

Andrés Ollero

Profesor de la Universidad de Granada

**EL DEBATE DE
LA LEY DE MATRIMONIO
CIVIL DE 1870**

PUBLICADO EN LA REVISTA GENERAL DE LEGISLACION
Y JURISPRUDENCIA.— FEBRERO DE 1981

REUS, S. A.

El debate de la Ley de Matrimonio Civil de 1870.

(A propósito de «Cristianismo, secularización y Derecho moderno»)

INTRODUCCION

Las siguientes reflexiones arrancan de un doble estímulo basado en factores aparentemente circunstanciales. Por una parte, la inminencia del debate de la proyectada reforma de la normativa matrimonial; por otra, el contenido «provocativo» de un próximo coloquio internacional.

Después de que en el debate constitucional se pasara como sobre ascuas sobre el tema del divorcio, y de que las Cortes hayan rechazado la toma en consideración de tres proyectos presentados sucesivamente por la oposición, se entra al fin en la discusión de uno de los temas más polémicos de los últimos años. Ello invita a una evocación que sirva de contrapunto, a lo largo de un salto de un centenar de años.

En 1870 se acometía por vez primera la regulación «civil» del matrimonio en la España «moderna»; en 1980 se afronta la temática divorcista, que cuenta en su haber con una experiencia histórica tan breve y traumática como aquélla. En 1870 se procede —con visos de audacia— en cumplimiento de implicaciones constitucionales; otro tanto ocurrirá en 1980. Tanto en una como en otra fecha, a la introducción del «matrimonio civil» y del «divorcio» vincular acompaña una nota peculiar: su *generalización* para toda la población sin diferencia de convicciones personales; fenómeno éste que invita a un examen más detenido.

En este contexto español se produce la invitación del profesor Lombardino-Vallauri a una cincuentena de colegas europeos para analizar la temática «Cristianismo, secularización y Derecho moderno». Sensible variedad ideológica entre los invitados alemanes (Coing, Dilcher, Hassemer, Wieacker, Wiethölter...), franceses (Carbonnier, Cottier, Ellul, Moulin, Villey...) o italianos (Bobbio, Cattaneo, Cotta, Mathieu, Tarello...).

Simplificando al máximo su enjundiosa «Introducción a los trabajos» podría resumirse así: individualismo y colectivismo —ideologías dominantes en nuestra civilización— se muestran incompatibles no sólo con la doctrina cristiana, sino también con la noción misma de lo jurídico propia de la tradición europea. Si el Derecho es a la vez producto y defensa de la «sociedad», poco puede esperar de un individualismo «insolidario» o de un colectivismo «estatalista». La consecuencia es sugerente: replantear esa «secularización» —que se considera inseparable de lo «moderno»— para apuntar a un frente «secular» común que frene el avance combinado de esas dos ideologías, sólo aparentemente rivales.

La aportación al citado coloquio de un análisis del debate del proyecto de matrimonio civil —tan decisivo para el proceso de «secularización» del Derecho español— ha sido, pues, el segundo polo animador del trabajo. El desarrollo de aquella discusión —y quizá también el debate del actual proyecto divorcista— pueden encerrar elementos capaces de contrastar la hipótesis avanzada por el profesor italiano. Para esto, tras enmarcar brevemente los elementos que entran en juego en el proyecto secularizador del matrimonio, abordaré un examen pormenorizado de su debate; en él prestaré especial atención a las dificultades que plantea la articulación de la *secularización* del Derecho y el respeto al *pluralismo* social.

I.—Derecho moderno y proceso de secularización.—II. El proceso de secularización en la España de 1870.—III. Hacia un planteamiento «secularizado» del matrimonio.—IV. El matrimonio es «algo más» que un contrato.—V. La norma jurídica como modelo de conducta «normal».—VI. Entre pluralismo e igualdad: la lucha por lo «normal».—VII. Imposición jurídica de la ética permisiva.—VIII. Cristianismo, secularización y Derecho «moderno».

I. DERECHO MODERNO Y PROCESO DE SECULARIZACION

1. El Derecho moderno surge sobre un suelo ético cristiano. Su *actitud secularizadora* apunta en un principio a un cambio de la *fundamentación* de los condicionamientos de la conducta humana, más que a una modificación radical de sus *contenidos*. Este cambio de fundamentación, respaldado prácticamente por una fe deísta, implica en la polémica política la exigencia de un retroceso del protagonismo social de la Iglesia.

2. Al intentarse esta *re-cimentación secular* de los contenidos éticos cristianos se busca el apoyo de la doctrina del *Derecho natural* en su versión racionalista. Puesto entre parén-

tesis el Dios creador, no se niega la existencia de un orden natural ni la capacidad de la razón humana para captar con evidencia sus principios. Sus exigencias éticas atemperarán las valencias individualistas de lo moderno, continuando sobre nuevas bases el condicionamiento ejercido por la ética cristiana.

3. Este intento puede entrar paradójicamente en colisión con la interpretación autorizada de la ley *natural*, que —desde perspectivas de fe *sobrenatural*— se reserva la Iglesia católica. Aunque la teoría no obligara a ello, en la práctica llega a traslucirse una cierta actitud de desconfianza respecto a la capacidad de la razón para captar, sin ayuda de la gracia, el orden natural. Su equivalente en el plano político es la resistencia de la jerarquía eclesiástica a ceder un protagonismo social que estima indispensable para neutralizar el individualismo moderno.

4. Indudablemente, no todos los actores del *proceso secularizador* pretenden simplemente sustituir el fundamento de las exigencias éticas socialmente vigentes. Desde puntos de partida de empirismo o escepticismo gnoseológicos —claramente incompatibles con orden «natural» alguno— se aspira más bien a modificar sustancialmente tales contenidos éticos. También desde este prisma lo «natural» aparece fundido con lo sobrenatural, aunque ahora con una intención contraria: tanto la religión como planteamiento metafísico sustitutivo de denuncia, como *cortapisa de la libertad individual* e instrumentos de «clericalismo» político.

5. Para poder reservar al Derecho, desde perspectivas modernas, una función de solidaridad social, incompatible con las propuestas individualistas o colectivistas, es preciso no olvidar que el Derecho no cumple sólo una función directamente represiva, sino que conforma a la vez la mentalidad social en la medida en que sus *normas* tienden a ser consideradas como modelos de conducta «normal» o respetables. Es aquí donde la lucha por el protagonismo social se *convierte en lucha por el Derecho*, y donde el proceso de secularización cobra virulencia polémica.

6. La posibilidad de llegar a través del «Derecho moderno» a una re-cimentación de la ética social cristiana depende del juego de un doble factor:

a) La difícil dosificación del *protagonismo social de las instancias religiosas*, adecuado para lograr la consolidación de las exigencias éticas del humanismo cristiano.

— Para unos, cualquier retroceso en dicho protagonis-

mo puede interpretarse como una pérdida de *credibilidad* del modelo religiosamente sancionado, y ocasionar su menor influencia en la esfera de la conciencia.

— Por otra parte, el protagonismo eclesiástico en la defensa de dicho modelo «humano» tiende, en un ambiente relativista, a convertirse en factor perturbador, al hacerlo aparecer como un elemento de *creencia* que intenta invadir la esfera de lo opinable.

b) La *incidencia social de las ideologías individualistas o colectivistas*, que aspiran a monopolizar lo «moderno» (o lo posmoderno) privándolo de toda conexión con su primitivo suelo ético cristiano. Esta peculiar «secularización» pretende imponer socialmente un modelo ético determinado (mezcla, por ejemplo, de hedonismo individualista e intervencionismos estatistas) y rechaza cualquier desviación como si se tratara de un intento de «imponer» *socialmente opciones de conciencia*.

c) En la medida en que el influjo de ambos factores aparece como inversamente proporcional, el proceso de secularización sigue condenado a la *polémica*, porque falta realmente una concepción *secular* unitaria del contenido ético del *Derecho*. Sólo la capacidad de argumentar secularmente los contenidos del humanismo cristiano, con un reducido protagonismo social de las instancias eclesiásticas, podría ayudar a llenar el Derecho de contenidos diversos de los que hoy va imponiendo el «consumismo estatista». La identificación acrítica de esta opción ideológica con los conceptos de «modernidad» y «secularización» haría imposible que la utopía iusnaturalista grociana volviera a abrirse...

II. EL PROCESO DE SECULARIZACION EN LA ESPAÑA DE 1870

La primera regulación del *matrimonio civil en España*, y su erección en única forma con efectividad jurídica, aparece acompañada de un *doble elemento «secularizador»*.

1. Por una parte, se la vincula estrechamente al establecimiento constitucional de la *libertad de cultos*, considerada por algunos como la «conquista fundamental» de la revolución de 1868 (1).

(1) La afirmación es de TORRES MENA —*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* (dan comienzo el 11-II-1969. El Diario lo imprimía en Madrid J. A. García; el tomo X recoge los números (230-248), págs. 6185-6870; el XI, los números (249-270), págs. 6871-7608; el XII, los números 271-289), págs. 7609-8322. En adelante, citamos D. S.), 20-IV-70 (261), pág. 7288.

La discusión del tema, especialmente tensa, enfrentó ya a muchos de los protagonistas del debate que analizamos a continuación. En texto final, fruto de una difícil transacción entre los diversos grupos implicados, se vio rubricado por una sustanciosa mayoría de 214 votos contra 55. Progresistas, demócratas y Unión Liberal, flanqueados por tradicionalistas y republicanos, lograban así aparentemente eludir uno de los temas más vidriosos para la convivencia nacional (2). Los proyectos de matrimonio civil acabarían erosionando ese consenso, resquebrajando sobre todo el proyecto de la Unión Liberal, dada su heterogénea composición (3).

La afirmación del artículo 11 de la Constitución isabelina de 1845 —«La religión de la nación española es la católica, apostólica, romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros»— se ve sustituida por el artículo 21 de la de 1869 —«La nación se obliga a mantener el culto y los miembros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del Derecho. Si algunos españoles profesan otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior»—.

Si nos atenemos al texto, parece que se establece una «tolerancia» religiosa para los extranjeros, y secundariamente para aquellos españoles que —por hipótesis aparentemente excepcional— compartieran su situación. De ahí surgirán las dificultades para mantener en el desarrollo del artículo una óptica de auténtico pluralismo religioso indiferenciado. Para evitarlas, Montero Ríos (católico, militante en el partido «progresista», y Ministro de Gracia y Justicia al debatirse el matrimonio civil) 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

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

(3) Sobre este grupo: N. DURÁN DE LA RÚA, *La Unión Liberal y la modernización de la España isabelina. Una convivencia frustrada. 1854-1868*. Madrid, 1979.

de los bienes eclesiásticos— y no implicaba «un sistema general de relaciones entre una y otra institución» (4).

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 con la «libertad política de la conciencia» se hace preciso «reconocer como legítimos muchos matrimonios que la Iglesia católica no bendecía». Con la nueva Ley, «la fecunda y memorable revolución de 1868» haría posible lo que «la Inquisición no permitió» (5).

A lo largo del debate es ampliamente discutida esta

(4) D.S. 5-V-70 (273), pág. 7700. A. DE LA HERA, más atento al ambiente político en que se gesta la Constitución que a su propio texto, considera que el artículo 21 consagra una «auténtica libertad de cultos»; pero no duda en señalar que su coexistencia con el Concordato de 1851 implica en la práctica una situación de «tolerancia» —*Las confesiones religiosas no católicas en el Derecho español, en Pluralismo y libertad religiosa*, Sevilla, 1971, págs. 63-64. Sin posible apoyo textual, nos parecen las afirmaciones más drásticas de S. CARRIÓN, para el que se apuntaba a una «separación», aunque no consumada de hecho; su resultado habría sido una «separación imperfecta o incompleta» —*Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid, 1977, págs. 77 y 307—. Su libro analiza con detenimiento el debate, pero desde una perspectiva jurídico-canónica demasiado polarizada en las relaciones sacramento-contrato; anterior es la tesis doctoral defendida en la Universidad de La Laguna por R. ROLDÁN VERDEJO, aún en vías de publicación.

(5) D. S. 17-XII-69 (185), apéndice tercero, pág. 2. El proyecto, en efecto, no surgía «ex novo». El republicano Del Rfo encabezaba el 9-III-1869 (D. S. (22), apéndice primero) una solicitud al respecto que argumentaba: «Establecida ya de hecho la libertad de cultos en España, pedimos a las Cortes Constituyentes que, para hacer efectivo uno de sus principales beneficios...». El 21 de mayo, el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Romero Ortiz, presenta un proyecto de libro primero del Código Civil, que aborda decididamente el tema (cfr. nota 13). Pasa a dictamen de una *Comisión de Legislación General* creada el 18 de marzo, ante las reticencias de la existente *Comisión de Códigos*. Retirado el proyecto por su sucesor Martín de Herrera, Ruiz Zorrilla, que a su vez le sustituye en el cargo, crea el 2 de octubre una *Comisión Legislativa*, cuya única función acabaría siendo llenar el vacío de la de Códigos, cuya dimisión había sido al fin atendida el día anterior. El proyecto elaborado por su Subsecretario y sucesor Montero Rfos pasaría finalmente a estudio de una *Comisión especial*, creada al efecto el 17 de diciembre (cfr. su dictamen en D.S. 22-III-70 (245), apéndice segundo). La tónica de que los proyectos del Gobierno sean dictaminados por comisiones especiales creadas «ad hoc» acaba imponiéndose, lográndose así con más facilidad el necesario respaldo.

correlación matrimonio civil-libertad de cultos. Insisten tajantemente en ella SORNÍ (6) y MADRAZO (7). Luego, las alusiones van siendo más matizadas: se consideran vinculados ambos temas, aunque el primero no nazca de la segunda (8); o se lo presenta como un «efecto necesario», «aunque no sea esencial» a ella (9).

Niegan, por el contrario, tal vinculación los oponentes desde los inicios del debate (10). Establecer el matrimo-

(6) D. S. 19-IV-70 (260), pág. 7248, y 14-V-70 (281), pág. 7889. SORNÍ se erige en la figura fundamental del grupo republicano durante el debate. Presente ya en la «Comisión de Legislación general», reaparece en la «Comisión especial», simbolizando el afán de los progresistas por contar en el debate con el apoyo de la oposición parlamentaria.

(7) D. S. 22-IV-70 (263), pág. 7351. MADRAZO representa un sector favorable al proyecto, dentro de la Unión Liberal que no pasó de la veintena en la votación final. Es el único representante de su partido en la «Comisión Especial», y ya antes había formado parte de la Legislativa. Sus esporádicas intervenciones en el debate serán de apoyo inequívoco.

(8) MARTOS —D. S. 28-IV-70 (268), págs. 7528 y 7530—, siendo Ministro de Estado, había protestado el 19-IX-1869 por la celebración del Vaticano I, ya que «le parecía mal que los poderes absolutos como la Iglesia buscasen un aumento de fuerza en las asambleas deliberativas» —M. IBO ALFARO, *Historia de la interinidad española*, Madrid, 1870, t. II, pág. 666—. Representaba al sector monárquico o «cimbrío» del partido demócrata, y, tras haber integrado la Comisión Legislativa, asume la presidencia de la «Comisión Especial», lo que le dará un obligado protagonismo en el debate. Sobre el papel de dicho sector dentro del partido, A. EIRAS ROEL, *El partido demócrata español (1849-1868)*, Madrid, 1961, págs. 384-389; las alusiones a MARTOS a lo largo de la obra son continuas (por ejemplo, págs. 171, 187, 197-199, 211, 227, 315, 322, 327-8, 330, 333, 335, 338, 342, 357 y 399). Cfr. también S. PETSCHEN, *Posición transaccionista del partido demócrata en las Constituyentes de 1869 respecto a las relaciones entre la Iglesia y el Estado*, «Revista Estudios Políticos», 1974 (193), págs. 117-143, artículo en el que anticipa referencias al tema incluidas luego en su libro citado (nota 2).

(9) MARTÍNEZ RICART —D. S. 3-V-70 (271), pág. 7625—. Miembro del partido progresista, formó parte de la «Comisión especial».

(10) Así GONZÁLEZ MARRÓN —D. S. 21-IV-70 (262), pág. 7319—. Uno de los más activos dentro del sector de la Unión Liberal opuesto al proyecto. Formó parte de la «Comisión de Legislación», pero se ve excluido de la «Especial» (lo recuerda reticentemente en el debate: D. S. 19-IV-70 260), pág. 7244). Encabeza el 19-IV-70 una proposición incidental que solicita la discusión del proyecto por capítulos o secciones y su votación por artículos; firma la enmienda de Calderón Collantes, solicitando que el matrimonio civil sea subsidiario, y la de Martín de Herrera, de idéntico signo, así como la de Silvela relativa a dispensa de impedimentos. Sólo tres líneas merece su figura a F. CAÑAMAQUE en *Los oradores de 1869*, Madrid, 1879, pág. 307. S. PETSCHEN, en el apéndice a su libro (nota 2), lo cataloga como «demó-

nio civil obligatorio sería consagrar un indiferentismo religioso y una «separación» entre Iglesia y Estado claramente rechazados por los constituyentes (11). Por otra parte, la libertad de cultos exigiría precisamente pluralidad de formas de matrimonio con idéntica efectividad civil (12).

Desde esta primera perspectiva, el tema adquiere una especial *dimensión individualista*. El ciudadano ha de aparecer en la vida social como sujeto con substantividad propia, y esto exigiría tratar como adjetiva toda otra consideración (religiosa, en este caso), evitando en todo trance cualquier desigualdad derivada de su pertenencia a algún grupo. Esto se verá reflejado en las alusiones a la «*igualdad ante la Ley*» con las que se rechaza el posible reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios canónicos.

2. De diverso modo, el proyecto es también característico de una intención «secularizadora» en cuanto aspira a *volcar en moldes seculares los contenidos éticos* de la institución matrimonial, vigentes en el país como consecuencia del influjo católico. El tono del proyecto firmado por el entonces Ministro Ruiz Zorrilla, y el de la defensa que su sucesor Montero Ríos realiza en las Cortes, es inequívoco al respecto

Tal propósito cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que Romero Ortiz —miembro de la Unión Liberal, grupo que protagoniza la más válida oposición parlamentaria al proyecto— había presentado, cuando ocupaba similar cartera, otro proyecto en el que el matrimonio civil no sólo monopolizaba los efectos jurídicos civiles, sino

crata»; S. CARRIÓN (nota 4), después de alinear lo repetidamente en la Unión Liberal, lo sitúa a la hora de la votación entre los demócratas (pág. 334), quizá por influjo del anterior. Esto puede ser justificable, ya que el propio M. FERNÁNDEZ ALMAGRO no considera fácil fijar «el número exacto de esta mayoría gubernamental ni de las minorías de oposición por lo indeterminado o fluctuante de algunas filiaciones» —*Historia política de la España contemporánea* (1868-1885), Madrid, 1969, t. I, pág. 43—.

(11) CALDERÓN COLLANTES —D. S. 27-IV-70 (267), pág. 7498—. Miembro de la Unión Liberal, firma la citada proposición incidental (nota 10) y la enmienda de Martín de Herrera, además de encabezar una propia. F. CAÑAMAQUE (nota 10, págs. 293-296) recuerda sus intervenciones en el debate.

(12) MORENO NIETO —D. S. 30-IV-70 (270), pág. 7598—. Del sector más conservador de la Unión Liberal. Firma la proposición incidental (nota 10) y, además de su enmienda, la de Calderón Collantes.

que era el único reputado «legítimo» (13). Con ello rompía claramente con los trabajos del proyecto de Código Civil entonces en curso (14). Su sucesor en el Ministerio, y compañero de partido, Martín de Herrera acabaría retirando la inesperada propuesta (15). La ausencia de Romero Ortiz a lo largo del debate es repetidamente comentada por los defensores del proyecto (16).

El preámbulo alude al «doble carácter», religioso y civil, del matrimonio y a la conveniencia de que las respectivas legislaciones no divergieran. Confiesa un afán por «evitar la posibilidad de los conflictos» logrando la «conurrencia» de

(13) Así lo recuerdan, entre otros, el propio MONTERO RÍOS y sobre todo, el republicano RÍO Y RAMOS, que alude a una proposición de ley que presentó personalmente y resume el iter legislativo del tema —D. S. 11-V-70 (278), pág. 7902—. ROMERO ORTIZ presenta su proyecto el 21-V-1869; el artículo 50 proclamaba que «el matrimonio es por su naturaleza indisoluble»; el artículo 52 lo prohibía a los ordenados o ligados por voto solemne de castidad; el artículo 61 no reconoce más matrimonio «legítimo» que el civil. Cesa como Ministro el 18-VI-1869. Sobre su política religiosa mientras desempeñó el cargo, V. CÁRCCEL ORTI, *La revolución burguesa (1868-1874)*, en *Historia de la Iglesia en España* (dirigida por R. García Villoslada), Madrid, 1979, t. V, págs. 235-6. V. GUIMERÁ detecta en él un «reprimido radicalismo» —en *Biografías de los Diputados a Cortes de la Asamblea Constituyente de 1869* («redactadas por una Sociedad de literatos»), Madrid 1869, t. I, pág. 123—; F. CAÑAMAQUE (nota 10, pág. 367) lo califica de «revolucionario sin saberlo, quizá sin quererlo».

(14) GIL SANZ, del partido progresista y miembro de la «Comisión especial», se encarga de recordar en el debate —D. S. 26-IV-70 (266), pág. 7467— que su artículo 48 señalaba que el matrimonio había de celebrarse de acuerdo con la legislación canónica católica. De ahí que se originaran roces con la «Comisión de Códigos», que presentó con tal motivo su dimisión el 2-VI-1869, aludiendo a la presentación del citado proyecto sin su conocimiento; reitera su dimisión, señalando sus «diferentes opiniones» con el entonces Ministro, el 9 de julio, siéndole al fin admitida por Ruiz Zorrilla el 1 de octubre (toda esta documentación aparece recogida en «Revista General Legislación y Jurisprudencia», 1872 (XL), págs. 286-289. Cfr. supra (nota 5). Sobre el citado artículo 48, F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (reimpresión de la edición de Madrid, 1852), Zaragoza, 1974, pág. 29.

(15) Según CALDERÓN COLLANTES, el entonces Ministro la había presentado «bajo su exclusiva responsabilidad, sin consultar a una sola persona, que yo sepa, del partido a que pertenece» —D. S. 4-V-70 (272), pág. 7676—. Sobre la llamativa política religiosa de Romero Ortiz, cfr. también V. CÁRCCEL ORTI, *Iglesia y revolución en España (1868-1874)*, Pamplona, 1979, págs. 139-145, con referencias al problema del matrimonio civil en págs. 225-230.

(16) Por ejemplo, TORRES MENA —D. S. 6-V-70 (274), pág. 7753—, que fue secretario de la «Comisión Especial».

ambos ordenamientos (17). La alusión a la Iglesia —a propósito de los temas más variados— resulta obsesiva, manteniéndose un continuo diálogo con el tratamiento canónico de diversos aspectos (18). Montero Ríos sentencia que el proyecto no es otra cosa que «la doctrina católica revestida con el ropaje seglar».

El Ministro —que confiesa: «Antes que progresista soy católico» (19)— no duda en añadir que «la legislación matrimonial de la Iglesia es la más perfecta, la más acabada de todas las conocidas» (20), apostillando que «lo bueno debe copiarse siempre, y donde quiera que se encuentre». No era exagerado calificar su actitud como muestra de prudencia y del propósito de «respetar todo lo respetable» (21).

Los mismos portavoces de la encarnizada oposición al proyecto reconocen que el preámbulo «está inspirado en un espíritu eminentemente católico», y que el proyecto «acepta todos los fundamentos, todas las condiciones esen-

(17) D. S. 17-XII-69 (185), apéndice tercero, págs. 1 y 2.

(18) Se llega a incluir una cita del Pontífice Lucio III en su latín textual —D. S. ibidem, pág. 4—.

(19) D. S. 29-IV-70 (269), pág. 7564. Era un «católico liberal, especie entonces y después poco corriente en España», diagnostica su sobrino-nieto J. BATISTA MONTERO-RÍOS; sin perjuicio de añadir que «se dejó llevar de sus ímpetus secularizadores, pues ni el texto constitucional, ni menos el ambiente y la mentalidad del país exigían el matrimonio civil obligatorio» —*Eugenio Montero Ríos (semblanza de un jurista)*, «Revista General Legislación y Jurisprudencia», 1970 (5), páginas 685 y 690—. A su «catolicismo liberal» alude L. PORTERO SÁNCHEZ en *Matrimonio civil en España: pasado, presente y futuro*, «Razón y Fe», 1973 (911), pág. 372, nota 11. Cfr. también J. F. LASO GAITE, *Montero Ríos y su obra legislativa*, «Información Jurídica», 1971 (309), págs. 7-58, sobre todo 21-33. J. M.^o MARTÍNEZ VAL —*Montero Ríos y su obra jurídica*, «Revista General Legislación y Jurisprudencia», 1973 (6), págs. 623 a 674—, asombrosamente, no alude al proyecto de matrimonio civil. Entre sus biógrafos de urgencia, F. CAÑAMAQUE (nota 10) le aprecia un «defectillo»: «¡Oye misa todos los domingos y fiestas de guardar!» (pág. 334); este tipo de ironías no fueron infrecuentes. M. TRENZADO RUIZ recuerda la frase de M. Moya: «Se confiesa consigo mismo una vez al año o antes si espera peligro de crisis» —*Proyección de don Eugenio Montero Ríos sobre la Administración de Justicia española*, «Revista de Derecho Procesal», 1972 (1), pág. 124—. También se ocupa de él J. DE SIGÜENZA en *Biografías...* (nota 13), t. II, págs. 82-91; cfr. asimismo lo indicado supra (nota 59).

(20) D. S. 10-V-70 (277), pág. 7868.

(21) Así lo hizo Cristino MARTOS —D. S. 28-IV-70 (268), página 7531—.

ciales del matrimonio católico» (22); «no hace más que imponer a los no católicos por el ministerio del juez y de la Ley civil, el mismo matrimonio que hasta aquí vienen celebrando los católicos ante los altares» (23). No faltan, sin embargo, los reticentes que reducen todo ello a un detalle de «buen humor», o que no contemplan con satisfacción que se vista «al antiguo sacerdote del matrimonio con el modesto frac del juez municipal» (24).

Desde esta segunda perspectiva, el tema se plantea como un aspecto más de la relación entre el poder político y la Iglesia católica, recalcando el soberano *derecho del Estado* a regular los efectos civiles de las relaciones familiares. De ese derecho derivaría el matrimonio «civil», y no del derecho individual de libertad religiosa, como se insinuaba desde el enfoque anterior. No se trata de una concesión al individuo, sino de un derecho del Estado (25).

3. Este doble designio «secularizador» resulta extremadamente respetuoso con los contenidos éticos del matrimonio católico. Sin embargo, afectaba de modo claro a la presencia social de dicha confesión, al imponer a todos los ciudadanos una forma de contraerlo que para la mayoría era rechazable en conciencia (26). Esto genera una polémica especialmente

(22) CALDERÓN COLLANTES —D. S. 27-IV-70 (267), pág. 7494—, insistiendo en lo ya afirmado por GONZÁLEZ MARRÓN —21-IV-70 (262), pág. 7318—, y anticipando alusiones posteriores de MARTÍN DE HERRERA —4-V-70 (272), pág. 7668—.

(23) ALVAREZ BUGALLAL —D. S. 13-V-70 (280), pág. 7958—. Miembro de la Unión Liberal, formó parte de la «Comisión de Legislación General», firma la proposición incidental (nota 10) y las enmiendas de Calderón Collantes y Silvela.

(24) Respectivamente, MORENO NIETO —D. S. 30-IV-70 (270), página 7602— y SILVELA —9-V-70 (276), pág. 7828—. F. SILVELA, miembro de la Unión Liberal, encabezaría una enmienda relativa a la dispensa civil de impedimentos.

(25) Así lo afirma taxativamente MARTOS —D. S. 28-IV-70 (268), pág. 7530—, cuando ya habían aludido a ello TORRES MENA —20-IV-70 (261), pág. 7289— y MADRAZO —22-IV-70 (263), págs. 7353 y 7359—.

(26) Es aquí donde entran en juego las referencias contenidas en el *Syllabus*, que rechaza, en su punto 66, que el sacramento sea un elemento accesorios del contrato y separable de éste. J. M. CUENCA TORIBIO alude a los problemas suscitados por su publicación y la de la encíclica *Quanta cura —Iglesia y Estado en la España contemporánea* (1789-1914), «Ius canonicum», 1970 (X), págs. 437 y siguientes—, y R. M.^a SANZ DE DIEGO a los consiguientes conflictos en la temática matrimonial —*La legislación eclesiástica en el sexenio revolucionario*, «Revista Estudios Políticos», 1975 (200-201), página 207—. León XIII reitera dieciséis años después tal doctrina, en la *Arcanum divinae*, 12.

airada, latente ya en el contexto de tensión del proceso constituyente (27).

El preámbulo no escatima algunas consideraciones sobre el papel histórico del clero, que considera beneficioso en «la infancia de las sociedades», mientras luego tiende a «reflejar» la inmovilidad del Ser supremo». No obstante, confía en que, por encima de antagonismos históricos (de los que viene así a dar fe), llegue a ser un «elemento vivo y enérgico» que colabore con el «progreso político» (28).

Dentro de este contexto polémico se aplaude desde las filas republicanas lo que se considera una «Ley verdaderamente revolucionaria» —el único proyecto de Ley «verdaderamente liberal» presentado hasta el momento (29)— que contribuía «a la secularización completa del poder civil y de todas las instituciones sociales; a la constitución del Estado laico» (30).

Entre los oponentes al proyecto hay quien coincide en certificar que «el fundamento único, o si no el principal, del matrimonio civil es lo que se llama la secularización de la vida exterior» y no la libertad religiosa (31). Otros resultan más expresivos: «La secularización de toda la vida política, social y familiar de España significa lo que se llama gráficamente el ateísmo de Estado» (32); el proyecto sería «ateo, porque viene a desalojar a la religión del hogar de la familia», y abre paso a «la barbarie moderna (no dudo en llamarla así)», asestando «sus golpes contra el fuerte alcázar del catolicismo en España (33). Desde esta perspectiva, «quitar la influencia al clero» equivale a «arrancar de la conciencia humana el sentimiento religioso» (34).

(27) Hemos estudiado el ambiente ideológico y cultural del momento, y su peculiar valoración desde los sectores católicos menos abiertos, en nuestro libro *Universidad y política. Tradición y secularización en el siglo XIX*, Madrid, 1972.

(28) D. S. 17-XII-69 (185), apéndice tercero, pág. 6.

(29) SORNI —D. S. 19-IV-70 (260), págs. 7247 y 7248—.

(30) RÍO RAMOS —D. S. 11-V-70 (275), pág. 7902.

(31) MORENO NIETO —D. S. 30-IV-70 (270), pág. 7598—.

(32) El tradicionalista OCHOA —D. S. 25-IV-70 (265), pág. 7432—.

(33) ROMERO ROBLEDO —D. S. 5-V-70 (273), pág. 7711—. Miembro de la Unión Liberal, presenta con dos firmas progresistas y una demócrata una enmienda que solicita matrimonio civil facultativo; firma también la de Silvela.

(34) *Ibidem*, pág. 7712.

Quizá se toca realmente el nervio de la cuestión cuando se apunta que «no puede haber en un país que tenga religión una cuestión religiosa que no sea al mismo tiempo una cuestión esencialmente social» (35); aunque sin duda la frase resultaría más afortunada trastocando sus términos: ¿en qué medida cabe tratar de manera «neutral» (¿«neutra»?), desde el punto de vista religioso, los problemas «esenciales» de la vida social?

El mismo CALDERÓN COLLANTES, de manera menos comedida, deduce del parentesco histórico del matrimonio civil un impedimento político dirimente, ya que su origen sería contrario a toda religión positiva y favorable a la diosa razón (36). No será el único en recalcar esta vinculación con la Revolución francesa, momento en que «parecía querer cortarse toda comunicación de la tierra con el cielo», y que empujaba a «la negación de toda creencia» (37).

III. HACIA UN PLANTEAMIENTO «SECULARIZADO» 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.» El pasaje no pertenece a ninguna encíclica pontificia, sino al preámbulo de la Ley sometida a discusión. La frase que lo continúa resulta particularmente expresiva: «El matrimonio es *también* una institución religiosa» (38).

El propósito «secularizador» es claro. Se trata de regular el núcleo «natural» del matrimonio y de considerarlo competencia exclusiva del Estado, ya que afecta a todos los ciudadanos, cualquiera que sea la opción que suscriban sobre su posible elevación «sobrenatural».

(35) CALDERÓN COLLANTES —D. S. 27-IV-70 (267), pág. 7494—.

(36) Ibidem, pág. 7496.

(37) TORO MOYA —D. S. 20-IV-70 (261), pág. 7285—. Miembro de la Unión Liberal, había formado parte de la «Comisión de Legislación General»; firma la proposición incidental (nota 10) y la enmienda de Martín de Herrera. El mismo MONTERO RÍOS, que considera al divorcio un «gran retroceso moral», recuerda que en Francia fue «establecido en un momento de desvarío y de locura revolucionaria», para ser luego eliminado —29-IV-70 (269), pág. 7567—.

(38) D. S. 17-XII-69 (185), apéndice tercero, pág. 1 (el subrayado es nuestro).

Lo religioso deja de ser el fundamento de la institución matrimonial para convertirse en su coronación aleatoria. El nuevo fundamento —puramente civil— 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» (es fácil adivinar que se refiere a las poco «rationales» o «ilustradas») hayan impedido su adecuado «desenvolvimiento» (39).

Los defensores del proyecto no ahorran esfuerzos para resaltar esta autonomía de la dimensión natural del matrimonio, sin eludir siquiera la paradoja de llamar en su ayuda a Santo Tomás o a los Padres (40).

El *contrato* sería la figura jurídica expresiva de este fundamento natural del matrimonio, mientras que el *sacramento* significaría y produciría su elevación sobre-natural. 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. Esta eventualidad será rechazada con energía por los defensores del proyecto, que propugnan a todo trance el carácter indisoluble del vínculo civil. La discusión sobre el auténtico fundamento de esta *indisolubilidad* matrimonial se va a convertir así en test sintomático sobre las posibilidades del Derecho natural como factor de recimentación ética.

El preámbulo «asienta de una manera absoluta la perpetuidad e indisolubilidad del matrimonio», «en cuanto es una institución natural regulada por los principios eternos de justicia y de equidad que constituyen lo que comunmente se denomina

(39) Exposición del Proyecto de ley —D. S. 17-XII-70 (185), apéndice primero, pág. 1—.

(40) Así los progresistas GIL SANZ —D. S. 26-IV-70 (266), página 7466— y ROJO ARIAS: «Santo Tomás y los otros (sic) Padres de la Iglesia habían considerado en el matrimonio dos esencias: de contrato, sujeto en este concepto a la potestad civil, y de sacramento a que lo *elevó* Jesucristo; y para elevarlo era preciso que existiera» —D. S., 11-V-70 (278), pág. 2904—. S. CARRIÓN critica las alusiones de Montero Ríos a Santo Tomás; considera paradójicas las conclusiones que deriva de los debates tridentinos; valora como «más tendenciosas» las referencias tomistas de Gil Sanz y como «descabellado» su recurso a Belarmino» —cfr. nota 4, páginas 283, 293 y 314-5—.

derecho natural» (41). No se concibe, pues, una relación que merezca el nombre de matrimonio y que no sea heterosexual, monógama e indisoluble.

Las reflexiones sobre las consecuencias del posible abandono de esta concepción son expresivas: «Despojad a la familia y a los vínculos que son su elemento de vida del carácter de la perpetuidad que les presta la indisolubilidad del matrimonio de que proceden, y se la verá inmediatamente 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.» Esto explicaría que en los países que habían admitido el divorcio (Inglaterra y Prusia, por ejemplo) «parece que el matrimonio ha quedado reducido para muchos individuos a una simple forma legal de la prostitución» (42).

El articulado de la Ley no deja de acoger este planteamiento, tanto por vía de principio, como en el procedimiento previsto, o en su regulación de los efectos de un «divorcio» que no va más allá de la separación sin posibilidad de nuevo matrimonio.

Así, el artículo 1.º señala que «el matrimonio es por su *naturaleza* perpetuo e indisoluble»; el 41.º ordena que,

(41) D. S. 17-XII-70 (185), apéndice tercero, pág. 3. Ante declaración tan meridiana resulta sorprendente que S. CARRIÓN relativice el fundamento iusnaturalista de la indisolubilidad matrimonial en el Proyecto, aunque reconoce que es independiente de todo argumento religioso, considera que la postura de Montero Ríos es fruto de un pragmatismo utilitario (cfr. nota 4, págs. 300-1 y 156-7). Pensamos que lo que realmente late tras el propósito expreso de Montero Ríos de no perderse en exposiciones especulativas es su conciencia de la doble doctrina iusnaturalista —neoescolástica y krausista— que divide a la filosofía jurídica española de la época; considerando la indisolubilidad apoyada no en lo «religioso», ni en lo «civil», sino en lo «moral» —«natural», por supuesto), infra nota (43)— es ésta delicada polémica lo que intenta obviar (cfr. nota 59). Sobre el enfrentamiento de ambas posturas, cfr. nuestro libro *Filosofía del Derecho como contrasecularización. Ortí y la reflexión jurídica del XIX*, Granada, 1974, págs. 143 y ss., y 153 y ss.

(42) Ibidem. L. DÍEZ-PICAZO califica irónicamente de «párrafo delicioso» al último de los citados —en *El derecho de la persona y el derecho de la familia*, conferencia incluida en *El centenario de una gran obra legislativa*, Valencia, 1972, pág. 133—, pero el hoy Magistrado del Tribunal Constitucional no dudaba en afirmar diez años antes: «No hay matrimonio sin deber de fidelidad, sin deber de auxilio y sin indisolubilidad» —*El negocio jurídico del derecho de familia*, «Revista General Legislación y Jurisprudencia», 1962 (6), página 773—.

tras el «sí quiero» de los esposos, «incontinenti el juez pronunciará las siguientes palabras: «quedáis unidos en matrimonio perpetuo e indisoluble»; y el 83.º aclara que «el divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida en común de los cónyuges y sus efectos».

En el debate se insistirá en dicho planteamiento. El matrimonio —cabría resumir con Montero Ríos— «como *institución moral* independiente de toda idea religiosa es indisoluble» (43).

Abundan declaraciones no menos explícitas: «La ley natural, por la expresión espontánea de las voluntades, acerca los cuerpos y confunde las almas.» «El matrimonio, naturalmente», «no es una prostitución impura; ha de ser perpetuo e indisoluble». «El matrimonio es indisoluble por su naturaleza y por su esencia»; la religión al declararlo así se limita a atemperarse a la ley natural (44).

Desde las filas opuestas se produce un rechazo de esta posible indisolubilidad natural del matrimonio tan clamoroso como sorprendente. Al margen de la posible fuerza que, como «*reductio ad absurdum*», pudieran cobrar las sospechas de divorcismo, esto revela el peligro siempre presente de que la actividad del magisterio eclesiástico —en su tarea de formulación de principios éticos naturales— sea malentendida, produciendo (para propios o extraños) un efecto «sacralizador»; en tales casos lo que habría de ser vía privilegiada de conocimiento puede acabar convirtiéndose en una fundamentación más «desnaturalizadora» que «sobre-naturalizadora» de problemas humanos.

Los oponentes recurren en el debate a una doble argumentación.

— En primer lugar, afirman una y otra vez que es su elevación religiosa lo que hace al matrimonio indisoluble.

No se trata tan sólo de recordar que, históricamente, factores religiosos hayan contribuido a resaltar este dato natural, contrarrestando obstáculos ideológicos (históri-

(43) D. S. 29-IV-70 (269), pág. 7567.

(44) MARTOS —D. S. 28-IV-70 (268), págs. 7529 y 7534. Insistirá en similares afirmaciones días después —9-V-70 (276), página 7839—. Antes que él las había ya expuesto GIL SANZ —26-IV-70 (266), pág. 7466—.

cos también) que impedían su conocimiento (45), sino de relativizar el valor mismo del derecho si no se explicita su fundamento divino (46). Se llega a dictaminar que el matrimonio sería indisoluble para la Iglesia (47), ya que es el catolicismo el que ha convertido «un *contrato civil* en *sacramento único e indisoluble*» (48). Resumiendo, al margen de la religión «es imposible sostener la indisolubilidad del vínculo, la monogamia y todas las demás condiciones morales de la unión de los dos sexos»; el matrimonio no puede ser indisoluble «si no se funda en la forma, en la legislación y en la competencia de la Iglesia católica» (49).

(45) Quizá cabría dar tal sentido a la afirmación de CALDERÓN COLLANTES de que «timbre glorioso de la religión católica es el haberse dado ese carácter de indisolubilidad que toma de ella el proyecto» —D. S. 10-V-70 (277), pág. 7864—.

(46) «El matrimonio no se explica por el derecho natural, ni por la filosofía solamente»; «pertenece a la categoría moral de los destinos de la especie humana, al orden del género humano, a la universalidad del plan divino», afirmaría ALVAREZ BUGALLAL —D. S. 13-V-70 (280), pág. 7961—.

(47) El tradicionalista OCHOA —D. S. 25-IV-70 (265), pág. 7442—. La interpretación es claramente desacertada, ya que el mismo *Syllabus* (punto 67) condena, aunque en clave antidivorcista, la afirmación de que «el vínculo del matrimonio no es indisoluble por derecho natural». El problema radica en el juego en la teología católica de un triple sentido de la «naturaleza»: creada, caída, redimida. J. HERVADA habla gráficamente de una triple «nueva» institución del matrimonio —*Cuestiones varias sobre el matrimonio* «Ius Canonicum» 1973 (XIII/1), pág. 60. Lo natural, en cuanto creado, aparece lleno de un trasfondo sobrenatural; el juego caída-redención acentúa aún más la relevancia sobrenatural de lo natural. A esta dimensión se refiere León XIII cuando en la *Arcanum divinae*, 10, 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, radicará en la posibilidad de mantener sólo implícitas unas dimensiones de lo «natural» que, de hacerse explícitas, impedirían todo entendimiento con puntos de vista que nieguen lo sobre-natural».

(48) CALDERÓN COLLANTES —D. S. 28-IV-70 (268), pág. 7537 (el subrayado es nuestro)—.

(49) MARTÍN DE HERRERA —D. S. 3-V-70 (271), pág. 7631 y 4-V-70 (272), pág. 7665—, Miembro de la Unión Liberal, preside la «Comisión de Legislación General», sustituye como Ministro de Gracia y Justicia a Romero Ortiz, ocupando el cargo menos de un mes, tiempo suficiente para retirar su discutido proyecto de libro primero del Código Civil. Forma parte también de la «Comisión Legislativa» creada por su sucesor, el progresista RUAZ ZORRILLA, coincidiendo en ella con MONTERO RÍOS. Firmaría una enmienda solicitando matrimonio civil subsidiario, así como las de CALDERÓN COLLANTES y SILVELA.

El sacramento ha engullido en su proyección social de modo absoluto al contrato (50). Ciertamente, cuando los obispos se expresen públicamente, tras aludir al matrimonio como sacramento, afirmarán que «sólo él es perpetuo e indisoluble» (51). El sentido del aserto resulta menos estridente si se lo sitúa en el contexto de la inseparabilidad de contrato y sacramento para los católicos; pero los obispos no firmaban una pastoral, sino un documento dirigido a unas Cortes cuyos componentes no serían necesariamente católicos. O falta conciencia del proceso secularizador que se vive —y de la necesidad de discernir lo natural de lo sobrenatural en un ambiente pluralista—, o se piensa estratégicamente que reconocer tal proceso equivaldría a potenciarlo.

En cualquier caso, la *secularización* (52) implica exigencias

(50) «Indebidamente», sentenciaría TORRES MENA —D. S. 20-IV-70 (261), pág. 7289—.

(51) En su escrito —que es el primer documento colectivo del Episcopado español—, dirigido «A las Cortes Constituyentes» por los cuarenta y dos Obispos españoles reunidos en dicho momento en Roma, con motivo del Concilio Vaticano I, y encabezado por los Cardenales de Sevilla y Valladolid. Esta toma de postura se produce en un momento en el que aún no se ha resuelto el problema planteado por la negativa de la jerarquía a jurar la Constitución (cfr. al respecto V. CARCEL ORTI (nota 13), págs. 247-254). El escrito, fechado el 1 de enero de 1870, es trasladado por las Cortes a la Comisión a los pocos días (D. S. 11-I-70 (189), pág. 4840), y será reintroducido en el debate por el tradicionalista ORTIZ DE ZÁRATE (D. S. 10-V-70 (277), págs. 7871-7875; la cita a que nos referimos se incluye en la pág. 7871), junto a otro del Cardenal de Santiago. A éste, procesado, se le había retirado en su día el pasaporte, lo que le impidió acudir a las sesiones conciliares; su escrito, dirigido «A las Cortes», lleva fecha de 6 de enero, dándose la circunstancia de que su autor fue Diputado de las Constituyentes por elección de sus paisanos salmantinos. Sobre la actitud de la jerarquía ante la nueva Constitución —aparte de los trabajos de V. CARCEL ORTI a los que él mismo remite en las obras que hemos citado—, J. M. CUENCA TORIBIO, *La Iglesia española ante la revolución liberal*, Madrid, 1971, págs 197 y ss.

(52) Dentro de la amplia bibliografía sobre la «secularización» iremos dedicando marginalmente cierta atención al planteamiento que de dicho concepto «difuso y ambiguo» realiza N. LUHMANN; no sólo por lo reciente (*Funktion der Religion*, Frankfurt, 1977) sino por la progresiva influencia de dicho sociólogo en el ámbito filosófico-jurídico. Para él, la «secularización» no debe definirse mediante un dilema religioso-profano, ni llegando a una profanación de lo sagrado, ni aspirando a una mundanización del sistema religioso, sino diseñando la religión como un «sistema» funcionalmente diferenciado dentro del «sistema social» (págs. 226 y 269). Sobre el alcance de esta alternativa «sistémica» y sus conceptos fundamentales, cfr. la segunda parte de nuestro libro *Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid, 1973.

procedimentales. En un contexto pluralista no se concibe una potestad encargada de declarar «verdades», sino que se contrastan «opiniones» que llegan a gozar de más o menos autoridad. Tanto sustituir la instrucción jerárquica-fiel por otra jerarquía-Cortes, como ahorrarse el esfuerzo necesario para que una verdad se convierta socialmente en opinión autorizada (resumiendo al mero «endoso» del dictamen eclesiástico) no son sino la cara y la cruz de un rechazo del ámbito de lo secular.

Que detrás de estas ausencias de matiz late la resistencia a un retroceso de la presencia social del catolicismo, queda pronto de manifiesto: «Eso de poner el matrimonio al amparo de la razón, en vez de colocarlo al amparo de la religión, me parece, en mi sentir, una impiedad»; «en materias como ésta no se gobiernan las conciencias con teorías puras, sino con dogmas» (53). No es fácil encontrar rechazo más claro de las nuevas reglas de juego. La pretensión de utilizar el derecho como medio auxiliar del «gobierno de las conciencia» marca uno de los extremos más significativos del enfrentamiento.

El problema básico radicará en si los elementos religiosos refuerzan el conocimiento de una ética natural (y abren vías para su elevación sobre-natural) o si prácticamente la sustituyen.

No falta en el debate un diálogo clarificador. CALDERÓN COLLANTES, comentando el articulado, se pregunta por qué «el matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble»; «¿de qué naturaleza se habla?, ¿de la naturaleza religiosa?, lo comprendo; ¿de la naturaleza civil?, lo niego en absoluto (el señor Martos: de la naturaleza natural, por decirlo así); ¿de la naturaleza natural?, lo niego también rotundamente, como de la naturaleza civil»; «la indisolubilidad del matrimonio lo da su carácter religioso, el carácter católico que tenía» (54).

(53) MORENO NIETO —D. S. 3-V-70 (271), pág. 7627 y 30-IV-70 (270), pág. 7602 (el subrayado es nuestro). MARTOS recurre a la evocación histórica para asombrarse de esta resistencia a admitir un matrimonio civil al que recurrieron sin escrúpulo los mártires romanos —27-IV-70 (267), pág. 7504—.

(54) D. S. 9-V-70 (276), pág. 7835. En ello parece querer hacer eco al Arzobispo de Santiago: «El vínculo matrimonial, para ser perpetuo, es de absoluta necesidad que lo forme el mismo Dios» —10-V-70 (277), pág. 7873—. No eran infrecuentes afirmaciones como la siguiente: «Difícil es, si no imposible», dice un ilustre purpurado de la Iglesia, demostrar que por ley natural el matrimonio es indisoluble» —B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1871 (3.ª ed.), t. I, pág. 362—. Recuérdese lo indicado supra (nota 47).

Tras largos años en que la forma católica del matrimonio se había practicado unánimemente, erigiéndose en modelo «normal» de relación familiar, resulta tan «natural» que parecía ser ella la creadora de la «naturaleza» de sus contenidos (55).

— La segunda línea argumental rechaza la figura del *contrato*, por insuficiente para expresar adecuadamente la naturaleza del matrimonio. Estaría viciada por un planteamiento *individualista* (56), y su lógica consecuencia sería la admisión de un divorcio vincular.

Le toca ahora a la «oposición» invocar al derecho natural, pero con bien distinta intención. El matrimonio puramente civil sería «necesariamente disoluble», porque «es de derecho natural, está en la esencia de las cosas» que «todo lo que se constituye en lo humano se disuelve de la misma manera que se ha constituido» (57). Los defensores del sacramento se convierten en paladines del divorcio, por vía de hipótesis. «El divorcio es consecuencia de la secularización del matrimonio»; según la teoría de los «derechos individuales», «esas limitaciones de la libertad que se llaman monogamia, indisolubilidad del vínculo e impedimentos dirimentes, son un sarcasmo, o si no un inmenso absurdo» (58).

El problema es si secularización e individualismo son in-

(55) MARTOS acabará admitiendo que «para los que crean que la indisolubilidad procede sólo de su carácter religioso, sin duda alguna esa palabra por *naturaleza* sobra en el artículo» —D. S. 9-V-70 (276), pág. 7840—.

(56) Lo mismo que el «pacto social», negaría el carácter «social» del hombre —TORO MOYA, D. S. 20-IV-70 (261), pág. 7286—.

(57) CALDERÓN COLLANTES —D. S. 27-IV-70 (267), pág. 7496—. Años después, E. REUS insistiría en la contradicción entre la perpetuidad del matrimonio y su configuración como simple contrato—*El matrimonio civil y el divorcio*, «Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia», 1880 (LVII), pág. 476. Más recientemente la doctrina subraya la compatibilidad entre el carácter negocial de las relaciones familiares y el hecho de que su contenido quede sustraído a la libre disposición de las partes. Paradigmático al respecto, L. DÍEZ-PICAZO, *El negocio jurídico del derecho de familia* (nota 42), págs. 772 y 778; también E. DÍAZ DE GUIJARRO, *Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar en Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, t. VI, pág. 198, que admite que la autonomía individual se vea condicionada en tales «negocios» por una instancia superior: la familia.

(58) MORENO NIETO —D. S. 30-IV-70 (270), págs. 7602 y 7601—. Similares afirmaciones habían expuesto GONZÁLEZ MARRÓN —21-IV-70 (262), pág. 7322, y OCHOA —25-IV-70 (265), págs. 7435 y 7442— y expondría después ROMERO ROBLEDO —6-V-70 (274), pág. 7747—.

separables. Para los adversarios del proyecto no había duda: sin vínculos religiosos no habría freno posible al individualismo.

De ahí que se provoque a los diputados de ideología presuntamente divorcista para obtener de ellos confirmación a tales sospechas, resquebrajando así la mayoría favorable al proyecto. Los librecambistas, por ejemplo, no podrían renunciar con lógica a la libre contratación matrimonial, sino que habrían de admitir, como el krausista AHRENS (59), el mutuo consenso como causa de ruptura del vínculo (60).

Se apunta, por último —utilizando armas del contrario—, que la indisolubilidad indiscriminada no sería compatible con la libertad de cultos, ya que se la «impondría» a aquellos ciudadanos cuya religión no la exigiera (61). Este argumento, es-

(59) MARTOS se había referido a AHRENS, que defendía el carácter obligatorio del matrimonio civil y la voluntariedad del religioso, pero sin llegar a identificarse con su postura —D. S. 27-IV-70 (268), pág. 7530—. Abundantes referencias al influjo de AHRENS en España, a través del krausismo, en nuestro libro citado (nota 48). El contacto entre «demócratas» y krausistas se ha señalado con frecuencia; cfr., por ejemplo, A. EIRAS ROEL, *El partido demócrata...* (nota 6), pág. 253. Martos mantiene una relación sólo tangencial, aunque llega a ser accionista de la Institución Libre de Enseñanza (V. CACHO VIU, *La Institución Libre de Enseñanza*, Madrid, 1962, página 415). Mucho más estrecho y sintomático es el contacto del inspirador del proyecto, MONTERO RÍOS: participa en 1876 en la reunión fundacional y es nombrado Vice-Rector, y al año siguiente Rector. Todo ello le hace pasar a la *Historia de la Universidad española* (por ejemplo, la de A. JIMÉNEZ, Madrid, 1971, págs. 362-364 y 373). Más que krausista es «amigo de GINER», y resulta más útil para sus empeños reformistas cuando trabaja desde fuera. Su condición de «católico liberal» le convierte en ejemplo vivo de la tolerancia que el krausismo predicaba —D. GÓMEZ MOLLEDA, que añade que su compleja «acomodación mental» producía confusionismo entre los católicos (*Los reformadores de la España contemporánea*, Madrid, 1966, pág. 261; también págs. 144-145 y 239) A. AGUNDEZ aventura que su posterior distanciamiento del grupo se debió al anticlericalismo de algunos de sus destacados miembros —*Montero Ríos y la Administración de Justicia*, «Información Jurídica», 1971 (310), pág. 57—; más riguroso parece el planteamiento de V. CACHO, que señala que sus cursos de doctorado (como los del propio GINER) se quedan sin alumnos, y que repuesto en su cátedra y eliminada, por tanto, una situación que favoreció sus contactos con las iniciativas krausistas), se deja absorber por la política, mientras la Institución busca nuevas vías en la enseñanza universitaria (op. cit., págs. 434, 481 y 532).

(60) F. SILVELA —D. S. 9-V-70 (276), págs. 7827 y 7833—.

(61) MARTÍN DE HERRERA —D. S. 3-V-70 (271), pág. 7630—. Sobre el parentesco de este argumento con los planteamientos de «secularización igualitaria», cfr. infra.

pecialmente límite, se mueve ya entre la nostalgia de la unidad católica —que sí justificaría una indisolubilidad generalizada— y el intento de reservar para los no católicos el matrimonio civil, incluso disoluble.

Esta segunda línea argumental no deja de hallar algún eco, a pesar del interés de la mayoría por no dejarse llevar a tan resbaladizos terrenos.

Se llega a admitir aisladamente que hubiera sido preferible que la Ley (que tenía carácter «provisional») no hubiere abordado tan netamente el tema, aplazando para su discusión definitiva la decisión al respecto (62). Esto deja ya constancia de la existencia de una actitud divorcista, aunque minoritaria. Otro de sus exponentes —quizá por considerar que la mejor defensa es un buen ataque— no descarta que algún día se admita el divorcio, «cuando la sociedad haya cambiado totalmente de aspecto», pero sugiere a la vez que tampoco cabe excluir que la Iglesia llegue a admitirlo en tales circunstancias (63).

La apelación a lo religioso como base de la indisolubilidad acaba, sin embargo, siendo devuelta como arma arrojada: si el divorcio surge en determinados países no es como consecuencia del matrimonio civil, sino del influjo social de la religión... protestante (64).

IV. EL MATRIMONIO ES «ALGO MAS» QUE UN CONTRATO

¿Era el contrato la figura jurídica adecuada para servir de cauce a una concepción «personalista» del matrimonio? Por tal hay que entender la que, arraigada en la «sociabilidad» natural del hombre, es a la vez enemiga de planteamientos colectivistas —que hacen que la persona individual desaparezca absorbida por una «totalidad» —y de opciones crasamente individualistas— que ignoran toda dimensión de solidaridad.

El planteamiento contractual, con su concesión de una im-

(62) BUENO —D. S. 13-V-70 (280), pág. 7950—. Miembro del partido progresista, presentó una enmienda, que llegó a ser respaldada por un firmante de la Unión Liberal, para reducir el alcance del Proyecto al acto mismo del matrimonio, aplazando la regulación de otros pormenores.

(63) El progresista V. GONZÁLEZ —D. S. 14-V-70 (272), página 7673—, que había formado parte de la «Comisión Especial».

(64) MARTOS —D. S. 28-IV-70 (268), pág. 7535—; MONTERO RÍOS —29-IV-70 (269), pág. 7567—.

portancia decisiva al consentimiento libremente expresado, defendido de la presiones del temor, error, etc., contribuye a evitar la querencia colectivista. La «filosofía» de los impedimentos canónicos aparece en buena parte al servicio de esta defensa de la «persona» (65), evitando que en un acto tan decisivo se viera condicionada por presiones de su entorno familiar o social.

Lo dudoso es si la figura del contrato es capaz de conservar esta garantía de la «persona» frente a un individualismo receloso de todo condicionamiento al arbitrio individual. La «sociabilidad» implica un individuo solitario; la familia, como factor de sociabilidad, exige —para surgir— un individuo no anulado y —para crecer— un individuo condicionado por tendencias solidarias. En este segundo aspecto la figura del contrato no tardará en parecer insuficiente. El rechazo decidido del divorcio vincular en el proyecto parece poner de acuerdo a tirios y troyanos en que el matrimonio no sería un mero contrato. Pero las consecuencias de dicha afirmación seguirán siendo muy diversas.

El preámbulo rechaza cualquier planteamiento individualista.

«En el matrimonio el hombre y la mujer forman una sola entidad más perfecta en la vida social, que la que constituye cada uno de ellos por sí solo», y esto le convierte en «el más importante de los contratos en que se puede coartar la libertad del individuo» (66). En el debate, sin renunciar a considerarlo como contrato, se le atribuye un carácter «especialísimo», ya que sería «perpetuo» e irrevocable (67).

(65) R. WIETHOLTER, que analiza las actitudes de distintas confesiones religiosas ante el matrimonio, considera que el cristianismo disuelve los planteamientos tribales —*Rechtswissenschaft*, Frankfurt, 1968 (hay versión italiana, con el sugestivo título *Le formule magiche della scienza giuridica*, Bari, 1975, por la que citamos: página 136)—. Por su parte, J. CARBONNIER señala que, mientras que la familia tribal era un hecho que emergía, «fundar» una familia implica ya un acto de voluntad —*Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, París, 1971, pág. 170—.

(66) D. S. 17-XII-69 (185), apéndice tercero, págs. 3 y 10. También en la doctrina de la época se señala que colocar al matrimonio entre los demás contratos «sería rebajar su verdadera importancia equiparándolo a las más vulgares transacciones de la vida» —P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, Madrid, 1870, t. I, pág. 364—.

(67) Respectivamente, los progresistas MARTÍNEZ RICART —D. S.

Se reconoce, pues, que, formalizado el «contrato», surge algo más que la suma de dos voluntades acordes: una realidad «social» capaz de condicionar definitivamente a los «contrayentes», emplazándolos en un «estado» irreversible. Tras el matrimonio, el individuo ya nunca volverá a su independencia; la muerte de su cónyuge podrá transformarlo en «viudo», pero no reconvertirlo en «soltero», porque su familia era más que una relación bilateral.

El preámbulo rubrica esta incompatibilidad entre individualismo y familia: «Si los cónyuges están obligados a esta vida en común, y si esta obligación no se regula exclusivamente por un derecho privado correlativo, porque su principal fundamento es la moralidad y el orden público, no podrán los cónyuges por su sola voluntad divorciarse ni aun separarse» (68).

El matrimonio es «algo más» que un contrato, porque de él nace la familia, que es más que una suma de individuos. La admisión de la familia como germen de «sociabilidad» choca con un estricto «contractualismo» individualista. Realmente si el contrato juega sólo como *modelo* de relación social, puede coexistir con las manifestaciones de la sociabilidad humana; si, por el contrario, el contrato se erige en único *fundamento* de la realidad social, el individualismo no tolerará ningún condicionamiento duradero. El matrimonio acabará siendo indisoluble sólo en aquellos casos en que se haya dado el arbitrio mantenido de no disolverlo (69).

Los defensores del proyecto se esfuerzan por hacer compatible el contractualismo democrático con el refuerzo de los condicionamientos éticos del individualismo. Para ello, el «derecho natural» entrará, una vez más, en escena.

El matrimonio, «contrato natural», «no es sólo un acto individual», «es también un acto social». Y lo es

3-V-70 (271), pág. 7625— y GIL SANZ —26-IV-70 (266), pág. 7469—. R. MENEGHELLI, al estudiar *La genesi del diritto nell'esperienza etica del matrimonio* —Padova, 1967, págs. 111 y 113—, no concibe un matrimonio con el carácter «ad tempus» propio de las relaciones económicas basadas en la utilidad; no se daría un auténtico «vivir» juntos (pág. 121).

(68) D. S. 17-XII-69 (185), apéndice tercero, pág. 13.

(69) MONTERO RÍOS no parece muy consciente de este matiz. Para él, si el Proyecto no es «individualista» es porque prevé la intervención del Estado; pero el individualismo no le parece rechazable. Esto hace pensar que, para él, un régimen matrimonial basado en la simple contratación privada seguiría engendrando indisolubilidad por encima de cualquier futuro consenso de distinto signo —D. S. 29-IV-70 (269), pág. 7569—.

porque en el matrimonio se funda la familia, y la familia es uno de los fundamentos de la sociedad» (70). La Ley no puede obrar de una manera arbitraria; al determinar la forma, las condiciones y los efectos de un contrato, lo hace estudiando su naturaleza», y es la «sanción natural» la que hace al matrimonio indisoluble, ya que «los hijos con el divorcio quedan perdidos» (71).

Serán dos republicanos los que más se distinguen en este esfuerzo por fundamentar desde una perspectiva laica la indisolubilidad. «Yo creo que hay una moral anterior y superior a todas las religiones (72), que es la moral racional, y en nombre de esa moral», «vengo a proclamar aquí la monogamia y la indisolubilidad del matrimonio, porque el matrimonio es *más que un contrato*» (73). «Porque es un acto eminentemente social, por eso hemos sostenido desde estos bancos que con arreglo a la ciencia y a la filosofía, el matrimonio debe ser indisoluble»; «por eso el matrimonio es *mucho más que un contrato*» (74).

El *contrato* se muestra, pues, desde esta perspectiva, como un modelo útil para resaltar la consistencia natural del matrimonio respecto a su elevación sobre-natural por el *sacramento*; pero a la vez se reconoce su insuficiencia para garantizar el condicionamiento ético, «sociable», de las tendencias individualistas (75) que empujan al *divorcio*.

(70) En esto el acuerdo de la «oposición» es total. TORO MOYA —D. S. 20-IV-70 ((267), pág. 7285—, CALDERÓN COLLANTES —27-IV-70 (267), pág. 7493—.

(71) MADRAZO —D. S. 2-IV-70 (263), págs. 7361 y 7354—.

(72) Ya en la exposición del Proyecto en las Cortes se consideraba al matrimonio «anterior a la existencia de las religiones positivistas», afirmando que «es por su naturaleza un contrato» y que «es también entre los cristianos un sacramento» —D. S. 17-XII-69 (185), apéndice primero, pág. 2—.

(73) DÍAZ QUINTERO —D. S. 6-V-70 (274), pág. 7758 (el subrayado es nuestro)—. Tuvo la ocasión de suscribir la solicitud de su compañero en el partido republicano, Del Rfo (cfr. nota 5).

(74) RÍO Y RAMOS —D. S. 11-V-70 (279), pág. 7902 (el subrayado es nuestro)—.

(75) Idéntica realidad se constata desde perspectivas iusnaturalistas católicas más recientes. Así, J. LECLERQ señala la utilidad de la figura del contrato para garantizar la libertad del *acto* constitutivo del matrimonio, pero su insuficiencia para dar cuenta del matrimonio como *estado*, y recuerda cómo la Iglesia, después de haber distinguido cuidadosamente contrato y sacramento, acaba contemplando con sorpresa que su teoría se le vuelve en contra —*Leçons de droit naturel. III. La famille*, Namur-Louvain, 1958 (4.ª), págs. 41-43—.

Los oponentes al proyecto radicalizan esta insuficiencia, llegando a difuminar la divisoria entre el plano natural y el sobrenatural. Desde esta perspectiva ese «algo más que un contrato», característico del matrimonio, cobra un valor inequívocamente religioso. La peculiaridad del matrimonio consistiría en que no une sólo los cuerpos, sino también las almas, con lo que lo religioso «lo envuelve por completo» (76). Por eso, aunque tenga forma de contrato, «es una cosa mucho más alta», «una gran institución, un gran hecho moral» que «debe inspirarse en la doctrina dada por la esfera que sea órgano de la Verdad moral y religiosa» (77). Lo sobrenatural acabará, una vez más, engullendo lo natural y no se concibe ya moral sin religión. «Para los cristianos» (¿sólo para ellos?) «el matrimonio es otra cosa, el matrimonio es antes que nada una profesión religiosa» (78). De ahí que «el ideal de la ciencia es que el matrimonio, institución eminentemente moral, sea, al mismo tiempo que por las Leyes, sancionado por una religión» (79).

La conclusión apunta que, para los católicos, el sacramento es inseparable del contrato (80). Pero de ahí no cabe derivar fundamentalmente el mantenimiento de la obligatoriedad ge-

J. HERVADA subraya cómo el empeño por cargar el acento sobre la dimensión sacramental acaba concediendo una importancia exorbitada al contrato dentro de la concepción católica del matrimonio (nota 47, págs. 22 y 39-40).

(76) GONZÁLEZ MARRÓN —D. S. 21-IV-70 (262), pág. 7310—.

(77) MORENO NIETO —D. S. 30-IV-70 (270), págs. 7598 y 7599—. Los que para él representaban dicha esfera habían sido tajantes: el matrimonio existió antes que la sociedad, «no como un contrato civil, porque no podía serlo, sino como *contrato natural*, cuya indisolubilidad y conyugal unión con todos los deberes y derechos, así como los de la familia, fueron *delineados* por el dedo soberano del *Creador*»; «ni entonces, ni ahora, el matrimonio pudo ser un contrato civil, ni la potestad secular puede darle tal carácter —D. S. 10-V-70 (277), pág. 7871—. Hay coincidencia, pues, en la existencia de un núcleo natural del matrimonio; para unos, sólo civilmente puede ser declarado con efectos jurídicos; para otros, hacer abstracción de la dimensión religiosa equivale a «desnaturalizar».

(78) ALVAREZ BUGALLAL —D. S. 13-V-70 (280), pág. 7961 (subrayado nuestro).— Para MORENO NIETO es esencialmente religioso —30-IV-70 (270), pág. 7599—. CALDERÓN COLLANTES matizó más: es «esencial, aunque no exclusivamente religioso» —27-IV-70 (267), pág. 7495—.

(79) ROMERO ROBLEDO —D. S. 6-V-70 (274), pág. 7747—.

(80) CALDERÓN COLLANTES —D. S. 28-IV-70 (268), pág. 7536—; antes, OCHOA, que recuerda que el Concilio de Trento «es ley para los católicos españoles» —25-IV-70 (265), págs. 7434 y 7435—.

neral del matrimonio canónico, ya que la propia Constitución admitía —como hipótesis— la posible existencia de españoles no católicos y —como hecho— la de extranjeros de tal condición. Sólo quedaría, pues, la vía de solicitar efectos civiles para el matrimonio canónico (o de cualquier confesión religiosa no opuesta a la moral y al orden público) y establecer como subsidiario el civil (81). ¿Era esto compatible con el proceso de secularización?

V. LA NORMA JURIDICA COMO MODELO DE CONDUCTA «NORMAL»

Antes de adentrarnos en lo que nos parece el aspecto central de la cuestión, resulta conveniente señalar el juego de cuatro elementos significativos. Dos de ellos son exigencias esenciales del principio de libertad religiosa:

1. Nadie puede ser obligado a suscribir planteamientos religiosos que su conciencia no haya asumido libremente. Esto descartaba el mantenimiento de la obligatoriedad *generalizada* del matrimonio canónico para todos los ciudadanos, fuera cual fuera su religión. Por lo demás, ya se había celebrado de facto matrimonios civiles, lo cual denunciaba que tal situación no era unánimemente aceptada.

2. Ninguna manifestación de las propias convicciones religiosas puede prohibirse sino por exigencias fundamentales de la convivencia social. La delimitación del alcance de éstas será un punto decisivo, ya que un planteamiento «secularizador» extremado llevaría a excluir radicalmente todo reflejo social de las convicciones religiosas. ¿En qué medida tal exigencia *generalizada* no equivaldría en la práctica a la imposición de una «confesionalidad secular»? (82).

(81) Este ser'a, en efecto, el sistema adoptado por el Decreto de 9 de febrero de 1875, que marca el final de la vigencia de la Ley de 1870, una de las pocas «provisionales» que en nuestro país acabó siéndolo. En ello influiría decisivamente la fuerte resistencia social con que tropezó su cumplimiento. El propio F. SILVELA tendría con el tiempo ocasión de señalar que más de la décima parte de los matrimonios canónicos quedaron sin inscripción en el Registro Civil con las consiguientes repercusiones en el ámbito de la filiación.

(82) Si volvemos al planteamiento de N. LUHMANN (nota 52) —que rechaza expresamente la *secularización* entendida como una peculiar religión «secular» o «civil» (pág. 226)—, vemos que señala como consecuencia inexcusable de la «diferenciación sistemático-funcional», una *privatización* de la decisión religiosa (pág. 232). Ya tendremos ocasión de profundizar en el alcance práctico de esta propuesta (cfr. nota 89).

Los otros dos elementos que entran en juego reflejan fenómenos jurídicos que pueden llegar a ser conflictivos:

3. La constatación de que la norma jurídica actúa como modelo de conducta «normal», cobrando una relevancia pedagógica de gran influencia en la conformación de los modos de vida del ciudadano (83). Esto explica que la lucha por la presencia social de las exigencias correspondientes a determinadas convicciones religiosas se convierta en lucha por su reflejo en las normas jurídicas: No menos cierto es el fenómeno contrario: la propuesta de eliminar todo condicionamiento jurídico «sospechoso» de fundamento religioso aparece inevitablemente, para las convicciones religiosas vigentes, como un acto beligerante realizado en nombre de un planteamiento tan «totalizador» como cualquier otra religión.

4. Juega también, por último, la exigencia —propia del individualismo— de que aquellos preceptos que afectan al status de las personas gocen de *generalidad*. Se trata así de evitar que condicionen la conducta del individuo grupos distintos del Estado, por considerar que ello acarrearía efectos discriminatorios.

El entrecruce de estos elementos no está libre de conflictos. ¿Cabe una salida *neutral*? De la respuesta dependerá que el proceso de secularización sea capaz de eliminar el fantasma de las *guerras de religión*, o se convierta a su vez en una nueva «confesión», intolerante por demás...

En la polémica que nos ocupa parece establecerse por ambas partes que *la religión no implica conflicto humano*

(83) Dentro de su teoría «realista» del Derecho, OLIVECRONA ha resaltado con especial énfasis esta realidad —por ejemplo, *El derecho como hecho* (versión de G. Cortés), Buenos Aires, 1959, páginas 125 y 130—. No menos ilustrativas resultan las referencias de R. v. IHERING al papel de la «forma» jurídica, si queremos profundizar en la capacidad de «conformación» social del Proyecto que comentamos: «La forma es hermana gemela de la libertad; es el freno que detiene a los que quieren convertir la libertad en licencia»; «supone siempre un contenido: es el contenido desde el punto de vista de su *visibilidad*»; se utiliza cuando «el legislador no ha querido abandonar el asunto a la cordura o conveniencia de las partes»; «la diferencia entre falta de forma y formalismo conduce a la distinción entre el individualismo y la igualdad abstracta»; «la forma es para los actos jurídicos lo que el cuño para la moneda», etcétera —citamos por la «Abreviatura» de *El espíritu del Derecho romano* (ed. F. Vela), Madrid, 1962 (2.º), págs. 285-6 y 293—.

con las libertades modernas (84). Como prueba de ello, los defensores del proyecto recuerdan que *no se prohíbe* el matrimonio religioso (85), que, aunque no produzca efectos civiles, sería siempre reputado lícito, quedando a salvo de la punibilidad prevista para el concubinato (86).

La colisión se produce al fin con motivos del *no reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico*, practicado por la inmensa mayoría de la población (87), ni cualquier otro matrimonio religioso, aunque no revistiera matices opuestos a la moral o al orden público. Esta actitud se plantea como una exigencia indeclinable de la autonomía de lo secular:

«Querer que la bendición del sacerdote produzca efectos civiles, vale tanto como querer que el matrimonio civil produzca efectos sacramentales» (88).

(84) Así MONTERO RÍOS —D. S. 19-IV-70 (260), pág. 7254— o SORNI, que se declara católico y republicano y duda del catolicismo de los que (como Ochoa o González Marrón) pretenden monopolizar el rótulo —14-V-70 (281), págs. 7987 y 7990—. También CALDERÓN COLLANTES afirma que «la libertad no tiene nada que temer de la Iglesia, así como la Iglesia nada tiene que temer de la libertad» —27-IV-70 (267), pág. 7494—; aunque, al evitar cuidadosamente apellidarla de «moderna», late como transfondo la condena del *Syllabus*. Su punto 80 y último rechazaba la afirmación: «El Romano Pontífice puede y debe reconciliarse y transigir con el progreso, el liberalismo y la civilización moderna»; tal dictamen provenía de una alocución en que Pío IX matizaba: «Si por civilización hay que entender los sistemas inventados para debilitar y tal vez para destruir a la Iglesia».

(85) MADRAZO —D. S. 22-IV-70 (263), pág. 7353—. El parentesco de este argumento con el popularizado por el permisivismo: «a nadie se obliga a...», es claro. La respuesta no se hace esperar: «Pues no faltaba más...» —ALVAREZ BUGALLAL, 13-X-70 (280), página 7961—.

(86) El progresista ROJO ARIAS —D. S. 11-V-70 (278), página 7906—.

(87) «Permitirlo» y no concederle efectos civiles es una mera ficción —CALDERÓN COLLANTES, 27-IV-70 (267), pág. 7497—. Antes y después que él, insisten en idéntico argumento GONZÁLEZ MARRÓN —22-IV-70 (263), pág. 7358— y MORENO NIETO —30-IV-70 (270), pág. 7603—.

(88) DÍAZ QUINTERO —D. S. 6-V-70 (274), pág. 7758—. Es curioso constatar la dispar vigencia actual de los dos elementos de esta afirmación. Es infrecuente encontrar quien suscriba la primera, aunque no falte alguna muestra: «llevar al Registro Civil la partida sacramental para entender, desde el punto de vista de la legislación del Estado, contraído el matrimonio, resulta tan anacrónico, como lo sería exigir la de bautismo» —L. DÍEZ-PICAZO, *El derecho de la persona...* (nota 42), pág. 142 (el subrayado es nuestro)—. Sin embargo, las propuestas de «canonización» del matrimonio civil parecen contar con cierto futuro (cfr. infra nota 116).

Esta obligatoriedad *generalizada* de la forma civil de matrimonio perseguía, desde este punto de vista, que la norma jurídica resaltase la exclusiva competencia del Estado sobre la dimensión *social* del matrimonio, relegando su contenido religioso a la esfera de lo *individualmente* permitido (89). Se aspira a diseñar una vida pública neutral a toda religión, mientras la normativa anterior había acostumbrado a considerar como «normal» lo contrario.

La Iglesia había ejercido en España todas las competencias al respecto, e incluso era la única en registrar documentalmente los cambios en el estado familiar del ciudadano-fiel (90). La exigencia de un retroceso en esta presencia social hace que la polémica se plantee hasta en torno a detalles nimios (91).

Para consumir esta «recuperación de competencias», el Estado se considera también obligado a asumir a efectos civiles la dispensa de los impedimentos. Una vez recogidos en el proyecto, a ejemplo de la normativa canónica, no tendría sentido obligar a todos los afectados a recurrir a una autoridad eclesiástica, que podrían rechazar en conciencia (92); aparte de que ello supondría

(89) Para N. LUHMANN (nota 52). el planteamiento sistemático de la secularización, que habría superado la crítica de la religión desde posturas contrarias, descarta todo intento de realización de lo religioso a nivel del conjunto social; la religión deja de erigirse en unilateral punto decisivo de la orientación social, para quedar relegada dentro de la actividad social al ámbito del «tiempo libre». Reconoce que ello implica «restricciones» (págs. 71, 61, 231, 239 y 233).

(90) Esto provoca un debate que resalta los mutuos recelos. V. GONZÁLEZ teme que los párrocos se resistan a trasladar al Registro Civil los datos oportunos, por considerarlo tema «eclesiástico» —D. S. 4-V-70 (272), pág. 7672—. Por su parte, ORTIZ DE ZÁRATE parece confirmarlo cuando clama que «no ha habido revolución alguna, que se haya atrevido a poner su mano sacrílega sobre esos libros sagrados» —11-V-70 (278), pág. 7898—.

(91) Así, al establecerse en el artículo 34 que «los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso antes, después o *al tiempo* del matrimonio civil», se objetará que se prevé que el sacerdote se desplace al Juzgado, pero no que el juez se traslade a la Iglesia —MARTÍN DE HERRERA, D. S. 3-V-70 (271), pág. 7633—.

(92) Las críticas a esta iniciativa llueven por ambas partes. Mientras para ORTIZ DE ZÁRATE «en las dispensas el Gobierno se constiuye en una especie de Papado civil» —D. S. 10-V-70 (277), página 7878—, BUENO confiesa su asombro ante la necesidad de dispensar determinado tipo de «impedimentos» para celebrar un matrimonio civil, aunque desde luego considera aún peor que se dejara hacer al «poder teocrático de Roma» —13-V-70 (280), página 7952—.

reconocer «la incompetencia del Estado para fijar las condiciones de la aptitud de los que hayan de celebrar el matrimonio» (93). El preámbulo se limita a atribuir a «nuestra meridional imaginación» (94) la extrañeza ante esta intervención estatal. Con ello reafirma indirectamente la capacidad de la Ley para conformar la mentalidad del ciudadano (al menos de los que cuenten con un cierto nivel de imaginación...).

La problemática de los impedimentos dará pie a que ambas posiciones se extremen descubriendo sus respectivos puntos débiles. Tal ocurre a la hora de apreciar el impedimento matrimonial de «los católicos que estuviesen ordenados *in sacris* o que hayan profesado en una orden religiosa, canónicamente aprobada, haciendo voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica» (95).

No hay duda de que este precepto prueba el afán obsesivo del legislador por asumir la normativa canónica y evitar conflictos. El preámbulo confiesa que, en este caso, se ha querido «respetar la libertad de la Iglesia, absteniéndose de llevar la perturbación a su seno». Se reconocen, pues, efectos civiles a una decisión adoptada en el fuero eclesiástico, entendiéndose que con ella el ciudadano renunciaba a sus prerrogativas (96). La circunstancia sería distinta «si el clérigo de orden sacro o el religioso tienen la desgracia (sic) de abandonar la comunión católica», ya que «el Estado, que no debe violar la libertad de conciencia», «no podía ya continuar reconociendo y sancionando una incapacidad que descansaba sobre la presunta voluntad de aquel cuya limitación de derechos civiles a sí propio era debida» (97).

(93) MONTERO RÍOS —D. S. 9-V-70 (276), pág. 7831—.

(94) D. S. 17-XII-69 (185), apéndice tercero, pág. 3.

(95) Artículo 5.º, 2, del Proyecto.

(96) «El Estado no puede reconocer en ellos un derecho al que han renunciado» —D. S. 17-XII-69 (185), apéndice tercero, página 6—.

(97) «El clérigo que deja de ser católico está en las mismas condiciones que los demás ciudadanos, y por consiguiente goza de iguales derechos civiles» —MONTERO RÍOS, D. S. 5-V-70 (273), página 2707—. Resulta significativo que —en aras del principio de autonomía de la voluntad— considere revocable esta renuncia; a contraer matrimonio, el mismo Proyecto que rechaza el divorcio por mutuo consenso, considerando que la indisolubilidad natural priva sobre el arbitrio individual.

Esta postura delata una clara inconsecuencia: se concede efectos civiles —por vía de impedimento— al sacramento del orden (o a un voto religioso) y no se hace lo propio con la forma sacramental del matrimonio, aunque se solicitaría insistentemente. La sospecha de que haya en juego algo más que un problema de «competencias» cobra cuerpo.

En el sector contrario resulta significativo que se llegue a negar la libertad de conciencia antes que admitir el matrimonio civil del clérigo apóstata.

El «carácter» sacramental significaría tal prohibición —que la normativa penal aún sin modificar sancionaba implícitamente (98)—, pero la argumentación llega a extremos exagerados cuando se considera que el texto infiere una «herida terrible» «al prestigio del clero» y a «la moralidad de las familias» (99).

Se pretende, pues, en este caso que el ordenamiento civil sancione coactivamente la observancia de un compromiso religioso. Esto resulta relativamente «congruente» si se recuerda que para ellos la indisolubilidad matrimonial, rubricada por el proyecto, era un fenómeno tan religioso como el anterior.

No parece difícil dictaminar que entre los detractores del proyecto falta con suma frecuencia un mínimo deslinde entre los aspectos religiosos y seculares del matrimonio. Por otra parte, el buen deseo del proyecto de no tropezar innecesariamente con las instancias religiosas —reflejado en su afán obsesivo por traducir secularmente las disposiciones eclesiásticas— contrasta llamativamente con la obstinada negativa a reconocer efectos civiles al matrimonio canónico, haciéndolo compatible con un sistema civil facultativo y menos prolijo.

Influía sin duda el prurito de marcar con la máxima expresividad la autonomía de la esfera secular, mediante una clara asunción de competencias; pero hemos de examinar más despacio el juego real, del principio de «igualdad ante la Ley» en su peculiar versión individualista.

VI. ENTRE PLURALISMO E IGUALDAD: LA LUCHA POR LO «NORMAL»

Cuando la legalización del matrimonio civil parece ya inquestionable, los oponentes vuelcan todo su esfuerzo argumental en favor del llamado «sistema portugués», que impli-

(98) TORO MOYA —D. S. 20-IV-70 (261), pág. 7287—.

(99) MARTÍN DE HERRERA —D. S. 4-V-70 (271), pág. 7666—.

caba la coexistencia de matrimonio canónico —con efectos civiles— y matrimonio civil, para los que, por sus connotaciones religiosas, no desearan acogerse a aquélla u otra posible forma (100). El preámbulo rechaza tal posibilidad, porque «viola el principio fundamental de la Constitución de todo pueblo libre: la *igualdad ante la Ley*».

Se considera que entrañaría «la desigualdad sustancial de derechos y deberes de los ciudadanos de un mismo Estado sobre el acto más importante de la vida» (101). La insistencia en el contraargumento es continua por parte de los defensores del proyecto: daría lugar a castas religiosas; acarrearía una anticonstitucional discriminación por motivos religiosos (102); sin que falte el inevitable recurso a la idiosincrasia nacional: «En Inglaterra es vivo el sentimiento de la *libertad*; pero no es igualmente vivo el sentimiento de la *igualdad*. No sucede lo mismo en los pueblos de raza latina» (103).

El propósito secularizador empuja a la paradoja. Después de haber asumido, incluso exageradamente, elementos éticos y

(100) Tal sentido —con matices sobre su configuración «facultativa» o «subsidiaria»— tienen las enmiendas encabezadas por MORENO NIETO —D. S. 29-IV-70 (269), pág. 7570— y MARTÍN DE HERRERA —3-V-70 (271), pág. 7628—. Insisten en estas propuestas GONZÁLEZ MARRÓN —19-IV-70 (260), pág. 7244, y 21-IV-70 (262), págs. 7321 y 7324—, TORO MOYA —20-IV-70 (261), pág. 7287— y CALDERÓN COLLANTES —27-IV-70 (267), pág. 7499—; también F. SILVELA, en lo relativo a la dispensa de impedimentos, para evitar un doble trámite eclesiástico y civil —9-IV-70 (276), pág. 7826—. Como puede observarse, prácticamente todos los protagonistas del debate, excepto los tradicionalistas y algunos unionistas de menor presencia.

(101) D. S. 17-XII-69 (185), apéndice tercero, pág. 2 (el subrayado anterior es nuestro). N. LUHMANN (nota 52) considera como una de las consecuencias de su planteamiento sistémico de la secularización la exclusión de desigualdades entre los ciudadanos, y no duda en referirse como corolario al matrimonio civil (pág. 235). A. DE LA HERA ha planteado, por su parte, cómo una igualdad a ultranza colisiona en la práctica con la libertad religiosa, en la medida en que, a su amparo, los no creyentes pretendan que los creyentes compartan en su actuación social su misma pasividad religiosa —*Libertad e igualdad religiosa*, en *Pluralismo y libertad religiosa* (nota 4), págs. 32 y 50—.

(102) Respectivamente, GIL SANZ —D. S. 26-IV-70 (266), página 7470— y MONTERO RÍOS —29-IV-70 (269), pág. 7562—. También V. GONZÁLEZ —4-V-70 (272), pág. 7670— y TORRES MENA —6-V-70 (274), pág. 7755—.

(103) MADRAZO —D. S. 2-IV-70 (263), pág. 7352 (subrayado nuestro)—. Tocó a la derecha en aquella ocasión rechazar el «Spain is different»: «la raza latina ama la libertad y la igualdad» —CALDERÓN COLLANTES, 27-IV-70 (267), pág. 7499—.

formales del matrimonio canónico, se arguye que concederle efectos civiles sería un «privilegio» (104), o que equivaldría a «obligar» civilmente a los católicos a celebrarlo, suponiéndoles poco observantes (105). Realmente el sistema propuesto no tenía por qué obligar a probar la no pertenencia a la Iglesia católica para acogerse al matrimonio civil, siempre que éste se configurara como meramente «facultativo» y no como «subsidiario» (106). La «libertad» religiosa, exigida por el pluralismo social aparece como «privilegio»; si intenta hacer efectiva su presencia social es mal interpretada como proselitismo por medios jurídicos.

La convicción de que, gracias a la igualdad, se llega a un planteamiento *neutro* del problema permite afirmar que «*a nadie se le obliga*» «a que se case de esta o de la otra manera» (107). La verdad es que a los ciudadanos católicos se les obligaba a casarse ante el juez (108), si querían que su matrimonio tuviese los efectos habituales, si bien no se les prohibía una ceremonia adicional. En cualquier caso, la afirmación de que la *igualdad* ante la Ley imponía una ceremonia *uniforme* resultaba forzada. La misma libertad de cultos implicaba una «desigualdad» de los ciudadanos, y nada impedía que su libre expresión se reflejara en las formas del matrimonio. Lo contrario implicaría «igualdad de cultos» (109).

(104) MARTOS —D. S. 28-IV-70 (268), pág. 7534—.

(105) GIL SANZ —D. S. 26-IV-70 (266), pág. 7467—. También MONTERO RÍOS —29-IV-70 (269), pág. 7565—. Justificaban este reproche intervenciones poco afortunadas, como la de MORENO NIETO, para el cual el Proyecto «sería una perpetua tentación para los cristianos tibios» —30-IV-70 (270), pág. 7604—. Quizá pretendía con ello responder a la pregunta del documentos de Obispos, que planteaba si «se han propuesto, por ventura, los autores del Proyecto descatalizar al pueblo español, estimulándole de una manera cautelosa» —10-V-70 (277), pág. 7872—.

(106) Sobre la evolución posterior de esta temática, cfr. G. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, págs. 16-21. Una rápida panorámica histórica de contexto más amplio en A. IGLESIAS FERREIROS, *Uniones matrimoniales y afines en el Derecho histórico español*, «Revista Derecho Notarial», 1974 (LXXXV-LXXXVI), págs. 71-107.

(107) BUENO —D. S. 13-V-70 (280), pág. 7949—.

(108) Insinuar que con ello se les obligara a cometer un «sacrilegio» —TORO MOYA, 20-IV-70 (261), pág. 7285— era sin duda una exageración panfletaria.

(109) «La igualdad en el Estado consiste en que todas las uniones se respeten igualmente, y que se dé fuerza legal a todas ellas» —CALDERÓN COLLANTES, D. S. 27-IV-70 (267), pág. 7499—. «La igualdad ha de ser formal, pero no material» —OCHOA, 25-IV-70 (265), pág. 7440—.

Lo que está en juego es todo un concepto de la «secularización» y, por tanto, de la libertad religiosa. Para una *secularización pluralista* la autonomía secular no se ve afectada porque la presencia social de opciones religiosas mayoritarias alcance democráticamente reflejo en la normativa jurídica; siempre que no se haga de un modo generalizado que afecte a las conciencias discrepantes. El resultado sería un *pluralismo* jurídico paralelo al religioso. Una *secularización igualitaria* exige, por el contrario, que se erradique de la normativa jurídica toda opción con trasfondo religioso, ya que la libertad estaría suficientemente garantizada con la *no prohibición* de su ejercicio privado. El resultado a que se aspira es un derecho religiosamente *neutro*.

El problema se plantea en toda su crudeza ante el hecho de que la aplastante mayoría de la población era oficialmente católica. Ante tal realidad, para lograr un ambiente civil «neutro» no bastaría —como en una sociedad de notable pluralismo religioso— con una mera *igualdad* de trato, sino que sería preciso imponer la *uniformidad* para «neutralizar» el peso de ese sector mayoritario (110), que conformaba prácticamente los cánones de «normalidad» social.

En tales circunstancias, la «secularización igualitaria» no pretende sólo evitar obstáculos jurídicos al ejercicio de los modelos de conducta minoritarios, sino alcanzarles socialmente una patente de «normalidad». Para ello utilizará la norma jurídica —con su capacidad de configurar lo «normal» (111)— para reformar las valoraciones vigentes. La *neutralidad* desaparece, porque esta tarea, que no es ya de arbitraje aséptico, sino de auténtica remodelación, apunta derechamente a una

(110) Porque «el Estado no puede declararse imparcial entre quienes esperan de él una tutela o reconocimiento del espíritu religioso y quienes lo solicitan para que se desentienda por completo». «Declararse imparcial es dar la razón a los segundos, tanto como de lo contrario daría la razón a los primeros» —A. DE LA HERA, *libertad e igualdad religiosa* (nota 101), pág. 56—. Esta aporía teórica invita a una solución política que refleje democráticamente el pluralismo de opciones socialmente vigentes.

(111) En tal sentido, la forma de matrimonio no tiene simplemente un carácter constitutivo, sino que apunta a un reconocimiento social; como forma «ad valorem», cumple una función pedagógica y conservadora de una determinada «idea» del matrimonio —R. NAVARRO VALLS, *Forma jurídica y matrimonio canónico. Notas críticas a las tesis canonizadoras del matrimonio civil*, «Ius canonicum», 1974 (XIV), págs. 78, 83 y 96. Parece claro que cuando J. HERVADA afirma: «nunca tendrá la definición legal la fuerza de instituir un matrimonio 'deformé'» (nota 47, pág. 19), se limita a formular un deseo.

neutralización de la presencia social de las convicciones vigentes.

No deja de ser sintomático que hoy la sociología sistemática proponga, entre los efectos de una deseable secularización, una «neutralización» (sic) de las conexiones entre los roles, que relegue a lo religioso a nivel de «micro-motivación» personal. Se pretende «constatar que ha cambiado la *función* de la religión, pero sin cuestionar su *sentido*. El problema es si el sentido de lo religioso ha de condicionar su función social, o si, por el contrario, es su función social lo que da sentido a la religión (112). No tiene nada de extraño que, si el diseño sistemático acaba forjando una teoría jurídica muy determinada (113), su aplicación a lo religioso se traduzca, pese a los buenos deseos de su autor, en una teología en toda regla (114); a fuerza de «constatar» hechos y diseñar nuevos instrumentos conceptuales, se desemboca en la propuesta normativa de una nueva eclesiología. No es difícil determinar la paternidad de tal teoría jurídica y esta teología —«hijos no deseados» de la sociología sistemática—, ya que ambas acaban siendo legitimadas por un «desarrollo estructural histórico comparable», en el que el concepto de «Modernidad» cobra una relevancia fetichista (115). La «secularización» implica una reli-

(112) Respecto al Derecho, la respuesta de N. LUHMANN es concluyente: El fundamento del Derecho está en su función (*Grunddechte als Institution*, Berlín, 1965, pág. 39, nota 2). Tal es el resultado de un planteamiento que no pretendía sino abrir alternativas sustitutivas del enfoque tradicional de la teoría jurídica (sobre su alcance, cfr. nuestro trabajo «*Systemtheorie*»: *¿filosofía del Derecho o sociología jurídica?*», «Anales Cátedra Francisco Suárez», 1973 (13/1), págs. 147-177). En cualquier caso, el problema queda decidido —tanto a nivel jurídico como religioso— desde que se da por sentado que no hay un «ser objetivo» independiente del «sistema», sino meras «estrategias de objeción» a las que el «ser» sirve de simple «fórmula de agregación» —*Funktion der Religion* (nota 52), págs. 238, 243 y 69—.

(113) Cfr. nuestro trabajo *La fonction technocratique du droit dans la «Systemtheorie» de Niklas Luhmann*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1975 (LXI/4), págs. 557-566; versión alemana en *Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretische Neutralisierung der Politik* (ed. V. Ronge y U. Weihe), München, 1976, págs. 131-140.

(114) Como tal hay que entender su distinción entre «Iglesia», «diaconía» y «teología», y su propuesta de convertir a la religión en factor de «micro-motivación» de una «diaconía» activista —*Funktion der Religion* (nota 52), págs. 55-59 y 269-270—.

(115) *Ibidem*, pág. 232. Así, en lo que a la religión se refiere,

gión «despolitizada», como la «programación condicional» exigía un derecho «despolitizado»; la teoría tecnocrática del derecho va a verse acompañada por una teología tecnocrática: la coherencia es envidiable.

La paradoja se debe a que no hay neutralidad posible en aquellos casos en que la norma jurídica, por su capacidad de influjo en las convicciones personales, conserva —quiera o no— relevancia respecto a sus posibilidad de presencia social. En tales casos, rechazar el pluralismo en nombre de la igualdad produce fácticamente una «confesionalidad» de distinto signo (116).

Los defensores del proyecto no tienen especial reparo en mantener civilmente un impedimento matrimonial para los ligados por votos religiosos. Si transigen con esta asombrosa irrupción de lo religioso en lo secular es porque, al tratarse de una circunstancia excepcional, considerada socialmente como «anormal», no afectaba a las pautas generales de conducta. Por el contrario, conceder efectos civiles al matrimonio canónico equivaldría a certificar que nada había cambiado, y dar por buenos los modelos de «normalidad» vigentes (117).

La disyuntiva se plantea, pues, entre un proceso de «secularización pluralista», que se limita a marcar unas reglas de juego social capaces de reflejar «neutralmente» las conviccio-

no precisa aún en las formaciones sociales primitivas constituirse como «sistema» diferenciado, sino que en estas sociedades «premodernas» mantiene una relevancia sobre la sociedad en su conjunto. Con la Modernidad se diferenciará de la política y de la ciencia, cobrando autonomía (*ibidem*, págs. 38, 102 y 256).

(116) Así la imposición obligatoria del matrimonio civil acaba empujando a su «canonización». Cfr. al respecto A. FUENMAYOR —*El matrimonio como contrato civil*, «Revista General Legislación y Jurisprudencia», 1976 (2), págs. 107 y 93—, que considera, cien años después, que su introducción en España «llevaría consigo, inevitablemente, una innecesaria y perturbadora tensión». Amplias referencias a la «canonización» del matrimonio civil en R. NAVARRO VALLS, *Forma jurídica y matrimonio canónico* (nota 111), págs. 87 y siguientes y 97.

(117) Ello daría paso a una mera «tolerancia» religiosa, más que a una efectiva «libertad de cultos» —MARTOS, D. S. 28-IV-70 (268), pág. 7533—; MONTERO RÍOS insiste en ello —29-IV-70 (269), pág. 7569—. Ya vimos cómo, en nuestra opinión, el texto consensuado del artículo 21 de la Constitución favorecía, en efecto, dicha interpretación, reflejando la realidad social del momento. Al respecto, P. A. PERLADO, *La libertad religiosa en las Constituciones del 69*, Pamplona, 1970. CALDERÓN COLLANTES no dejará, por el contrario de apelar al contexto europeo (continua obsesión de la secularización española) para señalar que «la libertad de cultos existe hoy en toda Europa, y sin embargo, el matrimonio civil no es la regla general, es la excepción» —27-IV-70 (267), pág. 7498—.

nes vigentes, y una «secularización igualitaria», empeñada en «neutralizar» el protagonismo social previamente logrado por determinadas confesiones religiosas. En este segundo caso, la valencia «confesional» del proceso resulta inevitable (118) y, por tanto, él también debe someterse a las reglas de la «libertad religiosa», so pena de imponerse antidemocráticamente al amparo de imperativos de «secularización» o «modernización» supuestamente neutrales.

Ni el proyecto ni sus defensores disimulan esta segunda vertiente del problema. En el preámbulo se rechaza el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio religioso, no sólo por razones de autonomía «secular», sino porque «imprimiría también una marca infamante en la frente del que tuviera la desgracia (sic) de carecer de creencias religiosas, poniéndole en la dura necesidad de celebrar su matrimonio con una forma excepcional», que «contrastaría con la empleada por los demás ciudadanos» (119). No se trata, pues, sólo de liberar a una minoría de ciudadanos de la obligación de establecer sus relaciones jurídicas a través de formas que repugnen a su conciencia —hasta aquí llegaría la *no imposición* de las propias convicciones religiosas a los demás ciudadanos—, sino de conferir a un modelo de conducta (que se considera consecuencia de una «desgracia») patente de «normalidad» —imponiéndola jurídicamente a la sociedad que se la negaba. En el debate se ahonda en el problema, recordando que, habiendo quien califica de «concubinato» a cualquier posible matrimonio civil, surgiría —de no ser impuesta tal forma con obligatoriedad general— «una raza aparte», «maldita», «avergonzada, que se va a casar por el matrimonio civil» (120).

(118) Tal ocurre cuando se reduce la religión a derecho individual, descartando por principio su posible carácter de bien social jurídicamente protegible. De interés al respecto el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, a partir de la sentencia *Engel versus Vitale* de 1962, que realiza, siguiendo a ONIDA, A. DE LA HERA, *Libertad e igualdad religiosas*, (nota 101), págs. 47 y ss.; también la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania de 16 de octubre de 1979, de signo opuesto. Similar resultado tiene la escasa atención que N. LUHMANN (nota 52) presta a la posibilidad de que la religión sea no sólo «micro-motivo» personal (por utilizar su terminología), sino también «macro-fenómeno» social (pág. 240).

(119) D. S. 17-XII-69 (185), apéndice tercero, pág. 2.

(120) SORNI —D. S. 19-IV-70 (260), pág. 7250— y MARTOS —28-IV-70 (268), pág. 7532—. El paralelismo con los supuestos jurisprudenciales recogidos en la nota (118) es llamativo.

Por tanto, más que a recuperar las competencias jurídicas que el protagonismo eclesiástico había asumido, se aspira a «neutralizar» la paralela presencia social de sus principios. Esto exigía una moral de repuesto, que difícilmente podría obtenerse —respetando el pluralismo— en nombre de una secularización «neutral». Surge así el peligro de dar paso a un nuevo despotismo «ilustrado», que se arrogaría el derecho a monopolizar la configuración de los modelos sociales de conducta...

La «oposición», por su parte, no deja de constatar la efectiva presencia social de las pautas de comportamiento católicas, y no parece muy descontenta del hecho. «Se considera que no es buen casado aquél que no lo ha sido ante la Iglesia» (121); «toda mujer que se estime, que vaya al Juzgado municipal, ha de ir con las mejillas enrojadas» (122); la mujer casada civilmente no podrá nunca igualarse socialmente a la casada cristianamente (123). Su resistencia ante la imposición general de un modelo de conducta minoritariamente deseado es cerrada: «Por salvar la marca de infamia a unos pocos, poquísimos ateos, que *no deben tener a infamia el decirse tales, se impone la infamia* de la marca del matrimonio civil a 16 millones de españoles» (124). «Vosotros lo habéis dicho, lo que queréis es que a costa de los católicos, que a costa de la inmensa mayoría de los españoles, puedan deslizar más *cómodamente* sus errores los ateos» (125). Se trata de que un comportamiento «desgraciado» aparezca como «normal».

(121) TORO MOYA —D. S. 20-IV-70 (261), pág. 7286—.

(122) OCHOA —D. S. 25-IV-70 (265), pág. 7439—.

(123) CALDERÓN COLLANTES —D. S. 27-IV-70 (267), pág. 7500—.

(124) ORTIZ DE ZÁRATE —D. S. 10-V-70 (277), pág. 7878 (los subrayados son nuestros)—. TORO MOYA no había sido menos rotundo: «El concubinato se va a convertir en matrimonio legítimo, y el matrimonio legítimo en concubinato» —20-IV-70 (261), página 7286—.

(125) ALVAREZ BUGALLAL —D. S. 13-V-70 (280), pág. 7960—. No faltaron afirmaciones similares en la doctrina: el matrimonio civil «no es efecto de la *libertad* de cultos, que exigiría a lo más el respeto de todo rito y de toda ceremonia, sino el sacrificio exigido a los hombres de fe y principalmente a los católicos por un principio de mal entendida *igualdad*, en honor de la incredulidad y del ateísmo» —B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1871 (3.ª), t. I, pág. 361 (en ambas citas los subrayados son nuestros)—.

VII. IMPOSICION JURIDICA DE LA ETICA PERMISIVA

¿Atenta realmente a la convivencia «secular» el que determinadas exigencias éticas —fundamentadas en opciones religiosas— se vean reflejadas en la normativa jurídica, como consecuencia de su arraigo social? El permitivismo jurídico propio de la secularización igualitaria parece ignorar, con su respuesta afirmativa, el juego del derecho como conformador del nivel ético de la sociedad. Desde tal perspectiva *todo se debe permitir* (la conducta de menor exigencia ética debe generalizarse) porque con ello *a nadie se obliga*. En su base hay una peculiar concepción antropológica: individualista y optimista.

El *individualismo* juega, aunque lógicamente nunca se permite *todo*. Las barreras que se alzarán permisivamente son aquéllas que impongan condicionamientos al arbitrio individual como consecuencia de la presencia de «los otros»: las exigencias éticas, aun socialmente arraigadas, que nieguen tal individualismo se rechazan como «imposiciones» antidemocráticas, mientras que opciones —no menos «éticas»— que lo favorecen se consideran como imperativos del vacío neutral.

Bien pronto se negará la misma posibilidad de un autocondicionamiento personal irrevocable, aunque parta de la libre voluntad individual, porque el individualismo no admite restricciones indefinidas. Su capacidad expansiva va exigiendo la eliminación de todo condicionamiento solidario, llegando incluso a negar la categoría de «individuo» a aquél que, con su empeño en nacer o en prolongar su vida, ponga en peligro al individualismo (*a-nadie se obliga* a eliminar al hijo no deseado, o a eliminar al enfermo desahuciado, pero se hace imperiosamente necesario *permitirlo*).

Pero en el caso que nos ocupa la situación es, por el momento, distinta: las exigencias éticas de los modelos en liza —matrimonio canónico y civil— son similares. Es la «presencia» social de lo religioso la que se considera perturbadora, en la medida en que marca pautas de conducta susceptibles de valoración diversificada. Se hace necesario *generalizar* una de ellas para evitar una realidad: que la conducta que asume pautas religiosas pueda considerarse socialmente más valiosa, y acabe condicionando «moralmente» al resto de los ciudadanos. En esta primera etapa es el simple reconoci-

miento jurídico de que la existencia de *Dios* condiciona la conducta humana lo que se hace insoportable; pronto será el reconocimiento jurídico de condicionamientos derivados de la existencia de *los otros* lo que resultará insufrible.

El *optimismo* puede jugar por una doble vía. O se considera que el despliegue de la arbitrariedad individual incondicionada conduce a un mundo más «humano», libre de innecesarias represiones, o se piensa que el individuo cuenta por sí solo con capacidad suficiente para asumir un condicionamiento solidario, sin que la norma jurídica le obligue —ni siquiera le invite— a ello. Aunque no hay duda de que plasmando jurídicamente un modelo ético, sin darle alcance general, a *nadie se obliga* a seguirlo, aparece como rechazable por lo que tiene de invitación; repugna la mera posibilidad de poder *sentirse obligado*.

Si no se suscribe este individualismo optimista, el argumento central de la «secularización igualitaria» cae por su base. No cabe relegar a la esfera de la conciencia todas las opciones religiosas y mantener una vida social «neutra». Si la propia convivencia no se pierde en el caos es porque se asienta en unas pautas capaces de vincular las conductas individuales. Esta realidad es la que da sentido, en buena parte, a la existencia misma del derecho, que de lo contrario degeneraría en pura fuerza represiva. La vinculación de esta normatividad a perspectivas morales o religiosas es, en ciertos temas, inevitable. Desde la óptica del pluralismo liberal, una sociedad «secular» no es la que aspira a «liberarse» de ellas, sino la que —rechazando todo autoritarismo religioso— filtra por un refrendo democrático las opciones socialmente presentes que ha de reflejar la norma jurídica (126) (sin temor a beneficiarlas con la capacidad del derecho para proponer lo socialmente

(126) Es muy dudoso que, pese a su bien deseo, el Proyecto lo hubiere conseguido. Hubo quien llegó a titularlo de matrimonio «in-civil», «porque en mi concepto es lo menos civilizado que puede hacerse en un país donde el catolicismo domina por completo» —ORTIZ DE ZÁRATE, D. S. 11-V-70 (278), pág. 7896—. Cinco años después, con motivo del debate en la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación del decreto que pone fin a la reforma, G. AZCÁRATE señalará, desde perspectivas ideológicas bien distintas, que «el odio a la Ley de Matrimonio civil pudo haberse quizá evitado prescindiendo de la parte exterior de ella, pues contra la forma de celebración iban dirigidas especialmente las censuras»; ello le resulta más llamativo dada la «inconsecuencia» de haber admitido como impedimento el orden sagrado («Revista General Legislación y Jurisprudencia», 1877 (LI), págs. 401 y 408).

«normal»). Suscribir una «secularización igualitaria» supone la descalificación de toda opción ética de fundamento religioso; pero ello equivale también a imponer «confesionalmente» una opción antropológica arreligiosa, utilizando para ello la capacidad del derecho para modelar lo considerado socialmente «normal».

Ya vimos al principio cómo en la propuesta de matrimonio civil jugaban dos elementos «secularizadores»: libertad de cultos y competencia estatal. El primero justificaba la existencia de una forma civil de matrimonio, dentro de un pluralismo democrático incompatible con la imposición generalizada de convicciones religiosas: exigía, pues, una «secularización pluralista». El segundo no se contentaba con ello, sino que convertía tal forma civil en obligatoria; nos encontramos de lleno en la «secularización igualitaria», que no deriva de las libertades individuales, sino de la supuesta capacidad del Estado para sustituir «neutralmente» la orientación ética de la vida social, reservada antes a las instancias religiosas. Ya hemos visto cómo tal «neutralidad» acaba siendo «neutralizadora» y convierte en conducta «normal» la mínima exigencia ética, permisivamente generalizada. El Estado como canon «neutro» de conducta es éticamente empobrecedor. En el caso que nos ocupa, el afán por mimetizar los contenidos éticos del matrimonio católico y el recurso al «derecho natural» cierran el paso al individualismo, pero los mecanismos de la «secularización igualitaria» que favorecerán su avance han sido ya ensayados...

VIII. CRISTIANISMO, SECULARIZACION Y DERECHO «MODERNO»

1. El derecho «moderno» puede convertirse en una re-cimentación de la ética cristiana, ajena como ella a planteamientos individualistas y colectivistas si, desde una óptica de «secularización pluralista», admite la relevancia de sus contenidos, aunque someta a procedimientos democráticos su proyección social.

Esta re-cimentación de los contenidos de la ética cristiana busca su apoyo en el *derecho natural* «moderno». Sus posibles valencias individualistas se matizan en la España de 1870 gracias a un medido afán de respetar las exigencias éticas vigentes, y al influjo difuso del pensamiento krausista, con su impreciso armonismo antropológico. Tal re-cimentación se produce, por otra parte, en lucha paradójica con actitudes católicas cuyo celo por la presencia social de sus principios les

lleva a argumentaciones «desnaturalizadoras». Cien años después..., ¿cabría todavía hoy considerar como «moderno» a contenidos éticos no individualistas ni colectivistas?

El procedimiento para proyectar «secularmente» contenidos éticos en la vida social pasa por el escrupuloso respeto del *pluralismo* democrático, eliminando cualquier intento de trasladar dogmáticamente a la normativa jurídica opciones que gocen religiosamente de autoridad. El pluralismo «moderno» obliga a argumentar la verdad religiosa presentándola como opinión civil, y a hacer depender de esa capacidad de persuasión su juego como canon «normal» de conducta.

2. El derecho «moderno» resulta incompatible con la ética cristiana cuando se lo identifica con contenidos individualistas o colectivistas. Si se asumen dogmáticamente tales contenidos se hace imprescindible una «secularización igualitaria», que enclaustre en la intimidad cualquier opción ética de distinto signo, negándole toda presencia social. La norma jurídica se pone en este caso al servicio de un modelo de conducta «normal», críticamente autodefinido, y cobra como función decisiva la *eliminación* «ilustradora» o «emancipadora» (127) de cualquier residuo «clerical». Esta ideología, acriticamente autojustificada, privaría de sentido a todo esfuerzo por argumentar los perfiles de un posible «derecho natural».

Tal procedimiento podrá ser *ilustrador* o *emancipador*, pero es difícilmente compatible con el pluralismo *democrático*. Con cuál de estos adjetivos debe identificarse lo *moderno* es un problema decisivo para poder valorar las posibilidades éticas de un derecho «secularizado».

IX. UN SIGLO DESPUES...

Nadie parece pensar en España hoy en hacer obligatoria la forma civil del matrimonio (128), lo cual viene a desmentir

(127) R. WIETHOLTER (nota 65) une siempre los conceptos «secularización» y «emancipación», aunque con un alcance impreciso (págs. 135 y 138), que parece despejarse finalmente entendiendo como concepción «emancipadora» del matrimonio un modelo contractual como unión libre entre dos personas privadas (pág. 154).

(128) Al menos a nivel de proyecto legal. L. DÍEZ-PICAZO considera, por el contrario, que la tentativa de Montero Ríos continúa siendo válida —*El derecho de la persona...* (nota 42), pág. 142—, a la vez que propone completarla con la posibilidad de divorcio por mutuo disenso. A. L. PORTERO SÁNCHEZ, por el contrario, replantearla le parece «de un laicismo trasnochado» (nota 19, pág. 383), aunque dos páginas después parece contradecirse.

un planteamiento que cien años antes se había erigido en test político de la auténtica decisión de llegar a un cambio social.

El divorcio, gracias a la presión «ejemplarizadora» de los países con los que se aspira a mantener homologación política, le ha sustituido hoy como test, heredando su carga polémica y emocional.

No falta un sector que insiste tercamente en plantear el tema con visos de «guerra de religión». Ello era inevitable en 1870, porque lo que se discutía eran los efectos *civiles* de la forma *religiosa* de matrimonio. Por el contrario, el fenómeno es hoy absolutamente injustificado, porque, como bien demostraron nuestros «progresistas» del siglo pasado, la persistencia de una modalidad de matrimonio con efectos indisolubles es defendible desde puntos de vista agnósticos.

Manteniendo nuestra gloriosa tradición de ser «más papistas que el Papa», hay quien remite el tema del divorcio a una opción matrimonio canónico-matrimonio civil, cuando realmente la polémica es matrimonio indisoluble-matrimonio disoluble. Si —en contra de sus propias convicciones— resucitaran hoy los republicanos Díaz Quintero y Río Ramos (ver notas 73 y 74), ¿habría que bautizarlos por decreto, para reconocerles el derecho a seguir manteniendo su defensa del matrimonio indisoluble?

La mayoría de las posturas divorcistas secundan con entusiasmo esta desvirtuación religiosa de un debate civil, porque gracias a ella pueden explotar el potencial argumentativo de la *secularización igualitaria*: *nadie puede imponer* a los demás sus opciones «religiosas»; *a nadie se obligará* a divorciarse, etc.

Como transfondo sigue jugando un individualismo exacerbado. El matrimonio es ya sólo un «derecho individual», y lo lógico es que se disuelva por mutuo consenso, como cualquier otra relación contractual. Así se propone abiertamente por la oposición; y así se recoge —oculto por requisitos tan incómodos como asequibles— en el proyecto gubernamental.

El problema se pone sintomáticamente de relieve, porque el proyecto desarrolla uno de los «derechos y deberes de los *ciudadanos*» recogidos por la Constitución (artículo 32), y a costa de ignorar «la protección... de la *familia*» que ella misma incluye (artículo 39) entre los «*principios rectores*» cuyo «reconocimiento... informará la legislación positiva» (artículo 53, 3). Se ha optado por un contenido ético individualista (el matrimonio como uno de los actos sobre los que cabe disponer

libremente) en perjuicio de un contenido ético solidario (el matrimonio como nacimiento de algo capaz de condicionar al individuo: la familia). Confundir la opción entre este doble posible *contenido* ético con la discusión sobre el carácter, religioso o no, de su *fundamento* es condenarse a malentender el problema.

Sólo el individualismo puede negar a buena parte de los ciudadanos su voluntad de contraer un matrimonio de efectos indisolubles (responda ese deseo a su concepción ética de la familia o a convicciones religiosas...). El individualismo, no contento con defender al individuo del condicionamiento de Dios o de los «otros», se arroga el derecho de defenderlo de su propio altruísmo, evitando que se autocondicione irreversiblemente.

En efecto, un detalle significativo es que el proyecto actual, como el de matrimonio civil del pasado siglo, plantea sus disposiciones con carácter general indiscriminado. A lo largo de cien años hemos demostrado nuestra incapacidad para entender el pluralismo, oscilando entre un matrimonio civil «obligatorio» (que ignoraba las convicciones de la mayor parte del país) y un matrimonio civil «subsidiario» (que obligaba a una parte de los ciudadanos a «probar» los cambios operados en ellas). Sólo tras un siglo de experiencias traumáticas se ha llegado al sistema de matrimonio civil «facultativo» actual (que respeta el pluralismo de la sociedad española). Pero este proceso se ha ignorado de nuevo al plantear ahora la reforma de la legislación matrimonial, negándose la posibilidad de una opción «facultativa» respecto a la disolubilidad del vínculo.

Pensamos que en el caso del divorcio lo que se está ignorando no es, como hace un siglo, la viabilidad de una *secularización pluralista* —ya que el tema es en este caso radicalmente «secular»—, sino simple y llanamente la posibilidad de hacer respetar el «pluralismo», admitiendo (de acuerdo con la voluntad de las partes en el momento de su celebración) un doble efecto «facultativo» del matrimonio: indisoluble o disoluble (129), para que cada ciudadano opte por cualquiera de ellos, con arreglo a sus propias convicciones éticas (religiosas o no...).

(129) Aunque no estamos seguros de que el autor comparta esta opinión, pensamos que cabe apoyarla en los planteamientos de J. CARBONNIER, que reconoce que el divorcio influye decisivamente en los esposos que no se divorcian (aunque no llega a decirse por dictaminar si desquicia o consolida sus matrimonios), y considera que el matrimonio como «acto de voluntad» debe llevar implícita la elección de modelo (págs. 138 y 170).

De acuerdo con la experiencia, el avance de este planteamiento individualista (rentable para los defensores de ideologías totalitarias, porque el individuo insolidario se insensibiliza ante la presión estatal, e incluso necesita su «abrigo») llevaría con facilidad a la legalización del aborto, la eutanasia, etc. Bastará para ello con que unos y otros insistan en plantear estos temas como nuevos episodios de nuestra eterna «guerra de religión», y pongan así en marcha, una vez más, los viejos argumentos de la «secularización igualitaria» (nadie puede imponer..., a nadie se obligará...). Pero, a fin de cuentas, los efectos no los sufrirán el Vaticano o la Conferencia Episcopal, sino la familia, la vida u otros valores indispensables para una convivencia «humana».

Prof. Dr. ANDRES OLLERO

De la Universidad de Granada