magistrados Andrés OLLERO TASSARA, Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS y Juan José GONZÁLEZ RIVAS que más adelante analizaremos. Por su parte, el magistrado Manuel ARAGÓN REYES ha emitido voto concurrente, es decir, que está a favor del fallo pero tiene algunas objeciones jurídicas al mismo.

Los votos particulares parten de una visión estrictamente literal del artículo 32, además de la afirmación de que el matrimonio es una realidad antropológica anterior a la Constitución⁸³². De acuerdo con estas tesis, el verdadero debate jurídico no es la negación de la posibilidad del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino el rango del vehículo normativo de la operación de reconocimiento de dicho matrimonio: ley ordinaria o reforma de la Constitución⁸³³. La mayoría ha optado por el primero basándose en la interpretación evolutiva del citado precepto constitucional. Los votos particulares admiten la segunda posibilidad pero negando la categoría de la interpretación evolutiva, negación a la que se suma un voto particular concurrente con la mayoría⁸³⁴.

El Tribunal Constitucional puso de relieve que el motivo de inconstitucionalidad principal, y que por sí mismo podría llegar a fundamentar la estimación del recurso, era la vulneración del artículo 32 de la Constitución y que se

⁸³⁰ Recurso de inconstitucionalidad núm. 6864/2005, interpuesto por don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, comisionado al efecto por otros setenta y un Diputados del Grupo Popular del Congreso. (cf. BOE del 15 de noviembre de 2005).

⁸³¹ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., “Entorno a la llamada interpretación evolutiva. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonios, permitiendo el de personas del mismo sexo”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, enero – diciembre 2013, pág. 173.

⁸³² *Ibidem*.

⁸³³ *Ibidem*.

⁸³⁴ *Ibidem*.

centraría en el análisis del ajuste constitucional de la norma impugnada, confrontándola con dicho precepto constitucional, descartando previamente el resto de las alegaciones, puesto que algunas no son autónomas, sino que dependerían completamente de lo que se apreciase sobre la posible vulneración del artículo 32 de la Constitución, y las demás porque existían razones que permitían descartar los argumentos de los recurrentes sin mayores dificultades⁸³⁵.

Una lectura profunda de los fundamentos, tanto aquellos que no son autónomos como los que lo son (ambas cosas en el sentir del Tribunal), nos devuelven siempre como premisa de todo razonamiento del Tribunal la pregunta siguiente: ¿es posible introducir el matrimonio entre personas del mismo sexo por ley ordinaria, es decir, sin modificar el artículo 32 de la Constitución? Y, si lo es, ¿con base en qué razón jurídica? Porque todos parecen estar de acuerdo en que el artículo 32 de la Constitución expresa el rostro secular del matrimonio en nuestra cultura, es decir, el matrimonio heterosexual; y, curiosamente, esa es la línea central de defensa jurídica de los votos particulares, salvo alguna manifestación confidencial, y por consiguiente ideológica, que, siendo respetable como tal, es extravagante (en el sentido prístino del término) para este comentario⁸³⁶.

La fundamentación jurídica esencial del Tribunal Constitucional se apoya en una interpretación evolutiva del artículo 32 de la Constitución, afirmando que, en función de ella, dentro del concepto de garantía institucional del matrimonio cabe perfectamente el contraído por parejas del mismo sexo⁸³⁷, y que no se vulnera el derecho constitucional a contraer matrimonio contenido en la misma norma⁸³⁸, pues el hecho de concederlo a los homosexuales no lesiona el *ius nubendi* de ningún heterosexual.

Esta interpretación está desconectada del principio de igualdad y, en consecuencia, no viene amparada por el artículo 14 de la Constitución española⁸³⁹. Todas las restantes consideraciones del Tribunal son ancilares de éstas, y buscan más, como es obligado, motivar su fallo desvirtuando los argumentos del recurso⁸⁴⁰.

⁸³⁵ *Ibidem*.

⁸³⁶ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, "Constitucionalidad de la Ley 13/2005, sobre el matrimonio homosexual: un ejemplo hoy, de interpretación sociológica evolutiva, fundada en razones de igualdad", en *Revista de Derecho Privado*, 7, 2013, págs. 25-86.

⁸³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 9.

⁸³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 9.

⁸³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 11.

⁸⁴⁰ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., "Entorno a la llamada interpretación evolutiva. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en

Dentro de este apartado de la fundamentación jurídica, hay que prestar especial atención a si esta reforma lleva consigo una vulneración del artículo 32 de la Constitución en su doble carácter de garantía institucional y de derecho constitucional⁸⁴¹.

Vale la pena recordar y traer a colación una breve referencia especificada de estas dos nociones. VILLANUEVA TURNES relata que el término garantía institucional es un concepto que nace a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, donde se establece que se persigue la protección de instituciones fundamentales dentro del orden constitucional que simplemente han sido enunciadas y no desarrolladas por la Carta Magna⁸⁴². En lo que se refiere al matrimonio como una garantía institucional, el Alto Tribunal establece que las modificaciones introducidas en el Código Civil mediante la Ley 13/2005 mantienen dicha institución de forma reconocible para la imagen que se tiene de la misma⁸⁴³. En este sentido es interesante poner de manifiesto el Fundamento Jurídico 9⁸⁴⁴ en el que se afirma que “la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el Legislador”.

Lo que se desprende del párrafo anterior es que el Tribunal Constitucional trata de defender que el matrimonio entre personas del mismo sexo está integrado en la cultura jurídica española y lo hace de forma contundente, como podemos observar.

materia de derecho a contraer matrimonios, permitiendo el de personas del mismo sexo”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, enero – diciembre 2013, págs. 176.

⁸⁴¹ VILLANUEVA TURNES, Alejandro, “Análisis jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, Nº 14/2014 (Segunda Época), pág. 2. Versión electrónica: rej.ujaen.es

⁸⁴² *Ibidem*

⁸⁴³ *Ibidem*, pág.3.

⁸⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 9.

En cuanto a los votos particulares, algunos de ellos están movidos por una visión estrictamente literal del artículo 32 CE, con una consideración estática del rostro histórico de la garantía, la hasta ahora existente, y ello con el apoyo en dichos votos particulares del Tribunal que no concedían un derecho constitucional al matrimonio a cualquier persona, sino a los heterosexuales⁸⁴⁵, criticando que lo decidido entraña una verdadera mutación constitucional⁸⁴⁶, que como podemos apreciar aparece muy cercana a la realidad de los hechos.

El más extenso de los votos particulares⁸⁴⁷, del magistrado OLLERO TASSARA, curiosamente refleja en negativo el argumento príncipe que la sentencia debió usar y no hizo⁸⁴⁸, es decir, el principio de igualdad. Parte de una concepción antropológica del matrimonio anterior a la Constitución y afirma que es la única que recoge el artículo 32 de la CE. Como hemos podido deducir del texto del voto particular, éste alerta contra la categoría de la interpretación evolutiva, aunque considera que la actual visión de la garantía constitucional consiente la inclusión en ella del matrimonio homosexual⁸⁴⁹.

El voto del magistrado ARAGÓN REYES incide de nuevo sobre la inexactitud del argumento de que el artículo 32 de la Constitución Española no prohíbe el matrimonio homosexual⁸⁵⁰. Sin embargo, no constituye éste el argumento principal de su voto particular concurrente, sino los de la negación de la entrada en juego del principio de igualdad y el ataque frontal al concepto de interpretación evolutiva para ofrecer finalmente una solución simplista de la cuestión, al afirmar que bastaría sólo con haber afirmado que las garantías institucionales evolucionan históricamente,

⁸⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre. Voto particular del magistrado Rodríguez Arribas.

⁸⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, Voto particular del magistrado González Rivas.

⁸⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, Voto particular del magistrado Ollero Tassara.

⁸⁴⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., "Entorno a la llamada interpretación evolutiva. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonios, permitiendo el de personas del mismo sexo", en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, enero – diciembre 2013, págs. 177.

⁸⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre. Voto particular del magistrado Aragón Reyes.

⁸⁵⁰ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., "Entorno a la llamada interpretación evolutiva. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonios, permitiendo el de personas del mismo sexo", en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, enero – diciembre 2013, pág. 204.

siendo obvio que la conciencia social consiente la inclusión bajo la del matrimonio del contraído por personas de idéntico sexo⁸⁵¹.

Semejante forma de razonar es puramente decisionística y obvia sencillamente los problemas del tenor del artículo 32 de la Constitución Española, al tiempo que confunde la interpretación-resultado (la garantía ha evolucionado) con la interpretación-procedimiento (la garantía social determina la evolución), dos procesos intelectuales unidos inescindiblemente, sin que quepa prescindir de ninguno⁸⁵². Por tanto, podemos certificar que el parecer de ARAGÓN se enfrenta con la categoría de la interpretación evolutiva y podría llegar a resultar peligroso para la certeza de la interpretación constitucional, resultado, desde luego no querido pero potencialmente incluido en su voto⁸⁵³.

Y para acabar este repaso sobre algunos aspectos de los votos particulares, unas ideas sobre el de GONZÁLEZ RIVAS. De modo muy esquemático podemos plantear que este voto:

- a) Parte de una preexistencia a la Constitución Española del matrimonio heterosexual⁸⁵⁴.
- b) Afirma la necesidad de reformar la Constitución Española para implantar el matrimonio homosexual⁸⁵⁵.
- c) Menciona la problemática de la lectura del artículo 32 de la Constitución Española y califica que la lectura evidenciada llega a la calificación de una verdadera mutación constitucional⁸⁵⁶, aunque se limita a mencionar dicha problemática pero no a abordarla⁸⁵⁷.

⁸⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 5.

⁸⁵² LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., "Entorno a la llamada interpretación evolutiva. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonios, permitiendo el de personas del mismo sexo", en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, enero – diciembre 2013, pág. 204.

⁸⁵³ *Ibidem*, pág. 204.

⁸⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre. Voto particular de GONZÁLEZ RIVAS, número 2.

⁸⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, Voto particular de GONZÁLEZ RIVAS, número 1.

⁸⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, Voto particular de GONZÁLEZ RIVAS, número 6.

⁸⁵⁷ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., "Entorno a la llamada interpretación evolutiva. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonios, permitiendo el de personas del mismo sexo", en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, enero – diciembre 2013, pág. 205.

A juicio de la mayoría de la doctrina, el fallo es deficiente desde el punto de vista argumental, y los votos particulares son peticiones de principio, inconsistentes y contradictorias⁸⁵⁸.

Debido a la magnitud que alcanza esta nueva regulación, pienso que las argumentaciones de la sentencia hubieran podido ser más fluidas e inequívocas y quien tenía la posibilidad de hacerlo era evidentemente el Tribunal. Es absolutamente evidente que la sociedad española ha sufrido una evolución, pero también es cierto que la homosexualidad se ve como una condición privada de la persona y que no tolera ser fuente de discriminación, pero a la vez tampoco puede instaurarse una falsa realidad de las cosas. Y la misma sentencia afirma lo que más tarde no es capaz de cohesionar. No olvidemos que el artículo 14 veta la prohibición de discriminación de los homosexuales, porque es una “condición personal”⁸⁵⁹.

Creo que la línea de actuación del legislador más adecuada y que sí hubiera podido recoger nuestro más alto tribunal, hubiera sido reducir el *ius connubii* a los heterosexuales; y en consecuencia, no concederlo a los homosexuales, y este punto, no es de recibo porque es totalmente proporcional y razonable. No olvidemos que la condición de persona casada es un estatus y no un mero instrumento de relación interpersonal. No podemos obviar ni olvidar que el matrimonio que recogen las leyes civiles es heredero directo y reciente en la historia del matrimonio canónico. La condición de cónyuge, como relación interpersonal, con la carga de la forma solemne de entrada y la homologación de la familia, tiene un trascendente prestigio social precisamente por ser manifestación de compromiso, con tendencial vocación de permanencia y de comunidad de vida⁸⁶⁰.

Es difícil que la conciencia social visualice como idénticas al matrimonio otras formas alternativas para la unión homosexual, y la reserva de esa a la pareja del mismo sexo no es más que un medio de privar a los homosexuales del innegable prestigio social de la condición de cónyuge, sin que medie razón o proporción alguna. En el fondo, lo que está en juego es la caída de la última barrera discriminatoria jurídicamente para los homosexuales⁸⁶¹, según el parecer de LÓPEZ Y LÓPEZ. Después de lo anterior podemos afirmar claramente que el más alto tribunal lo que pretende con la resolución, más que una adecuación a la realidad de la sustancia, es una equiparación de la institución matrimonial para un colectivo

⁸⁵⁸ *Ibidem*, pág. 177.

⁸⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 13.

⁸⁶⁰ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., “Entorno a la llamada interpretación evolutiva. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonios, permitiendo el de personas del mismo sexo”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, enero – diciembre 2013, págs. 200.

⁸⁶¹ *Ibidem*.

concreto. Este planteamiento opino que contradice claramente lo que hubiera tenido que ser, es decir, el principio de igualdad, que no solo es principio, sino también valor superior del ordenamiento jurídico, el que tendría que determinar la solución⁸⁶² y no otro tipo de intenciones y matices.

En definitiva, podemos unirnos al parecer de la doctrina mayoritaria de que la interpretación evolutiva efectuada por el Tribunal es impecable en el resultado, que no en el procedimiento, pues ha prescindido del principio de igualdad⁸⁶³. Y con ello se hubiera podido evitar el aforismo de que no evolucionan las normas sino el ordenamiento.

4.6. Aplicaciones de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en materia de familia

4.6.1. Algunos de los cambios en materia matrimonial

4.6.1.1. Cuestiones generales

La ley 15/2015 de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria que ahora se aprueba, contiene las normas comunes para la tramitación de los expedientes de esa naturaleza regulados por las leyes, cuyo conocimiento se distribuye entre diferentes operadores jurídicos, básicamente Jueces y Secretarios Judiciales, por un lado; y Notarios y Registradores por otro. Presenta dos bloques perfectamente diferenciables:

- a) El articulado, en el que se regulan los aspectos procesales de los expedientes que permanecen en sede jurisdiccional y que en adelante integraran de forma exclusiva la jurisdicción voluntaria.
- b) Y las disposiciones finales en las que se modifican otras leyes a fin de introducir
 - ✓ Los cambios necesarios en la regulación sustantiva
 - ✓ Y todos aquellos expedientes que hasta ahora se consideraban dentro de la jurisdicción voluntaria y que ahora dejan de formar parte de la misma: son los que se encomiendan a Notarios y Registradores.

En el Título III de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria encontramos ubicados los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia:

⁸⁶² *Ibidem*, pág. 201.

⁸⁶³ *Ibidem*.

- a) Dispensa para contraer matrimonio en caso de impedimento de parentesco
- b) Patria Potestad:
 - ✓ Desacuerdo en el ejercicio de la misma,
 - ✓ Relaciones de los menores con sus progenitores, abuelos, y demás parientes y allegados si estuviesen en acogimiento y
 - ✓ Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad judicialmente complementada.
- c) Desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, que son principalmente los que se refieren a la fijación del domicilio conyugal, la disposición de la vivienda habitual, la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio o la disposición de bienes comunes.

También vemos que la Ley eleva la edad para contraer matrimonio, la cual de acuerdo con la propuesta realizada por los Ministerios de Justicia y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, ha pasado de 14 a 16 años. A los 16 años el menor podrá emanciparse y contraer matrimonio si lo desea, pero ya no podrá ser autorizado a contraerlo a los 14. Consecuentemente la causa de emancipación por matrimonio desaparece.

4.6.1.2. Cuestiones relativas a la forma de contraer o de solucionar las crisis matrimoniales

Una vez analizados *grosso modo* los bloques de esta ley tenemos que poner especial atención a las disposiciones finales de la misma porque incluyen modificaciones pertinentes al Código Civil entre otras. Estas modificaciones del Código Civil tienen por objeto la adaptación de muchos de sus preceptos a las nuevas previsiones en esta ley a la vez que se introducen importantes modificaciones que afectan a la determinación de la concurrencia de los requisitos para contraer matrimonio y su celebración, así como la regulación de la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad fuera del ámbito judicial, atribuyendo al secretario Judicial y al Notario las funciones que hasta ahora correspondían al Juez y que también conllevan una reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, de la ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley del Notariado.

La nueva regulación del acta o expediente previo a la celebración del matrimonio, encomienda su tramitación al Secretario Judicial, Notario, al encargado del Registro Civil o al Cónsul o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero, al tiempo que la celebración del mismo podrá tener

lugar ante el Secretario judicial, Notario, funcionario diplomático o consular, Juez de Paz y Alcalde o Concejal que éste delegue.

Otro aspecto importante donde podemos poner especial atención dado el contenido de esta tesis son en las modificaciones en materia de matrimonio que conllevan ajustes que se realizan en:

- la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España,
- la Ley 25/1992, de 10 de noviembre por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España
- la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

Podemos observar, cómo se desprende de los párrafos anteriores que el motivo de *lege ferenda* no sería otro que mostrar una especial atención al pluralismo religioso -aunque minoritario- existente en la sociedad española. No podemos olvidar que a día de hoy tales confesiones tienen sus respectivos acuerdos de cooperación, y que otras varias han sido reconocidas con la declaración de notorio arraigo; así pues, se contempla en el Código Civil a todos estos colectivos el derecho a celebrar matrimonio religioso con efectos civiles, equiparándose las que meramente tienen el reconocimiento de notorio arraigo en España al resto de confesiones que ya disfrutaban de esta realidad por reconocerlo sus acuerdos de cooperación. De este modo, ahora les es posible también celebrar matrimonios en forma religiosa con eficacia civil a los fieles de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Mormones), que obtuvo el notorio arraigo en el año 2003, a los Testigos Cristianos de Jehová, que lo tienen desde 2006, a los de la Federación de Entidades Budistas de España, con notorio arraigo desde 2007 y a los de las Iglesias Ortodoxas, a quienes se les reconoció en el 2010.

Continuando con un análisis más pormenorizado de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, refiriéndonos a los temas de derecho de familia, podemos describir algunos grandes bloques de actuación:

- a) De la dispensa del impedimento matrimonial.
- b) Intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad.
- c) Intervención judicial para la adopción de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

- d) Intervención judicial en caso de desacuerdos entre los cónyuges en la administración de los bienes gananciales.
- e) De la celebración del matrimonio.
- f) Determinación del régimen económico matrimonial.
- g) Separaciones y divorcios de mutuo acuerdo y sin hijos menores no emancipados con capacidad modificada que dependa de sus progenitores.

En la intervención judicial, en el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, podemos afirmar que son ambos progenitores, individual o conjuntamente, quienes sustentan la legitimación. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, también estarían legitimados sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor.

Una de las medidas más llamativas de esta Ley objeto de estudio es la posibilidad de celebrar matrimonios ante Notario. Diferenciaremos el régimen transitorio hasta el día 30 de junio de 2017 y el vigente desde el día 1 de julio de 2017. Por lo que se refiere al régimen transitorio observamos que el consentimiento matrimonial se podrá prestar, como novedad, con arreglo a la citada Disposición transitoria, ante el Secretario Judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes y que sea competente en el lugar de la celebración. La prestación del consentimiento, en el caso de que sea notarial, exige escritura otorgada por los contrayentes y dos testigos, que se remitirá al Registro Civil.

El régimen aplicable desde el día 1 de julio de 2017 para otorgar consentimiento matrimonial, será en el caso que fuera el Notario quien hubiera extendido el acta matrimonial, los contrayentes podrán otorgar el consentimiento, a su elección, ante el mismo Notario u otro distinto del que hubiera tramitado el acta previa, el Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien éste delegue. La prestación del consentimiento deberá realizarse en la forma prevista en el Código Civil.

La última novedad que podemos observar en la determinación del régimen económico matrimonial es que a partir de su entrada en vigor, junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales y demás. Como detalle, podemos hacer constar el régimen económico matrimonial que resulte aplicable a un matrimonio ya inscrito cuando aquél no constase con anterioridad y no se aporten escrituras de capitulaciones, para lo cual será necesaria la tramitación de un acta de notoriedad.

Después de este breve análisis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en materia de familia, observamos que lo que se pretende por parte del legislador es una actualización de esta materia y la lleva a cabo a través de pequeños detalles que no dejan de ser necesarios para una actualización de los temas de familia.

La interpretación de tipo evolutiva, en la forma que lo presenta el tribunal, parece jurisprudencia decisionista, de oportunidad política o simplemente política⁸⁶⁴. Como hemos apreciado, el motivo único de inconstitucionalidad es la vulneración del artículo 32 de la Constitución Española⁸⁶⁵, sin hacer uso del canon sistemático de la interpretación, que viene siendo el habitual del propio Tribunal, y ningún uso del canon teleológico, que en este caso sería, como podemos suponer, el principio de igualdad. El propio texto sufre y se muestra reduccionista al afirmar que no hay derecho a tratamiento normativo desigual⁸⁶⁶; de que matrimonio y familia son bienes constitucionales diferentes⁸⁶⁷; de que la garantía institucional y el derecho constitucional no son sino reversos de la misma moneda, objetivo y subjetivo⁸⁶⁸; de que existe un amplio margen para la configuración legal de la garantía institucional⁸⁶⁹; de que la cultura jurídica es parámetro de la interpretación constitucional⁸⁷⁰; de su acertada descripción de las bases materiales de la lectura evolutiva de la Constitución⁸⁷¹; de las alusiones a que el reconocimiento del matrimonio homosexual no supone ninguna disfunción en el orden civil preestablecido para el heterosexual⁸⁷², lo cual llama la atención por lo prescindible y opinable que es porque depende en todo caso del esquema que se tenga de la estructura civil del matrimonio; y de que no atenta al *ius connubii* de los heterosexuales⁸⁷³.

4.6.1.3. *La torpe supresión del impedimento de parentesco*

En la recién aprobada Ley 15/2015 de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y concretamente en la Disposición Final 1ª, observamos unas modificaciones en materia de familia un tanto sorprendidas, por lo menos en cuanto a la ubicación se refiere.

⁸⁶⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., “Entorno a la llamada interpretación evolutiva. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonios, permitiendo el de personas del mismo sexo”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, enero – diciembre 2013, págs. 202.

⁸⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 6.

⁸⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 4.

⁸⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 5.

⁸⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 6.

⁸⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 7.

⁸⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 8.

⁸⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 11.

⁸⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 9.

⁸⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 12 de noviembre, FJ 11.

Parece chocante, en términos de política legislativa, que se aproveche una Ley de Jurisdicción Voluntaria para modificaciones sustanciales del Código Civil en aspectos tan importantes para la sociedad como son los del ámbito de derecho de familia. Y más teniendo en cuenta el contexto actual en el que cada paso dado por el legislador civil en materia de familia ha supuesto una gradación al alza en la desnaturalización de la institución matrimonial.

Entrando en un análisis más pormenorizado de la cuestión, y avanzando en el mundo de las interpretaciones, observamos en el texto de la Ley, en la Disposición Final 1ª, que en el art. 47 del Código Civil que modifica, aparece el encabezamiento, pero en los apartados 1º y 2º constan puntos suspensivos (...), mientras en el apartado 3º está reproducido íntegramente. Una interpretación clásica y comúnmente aceptada en la doctrina podría llevar a pensar que el legislador quiere mantener los puntos 1º y 2º, y que por eso pone los puntos suspensivos. Sin embargo, al observar cualquier otro artículo con distintos párrafos, como el artículo 49, vemos que el legislador los ha reproducido de forma íntegra aunque no se haya operado ningún tipo de modificación.

Así pues, se ha sembrado confusión por parte del legislador, y con una interpretación *sensu contrario* se podría llegar a intuir que quedarían en el aire los puntos 1º y 2º del artículo 47 del Código Civil y, llevando esto al extremo, que desaparecerían. Es decir, nos encontraríamos con que los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y los colaterales por consanguinidad hasta tercer grado podrían llegar a contraer matrimonio. ¿Es imaginable este supuesto en nuestra sociedad occidental?

Nos podríamos plantear qué intencionalidad tiene el legislador ante este trato desigual en la redacción del articulado. Porque en definitiva quien sufriría un vaciamiento prácticamente absoluto sería la institución matrimonial. No olvidemos que en los últimos decenios, como hemos visto en el objeto del epígrafe anterior de esta tesis, se ha llegado a límites insospechados en el tratamiento de los protagonistas de la institución. Si a finales del s. XX el legislador civil con unas pocas palabras dio un vuelco inaudito en el contenido objetivo del matrimonio, podríamos observar que con unos simples puntos suspensivos el matrimonio civil en la legislación española adquiriría unos trazos que transformarían radicalmente el contenido del *ius connubii*, lo dejarían fuera de cualquier alcance, y esta institución pasaría a formar parte de los fósiles del derecho. En definitiva, quedaría fuera del orden de las cosas. De la misma manera, salvando distancias, que ha quedado fuera de nuestro alcance cualquier institución medieval donde los parámetros sociales son otros totalmente distintos.

No obstante, cuando acudimos al BOE de 6 de octubre de 2015, en el que se publica la última versión del Código Civil que integra las modificaciones operadas por la Ley 15/2015 de 2 de Julio de la Jurisdicción Voluntaria y observamos el

articulado antes comentado, volvemos a aterrizar en la realidad, y vemos que el art. 47 en su apartado 1º no permite contraer matrimonio a los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. Y en su apartado 2º a los colaterales por consanguinidad hasta 3º grado.

Así pues, la novedad introducida aparece en el apartado 3º donde se afirma que no podrán contraer matrimonio entre sí los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, por tanto, en este último caso apreciamos una equiparación legal con el cónyuge.

Sin embargo, la radicalidad en la protección que asegura el art. 47 queda, en parte, difuminada porque en el art. 48 permite una dispensa por parte del juez, con justa causa y a instancia de parte, tanto para el caso de impedimento por muerte dolosa del cónyuge o de la persona que hubiera estado unida por análoga relación a la conyugal, como para el caso de parentesco de 3º grado entre colaterales.

Soy consciente que el redactado del artículo 48 es una herencia histórica y que ha sido modificado partiendo de un peso considerable. Sin embargo, atendiendo a la necesidad social del momento hubiera podido instar una protección mayor a las víctimas de la violencia de género, evitando que pudiese ser dispensado el impedimento por muerte dolosa de forma tan ligera. Considero que era el momento adecuado para una verdadera actualización y una auténtica protección de la institución matrimonial. Y, a la vez, de las personas con una análoga relación a la conyugal, es decir, en sentido amplio de los términos. Evidentemente éste no es el lugar adecuado para llevar a cabo una disquisición elaborada del tema.

Así pues, visto lo visto, la institución matrimonial ha de ser deudora de una especial protección por parte de los poderes públicos y, convendría, por parte del legislador, que se efectuase un blindaje. No sería bueno para una institución vertebradora de la sociedad y que sigue siendo el cauce mayoritario de convivencia para los ciudadanos, quedar al albur de una posible modificación tan importante como la que hubiera podido operar en esta Disposición Final 1ª de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Nuestro sistema está acostumbrado a ciertas “travesuras” legislativas como ya observamos en la aprobación de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 (cfr. capítulo I), pero los tiempos han cambiado, y la cultura democrática ha ido asentándose en nuestra sociedad. Por tanto, cualquier modificación de la institución matrimonial ha de respetar su espíritu más genuino y no podemos continuar con más páginas poco honrosas del parlamentarismo español.

Nuestros legisladores tienen el deber de velar por el bien común de cada momento histórico y cualquier gradación en la desnaturalización, desjuridificación, desinstitucionalización y privatización de la institución matrimonial, aparte de respetar su más genuina esencia, debería ser consensuada y fruto de un diálogo pacífico, además de respetuosa con las minorías.

El respeto debido al espíritu constitucional de 1978 y al espíritu pactista que ha caracterizado nuestra nación desde tiempos inmemoriales, debe ser acrecido y potenciado y así seguir siendo un referente mundial en el respeto a la persona, herencia de nuestro antepasado, y patrimonio de las generaciones venideras. No olvidemos que nuestro deber fundamental como verdaderos juristas es dejar en prenda a nuestros descendientes un adecuado marco jurídico donde puedan desarrollar de forma libre e integral su personalidad.

CONCLUSIONES

I

En la primera parte de la tesis, en concreto en su vertiente de estudio histórico, observamos que la secularización constituye un proceso evidente en la sociedad española decimonónica y, al igual que opera en otras instituciones, también encuentra su hueco en la institución matrimonial. Esta **inicial secularización del matrimonio**, que se inició con el advenimiento de la Reforma protestante, en España se traduce en una introducción de las autoridades seculares en los asuntos de la Iglesia. Y en este sentido concluimos que la legislación estatal incorpora a su ordenamiento jurídico el matrimonio. Observamos por primera vez en la historia de nuestro país la figura de un matrimonio civil, y este elemento fue el inicio de una suave brisa que con el devenir del tiempo constituyó un verdadero vendaval secularizador. Así pues, la Ley española de matrimonio civil obligatorio de 1870 se ofrece como una pura conversión en legislación civil de una normativa exclusivamente canónica hasta este momento.

Así pues, entendemos que el primer embate secularizador se inició con una intromisión del legislador civil en un ámbito hasta este momento reservado a la legislación canónica, evidentemente manteniendo las notas de la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial, en este caso ya de tipo civil. Pero aunque la secularización del matrimonio incoó con fuerza en nuestra tierra, la institución del matrimonio se mantuvo intacta tanto en su aspecto formal como sustantivo. En consecuencia, podemos alegar sin miedo, que la secularización matrimonial consistió en un trasvase de jurisdicción en el que la legislación civil asumió de forma total la institución matrimonial que hasta este momento pertenecía de forma exclusiva a las leyes canónicas.

II

La historia de nuestro país, como bien sabemos, ha venido marcada por lo que se conoce como la ley del péndulo. Así, observamos que fruto de la **Restauración borbónica**, y con el Decreto de 9 de febrero de 1875, la secularización que hemos descrito en el punto anterior vendrá matizada con un viraje hacia el lugar del que provenía. Es decir, se introdujo en España el matrimonio civil subsidiario. Dicho de otra manera, si bien la secularización sigue operando en la

institución matrimonial, desde el punto de vista histórico observamos una tendencia clara en intentar conciliar los derechos de la Iglesia con los del Estado. Concluimos, por tanto, que con la introducción del Decreto de 9 de febrero de 1875, en el último cuarto del siglo XIX la legislación en el ámbito matrimonial se movió en lo que podemos llamar más una secularización de tipo formal que en una secularización de fondo.

Estamos en condiciones de afirmar que la legislación de este momento histórico no altera las líneas de fondo del modelo matrimonial de España regulado por un contenido similar, por no decir idéntico, al que constituye la concepción canónica del matrimonio. Aseveramos, sin miedo a equivocarnos, que el derecho canónico ejerció en esta época una influencia decisiva en los ordenamientos seculares; y esto se produjo en un momento de la historia en el que los embates secularizadores acontecían con fuerza, es decir, en el que el poder temporal eclesiástico empezaba a declinar. Sin embargo, como hemos anunciado, será el derecho canónico quien en este devenir de los acontecimientos dé al nuevo sistema político una contribución constructiva importante; en definitiva, se erigirá en un verdadero y auténtico instrumento del que el Estado no dudará en apropiarse. No perdemos de vista que la Iglesia, avaladora de una concepción clara del matrimonio como una realidad y no una creación del derecho positivo, se oponía frontalmente al hecho mismo del matrimonio civil obligatorio y en el momento que pudo hacerlo (cuando devino la Restauración borbónica) pidió un reconocimiento del matrimonio religioso y lo obtuvo.

III

Los acontecimientos históricos que se sucedieron no fueron otros que la **proclamación de la II República**, que supuso un brusco cambio en la vida política del país. Podemos concluir que el concepto de matrimonio que delineó la Constitución de 1931 era una miscelánea entre un planteamiento tradicional de inspiración contractualista, bebedor de las fuentes del derecho romano, a la vez que un intento de alejamiento ideológico de la génesis propia del derecho canónico. Se produjo un giro histórico en clave divorcista y con un principio claro de matrimonio civil obligatorio donde se ve claro que el nuevo régimen republicano quería transformar antes que gobernar. El matrimonio que emergió en ese momento se estructuraba en torno a dos ejes: un matrimonio secular disoluble con la nota de la obligatoriedad. Por tanto, nos hallamos ante un concepto de matrimonio ya matizado, porque la secularización había operado y conseguido atenuar su núcleo.

No obstante, debemos afirmar que esta nueva legislación republicana no consiguió eludir la imponente y multiseular construcción canónica sobre la que se sustentaba y esto lo vemos claramente en la pervivencia de impedimentos como el

de impotencia o el de adulterio, elementos que nos ubican en una determinada concepción del matrimonio, que no es otra que la del matrimonio canónico. Por tanto, si bien en esta segunda etapa del matrimonio civil en nuestro país el posicionamiento era radical y pretendía un ataque frontal a lo que había sido la concepción de la familia hasta este momento, no lo consiguieron de forma total, ni mucho menos, pues la voluntad de cambio imperante se vio moteada por la base en la que se sustentaba la institución, esto es, el derecho canónico. Así pues, aunque formalmente estábamos ante un matrimonio que predicaba la disolubilidad, por otro lado, observamos que mantuvo la esencia multiseccular canónica, básicamente por el peso de la tradición histórica. En dicha etapa el matrimonio consiguió mantener su vocación de perennidad, aunque la secularización hizo mella y sin duda abrió la puerta a transformaciones insospechadas que podrían encontrar su origen menos remoto en los acontecimientos históricos que hemos estudiado.

IV

El régimen del General Franco, en esta materia, empezó por la derogación de la anterior legislación republicana, por considerarla una agresión a los sentimientos de los españoles. Se observó una transformación desde un estado laico hacia un estado fuertemente confesional católico, con las oportunas consecuencias en la legislación matrimonial que nos ocupa. En ese contexto histórico observamos una legislación directamente vinculada al derecho natural e introducida de forma inmediata y provisional. Como hemos anunciado, la ley del péndulo volvió a operar en nuestra historia de forma contundente. Podemos concluir que la legislación matrimonial de aquel período se orientó en esencia al restablecimiento de la legalidad anterior a la II República, a hacer desaparecer cualquier vestigio de legislación por ella realizada, tanto como los efectos por ella producidos, así como a suprimir cualquier distancia entre el ordenamiento civil y el canónico; sin embargo, el imparable avance del tiempo y de la sociedad hacen que el matrimonio civil se tuviese que seguir contemplando como una posibilidad que ofrecía el ordenamiento civil para las personas no bautizadas.

El legislador franquista posterior que produce la Ley de 24 de abril de 1958 sufre una leve evolución, con una tendencia al respeto por la libertad de la persona con la exigencia de la no profesión de religión católica en ambos contrayentes. Pero estas pequeñas modificaciones se refirieron más a una secularización en cuanto a la forma que al fondo, que permaneció inalterable; en este momento histórico volvió a operar el ya citado Decreto de 9 de febrero de 1875.

También concluimos que tanto en la legislación procedente de la II República como en la procedente del franquismo se puede observar un cierto paralelismo al

contemplar una inicial cuestión matrimonial y resolver el tema de la familia directamente con una fórmula constitucional: la Constitución de 1931 o las Leyes Fundamentales de 1938 y 1967 respectivamente.

V

La promulgación de la Constitución Española de 1978 supuso la modificación del marco jurídico de nuestra sociedad y, con el advenimiento de la norma suprema, se inició la reforma de la legislación matrimonial con base en los principios de igualdad y libertad. El artículo 32 de la Constitución, dedicado al matrimonio, fue fruto de un enorme esfuerzo por el consenso de las dos grandes posturas ideológicas histórica y visceralmente enfrentadas; eso produjo un texto con grandes notas de ambigüedad y de imprecisión, que alcanzase la elasticidad necesaria para hacer frente la compleja situación de la **transición a la democracia**. Por la ubicación que corresponde en el articulado tenemos que concluir que el derecho a contraer matrimonio en la etapa constitucional se erige en un derecho universal, irrenunciable, perpetuo y *erga omnes*, como parte de una conquista del elemento del orden público de la legislación matrimonial secular. La institución matrimonial ha sufrido una auténtica secularización sobrepasando unos límites insospechados.

La legislación divorcista postconstitucional supuso una ruptura frontal y radical con el contenido de todo el acervo legislativo anterior, es decir, con las notas de la unidad, la indisolubilidad y la complementariedad sexual como propiedades esenciales. La disolubilidad conlleva la pérdida progresiva del sentido jurídico del compromiso de permanencia, y es este el momento en el que la institución del matrimonio deberá saber resistir el asalto para mantenerse en pie, porque la legislación divorcista del momento ni tan siquiera se limitó a mantener el matrimonio tradicional con opción por el divorcio para los que lo consideran indisoluble, pues eso podría colisionar con un eventual menoscabo en la libertad religiosa. Sin embargo, su gran capacidad de adaptación y la reserva de la objeción de conciencia para los ciudadanos la ha vuelto a colocar entre una de las instituciones más valoradas por su vocación de inicial subsistencia y de seguridad personal fruto de la comunidad de vida.

VI

Al hilo de lo anterior, podemos concluir que, desde el inicio de la etapa democrática en nuestro país, la institución matrimonial **no posee un contenido esencial y objetivo inmutable**, como lo había tenido a lo largo de los siglos, sino

que se deja en manos legislador civil la decisión en cada momento histórico de lo que convenga, obviamente, con grandes dosis de oportunidad y de conveniencia.

VII

El siguiente paso sin parangón en la secularización de la institución matrimonial ha venido dado por la **Ley 13/2005**, que entendemos que ha sido la más profunda alteración del contenido del derecho matrimonial al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Podemos concluir que con la aprobación por parte del legislador de esta norma los signos de identidad de la institución matrimonial han sido totalmente transformados y que no se corresponden con la idea predeterminada de matrimonio que venía operando hasta el momento, hasta el punto de que se hace muy difícil de encajar en la institución matrimonial.

Consideramos firmemente que la condición de persona casada es un estatus personal y no un mero instrumento de relación personal, a la vez que no podemos olvidar que el matrimonio que había recogido la legislación civil era heredero directo y reciente en el tiempo del matrimonio canónico, con lo cual la actual figura jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo no encaja, ni remotamente, con la herencia del derecho canónico.

VIII

Tras la visión diacrónica de la institución matrimonial podemos concluir que ha sido llevada por el camino del liberalismo, donde ha sufrido etapas de tensión entre las nuevas ideas y las fuerzas de la tradición. Así pues, a lo largo de todo el proceso estudiado, las diferentes leyes han ido transfiriendo el control del matrimonio de la Iglesia al Estado, al albur de una mentalidad individualista que ha conseguido abrirse camino de forma paulatina. Confirmamos que una legislación que no ha podido soportar el embate al principio de la indisolubilidad ha sido, sin duda, un terreno muy adecuado para entender dónde opera la realidad actual.

A la vez concluimos que **va desapareciendo la hegemonía del modelo tradicional de matrimonio y familia** que tiene como consecuencia una legislación que propicia un determinado modelo de matrimonio erosionado, fruto de la crisis antropológica contemporánea que viene azotando al hombre a partir de la segunda mitad del siglo XX.

IX

La conclusión que se desprende del postulado anterior es el asentamiento de un matrimonio ideologizado, que ya no depende de factores objetivos sino de planteamientos puramente subjetivos. Así pues, el avance imparable del secularismo y del positivismo nos lleva a afirmar que **es el poder de la voluntad política quien define qué es matrimonio y cuál es su contenido en cada momento**, lo que podríamos calificar como el triunfo de la afectividad como fundamento de la institución por encima del carácter contractual o negocial de antaño, convirtiéndolo en una institución neutra, plural, privatizada, desjuridificada y de tipo igualitarista.

X

Después de bucear en el contenido de esta tesis doctoral durante muchos años afirmo que el desafío cultural a la institución del matrimonio ha sido y sigue siendo de titánicas dimensiones. Toda la evolución que se ha estudiado en los diferentes momentos de secularización, operada a través de la legislación matrimonial, no se ha limitado al ámbito ideológico -como se podría llegar a simplificar- sino que encuentra su origen en un cambio de política legislativa que se centra en las concepciones sociales imperantes.

En realidad, creo que el núcleo del problema se puede situar en la falta de modelos de referencia de la actual sociedad postmoderna, de por sí muy compleja, y que la solución, contrariamente a lo que se podría pensar, no está en lo que pueda proporcionar la legislación matrimonial. La idea que propongo promocionar viene en sentido opuesto, porque entiendo que las respuestas al conjunto de problemas a los que la familia se enfrenta en el presente, o que tenga que afrontar en el futuro, deberían provenir desde su propio interior, y no en sentido inverso, desde el exterior, desde el legislador, como se viene intentado.

El matrimonio ha cambiado, como la sociedad, pero se ha adaptado a pesar de la revolución social y cultural y sigue siendo la norma ideal para una gran mayoría. No cabe un discurso pesimista sobre el matrimonio porque la base natural sobre la que se asienta le proporciona calidad, capacidad y fuerza para pervivir y ser verdadera correa de transmisión al futuro, aunque en los últimos decenios la legislación matrimonial no siempre le haya servido como soporte seguro y amplio.

Podemos concluir que, en los últimos tiempos, **el matrimonio en la legislación civil ha sido deconstruido**, desmontado pieza a pieza; pero no olvidemos que seguimos teniendo cada uno de los elementos que componen la institución matrimonial, y que el lugar natural para su recomposición estará en la conciencia singular de cada persona, eliminando las causas que provocaron tal

descomposición, a la vez que apoyándose en el acervo cultural que, sin ningún lugar a dudas, el mundo Occidental continúa poseyendo.

BIBLIOGRAFÍA

ACEBAL PÉREZ, M^a de los Reyes, y SERRANO OCHOA, M^a Ángeles, “El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional,” en *www.noticiasjuridicas.com*, 2014.

ADNES, Pierre, *Le mariage*, Barcelona, 1979, Editorial Herder, 269 págs.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, tomo IV, Barcelona, 1982, Editorial Bosch, 319 págs.

ALBERDI ALONSO, Cristina, CERRILLOS VALEDOR, Ángela, y ABRIL GONZÁLEZ, Consuelo, *Ahora, divorcio*, Madrid, 1977, Editorial Bruquera S.A., 90 págs.

ALCALÁ ZAMORA, Niceto, *Memorias (Segundo texto de mis Memorias)*, Barcelona, 1977, Editorial Planeta, 185 págs.

ALDEA VAQUERO, Quintín, *Diccionario de historia eclesiástica de España*, II, Madrid, 1972, Instituto Enrique Flores, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2.818 págs.

ALONSO DE ANTONIO, José Antonio, “El derecho de libertad religiosa en la Constitución Española de 1978” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 2, págs. 243-345.

ALONSO PÉREZ, Mariano, “Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro VI”, en *Actas del XVI Simposio de Derecho Matrimonial Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca de 16 a 20 Septiembre 1982*, Salamanca, 1982, 234 págs.

ALONSO PÉREZ, Mariano, “Matrimonio civil y divorcio” en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, Colegio de Abogados, págs. 39-74.

ALONSO PERUJO, Niceto y PÉREZ ANGULO, Juan, *Diccionario de Ciencias Eclesiásticas*, Tomo VI, Valencia, 1888, Editorial Librería de Subirana y Hermanos, 10 volúmenes.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, 3^a edición, Madrid, 1988, Editorial Tecnos, 233 págs.

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentarios a las Leyes políticas*, Madrid, 1983, Editorial Edersa, 285 págs.

ANTONIUTTI, Hildebrando, "Documento de la Nunciatura Apostólica de España" en *Revista Ecclesia*, 6 de abril, 1957, pág.40-69.

AQUINO, SANTO TOMÁS DE, IN. 4 *Sent. Dis. 33, quest.I, art.2, incorpore*, Madrid, 1979, Editorial Biblioteca Autores Cristianos.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, "Formas y clases de matrimonio en el Derecho español, Comentario a la Sentencia del T. S. de 27 de mayo 1976", en *Anuario de Derecho Civil* tomo XXV, fascículo IV, octubre-diciembre 1982, Núm. 8, Madrid, pág. 76-196.

ARQUER Y FERRER, Miquel de, *Comentario sobre el Decreto Ne Temere*, Barcelona, 1908, Imprenta de Pablo Riera y Sans, 94 págs.

Arxiu Vidal i Barraquer, Editorial M. Batllori y V. M. Arbeloa, Monestir de Montserrat, 1971, Volumen I, págs. 22.

Arxiu Vidal i Barraquer: Església i Estat durant la Segona República Espanyola 1931-1936, textos en la llengua original, edició a cura de Editorial M. Batllori y V.M.Arbeloa, Monestir de Montserrat, 1971-1981, 3 tomos publicados cada uno en dos volúmenes.

BATISTA MONTERO-RÍOS, José, "Eugenio Montero Ríos. Semblanza de un jurista", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo 1970, Núm. 5, Madrid, pág. 132-287.

BATISTA MONTERO-RÍOS, José, "La nueva Ley del registro Civil", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre de 1975, pág. 300

BAURA DE LA PEÑA, Eduardo, "El contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio" en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, Volumen IV, 1988, pág. 337-374.

BAURA DE LA PEÑA, Eduardo, "El contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio" en *Ius Canonicum*, Volumen XXVII, 1987, pág. 697-739.

BAYLE PRIETO, Constantino, "Sin Dios y contra Dios", en *Razón y Fe*, 1935, pág.157-158.

BRENAN, Gerald, *El laberinto español: antecedentes sociales y políticos de la Guerra Civil*, Editorial Ruedo Ibérico, París, 1962, 238 págs.

BURÓN GARCÍA, Gregorio, *Derecho Civil Español*, Valladolid, 1898, Editorial Manuel de la Cuesta, 295 págs.

CABALLERO GEA, José Alfredo, *Ley del divorcio*, Pamplona, 1982, Editorial Aranzadi, 105 págs.

CABANAS RODRIGUEZ, Marcelino, *Montero Ríos, jurista y reformador*, La Coruña, 1971, Editorial Ares, 251 págs.

CALVO ALVAREZ, Joaquín, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona, 1983, Editorial EUNSA, 129 págs.

CARBONNIER, Jean, *Derecho flexible*, Madrid, 2001, Editorial Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 493 págs.

CARCEL ORTÍ, Vicente, *Breve Historia de la Iglesia en España*, Barcelona, 2003, Editorial Planeta, 506 págs.

CARCEL ORTÍ, Vicente, *La gran persecución, España, 1931-1939*, Barcelona, 2000, Editorial Planeta, 368 págs.

CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús, “Reformas en el derecho de Familia” en Lección inaugural del curso académico 2004-05: Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2004.

CARRIÓN OLMOS, Salvador, “Comentarios al artículo 46 del Código civil” en *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil*, coordina LACRUZ BERDEJO, José Luis, Madrid, 1994, págs.154 y ss.

CARRIÓN OLMOS, Salvador, *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Reunidas, EDERSA, 425 págs.

CARRO MARTÍNEZ, Antonio, *La Constitución Española de 1869*, Madrid, 1952, Ediciones Cultura Hispánica, 384 págs.

CASANOVAS MUSSONS, Anna, “La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888: su incidencia en el proceso de codificación civil”, en *Centenario Código Civil (1889-1989), Vol. I*, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 441- 443.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo quinto, “Derecho de Familia”, Volumen I, *Relaciones conyugales*, duodécima edición, Madrid, 1994, Editorial Instituto Reus, 1224 págs.

Catecismo de la Iglesia Católica, Conferencia Episcopal Española, Madrid, 1998, Editorial Asociación de Editores del Catecismo, 623 págs.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, "Constitucionalidad de la Ley 13/2005, sobre el matrimonio homosexual: un ejemplo hoy, de interpretación sociológica evolutiva, fundada en razones de igualdad", en *Revista de Derecho Privado*, 7, 2013, págs. 25-86.

CICERÓN, Marco Tulio, *De legibus*, 1824, Editorial Broenner, 797 págs.

Colección Eclesiástica Española comprensiva de los Breves de S.S., Notas del M. R. Nuncio, representaciones de los SS. Obispos a la Cortes, tomo V, Madrid, 1824, Imprenta de E. Aguado, 12 tomos.

COMELLAS GARCÍA-LLERA, José Luis, *Historia de España Moderna y Contemporánea*, Madrid, 1980, Ediciones Rialp, S.A., 672 págs.

COMELLAS GARCÍA-LLERA, José Luis, *Historia General de España y América, Revolución y Restauración, (1868-1931)*, tomo XVI, Introducción XXII, Madrid, 1984, Editorial Rialp, 28 tomos.

Concilium Tridentium, Diariorum, Actorum, Epistularum, Tractatumm, Nova Collectio, Editit Societas Goeresiana, tomus saecundus, Friburgi-Brisgoviae, 1963, 8 volumenes, y tomus nonus, Friburgi-Brisgoviae, 1924, 1193 págs.

Constitución Gaudium et Spes, nn. 48 a 50, 5ª Edición, Editorial San Pablo, 2001, 189 págs.

CORRAL SALVADOR, Carlos, "Ley Orgánica Española de Libertad Religiosa", en *Revista Española de Derecho Canónico*, Volumen 37, 1981, pág. 59-118.

CRESPO DE MIGUEL, Luis, "Un homenaje a Alonso Martínez. La cuestión matrimonial en la elaboración del Código", en el Vol. *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1989, Universidad Complutense, Centro de Estudios Ramón Areces, 1069 págs.

CRESPO DE MIGUEL, Luis, *La secularización del matrimonio en los proyectos del Código Civil anteriores a la Revolución de 1868*, Pamplona, 1987, Editorial EUNSA, 487 págs.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Compendio de Derecho Civil, Introducción y derecho de la persona*, 5ª edición, Madrid, 1970, Editorial Marisal, pág. 51.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil en España*, 2ª edición, Tomo I, Madrid, 1997, pág. 538.

DE LA HERA, Alberto, "Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones entorno al artículo 42 del Código Civil)", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo III, Julio-Septiembre 1974, pág. 639 y ss.

DE LA HERA, Alberto, *Pluralismo y libertad religiosa*, Sevilla, 1971, Editorial Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 246 págs.

DELGADO IRIBARREN, José, "El Derecho de familia en la Constitución de la República española de 1931", en *Revista Derecho Privado*, año 1932, núm. 222, pág. 67 y ss.

DENZINGER, Henry y SCHONMETZER, Adolfus, S.I., *Enchiridion symbolorum, definitiorum et declarationum de rebus fidei et morum*, Friburgi-Brisgoviae, 1963, Editorial Herder, 987 págs.

DOMÍNGUEZ ROMERO, Maximiliano, "El matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible", en *Pretor*, enero-febrero, 1975, pág. 5 - 44.

DORAL GARCÍA, José Antonio, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, 1967, Editorial Universidad de Navarra, 138 págs.

ENRIQUE Y TARANCÓN, Vicente, *Recuerdos de juventud*, Barcelona, 1980, Editorial Grijalbo, 318 págs.

ENTRENA KLET, Carlos, *Matrimonio, Separación y Divorcio*, Pamplona, 1982, Editorial Aranzadi, 812 págs.

ESCRIVÁ-IVARS, Javier, "El sistema matrimonial español. Antecedentes históricos", en *Manual de derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid 1997, Editorial Colex, pág. 327-360.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, "Comentarios al art. 32 CE", en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo III, art. 24-38, Madrid, 1996, Editorial Edersa, pág. 447-490.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "Los derechos de la esfera personal", en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Volumen I, 4ª edición, Valencia 2000, Editorial Tirant lo Blanch, pág. 238 y ss.

ESPINAR VICENTE, José María, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional*, Madrid, 1996, Editorial Civitas, pág. 122-130.

FABIÉ ESCUDERO, Antonio María, *“Disertaciones jurídicas sobre el desarrollo histórico del Derecho, sobre las Bases del Código Civil y sobre la organización de los Tribunales”*, Madrid, 1885, Imprenta de la Revista de Legislación, 197 págs.

FERRER ORTIZ, Carlos, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, 1994, Editorial EUNSA, pág.895-890.

FERRER ORTIZ, Javier, “Notas críticas sobre el sistema matrimonial español”, en *Ius Canonicum*, Volumen 32, Núm. 64, 1982, págs. 559 - 593.

FERRER ORTIZ, Javier, *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*, Pamplona, 1986, Editorial EUNSA, 184 págs.

FOSAR BENLLOCH, Enrique, “El matrimonio religioso, canónico y civil ¿el vínculo es indisoluble o disoluble?”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1978, Núm. 2 (págs. 335- 416) y 3 (págs. 705-736).

FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Barcelona, 1981, Editorial Bosch, 459 págs.

FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El derecho a contraer un matrimonio civilmente indisoluble (divorcio opcional)”, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. D. José Luis Lacruz Berdejo*, Volumen II, Barcelona, 1992, Editorial de José M^a Bosch, pág. 1301-1347.

FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio como contrato civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Febrero 1976, Núm.2, pág. 93-110.

FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio en el Código Civil”, conferencia pronunciada el 6 de febrero de 1989 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, separata del número 21 de los *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, curso 1988-89, 1989, Núm. 21, Madrid, pág.120-137.

FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, “El matrimonio y el Concordato español”, *Ius Canonicum*, 3, Madrid, 1963, pág. 251-418.

FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de, *El sistema matrimonial español (comentario al artículo 42 del código Civil)*, Madrid, 1949, Editorial Reus, 148 págs.

GÁLVEZ MONTES, Francisco Javier, “Comentarios al art. 32 CE” en *Comentarios a la Constitución*, GARRIDO FALLA y otros, Madrid, 1980, pág.417-418.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, “El divorcio en el Proyecto de Constitución española”, en el vol. Colectivo *El hecho religioso en la nueva Constitución Española*, Salamanca, 1979, pág. 267-271.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, Editorial Publicaciones del Instituto Jurídico Español, 387 págs.

GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho administrativo*, II, Madrid, 1962, Editorial E.I.S.A., 1.030 págs.

GASPARRI, Pietro, *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. I, Roma, 1923, vol.II, Roma, 1924, Editorial Typis Polyglottis Vaticanis, 308 págs.

GETE-ALONSO y CALERA, M. Carmen, *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 318.

GISMONDI, Pietro, “Il matrimonio e la società civile”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XI, 1957, 17 págs.

GISMONDI, Pietro, “La celebrazione del matrimonio secondo la dottrina e la legislazione canonica sino al Concilio Tridentino”, en *Ephemerides Iuris Canonici*, V, 1949, pág. 301-338.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “Matrimonio y familia: artículos 32 y 39 CE”, en *Revista de Derecho Político, la reforma constitucional*, UNED, Madrid, 1992, número 36, pág. 207-224.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1990, Editorial Congreso de los Diputados, 258 págs.

GRAHIT FERRER, Enrique, *La indisolubilidad del matrimonio civil según los liberales españoles*, Pamplona, 1976. (Tesis doctoral inédita).

GREDOS, Juan de, y BARBACHENO, José María, *Hacia el divorcio en España*, Madrid, 1931, Editorial Sáenz de Burbera, 95 págs.

GUTIÉRREZ PEÑA, Florencio, “El matrimonio civil en España”, en *Miscelánea de Derecho Privado*, Madrid, 2002, Editorial Gutiérrez Peña, pág. 15-179.

GUZMÁN ALFARACHE, Eduardo de, *La Segunda República fue así*, Editorial Planeta, Barcelona, 1977, Editorial Planeta, 421 págs.

HERNÁNDEZ ASCO, Miguel, *Problemas latentes en el sistema matrimonial español*, Valladolid, 1964, Facultad de Derecho, 276 págs.

HERVADA XIBERTA, Javier, *Carta sobre el divorcio*, Colección El matrimonio y la fe de la Iglesia, Cuadernos del Instituto Martín Azpilcueta, Pamplona, 1998, Navarra Gráficas Ediciones, 77 págs.

Historia de España Menéndez Pidal, dirigida por J. M^a JOVER, tomo XXXVI-1, Madrid, 1889, Espasa-Calpe, 928 págs.

Historia General de España y América, La Segunda República y la Guerra, Tomo XVII, Madrid, 1984, Editorial Rialp, 28 tomos.

IBÁN PÉREZ, Iván Carlos, “El matrimonio en la Constitución” en *Revista de Derecho Privado*, 1980, pág.137-145.

IBÁN PÉREZ, Iván Carlos, “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870 –1978)” en *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo 1979, Serie 1^a, Número 2, Madrid, pág. 83-175.

ILLANES MAESTRE, José Luis, *Gran Enciclopedia Rialp*, tomo XXI, págs. 89-96, Madrid, 1975, Editorial Rialp, 25 tomos.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Comentarios al art. 53 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución de 1978*, ALZAGA VILLAMIL, Óscar (dir.), tomo IV, Madrid 1996, Editorial Edersa, pág. 439 - 530.

LA HERA PÉREZ-CUESTA, Alberto de, “Matrimonio civil y revisión de Concordato”, en *Ius Canonicum*, 1998, Núm. 69, Madrid, pág. 201-231.

LABACA ZABALA, Lourdes, “El derecho a contraer Matrimonio en la Constitución Española”, en *Proyecto de I + D financiado por el MEC referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*. 2005-2008. Ponencia.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia*, Barcelona, 1990, José M^a Bosch Editor, S.A., 598 págs.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *El nuevo régimen de la familia, I, Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, Editorial Civitas, 382 págs.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, Barcelona, 1990, José M^a Bosch Editor, S.A., 588 págs.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, “Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el Orden Jurídico Español”, en *Revista de Derecho Privado*, tomo 51, Madrid, 1972, pág. 485-528.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Estudios de Derecho Matrimonial*, Pamplona, 1962, Publicaciones del Estudio General de Navarra, 238 págs.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Jurisprudencia y fuentes de Derecho*, Pamplona, 1969, Editorial Aranzadi, 250 págs.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *La reforma del sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, Editorial Reus, 111 págs.

LAMAS LOURIDO, Pedro Ramón, “Forma sustancial del matrimonio canónico”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, tomo X, Barcelona, 1960, Editorial Francisco Seix, 20 volúmenes.

LASSO GAITE, Juan Francisco, “Montero Ríos y su obra legislativa”, en *Información Jurídica*, abril-junio, 1971, pág. 7-58.

LECLERQ, Jean François, *La familia según el Derecho natural*, Barcelona, 1979, Editorial Herder, 384 págs.

LECLERQ, Jean François, *La familia*, Barcelona, 1962, Editorial Herder, 384 págs.

LECLERQ, Jean François, *Mariage naturel et mariage chretien*, Casterman, 1965, Publicaciones Lovaine-París, 445 págs.

LERROUX, Alejandro, *La pequeña historia*, Buenos Aires, 1945, Editorial Cimera, 535 págs.

LETE DEL RÍO, José Manuel, “Comentario al art. 66 del Código civil”, en LACRUZ BERDEJO, J.L., en *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV, del Libro Primero del Código civil*, Segunda Edición, Madrid, 1994, Editorial Civitas, pág. 627 y ss.

LEZCANO ESCUDERO, Ricardo, *El divorcio en la II República*, Madrid, 1979, Editorial Akal, 348 págs.

LINACERO DE LA FUENTE, María, “Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, en *Foro, Nueva época*, N° 2/2005, pág. 411-438.

LOMBARDÍA DÍAZ, Pedro, “La confesionalidad del Estado hoy”, en *Escritos de Derecho Canónico*, I, Pamplona, 1961, pág. 329-350.

LÓPEZ ALARACÓN, Mariano, “Iglesia, Estado y Matrimonio” en *Anales de la Universidad de Murcia (1967-1968)*, pág. 69-82.

LÓPEZ ALARCÓN, Mariano y NAVARRO-VALLS, Rafael, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, 2010, Séptima Edición Editorial Tecnos, 536 págs.

LÓPEZ GUERRA, Luis, “Los derechos fundamentales” en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, volumen I, 4ª edición, AA.VV, Madrid, 2000, 446 págs.

LÓPEZ NIÑO, José María, *Los sistemas matrimoniales en el Derecho Concordatario*, Madrid, 1971, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, 231 págs.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel, “Entorno a la llamada interpretación evolutiva. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonios, permitiendo el de personas del mismo sexo”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, enero – diciembre 2013, pág. 173-208.

LUCES GIL, Francisco, *La reforma del Registro Civil. Comentarios al Decreto de 22 de mayo (no marzo) de 1969*, Madrid, 1970, Editorial Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 71 págs.

LUNA SERRANO, Agustín, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*, Madrid, 1994, Editorial Civitas, 1114 págs.

MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, “La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil”, en *Anuario Derecho Civil*, Enero-Marzo 1954, tomo VII, fascículo I, Madrid, pág. 149 -166.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid, 1931, Instituto Editorial Reus, 1892 págs.

MARAÑÓN GÓMEZ-ACEBO, Manuel, “Examen del Decreto de 9 de febrero de 1875 reformando la Ley de Matrimonio civil”, Memoria leída en la sesión del día 1 de diciembre de 1876 en la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1877*, 20 págs.

MARTÍN DESCALZO, José Luis, *Tarancón, El cardenal del cambio*, Barcelona, 1982, Editorial Planeta, 327 págs.

MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1993, Volumen I, (Capítulo VI), Editorial Tecnos, 320 págs.

MARTÍNEZ CUADRADO, M, *Elecciones y partidos políticos de España (1868-1931)*, Volumen II, Madrid, 1969, Taurus, 855 págs.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid, 2007, Editorial Rialp, 136 págs.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, José Gabriel, “El debate parlamentario sobre los artículos 60 y 63 de la nueva Ley matrimonial española”, en *Excerpta et dissertationibus in Iure Canonico II*, Pamplona, 1984, Editorial EUNSA, 409 págs.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, José Gabriel, *El debate parlamentario sobre el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico*, Pamplona, 1982, (tesis doctoral), 200 págs.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, José Gabriel, *El matrimonio invertebrado*, Documento del Instituto de Ciencias para la Familia 42, Madrid, 2012, Editorial Rialp. 128 págs.

MARTÍNEZ MORÁN, Narciso, “La familia y su protección constitucional”, en *Revista de la Universidad Complutense*, número 5, 1978, págs.115-144.

MARTÍNEZ VAL, Joaquín “Montero Ríos y su obra jurídica”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1973, Núm. 2, Madrid, págs. 87-156.

MAURA, Miguel, *Así cayó Alfonso XII*, Barcelona, 1968, Editorial Ariel, 350 págs.

MENÉNDEZ PELAYO, Marcelino, *Historia de los Heterodoxos Españoles, II*, Madrid, 1956, Biblioteca de Autores Cristianos, 1223 págs.

MOA RODRÍGUEZ, Pío, *Los orígenes de la guerra civil española*, Madrid, 1999, Editorial Encuentro, 447 págs.

MOLINER, María, *Diccionario de uso del español*, Madrid 1988, Editorial Gredos, 2 volúmenes.

MONTERO GUTIÉRREZ, Eloy, “El nuevo Estado español y la institución matrimonial”, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm.2, abril-septiembre 1941, págs. 125-142.

MONTERO MORENO, Antonio, *Historia de la persecución religiosa en España, 1936-1939*, Madrid, 2004, Editorial Biblioteca de Autores Cristianos, 926 págs.

MOSTAZA RODRÍGUEZ, Antonio, “La competencia de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio hasta el Concilio de Trento”, en *Ius Populi Dei*, Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor, III, Roma, 1972, Pontificia Università Gregoriana, pág. 287-357.

MOUTON Y OCAMPO, Luis, “Voz Código Civil”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, tomo VI, Barcelona, 1960, Editorial Francisco Seix, 20 volúmenes.

NANCLARES VALLE, Javier, “La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 741, págs. 195-249.

NARBONA SÁNCHEZ, Francisco, *La quema de conventos*, Madrid, 1954, Publicaciones Españolas, 29 págs.

NAVARRO VALLS, Rafael, “El matrimonio concordatario ante el Derecho español y el Derecho italiano: problemas comunes”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1988, págs. 247-249.

NAVARRO VALLS, Rafael, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1990- 1991, Núm. 78, Madrid, pág. 205-234.

NAVARRO VALLS, Rafael, “Forma Jurídica y Matrimonio Canónico”, en *Ius Canonicum*, 1974, Madrid, pág. 63 -110.

NAVARRO VALLS, Rafael, “La regulació jurídica de l’heterosexualitat”, en *Temes d’Avui*, setembre-desembre 2011, núm. 41, pág. 49-54.

NAVARRO VALLS, Rafael, *El matrimonio religioso ante el derecho español*, Barcelona, 1996, Editorial Ariel, 287 págs.

NAVARRO VALLS, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, Editorial Tecnos, 133 págs.

NAVARRO VALLS, Rafael, *Sistema matrimonial español, Concordato y libertad religiosa*, Madrid, 1972, Editorial Palabra, 324 págs.

OLLERO TASSARA, Andrés, “El debate de la Ley de Matrimonio Civil de 1870”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Febrero 1981, Núm.2, pág.133-178.

OLLERO TASSARA, Andrés, *Christianisme, secularisation et Droit moderne: le debat de la loi espagnole de marriage civil de 1870* en AAVV (ed. L.Lombardi Vallauri y G.Dilcher): Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno, T.II, Milano, 1981, Editorial Giuffrè. pág. 1099 - 1140.

PALACIO ATARD, Vicente, *Cinco historias de la República y de la Guerra*, Madrid, 1973, Ed. Nacional, 142 págs.

PECES BARBA DEL BRÍO, Gregorio, *El matrimonio y el divorcio. Hijos legítimos e hijos naturales. Últimas disposiciones de la República*, Madrid, 1932, Editorial Imprenta J. Murillo, 61 págs.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, “El Anteproyecto del Código Civil de 1888”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIII, fascículo IV, octubre-diciembre 1954, Núm. 4, pág.79-187.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia*, Madrid, 1998, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 645 págs.

PERÉ Y RALUY, José, *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1963, Editorial Aguilar, 1.173 págs.

PÉREZ SERRANO, Nicolás, *La Constitución Española (9 de Diciembre 1931).Antecedentes, textos, comentarios*, Madrid, 1932, Editorial Revista de Derecho Privado, 248 págs.

PÉREZ TREMPES, Pablo, “Los derechos fundamentales” en AA.VV., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Volumen I, 9ª edición, Valencia, 2013, Editorial Tirant lo Blanch, 445 págs.

PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Jaime, *La libertad religiosa en España y el Vaticano II*, Madrid, 1974, Editorial Instituto de Estudios Políticos, 504 págs.

PERLADO, Pedro, *La libertad religiosa en las Constituyentes del 69*, Pamplona, 1970, EUNSA, Ediciones de la Universidad de Navarra, 428 págs.

PETSCHEN VERDAGUER, Santiago, *Iglesia-Estado. Un cambio político. Las Constituyentes de 1869*, Madrid, 1974, Editorial Sedmay – Editorial Biblioteca de Autores Cristianos, 421 págs.

PORTERO SÁNCHEZ, Luis, *Constitución y política familiar en el volumen El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, págs. 287-328.

POSTIUS Y SALA, Juan, *El Código Canónico aplicado a España en forma de instituciones*, quinta edición, Madrid, 1926, Editorial del Corazón de María, 1111 págs.

POTHIER, Roberto José, *Tratado de contrato de matrimonio, traducido al español con notas de Derecho patrio*, bajo la dirección de D. Mariano Noguera y D. Francisco Carles, Barcelona, 1846, Instituto Editorial Reus, 288 págs.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, “El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada”, en *ReDCE*, Año 10, nº 19, enero-junio/2013, págs. 403 - 432.

PUENTE MUÑOZ, Teresa, “Comentarios al art.44 del Código civil” en LACRUZ BERDEJO, José L. *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título 4º, del Libro I, del Código civil*, Madrid, 1994, pág. 63-75.

PUENTE MUÑOZ, Teresa, “Reflexiones de un jurista en torno a la Reforma del Derecho de Familia en España”, en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 1979, pág. 281 y ss.

PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho Civil español*, tomo IV, Barcelona, 1966, Ediciones Nauta, 787 págs.

PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, Madrid, 1947, Editorial Revista de Derecho Privado, 1965 págs.

PUNZI NICOLÒ, Angela Maria, “Due modelli di matrimonio” en *Il Diritto Ecclesiástico*, Roma, 1986, pág.2-40.

REDONDO GÁLVEZ, Gonzalo, *Historia de la Iglesia en España 1931-1939*, Tomo I, *La Segunda República*, (1931-1936), Madrid, Editorial Rialp, 1993, 560 págs.

REINA BERNÁLDEZ, Víctor, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Barcelona, 1989, Volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 369 págs.

REINA BERNÁLDEZ, Víctor, y MARTINELL GISPert-SAÚCH, José María, *Curso de Derecho matrimonial*, Madrid, 1995, Editorial Marcial Pons, 885 págs.

REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “La ideologia de gènere en el dret espanyol”, en *Temes d'Avui*, setembre-desembre 2011, núm. 41, pág. 71-87.

REVUELTA GONZÁLEZ, Manuel, “Religión y formas de religiosidad”, en “*La época del romanticismo (1808-1874)*”, Tomo XXXV de la Historia de España, Madrid, 1989, Editorial Espasa-Calpe, pág. 213-327.

RIESGO MÉNGUEZ, Luis, *El matrimonio como encrucijada. Un estudio filosófico sobre la naturaleza del matrimonio, la poligamia y el divorcio*, Madrid, 1970, Editorial Apostolado de la Prensa, 249 págs.

RIESGO MÉNGUEZ, Luis, *La unidad y la indisolubilidad del matrimonio ante la razón natural*, Madrid, 1979, Editorial Apostolado de la Prensa, 255 págs.

RINCÓN PÉREZ, Tomás, *Implicaciones doctrinales del matrimonio civil de los católicos*, Pamplona, 1988, Editorial EUNSA, 374 págs.

ROBLES MUÑOZ, Cristóbal, “La Base del Matrimonio en el Código Civil. El Acuerdo con la Santa Sede (1887)”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Enero-Junio 1985, Núm.41, Salamanca, pág. 365 - 380.

ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Madrid, 1999, Editorial Aranzadi, 288 págs.

ROMAIN, Jean-François, “L’ordre public et les droits de l’homme” en *L’ordre public: concept et applications. Les conférences du centre de droit privé et de droit économique*, Volumen III, Bruselas, Editorial Bruylant, 327 págs.

ROMANONES, Conde de, *Obras completas del Conde de Romanones*, Madrid, 1950, Editorial Plus Ultra, 3 volúmenes.

ROMERO GIRÓN, Augusto, “Discurso pronunciado con ocasión del Dictamen de la Ley de Bases para la publicación del Código Civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre 1889, Núm. 9, Madrid, pág. 67-243.

ROMERO VIEITEZ, Domingo, “Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español”, en *Revista de Derecho Privado*, 1941, Núm. 5, Madrid, pág. 85-197.

RUIZ VADILLO, Enrique, “La excepción de orden público y la situación político-social y jurídica actual a través de la Constitución”, en *Boletín Oficial del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, 1979.

Sagrada Biblia, Facultad de Teología Universidad de Navarra, Pamplona, 2008, Editorial EUNSA, 2ª edición, 1368 págs.

Sagrada Biblia, Santos Evangelios, Pamplona, 2000, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Traducida y anotada por profesores de la Facultad de Teología, 1518 págs.

SALVADOR CODERCH, Pablo, “Comentarios al art. 46 del Código civil” en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Volumen I, Madrid, 1984, pág. 144-145.

SAN AGUSTÍN, *De bono coniugali*, cap. 24, nº 32: PI 40, 394

SAN AGUSTIN, *De Genesi ad literam*, lib. 9, cap.7 n.12: PI 34, 397

SAN AMBROSIO, *Explanatio in Lucam*, VIII, 6-7, editio CCH XIV,

SAN JUAN CRISÓSTOMO, *Homilia LXII*, PG 58, 597

SAN JUAN CRISÓSTOMO, *Quales ducendae sint uxores*, PG 51, 229.

SÁNCHEZ – APELLANIZ VALDERRAMA, Francisco, “Algunas cuestiones de Derecho internacional privado en la nueva regulación del matrimonio” en *La reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, pág. 333-335.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1912, Editorial Sucesores de Rivadeneyra, 120 págs.

SÁNCHEZ GARRIDO, José Antonio, “Constitucionalidad de la Ley del matrimonio homosexual”, en *Diario La Ley*, Nº 7985, 2012, versión digital www.laley.es

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Derecho Civil*, Madrid, 1899, Editorial Sucesores de Rivadeneyra, 635 págs.

SÁNCHEZ, Tomás, *De sancto matrimonii sacramento*, lib. 7, Venteéis, 1739, Editorial Lugduni, 470 págs.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid, 1955, Editorial Bosch, 245 págs.

SARMIENTO, Augusto, *El matrimonio cristiano*, Pamplona, 2001, Facultad de Teología Universidad de Navarra, Manuales de Teología, nº 36, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1997 págs.

SAVATIER, René, *Cours de Droit international privé*, 2º edición, París, 1953, Editorial Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, 362 págs.

SOTO, Domingo de, *Commentarium in IV Sententiarum Salmanticae 1560*, dis.26, quaestiones II, art.1.

SOUTO PAZ, José A, “Matrimonio y experiencia jurídica”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1985, pág. 379-394.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis, y COMELLAS GARCÍA-LLERA, José Luís, *Breve historia de los españoles*, Barcelona, 2006, Editorial Ariel, 398 págs.

TUSQUETS TERRATS, Juan, *Orígenes de la revolución española*, Barcelona, 1932, Editorial Vilamala, 215 págs.

UCELAY DA CAL, Enrique, *El Decreto del Ministerio-Regencia sobre Matrimonio Civil y el Partido Liberal Dinástico. Estudio jurídico-político*, Madrid, 1881, Editorial Moya y Plaza Libreros Editores, 187 págs.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan y otros, “Conflictos de leyes en materia de sucesiones por causa de muerte”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1968, pág. 149-241.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*, Valladolid, 1921, Editorial Manuel de la Cuesta, 259 págs.

VEGA GUTIÉRREZ, Ana María, *La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*, Granada, 1997, Editorial Comares, 481 págs.

VELLVE BUENO, Ernesto, “Matrimonio civil de acatólicos en España”, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLI, enero-diciembre 1957, págs. 534-544.

VILAR, Pierre, *Historia de España*, París, 1971, Editorial Crítica, 121 págs.

VILARRASA COSTA, Eduardo María e ILDEFONSO GATELL, José, *Historia de la Revolución de septiembre*, I, Barcelona, 1875, Editorial Imprenta y Librería Religiosa y Científica del heredero de Don Pablo Riera, 888 págs.

VILLANUEVA TURNES, Alejandro, “Análisis jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, Nº 14/2014 (Segunda Época). Versión electrónica: www.rej.ujaen.es

VOLTERRA, Eduardo, “Consensus facit nuptias”, en *La definizione essenziale*, Padova, 1940, Editorial La Garangola.

VOLTERRA, Eduardo, *La conception du mariage d’après les juristes romaines*, Padova, 1940, Editorial La Garangola, 40 págs.

VV.AA., “El centenario de una gran obra legislativa”, en DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *El derecho de la persona y el derecho de la familia en la legislación de 1870*, Valencia, 1972, Colegio de Abogados, 1198 págs.

VV.AA., *Derecho Canónico*, Volumen II, Pamplona, 1974, 435 págs.

VV.AA., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, 1998, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1994 págs.

WERNZ, Franz Xaver, S.I. et al. *Ius Canonicum*, Tomo V, Ius matrimoniale, Romae, 1946, Editorial Universidad Gregoriana, 953 págs.

WERNZ, Franz Xaver, S.I., *Ius Decretalium*, Tomo IV, Pars Prima, año 1911, Editorial Prati, 478 págs.