

LA REGULACIÓN HISTÓRICA DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA

POR

JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ

SUMARIO: 1. EL MATRIMONIO A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA.—2. MATRIMONIO Y FAMILIA EN LOS SIGLOS VI A XIII.—3. MATRIMONIO Y FAMILIA EN LAS REGIONES FORALES.—4. EL MATRIMONIO Y EL CONCILIO DE TRENTO.—5. INFLUENCIAS DE LA ILUSTRACIÓN Y LA REVOLUCIÓN.—6. EL MATRIMONIO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1812.—7. EL MATRIMONIO Y LOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL.—8. EL MATRIMONIO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1869.—9. LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL DE 1870.—10. EL MATRIMONIO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1876.—11. EL MATRIMONIO Y EL CÓDIGO CIVIL.—12. EL MATRIMONIO Y LA II REPÚBLICA ESPAÑOLA.—13. EL MATRIMONIO EN EL PERIODO 1938-1978.—14. CONCLUSIÓN.

1. El matrimonio a la luz de la legislación histórica

Las presentes notas, que fueron aportadas como ponencia al reciente Congreso sobre Matrimonio y Familia organizado por la Sociedad Internacional Tomás de Aquino y ya reseñado en *Verbo*, constituyen una breve reflexión sobre el sentido y líneas esenciales de la regulación histórica del matrimonio en el Derecho español. El Foro mencionado, aun contemplando la Familia en varias de sus vertientes, era predominantemente jurídico. Es natural la atención al Derecho en las tareas de una Sociedad consagrada a estudios tomistas, ya que, como en uno de sus Congresos observó Vallet de Goytisolo, "es asombroso cómo Santo Tomás de Aquino logró captar cuál es el ámbito de lo jurídico y la necesaria ósmosis de los demás saberes hacia él y

desde él" (1). El Aquinatense, en efecto, si es en general propuesto como modelo de todo investigador cristiano (2), es en particular maestro de juristas católicos y su pensamiento ofrece hoy aportaciones valiosas a la nueva evangelización.

El matrimonio es, dentro de la extensa temática de la Familia, institución esencial, ya que, como proclamó la Declaración de Río del Congreso Teológico Pastoral de 1997, la vida familiar se basa en el recíproco don de sí entre marido y mujer (3). Y cuando se anuncian reformas en el ordenamiento que lo regula, conviene volver los ojos a su evolución histórica e indagar cuáles han sido sus bases a lo largo de los siglos.

La historia es en general necesaria porque, como escribe Estanislao Cantero, "un pueblo no se define sólo por su presente ni por sus aspiraciones futuras, sino también, quierase o no, por su pasado" (4). Recordar, pues, la concepción española del matrimonio, puede contribuir a precisar nuestra identidad.

El apresurado recorrido histórico que aquí se ofrece parte de la España medieval para llegar hasta nuestra Constitución de 1978, a cuyas puertas se detiene porque el estudio del ordenamiento vigente estaba atribuido en el Congreso de Córdoba a prestigiosos constitucionalistas y civilistas. Problema esencial contemplado ha sido el de la forma del matrimonio —en el que se refleja la vieja tensión entre la concepción canónica y la secularizadora—, pero tocándose también el de la indisolubilidad, que ha sido polémico desde 1931 e importante, ya que, como afirma Rafael Gamba, "el divorcio vincular afecta a la esencia misma del matrimonio cristiano" (5).

(1) Vid., J. VALLET DE GOYTISOLO, "El derecho entre la moral y la política", en *Atti del III Congresso Internazionale della S.I.T.A.*, vol. III, págs. 253-257.

(2) Vid., E. FORMENT, "La aportación de la Filosofía de Santo Tomás a la nueva evangelización", en *Verbo*, núm. 311-312 (enero-febrero 1993), págs. 63-104 y las obras allí citadas de F. Canals Vidal.

(3) "Dicciarazione di Rio", en el vol. *Il Incontro Mondiale del Santo Padre con la Famiglia*, Río de Janeiro-Brasilé, Pontificio Consiglio per la Famiglia, pág. 114.

(4) E. CANTERO, "Ideología e historia", en *Verbo*, núm. 413-414 (marzo-abril 2003), pág. 295.

(5) Vid. R. GAMBRA, "Familia y sociedad", en *Verbo*, núm. 339-340 (noviembre-diciembre 1995), pág. 929.

El estudio de estos temas a través de los avatares de la historia española —por no llamarlos, como un ilustre historiador, “los infortunios de España” (6)— nos permitirá apreciar destellos de una vieja e importante cuestión: las relaciones de la Iglesia y el Estado. Y es que, como escribe el profesor Lalaguna, “en nuestra historia legislativa el sistema matrimonial español ha estado determinado fundamentalmente por los principios políticos que marcan la evolución de las relaciones del Estado español con la Iglesia católica” (7).

2. Matrimonio y familia en los siglos VI a XIII

Si el primitivo Derecho español iberocelta había conocido entre sus instituciones una familia troncal y gentilicia (8), fue el Derecho visigodo el que ofreció una concepción familiar influida por el cristianismo.

Como observa Fernández de la Cigona, es difícil “especificar cuándo España y la religión católica fueron algo indisoluble” (9), pero cabe acaso concretar ese momento histórico en un año, el 589, y un evento, el III Concilio de Toledo. Según dice el profesor Palomar, el testimonio católico tantas veces dado por España “tiene su raíz y razón de ser, como las gestas que jalonan toda nuestra historia como pueblo, en el III Concilio de Toledo” (10). En éste, en efecto, la monarquía visigótica y la religión cristiana dieron el paso fundamental para el nacimiento de la nación espa-

(6) Vid. A. CASTRO, *España en su historia (Cristianos, moros y judíos)*, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1983, pág. 44.

(7) E. LALAGUNA, *La reforma del sistema matrimonial español*, Ed. Reus, Madrid, 1983, pág. 15.

(8) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 10.^a ed., revisada por G. García Cantero y J. M. Castán Vázquez, Ed. Reus, Madrid, 1982, págs. 86 y sigs.

(9) Vid. F. J. FERNÁNDEZ DE LA CIGONA, “La persecución religiosa en España entre 1819 y 1891”, en *Verbo*, núm. 425-426 (mayo-julio 2004), pág. 452.

(10) E. PALOMAR, “La confesionalidad del Estado y la unidad católica en las leyes fundamentales de España”, en *Verbo*, núm. 279-280 (noviembre-diciembre 1989), pág. 1252.

fiola y se abrió lo que García Morente, hace años, en sus *Ideas para una filosofía de la historia de España*, llamaba "un proceso de hispanificación" al que la religión cristiana dio el más poderoso fermento" (11). Y como más recientemente ha puesto de relieve el profesor Ayuso con ocasión del XV Centenario del III Concilio, el hecho de los 1400 años de la España católica tiene su importancia, siendo indudable que España constituyó un régimen de cristiandad entendiéndose como tal "aquel en que el orden temporal es impregnado por el espíritu y la doctrina de la Iglesia católica" (12).

El Concilio toledano fue un marco adecuado en un momento oportuno para aquel acontecimiento histórico. Los Concilios, sobre todo los ecuménicos, venían teniendo la mayor importancia para la formación del pensamiento cristiano: el profesor Canals ha estudiado muy recientemente los siete primeros como básicos para la formulación de la ortodoxia católica (13). El de Nicea, por cierto, lo convocó Constantino por consejo de Osio, obispo de Córdoba. El III de Toledo se reunió en mayo de 589, protagonizándolo San Leandro —hijo de hispanorromanos, pero entusiasta de la monarquía goda— y asistiendo, según en sugestivo estudio ha escrito la profesora Elisa Ramírez, "los primeros españoles en el sentido más estricto de la palabra, y tal vez también los primeros europeos", porque "el gran fruto del Concilio es que España comienza a ser" (14). Nace así una legislación de inspiración cristiana (15) y con ella se va configurando un tipo de familia.

La familia cristiana se diferenciaría de la romana, fundamentalmente patriarcal, ya que, como dice Vallet de Goytisolo, "a diferencia del Derecho romano, el catolicismo se caracterizó, en su

(11) Vid. M. GARCÍA MORENTE, *Ideas para una filosofía de la historia de España*, Universidad de Madrid, 1943, pág. 63.

(12) Vid. M. AYUSO, "La unidad católica y la España de mañana", en *Verbo*, núm. 279-280 (noviembre-diciembre 1989), pág. 1423.

(13) F. CAÑALS VIDAL, "Los siete primeros Concilios (La formulación de la ortodoxia católica)", en *Verbo*, núm. 421-422 (enero-febrero 2004), págs. 97-104.

(14) E. RAMÍREZ, "Significado y frutos del III Concilio de Toledo", en *Verbo*, núm. 279-280 (noviembre-diciembre 1989), págs. 1224-1236.

(15) Vid. E. PALOMAR, *op. cit.*, pág. 1251.

concepción de la familia, por mejorar el nivel de la mujer" (16). Y es que, como ha puesto de relieve el Cardenal Herrera Oria, las instituciones recibieron "una nueva y más noble vida por la influencia del Salvador, y la familia cristiana fue muy diferente a la pagana" (17).

La concepción del matrimonio, empero, había de asumir en España elementos de tres ordenamientos históricos que han influido en nuestro Derecho histórico: el romano, el germano y el canónico.

El elemento romano, de tanto peso en España, tenía naturalmente que influir en el Derecho matrimonial. El profesor Navarro-Valls advierte que al matrimonio romano no se le puede considerar como un "dinosaurio jurídico" sin vinculación con el matrimonio moderno, ya que "el Derecho romano aportó cosas bien definidas, tanto de la estructura del matrimonio, como de la formulación técnica de dicha estructura" (18). A ellas, recibéndolas, aportó el cristianismo un sentido nuevo. Según expone el profesor Pérez Llantada, "la Iglesia de los cuatro primeros siglos contemporiza con el Derecho romano, de tal manera que los cristianos se desposan conforme al *ius civile*, aunque siempre teniendo por principio que Dios es el autor del matrimonio, conforme al sagrado libro del Génesis" (19). En tiempo del III Concilio de Toledo esa situación estaría arraigada.

El elemento germánico había de tener también algún peso en la organización de la familia hispánica de la Alta Edad Media, que, según Hinojosa, "muestra su procedencia de la *Sippe* germánica en el sentimiento de recíproca cohesión que la anima" (20). En lo que se refiere concretamente al matrimonio, la cristianiza-

(16) J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, Ed. Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 1973, pág. 245.

(17) A. HERRERA ORIA, *Obras selectas*, BAC, Madrid, 1963, pág. 556.

(18) R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1994, pág. 13.

(19) J. PÉREZ-LLANTADA, en el libro con C. MAGAZ SANGRO, *Derecho canónico matrimonial para juristas*, Ed. Dykinson, 1993, pág. 21.

(20) *Vid.* E. DE HINOJOSA, *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, págs. 18 y sigs.

ción de los germanos influyó también en su concepción de aquel, produciéndose, como nota el profesor Pérez-Prendes, "el predominio del matrimonio centrado en la transmisión del *Munt* sobre las uniones libres" y apoyando la Iglesia la conservación de los ritos de los esponsales con tal de que se celebrasen en la iglesia y ante el sacerdote (21).

El elemento canónico, por último, tiene especial relevancia en el matrimonio hispánico. Como ha escrito el profesor Xavier d'Ors, "el modelo del Derecho matrimonial europeo, su derecho clásico, no es ciertamente el derecho romano, sino el canónico" (22). La Iglesia abrió un largo e importante proceso de "canonización" del matrimonio. En la concepción difundida por ello tuvo, por cierto, especial trascendencia lo que Navarro-Valls llama "el redescubrimiento canónico de la indisolubilidad", ya que "proclamar la indisolubilidad del vínculo era una auténtica revolución en el contexto en que el cristianismo irrumpe en la historia" (23).

Pero en el matrimonio de la Edad Media influiría también el hecho de la convivencia de la religión cristiana con otras dos: la musulmana y la judaica. La profesora Rodríguez Aisa resalta que en España la convivencia prolongada de esas tres confesiones "dió lugar a normas de tolerancia muy elaboradas y, en ocasiones, con un marco más amplio que en otras latitudes" (24). Entre esas normas tenían que estar las que por leyes y costumbres rigieron a lo largo de siglos el matrimonio y las uniones de hecho.

La influencia islámica fue considerable. Los musulmanes que llegaron a España en 711 venían, según Américo Castro, "soste-

(21) J. M. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, *Breviario de Derecho germánico*, Universidad Complutense de Madrid, 1993, págs. 60-61.

(22) X. D'ORS, "Principios y criterios fundamentales de estructuración del sistema matrimonial en el Derecho romano", en el libro *Libertades fundamentales y sistema matrimonial (Ponencias al V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico)*, Pamplona, 1990, vol. I, pág. 1.

(23) R. NAVARRO-VALLS, *op. cit.*, pág. 24.

(24) M. L. RODRÍGUEZ AISA, "Comunidad política-Comunidad religiosa", en el vol. col. *Iglesia, Estado y Sociedad Internacional (Libro Homenaje a D. José Giménez y Martínez de Carvajal)*, Universidad San Pablo CEU, Madrid, 2003, pág. 266.

nidos por dos admirables fuerzas, la unidad política y el ímpetu de una religión recién nacida, ajustada a cuanto podía anhelar el alma y el cuerpo del beduino" (25). La resistencia cristiana comenzó pronto y requirió desarrollar un sistema de valores. A lo largo de siglos combatieron moros y cristianos, pero produciéndose un "entrelace" que se reflejaría en las costumbres, en las formas tradicionales de vida y expresión (26), así como en el Derecho, que tiene a la costumbre por fuente importante y está ligado a la vida. Entre las instituciones jurídicas mahometanas estaba el matrimonio islamita, de carácter contractual y privado, aunque con un sentido social reflejado en la potestad transmitida al marido, y un sentido religioso, que se conserva por cierto en los países islámicos que hoy desconocen el matrimonio civil (27). El ejemplo del matrimonio islamita como acto privado influyó, acaso, en el concubinato difundido en la España medieval (28). Pero no fue concubinato el matrimonio *a juras*, también difundido, que era verdadero matrimonio a todos los efectos (29).

La influencia judía, por otro lado, tuvo lugar a través de las bodas de los judíos españoles celebradas ante rabino y en las que se entremezclaba lo religioso y lo civil (30).

Según muy recientemente ha escrito el profesor Sevilla Bujalance, "la asunción de la concepción de la normativa católica del matrimonio en la legislación fue paulatina, y su reflejo en ella perduraría por siglos hasta el período medieval" (31). La Patrística y los Concilios perfilaron la concepción canónica del matrimonio. En el siglo XIII la Iglesia tenía el monopolio de la jurisdicción matrimonial; las consecuencias teológicas y jurídicas de la

(25) A. CASTRO, *op. cit.*, pág. 47.

(26) *Vid.* A. CASTRO, *op. cit.*, págs. 61 y 82.

(27) Sobre el matrimonio islamita, *vid.* J. PÉREZ-LLANTADA, *op. cit.*, págs. 74-77.

(28) *Vid.* J. CASTÁN TOBERAS, *op. cit.*, pág. 86.

(29) *Vid.* J. CASTÁN TOBERAS, *op. cit.*, pág. 132, y J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama*, *cit.*, pág. 242.

(30) Sobre la postura del judaísmo en el matrimonio, *vid.* J. PÉREZ-LLANTADA, *op. cit.*, págs. 72-74.

(31) J. L. SEVILLA BUJALANCE, "El sistema matrimonial español: fundamentos, crítica y alternativas", en *Comunio*, enero-junio 2004, pág. 92.

"sacramentalidad" serían bien estudiadas por la escolástica tomista y franciscana (32). La concepción cristiana del matrimonio fue así básica para la familia española y esa familia fue el fundamento de la sociedad, concebida ésta, como observa Rafael Gamba, "con una profundidad religiosa y una proyección temporal que hoy nos resulta difícil imaginar" (33).

Producida en el siglo XIII la recepción del Derecho romano justiniano, se dio paso a la obra legislativa de Alfonso X el Sabio. Las aspiraciones de éste alcanzaban áreas superiores al Derecho privado; el profesor Iturmendi ha estudiado las dimensiones del pensamiento político de aquel rey, acotándolo a su "teoría del Imperio" (34). Pero para el Derecho privado la obra fundamental fueron las Siete Partidas, compilación emprendida por Alfonso X por encargo de su padre, Fernando III el Santo (35), cuyos autores (el de la Primera pudo ser San Raimundo de Peñafort, según tesis del profesor González Martínez de Carvajal) impetraban en su trabajo el auxilio de Dios y tenían como fuentes, junto a los textos justinianos, el Derecho natural, el Derecho de gentes y "los otros grandes saberes".

Grato es recordar aquí que Alfonso el Sabio y Santo Tomás eran contemporáneos: el primero comenzaba a reinar en 1252, cuando el segundo inauguraba sus clases en la Universidad de París. Sus obras están en la misma línea. El rey castellano invoca frecuentemente el "procomunal" del Reyno, es decir, el bien común. Según observa el P. Iturrioz en un estudio sociológico sobre las Partidas, "el bien común es la norma suprema de la legislación alfonsina; con él se regulan los actos de la vida comunal, de él se derivan todas las posibilidades que ésta puede cobrar, con él se razonan las leyes y disposiciones jurí-

(32) Vid. A. MOLINA, *Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, 2.ª ed., Valencia, 1985, y J. PÉREZ-LLANTADA, *op. cit.*, pág. 22.

(33) R. GAMBRA, "Familia y sociedad", *cit.*, pág. 930.

(34) Vid. J. ITURMENDI MORALES, *En torno a la idea de Imperio en Alfonso X el Sabio*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, cspcc. págs. 129 y sigs.

(35) Vid. R. GIBERT, "Centenario de las Siete Partidas", en *Boletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, 1963, pág. 3.

dicas, él es, en suma, la razón de ser de cuanto en las Partidas se dispone" (36).

Las *Partidas*, que todo lo regularon y que retrataron la vida de la España medieval en todas sus manifestaciones, tenían que contener normas sobre Derecho de familia y así lo hicieron: la 4.^a Partida trata del matrimonio. Sigue muy de cerca esa Partida, según observa el profesor Gibert, a las Decretales (37). En ella, tras un Proemio de carácter antropológico, se ofrece una definición del matrimonio: "Matrimonio es ayuntamiento de marido, e de muger, fecho con tal entención de beuir siempre en vno, e de non se departir ..." (38). También apunta el texto alfonsino el origen del matrimonio al decir que "Parayso terrenal, es logar o fue primeramente establecido el casamiento", e igualmente recoge los fines de la institución apoyándose en la Biblia y en San Pablo (39). Al divorcio, que no tiene la naturaleza y efectos del divorcio actual, se refiere también la 4.^a Partida en su título X, y al régimen económico matrimonial desciende en su título XI al tratar de las dotes, de las donaciones *propter nuptias* y de las arras. Importante es, pues, la regulación de la materia, aunque no ha dejado de suscitar alguna crítica, como la que formuló en el siglo XIX don Pedro Gómez de la Serna al estimar que el texto "sigue más de lo que debiera al Derecho romano y al canónico" (40).

Cabe hacer notar que fuera de la 4.^a Partida, el texto alfonsino contiene también, en la 2.^a, una norma sobre un caso muy concreto de matrimonio: el del Rey. Tal norma establece las condiciones que debe reunir la mujer que el Rey elija por esposa (41),

(36) J. ITURRIOZ, S. J., *Fundamentos sociológicos en las Partidas de Alfonso el Sabio*, Madrid, 1955, pág. 96.

(37) Vid. R. GIBERT, *op. cit.*, pág. 6.

(38) Part. 4.^a, tít. II, ley 1.^a

(39) Part. 4.^a, tít. II, ley 4.^a

(40) Vid. P. GÓMEZ DE LA SERNA, "Introducción histórica a la versión del Código de las Siete Partidas", en la colección *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Antonio de San Martín editores, 2.^a ed., Madrid, 1872, pág. XXX.

(41) "E por ende deue el Rey catar, que aquella con quien casasse, aya en sí quatro cosas. La primera, que venga de buen linage. La segunda, que sea fermosa. La tercera, que sea bien acostumbrada. La quarta, que sea rica" (Part. 2.^a, tít. VI, ley 1.^a).

y puede parecer sorprendente hoy, pero responde seguramente al sentido monárquico de su época, distinto al de la monarquía liberal posterior, e incluso tiene un fundamento que se puede considerar básico en toda monarquía; al maestro Álvaro d'Ors oí exponer la visión de toda Familia Real como una familia ejemplar para todas las demás familias de la nación.

También cabe advertir que los redactores de las *Partidas*, atentos a la realidad social de su época, regularon al margen del matrimonio, la situación jurídica de las parejas no casadas con la institución de la *barraganía*, adelantándose así en siete siglos a lo que hoy preocupa a los legisladores. El texto alfonsino consagra a la materia el Título 14 de la 4.ª Partida, que trata "De las otras mugeres que tienen los omes, que non son de bendiciones" y comprende tres leyes. Las palabras iniciales del Título explican, justificándolo, el criterio permisivo del legislador. "Barraganas —dice el Proemio— defícende Santa Egleſia, que non tenga ningún Christiano, porque biven con ellas en pecado mortal. Pero los Sabios antiguos que fizieron las leyes, consentiéronles, que algunos las pudiessen tener sin pena temporal: porque tovieron que era menos mal, de aver una que muchas. E porque los fijos que nascieren de ellas, fuessen mas ciertos" (42).

La visión del matrimonio y el concubinato en las *Partidas* fue importante (43). El modelo matrimonial diseñado en ellas fue dominante en Iberoamérica a lo largo de siglos.

(42) Sobre la terminología, *vid.* L. MOISSÉT DE ESPANES, "La barragana y el barragán", en el vol. *El cazador, casado*, Ed. Miguel Ángel, Córdoba (Argentina), 1991, págs. 41-46. De las condiciones y efectos de la barraganía me he ocupado en "Observaciones sobre la situación jurídica de las parejas no casadas", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 24 (1994), págs. 141 y sigs.

(43) De la aplicación de las *Partidas* en América me he ocupado en *La influencia de la literatura jurídica española en las Codificaciones americanas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1984, págs. 73-76. Sobre el influjo de la ciencia alfonsí en América, *vid.* P. LUMBRERAS VALIENTE, *Alfonso X el Sabio y el Descubrimiento de América*, Real Academia de Extremadura, Cáceres, 1989. Sobre la influencia de las *Partidas* en la Codificación chilena, *vid.* A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982, t. II, pág. 42. Sobre la influencia de las *Partidas* en la regulación de las obligaciones naturales

3. Matrimonio y familia en las regiones forales

En las regiones forales españolas tuvo también implantación el matrimonio cristiano. Los Derechos forales, cuyo origen hay que buscarlo, como afirma Fernández Domingo, desde el momento en que se deshizo la unidad normativa nacional y más concretamente a partir de 711, año de la invasión árabe (44), ofrecieron con todas sus variedades una riqueza notable y demostraron a lo largo de siglos su autenticidad y vitalidad. Don Antonio Iturmendi, que tanto ha impulsado en el siglo xx desde el Ministerio de Justicia el proceso de elaboración y promulgación de las Compilaciones Forales, pudo afirmar en 1973 que las instituciones civiles especiales de los distintos territorios de España "forman parte integrante de unos Derechos hispánicos auténticos" y son "reflejo de nuestra vida jurídica y social a través de las generaciones", pudiéndose ver en ellos "las manifestaciones de un Derecho vivo, con profundas raíces populares, que tienen una función muy actual" (45). Si en lo relativo a la forma del matrimonio y a sus efectos personales no ofrecen particularidades los Derechos forales, al ceñirse al mismo modelo cristiano del Derecho común, en lo tocante a los efectos patrimoniales tuvieron una rica variedad de sistemas. Los regímenes económico-matrimoniales de las regiones forales, en efecto, influidos no sólo por el Derecho romano, sino por el germánico, secundo en fórmulas (46), admitieron y siguen admitiendo sistemas muy dife-

en América, *vid.* L. MOISSET DE ESPANES, "Obligaciones naturales y deberes morales", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1998, pág. 401.

(44) J. I. FERNÁNDEZ DOMINGO, *Introducción al Derecho civil foral*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, pág. 14.

(45) A. ITURMENDI BAÑALES, *Las Compilaciones Forales en el proceso de la Codificación española*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1973, pág. 84.

(46) Como observa Pérez-Prendes, "el hilo conductor del Derecho germánico en esta materia lleva desde la primera posibilidad (la administración común marital) hasta una alternancia ya más tardía, con la segunda (comunidad de bienes y ganancias) en una evolución que incluye numerosas variables según espacios geográficos y tiempos históricos", *op. cit.*, pág. 65.

rentes, constituyendo esta materia en ellos, como en libro muy reciente observa el profesor Antonio Román, "un acervo jurídico incomparable", porque "las capitulaciones matrimoniales y sus efectos añadidos tuvieron una implantación mayor y más compleja y rica en los territorios forales, que en el ámbito del Derecho común" (47).

Sin entrar aquí, por obvias razones, en el examen de los varios regímenes forales, deseo al menos recordar un hecho general importante: el de la solidez de la familia foral tradicional que, configurada por su visión católica, según dice Vallet de Goytisolo, "aparece transindividualmente como célula social, como sigue siéndolo en algunas de las regiones forales españolas" (48). Especial interés ofrece acaso, entre éstas, Aragón, donde al impulso de la libertad civil, bien estudiada por Joaquín Costa y más recientemente por Vallet, la Casa tuvo notable importancia económica y social. Según expone un ilustre jurista aragonés, Luis Martín-Ballester Costea, "la libertad civil, a cuyo amparo surgieron y se mantuvieron y transmitieron de generación a generación los regímenes familiares aragoneses, el Derecho de familia en Aragón, la singular y admirable manera de ser de la familia originaria de nuestro antiguo Reino" (49). También un eminente jurista catalán, Manuel Durán y Bas, ha señalado la trascendencia de la libertad civil para la familia (50).

(47) A. ROMÁN GARCÍA, *El matrimonio y su economía*, Centro de Estudios del I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, págs. 17 y 163. Vid. también la monografía de J. A. MARTÍNEZ SANCHIZ, *Régimen económico y matrimonial y comunicación de bienes*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

(48) J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama*, cit., pág. 245.

(49) L. MARTÍN-BALLESTERO COSTEA, "El Derecho de familia en Aragón", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre 1968, pág. 14. Más recientemente, a Costa y a la familia alto-aragonesa se ha referido J. VALLET DE GOYTISOLO, *Contestación al Discurso de Rafael Navarro-Valls*, cit., pág. 145.

(50) Vid. los *Escritos del Excmo. Sr. D. Manuel Durán y Bas*, Barcelona, 1888, vol. I, pág. 368.

4. El matrimonio y el Concilio de Trento

Hasta la publicación del Concilio de Trento, siguió rigiendo en España el sistema matrimonial caracterizado por la coexistencia del matrimonio religioso *in facte ecclesiae* con el llamado matrimonio *a yuras* ya mencionado. En el siglo XVI, empero, se produjo lo que Juan Pablo II ha llamado "la conmoción cultural del Renacimiento, cuya última raíz estaba en la sustitución de la idea de Dios por la del hombre como medida y luz de la Creación; cuando el nuevo ritmo del pensamiento amenazaba desecralizar la existencia y postergar los valores divinos" (51). Los efectos de esa conmoción fueron considerables en una Europa renacentista cuya debilitación en la fe, al decir de Gamba, "iba a hacer muy pronto posibles el protestantismo y el cartesianismo"; con la difusión del racionalismo como "primera civilización no religiosa de la historia" (52).

En aquel siglo, la Reforma protestante vino, como observa Américo Castro, a desviar el interés religioso hacia la conducta y la eficacia social del hombre y "la Religión de la Reforma acabó por hacerse laica" (53), aunque la Reforma no se hubiese propuesto la desaparición de todo elemento sobrenatural (54). Y aquella laicización tenía que afectar a la regulación del matrimonio; éste dejaba de ser un sacramento para verse como un contrato meramente civil. Su secularización era así natural: si el matrimonio era un asunto profano, su regulación competería sólo al Estado (55).

Las tres grandes Iglesias protestantes —luterana, calvinista y anglicana— enfocaron en esa línea el tema. Dada la influencia de Lutero y Calvino en el pensamiento jurídico, qué Vallet ha estu-

(51) *Mensaje de Juan Pablo II a España*, BAC, Madrid, 1982, pág. 4.

(52) R. GAMBRA, *El lenguaje y los mitos*, Ed. Nueva Hispanidad, Buenos Aires, 2001, pág. 77, y "Familia y sociedad", cit., pág. 929.

(53) A. CASTRO, *op. cit.*, pág. 96.

(54) *Vid.*, en este sentido, L. M. SANDOVAL, "Consideraciones sobre la Contrarevolución", en *Verbo*, núm. 281-282 (enero-febrero 1990), págs. 211 y sigs.

(55) *Vid.* J. PÉREZ-LIANTADA, *op. cit.*, pág. 83.

diado muy recientemente (56), su posición sobre el matrimonio había de trascender. Por otra parte, en el punto, tan importante, de la indisolubilidad, Lutero y Calvino coincidieron también en negarla, aunque discrepando sobre las causas admisibles del divorcio (57). Así apareció en el siglo XVI esa dialéctica entre la Iglesia y el Estado que, al decir de Pérez Llantada, "se traduce, hoy todavía, en la de matrimonio civil-matrimonio canónico, ya que las demás confesiones, sin regulación jurídica del matrimonio religioso, se conforman con la libertad de celebrar matrimonio civil en forma religiosa" (58).

En defensa de la concepción tradicional del matrimonio acordó el Concilio de Trento, comenzando en 1545 y clausurado en 1563. Su legislación matrimonial fue rápidamente recibida en España en virtud de la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564. El sistema rigió largamente. Cuando en 1734 se publicó el cuarto tomo del llamado *Diccionario de Autoridades* de la Española, joya de la lengua castellana, se ofreció en la voz *matrimonio* un concepto iusnaturalista de la institución: "*Matrimonio* s.m. Contrato de Derecho natural que se celebra entre hombre y mujer por mutuo consentimiento externo, dando el primero al otro potestad sobre su cuerpo, en perpetua y conforme unión de voluntades, el que elevado a Sacramento y celebrado entre sujetos bautizados, se hace del todo indisoluble, en llegando a consumarse. Llámase Matrimonio, del nombre Madre, por las mayores fatigas con que concurre la muger a la propagación de la especie" (59).

5. Influencias de la Ilustración y la Revolución

Aquel mismo siglo XVIII, sin embargo, se produjo en Europa el importante fenómeno de la Ilustración, que había de tener

(56) Vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Manual de Metodología jurídica*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004, III, pág. 29.

(57) Vid. J. PÉREZ-LLANTADA, *op. cit.*, pág. 84.

(58) Vid. J. PÉREZ-LLANTADA, *op. cit.*, pág. 25.

(59) Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Imprenta de la Real Academia Española, tomo Quarto, Madrid, 1873, pág. 515.

repercusión en nuestra patria. El profesor De los Mozos ha estudiado las vicisitudes de la Ilustración en España y su reflejo en el mundo del Derecho (60). A la institución matrimonial afectó el movimiento porque, al decir de Vallet, "la jurisprudencia de la Ilustración tuvo la pretensión de recoger el matrimonio en un esquema puramente jurídico" (61). Sin embargo, el Derecho canónico, fundamental en materia matrimonial mantuvo su presencia en los planes de estudio para "ser recibido de Abogado" diseñados en Órdenes incorporadas a la Novísima Recopilación (62).

Los planteamientos de la Reforma y de la Ilustración sobre el matrimonio permitieron a la Revolución francesa dar el importante paso del establecimiento del "matrimonio civil", que significaba la secularización del matrimonio más bien que su simplificación formal (63) y habría de tener un extenso impacto en el Derecho comparado. El paso estaba en la línea de los ataques que la Revolución había dirigido desde sus orígenes a la Iglesia y a la Familia (64). Ello era natural en una Revolución de la que se deriva el liberalismo laicista y cuyo propósito último, como observa Sandoval, consistía en sustraer al hombre y a las sociedades de la Iglesia Divina (65). La Revolución francesa constituye, en frase reciente de Estanislao Cantero, "uno de los más

(60) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, "Los precedentes de la Codificación: la unificación del Derecho en los propósitos de la Ilustración española", en *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1988, págs. 637 y sigs., espec. 656-660.

(61) J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama*, cit., pág. 247.

(62) Vid. A. ÁLVAREZ DE MORALES, *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, Ed. Pegaso, 3.ª ed., 1985, pág. 282, nota 77.

(63) Vid. J. CASTÁN TORRENAS, *op. cit.*, pág. 127.

(64) Vid. R. GAMBRA, "Familia y sociedad", cit., pág. 932.

(65) Vid. L. M. SANDOVAL, "Consideraciones sobre la Contrarrevolución", en *Verbo*, núm. 281-282 (enero-febrero 1990), págs. 218 y 224. Sobre el anticatolicismo de la Revolución francesa, vid. también los artículos de M. Poradowski, J. M. Petit Sullá, A. Gamba Gutiérrez, J. M. Serrano Ruiz-Calderón, C. Garay Vera, J. Dumont, J. Vallet de Goytisolo contenidos en el número 281-282, cit., monográfico "1789". Vid. también el estudio de A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, "La Revolución: nociones y paradojas", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1/1989, págs. 7-14.

claros ejemplos de la invalidación de la historia por la ideología" (66).

Tuvo la Revolución, como es bien sabido, fuerte influencia en la legislación francesa. En el Derecho privado, los tres grandes principios que inspiraron las reformas revolucionarias fueron el individualismo, la igualdad y la secularización de las fuentes y de los contenidos. En lo que se refiere concretamente al Derecho de familia, las transformaciones registradas tenían raíces prerrevolucionarias: un edicto de 1787 había establecido la posibilidad de matrimonio "civil" para los no católicos; avanzando por ese camino, la Constitución de 1791 consagró la obligatoriedad de tal matrimonio para todos los franceses, sin perjuicio del matrimonio "sacramental" que sería lícito contraer en presencia de un sacerdote. La Revolución, por otra parte, introdujo por un Decreto de 1792 el divorcio (67). Así quedaría incorporada al Derecho civil francés esa institución, que en Francia ha generado larga polémica, reflejada no sólo en los ámbitos jurídicos y políticos, sino en el literario; baste recordar la novela de Paul Bourget *Un divorce*.

* * *

En España se reflejarían a lo largo del siglo XIX las controversias europeas del XVIII. Frente a la tradición católica fue considerable el embate de los movimientos ideológicos y del sentido anticatólico que el profesor Elio Gallego ha señalado (68), así como el "modernismo" que muy recientemente ha estudiado el profesor Danilo Castellano (69) y que planteaba, entre otras cues-

(66) E. CANTERO, "Ideología e historia", en *Verbo*, núm. 413-414 (marzo-abril 2003), pág. 283.

(67) Vid. J. M. MARTÍNEZ VAL, "La Revolución francesa y el Derecho privado", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1/1889, págs. 22, 25 y 26.

(68) Vid. E. GALLEGO, *Los fundamentos filosóficos y políticos de las reformas del Derecho de familia en el Código civil*, UNED, Madrid, 1993, t. I, págs. 132-144 y t. II, pág. 760.

(69) Vid. D. CASTELLANO, "El problema del modernismo social", en *Verbo*, núm. 423-424 (marzo-abril 2004), págs. 197-216.

ciones, la separación de la Iglesia y del Estado, conducente al sometimiento de la primera al segundo (70). A todas las corrientes adversas resistió, sin embargo, la Iglesia española, que demostró su vitalidad a comienzos del siglo XIX, con ocasión de la Guerra de la Independencia, y a través de todo el siglo en el alto número de santos que han sido canonizados (71).

En el campo jurídico, rasgo común del Derecho vigente a comienzos del siglo XIX en toda España fue su carácter esencialmente tradicional (72), porque la sociedad española, como observa el profesor Ayuso, era una sociedad cristiana (73). Sin embargo, en el concreto tema del matrimonio, había de repercutir la difusión del matrimonio civil producida en Europa e Iberoamérica (la difusión del divorcio no fue tan grande en los países iberoamericanos). La corriente secularizadora habría así de reflejarse, más o menos, en las sucesivas Constituciones.

6. El matrimonio y la Constitución de 1812

La primera de aquéllas, la gaditana de 1812, se promulgó durante el incendio revolucionario que, encendido en Francia en 1789, se propagó, como dice el profesor Alonso Pérez, "a toda Europa, incluida la España de 1812" (74). Pero los liberales de Cádiz eran católicos y dieron testimonio de su fe en el texto constitucional que, como es bien sabido, proclamaba en su artículo 12 que "la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera". El precepto era, pues, una declaración de confesionalidad del Estado. El matri-

(70) Vid. D. CASTELLANO, *op. cit.*, pág. 201.

(71) Vid. F. J. FERNÁNDEZ DE LA CIGÜÑA, "La persecución", *cit.*, págs. 473-479.

(72) Vid. A. GARCÍA-GALLO, "Las fuentes legales vigentes a comienzos del siglo XIX", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, núm. 19 (1988), págs. 11 y sigs., espec. 13 y 20-32.

(73) Vid. M. AYUSO, *op. cit.*, pág. 1423.

(74) M. ALONSO PÉREZ, *Meditaciones de fin de siglo sobre el Derecho vigente en la España del 98 y sus fundamentos ideológicos*, Universidad de Salamanca, 1998, pág. 34. Sobre el Cádiz de las Cortes, vid. F. J. FERNÁNDEZ DE LA CIGÜÑA, "La persecución", *cit.*, págs. 453-456.

monio no fue regulado. Hay que advertir que en aquella época no era normal en las Constituciones regular instituciones de Derecho de familia. Lo que sí se incorporó a la de Cádiz, siguiendo el precedente, que antes he recordado, de las *Partidas*, fue una norma sobre el matrimonio del Rey (el art. 172-12.ª) y otra sobre el matrimonio del Príncipe de Asturias (art. 208).

7. El matrimonio y los Proyectos de Código civil

Habiendo expresado la Constitución el propósito del legislador de promulgar un Código civil para toda la monarquía, se puso en marcha el proceso codificador que tan largo había de ser y en el que había de diseñarse, elaborándose sucesivos Proyectos de Código civil (75), sistemas matrimoniales distintos. Así, en el Proyecto de 1821, que según el profesor De Castro "fue un intento de conjugar las ideas tradicionales católicas y el liberalismo del siglo" (76), se exigía a los contrayentes un consentimiento "solemne" expresado en presencia del Alcalde del domicilio de la mujer, que había de preceder al matrimonio canónico, so pena de nulidad de éste (77); en tema de indisolubilidad, sin embargo, el Proyecto se atuvo a la doctrina de la Iglesia al proclamar en el artículo 331 que "el matrimonio válido sólo se disuelve por la muerte" (78).

El Proyecto de Código civil de 1836 siguió, en parte, y como señala el profesor Fuenmayor, con cierta moderación, el criterio secularizador de 1821, exigiendo para reconocer efectos civiles al matrimonio canónico que los contrayentes cumplieran ciertas

(75) Vid. R. ÁLVAREZ VIGARAY, "Proyectos de Código civil en la primera mitad del siglo XIX", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 19, 1988, págs. 111-152.

(76) Vid. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, t. I, pág. 188.

(77) Vid. L. CRESPO DE MIGUEL, "El matrimonio en el Proyecto de Código civil español de 1821", en *Excerpta et dissertationibus in iurē canonico*, Pamplona, 1988, págs. 333-397.

(78) Vid. M. PESET REIG, "Análisis y concordancias del Proyecto de Código civil de 1851", en *Anuario de Derecho Civil*, 1975, pág. 81, y A. DE FUENMAYOR, "El matrimonio en el Código civil", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 21 (1989), pág. 129.

"diligencias previas" sin las cuales el matrimonio carecería de efectos civiles, aunque no sería considerado nulo (79).

El 16 de marzo de 1851 se estipulaba un importante Concordato entre Iglesia y Estado, firmado por el Papa Pío IX e Isabel II que, según señalan el P. Díaz Moreno y las profesoras Cristina Guzmán y Teresa Pérez-Agua, establecía una confesionalidad "cerrada" al disponer en su artículo 1.º que "la religión Católica, Apostólica, Romana, que con exclusión de cualquier otro culto, sigue siendo la única de la sociedad española, se conservará siempre en los dominios de S. M. Católica, con todos los derechos y prerrogativas que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones" (80). Ese mismo año presentaba don Florencio García Goyena su Proyecto de Código civil, que ha sido el de más peso en la Codificación española y que, según comenta Fuenmayor, quebraba la línea de los Proyectos anteriores al reconocer en su artículo 48 como único matrimonio el canónico, si bien en su artículo 75 coincidía con aquéllos al atribuir exclusivamente a los Tribunales civiles las causas de separación, lo que era una de las discrepancias entre Iglesia y Estado (81). Como es bien sabido, el proyecto de García Goyena no llegó, por razones políticas, a convertirse en Código civil, pero fue después la base del Código que se promulgaría en 1888 e influyó además considerablemente, según en algunos trabajos me he esforzado en señalar (82), en las Codificaciones civiles iberoamericanas.

(79) Vid. A. DE FUENMAYOR, pág. 122.

(80) Vid. J. M. DÍAZ MORENO, C. GUZMÁN PÉREZ y T. PÉREZ-AGUA, "El sistema matrimonial en el Código civil de 1888", en *ICADE*, 1988, pág. 75. Sobre el contenido general del Concordato, *vid.* las obras de Fernández Regatillo y Pérez Alhama, *cits.* en el mismo estudio de *ICADE*, pág. 75, nota 14.

(81) Vid. A. DE FUENMAYOR, *op. cit.*, pág. 123, y L. CRESPO DE MIGUEL, "El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el Proyecto de Código civil español de 1851", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, págs. 653 y sigs.

(82) En *La influencia de la literatura jurídica*, *cit.*, págs. 92-93, y en *La influencia de García Goyena en las Codificaciones americanas*, en el libro col. *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, y ed. sep.

8. El matrimonio y la Constitución de 1869

Los avatares posteriores de España habían de influir en el sistema matrimonial. La Revolución de 1868 dió paso a una serie de proyectos de reformas adversas a la Iglesia, entre las que se encontraba el matrimonio civil (83). Las Juntas Revolucionarias, en algunos casos, introdujeron ese matrimonio por vías de hecho y, en otros, incluyeron su introducción entre los objetivos primarios (84).

La Constitución de 1869 fue así elaborada en un ambiente anticlerical y estableció en su artículo 21 el principio de libertad de cultos, aunque con el compromiso estatal de "mantener el culto y los ministros de la religión católica" (85). En la línea de aquella Constitución se promulgó la primera Ley de matrimonio civil.

9. La Ley de Matrimonio civil de 1870

Fue dicha Ley la de 18 de junio de 1870, cuyo autor fue el notable jurista gallego don Eugenio Montero Ríos, que legisló de acuerdo con la corriente revolucionaria imperante a la sazón en el tema, pero sin olvidar las ideas esenciales sobre la concepción católica del matrimonio, que como catedrático de Derecho canónico conocía bien (86). Así, la Ley estableció el matrimonio civil

(83) Vid. P. J. FERNÁNDEZ DE LA CIGONA, "La persecución", cit., págs. 479-480.

(84) Vid. J. M. DÍAZ MORENO, C. GUZMÁN PÉREZ y T. PÉREZ-AGUA, *op. cit.*, pág. 77.

(85) Vid. A. PADILLA SIERRA, *Constituciones y leyes fundamentales de España*, Granada, 1954, págs. 102-118, y F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas*, Madrid, 1986, págs. 297-299.

(86) La figura de Montero Ríos en éste y otros aspectos de su dedicación a la política y al Derecho ha sido estudiada en los últimos años por biógrafos como José Eugenio Batista Montero-Ríos (notario, desde la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*), José M.º Martínez Val (desde la misma revista), Francisco Laso Gaité (desde la Comisión General de Codificación), Marcelino Cabanas Rodríguez (desde la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación) y muy recientemente Manuel Soroa Suárez de Tangil (desde la Casa de Galicia en Madrid).

como forma única matrimonial para todos los españoles, pero declaró en su artículo 1.º que el matrimonio es, por su naturaleza, perpetuo e indisoluble. La declaración sobre la indisolubilidad es importante, ya que, como observan algunos canonistas actuales, no podía apoyarse en la confesionalidad católica del Estado, inexistente en la Constitución; Montero Ríos justificaba la indisolubilidad en el Derecho natural y en la influencia del catolicismo (87). Por otra parte, es sabido que la regulación del matrimonio civil efectuada por la Ley de 1870 no fue, en realidad, más que una "traducción laica" del Derecho canónico (88).

La vigencia de la Ley de 1870 fue breve. El matrimonio civil era contrario a la tradición secular española, y las normas que lo regularon tuvieron, como observa Elió Gallego, "escasísima influencia social" (89). Los matrimonios que se seguían contrayendo eran canónicos, con la grave consecuencia civil de que los hijos fueran reputados ilegítimos, lo que el Estado tuvo que suavizar pronto. El Decreto de 9 de febrero de 1875 atribuyó plenos efectos retroactivos a los matrimonios canónicos celebrados bajo la vigencia de la Ley de matrimonio civil y dejó a ésta sin efecto, excepto un capítulo, restableciendo la legislación canónica para la celebración del matrimonio como forma normal; la civil sería excepcional y se reservaría para los que declarasen no profesar la religión católica.

10. El matrimonio y la Constitución de 1876

En el año siguiente, la Constitución de 1876 —que había de ser la de más larga vigencia entre las españolas— estableció en su artículo 11 que "la religión católica, apostólica, romana, es la del Estado". Se trataba, pues, de una Constitución confesional católica. En materia matrimonial, se advierte hoy que su confe-

(87) Vid. J. M. DÍAZ MORENO, C. GÚZMÁN PÉREZ y T. PÉREZ-AGUA, *op. cit.*, pág. 78, y E. LALAGUNA, "Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español", en *Revista de Derecho Privado*, 1972, pág. 429.

(88) Vid. A. DE FUENMAYOR, *op. cit.*, pág. 130.

(89) E. GALLEGO, *op. cit.*, t. II, pág. 759.

sionalidad, aunque abierta, fue "flexible", prolongándose hasta el Código civil la situación establecida.

11. El matrimonio y el Código civil

Al redactarse el Código civil, la regulación del matrimonio requirió una difícil negociación entre el Estado y la Iglesia. En ella fue importante el papel de don Manuel Alonso Martínez, que es, por otra parte, una de las figuras señeras de la Codificación civil, bien estudiada hoy por historiadores como Lasso Gaité (90) y la profesora Gómez Mampaso (91) con ocasión del Centenario del Código civil y del Centenario del propio Alonso Martínez celebrado brillantemente en Burgos.

Para establecer un sistema matrimonial, los redactores del Código habían de respetar algunas realidades: la vigencia de la Constitución de 1876, el carácter confesional del Estado y la existencia de una sociedad católica (92). Lo tuvieron en cuenta Alonso Martínez y la Comisión de Códigos en la Ley de bases del Código civil de 11 de mayo de 1888, que al decir del profesor Bonet Ramón era lo que hoy calificaríamos de "Ley marco" (93), y que dispuso en su base 3.ª —cuya negociación con la Jerarquía católica fue complicada— el establecimiento en el Código de dos formas de matrimonio, el canónico y el civil, admitiendo para el primero "todos los efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia católica, admitidas en el Reino por la Ley 13, Título 1.º de la Novísima Recopi-

(90) Vid. F. LASSO GAITE, "Los Presidentes de las Comisiones de Códigos", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 19 (1988), págs. 190-194.

(91) Vid. V. GÓMEZ MAMPASO, "Alonso Martínez y la Codificación civil", en el número de *Anales*, citado en nota anterior, págs. 299 y sigs., espec. 241-260.

(92) Sobre la vitalidad del catolicismo y la creatividad de los católicos en la España del XIX, vid. el estudio histórico sociológico de R. SANZ DE DIEGO, "Aquellos España de 1888", en *ICADE*, 1988, págs. 13 y sigs.

(93) Vid. R. BONET RAMÓN, "La Ley de Bases del Código civil", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 19 (1988), pág. 343.

lación, y asistiendo a la celebración el Juez municipal u otro funcionario del Estado, con el solo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro civil”.

Atenido a la Ley de bases, el Código formuló la conocida norma del artículo 42: “La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código”. A este precepto, que ha sido ampliamente comentado por los civilistas, se le han dirigido críticas: el profesor Lalaguna lo califica de “fruto de una transacción lograda en un clima de tensiones políticas”, señalando que la frase “profesan la religión católica” es ambigua y “provoca interpretaciones divergentes y a veces contradictorias” (94). Entre los canonistas, hubo dos corrientes: una, más cercana al Código, no aprobó el sistema por considerar inseparables el contrato y el sacramento, y por defender la jurisdicción exclusiva de la Iglesia sobre lo sacramental; otra, más favorable, admitió que el Estado puede regular aquello que pertenece a la vertiente extrínseca del matrimonio (95).

Entre los juristas extranjeros, hubo también opiniones favorables y adversas al precepto español. Es curioso el hecho de que en la traducción al francés de nuestro Código que, recién promulgado, se publicó en París, el traductor y anotador, A. Levé, que en general dedicó elogios al Código, estimándolo incluso superior al Código de Napoleón en algunos puntos, lo criticó por el contrario en el concreto tema del matrimonio, expresando la sorpresa que producía en Francia nuestra admisión de la validez del matrimonio canónico, por larga y respetable que sea la tradición de éste (96).

(94) Vid. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1969, pág. 205.

(95) La opinión de los canonistas en relación con el artículo 42 puede verse resumida en J. M. DÍAZ MORENO, C. GUZMÁN PÉREZ y T. PÉREZ AGUA, *op. cit.*, págs. 87-89.

(96) Vid. A. LEVÉ, *Introduction a su Code civil espagnol*, A. Durand et Pedone Lauriel editeurs, París, 1890, pág. VII. A esa traducción, poco conocida, he dedicado mi trabajo “Un libro olvidado: la traducción francesa del *Código Civil Español*”, en la obra col. *Centenario del Código civil*, Madrid, 1991, t. IV, págs. 299-305.

12. El matrimonio y la II República Española

En la historia de los avatares políticos de España tiene, sin duda, importancia la fecha del 14 de abril de 1931, que abrió la etapa de la II República. Con el nuevo régimen comenzaron los trabajos encaminados a promulgar una nueva Constitución, cuyo Anteproyecto elaboró la Comisión Jurídica Asesora, que sustituyó a la histórica Comisión de Códigos. En el Parlamento se constituyó una Comisión constitucional presidida por el profesor Jiménez de Asúa, penalista ilustre, que en su libro sobre la Constitución ha dejado el relato de los trabajos. Fueron éstos ciertamente precipitados: "en veinte días —expresa Jiménez de Asúa— fue preciso trazar las bases de la obra y articular su entero contenido" (97). Don Miguel de Unamuno dijo que "quienes iban a las Cortes con un nombre hecho, no lograrían acrecentarlo en el Parlamento, sino más bien lo mermarían" (98). El 9 de diciembre recibió aprobación definitiva la Constitución, gestada, por tanto, en siete meses escasos.

El nuevo texto constitucional español se situó abicrtamente en la línea de los Estados no confesionales. Al decir de Jiménez de Asúa, cuyos comentarios tienen cierto valor de interpretación auténtica, el tema religioso "de primordial interés en todas partes y de especial preocupación entre españoles", se trató "separando la Iglesia del Estado"; según el mismo profesor y político, "aunque algún miembro de la Comisión hubiere querido ver salvada de modo expreso una orientación cristiana en las actividades morales del Estado, pareció preferible no hacer declaración sobre el particular y dejar ambas potestades independientes, aunque concordadas" (99). Cabe, pues, advertir que en los trabajos pre-legislativos y en los parlamentarios participaron juristas católicos, si bien prevaleció y se tradujo en varias normas constitucionales la corriente hostil a la Iglesia católica. Así ocurrió en el artículo

(97) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso histórico de la Constitución de la República Española*, 1.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1932, pág. XVII.

(98) Narrado por L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pág. XIX.

(99) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pág. 9.

26, referente a las confesiones religiosas, inspirado en un ánimo adverso a ellas, frente al cual pudo advertir el Sr. Gil Robles que "no es posible, en nombre de la libertad, cercenar la de aquellos que quieran dar a su persona un fin para la otra vida" (100).

El artículo 43 contenía las reformas relativas al Derecho de familia. Algunas eran aceptables para la doctrina católica; inaceptable e importante era, en cambio, la del párrafo 1.º que permitía que el matrimonio pudiera "disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa". Se introducía así por primera vez en España el divorcio vincular, acabando con la tradición de indisolubilidad que se había mantenido en todo el Derecho histórico, incluso en la Ley de matrimonio civil de 1870.

Aprobada la Constitución, se plantearon dudas entre prestigiosos juristas sobre la aplicabilidad de las reformas del Derecho de familia. A la aplicación inmediata de los preceptos constitucionales se inclinaban el civilista Demófilo de Buen y el mercantilista Antonio Polo; por el contrario, el constitucionalista Nicolás Pérez Serrano opinaba que los preceptos constitucionales no derogaban el Derecho privado de manera inmediata, a cuya opinión se sumó el notario José Luis Díez Pastor observando que "no es posible sustituir el Derecho de familia del Código civil por un solo artículo de la Constitución", ya que "por este camino llegaríamos a la absoluta incertidumbre del Derecho" (101).

En definitiva se acometió la elaboración de leyes ordinarias que desarrollaran las reformas anunciadas en el artículo 43 de la Constitución. Dos nos interesan aquí: la Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932, que volvió a implantar el régimen de matrimonio civil obligatorio que había regido durante la etapa de 1870-1875, y la Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932, que cumplió lo anunciado por el texto constitucional y estableció un sis-

(100) Palabras recogidas por L. JIMÉNEZ DE ASUA, *op. cit.*, pág. 202. Sobre el debate acerca de la Familia, *vid.* E. GALLECO, *op. cit.*, t. I, pág. 245.

(101) *Vid.* J. L. Díez PASTOR, *La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio, según la Constitución*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, págs. 10-20.

tema de divorcio que era, por cierto, de los más avanzados entonces conocidos en el Derecho comparado.

13. El matrimonio en el período 1938-1978

La vigencia de las leyes de 1932 no fue muy larga: ambas fueron derogadas en 1938, restableciéndose el sistema antes vigentes sobre la forma del matrimonio y volviendo a regir la indisolubilidad.

En el extenso período de 1938 a 1978 se produjeron normas y hechos que retocaron el sistema matrimonial del Código civil, como fueron la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de marzo de 1941, el Concordato entre España y la Santa Sede de 27 de agosto de 1953, el Decreto de 26 de octubre de 1956, la ley de 24 de abril de 1958, el Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958, modificado en 22 de mayo de 1969, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de marzo de 1974 y el Real Decreto de 1.^o de diciembre de 1977 (102).

La indisolubilidad fue mantenida en todo aquel período. La corriente favorable al divorcio (que llegó incluso hasta el Ministro de Justicia con un escrito que proponía su introducción) tropezaba con el artículo 22 del Fuero de los Españoles de 1945, que proclamaba que "el matrimonio es uno e indisoluble". La introducción del divorcio vincular no se produciría hasta la reforma del Código civil en 1981, bajo la vigencia ya de la Constitución de 1978, tras un proceso que ha sido muy estudiado por el profesor García Cantero (103).

Con la Constitución de 1978 se inició en el tema aquí estudiado un nuevo período, cuyo estudio no corresponde ya al

(102) Sobre todo ello, *vid.* J. CASTÁN TOBERAS, *op. cit.*, págs. 136-145.

(103) *Vid.* los estudios de G. GARCÍA CANTERO, "El divorcio en los Estados modernos", en el volumen *El vínculo matrimonial: ¿Divorcio o indisolubilidad?*, Madrid, 1978, págs. 435 y sigs., y "El proceso de introducción del divorcio en España", *Sillar*, I, 1981, págs. 13 y sigs.

Derecho histórico sino al vigente, y que en su normativa y en sus perspectivas será tratado en estas Jornadas por otros ponentes.

14. Conclusión

Entre el ya lejano año 589 y el todavía reciente 1978 (límites del extenso período histórico que he tratado de resumir en esta ponencia), España ha recorrido un largo camino pródigo en avatares que proporcionaron a nuestro pueblo glorias e infortunios. A lo largo de unos catorce siglos, la sociedad fue experimentando una evolución en la que influyeron, según las diversas etapas políticas, corrientes ideológicas distintas, unas generadas en la misma España y otras venidas del exterior, que afectaban a la relación entre la Iglesia y el Estado, alterando la concepción y regulación de la familia y del matrimonio.

En toda Europa, ciertamente, la importancia de la fe cristiana ha sido grande porque ella, como en reciente Exhortación Apostólica afirma Juan Pablo II, "ha plasmado la cultura del Continente y se ha entrelazado indisolublemente con su historia, hasta el punto de que ésta no se podría entender sin hacer referencia a las vicisitudes que han caracterizado, primero, el largo período de la evangelización y, después, tantos siglos en los que el cristianismo, aun en la dolorosa división entre Oriente y Occidente se ha afirmado como la religión de los europeos" (104). Pero en España, de modo especial, los enfrentamientos entre las fuerzas tradicionales y las hostiles a la Iglesia han sido frecuentes e intensos (105) y las actitudes ante el Catolicismo se han proyectado en las instituciones básicas de la familia.

La España que había abrazado el Cristianismo desde 589 conoció una familia cristiana basada en el matrimonio como

(104) JUAN PABLO II, *Ecclesia in Europa*, 3.ª ed., Ed. San Pablo, Madrid, 2003, pág. 39.

(105) Vid. el magistral resumen histórico ofrecido en el año actual por F. RODRÍGUEZ ADRADOS, *¿Qué es Europa? ¿Qué es España?* (Discurso de Recepción en la Real Academia de la Historia), Madrid, 2004, pág. 84.

unión indisoluble de hombre y mujer. A lo largo de la Edad Media la forma del matrimonio fue la canónica, mientras que su régimen económico admitió sistemas diferentes en las regiones forales, las que poseyeron una sólida familia favorecida por la libertad civil.

La Revolución de 1868, traducida legislativamente en la Ley de matrimonio civil de 1870, rompió con la tradición en orden a la forma del matrimonio, aunque no en orden a la indisolubilidad. Suprimida en 1875, por la presión social, la obligatoriedad del matrimonio civil impuesta en 1870, se instauró en el Código civil, en 1888, un sistema de coexistencia de dos formas de matrimonio, el canónico y el civil, que duraría hasta que la II República volvió a imponer el segundo en 1932, aunque éste rigió solamente hasta 1938, volviéndose al sistema del Código, matizado a través de sucesivos retoques, que duraría hasta la reforma del Derecho de familia del Código civil que se hizo en 1981 al amparo de la Constitución de 1978.

En el punto de la indisolubilidad, es un hecho recordable y elogiado su mantenimiento incluso por los liberales de 1870, habiéndose de recordar también que con la II República hubo, a impulsos del laicismo, una experiencia divorcista, cortada también en 1938.

Las décadas de los sesenta y setenta han visto el resurgimiento de doctrinas modernistas y laicistas (106). El espíritu secularizador, reduciendo el matrimonio a un mero contrato civil (107) ha provocado su sustitución por otras uniones y lo ha conducido a la decadencia, la que a su vez lleva a la degradación de la familia con daño para la sociedad (108).

El envilecimiento de la familia lo preveía ya en el siglo XIX un jurista liberal ilustre, don Eugenio Montero Ríos, al observar que "en las naciones en que prevalece la influencia del catolicismo se sostiene la indisolubilidad del vínculo, y en las que prevalece la

(106) Vid. R. GAMBRA, *El lenguaje*, cit., pág. 70.

(107) Vid. E. PALOMAR, *op. cit.*, págs. 1255 y 1256.

(108) Vid. A. CATURELLI, "Disolución y restauración de la familia", en *Verbo*, núm. 425-426 (mayo-julio 2004), págs. 404 y 412.

influencia protestante sucede precisamente lo contrario y la familia camina apresuradamente hacia su envilecimiento y destrucción" (109). La previsión se está cumpliendo: hace pocos días un escritor importante, Jaime Campmany, ha podido denunciar entre los hechos más graves en curso "el que se quiera desnaturalizar el matrimonio y envilecer el concepto de la familia" (110). En la misma línea, también hace días y ante la presión creciente para la ampliación del divorcio, el Cardenal Rouco ha advertido que el divorcio no mejora la sociedad (111) y el profesor Navarro-Valls ha señalado que el divorcio que ahora quiere introducirse "supone el final de un camino hacia atrás, que conduce de nuevo a una forma primitiva de matrimonio: el romano" (112). Pero no voy a insistir en el tema del divorcio, que estudiará el profesor García Cantero, con su autoridad, en otra ponencia.

Desearía, para terminar, recordar que aunque el futuro de la familia se presente sombrío en España, como en otros países, por una fomentada hostilidad hacia los valores tradicionales (113), el cristiano no debe caer en la tentación del pesimismo. El P. Anthony de Mello nos advierte que "el pecado contra el Espíritu Santo consiste en no creer que es capaz de transformar el mundo" (114). No cabe perder la esperanza de la transformación. En el tema concreto de la familia, como en otros, hay que tratar de restaurar

(109) Palabras recogidas por E. LALAGUNA, "Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español", en *Revista de Derecho Privado*, 1972, pág. 442, y J. M. DÍAZ MORENO, C. GUZMÁN PÉREZ y T. PÉREZ-AGUA, *op. cit.*, pág. 78.

(110) J. CAMPMANY, "Vientos de infancia", en *ABC*, 25 septiembre 2004, pág. 7.

(111) A. M. ROUCO VARELA, "Experimentos con el matrimonio, no", en *Alfa y Omega*, núm. 417, 23 septiembre 2004, pág. 13.

(112) Declaraciones recogidas por José Francisco Serrano en "Una civilización senil", en *Alfa y Omega*, núm. cit., pág. 11.

(113) El profesor y doble académico Jesús González Pérez advierte que "la realidad social está siendo deformada, conscientemente deformada, por una acción dirigida a destruir unos valores tradicionales" (*Administración pública y moral*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, pág. 46). Sobre la problemática actual de la familia, *vid.* los estudios de Rafael Gamba, José Miguel Serrano, Javier Urcelay, Gabriel García Cantero, Francisco Lucas, Juan Vallet de Goytisolo y José M.ª Petit Sullá en el monográfico de *Verbo* núm. 339-340 (noviembre-diciembre 1995).

(114) A. DE MELLO, S. J., *Contacto con Dios*, 9.ª ed. española, Ed. Sal Terrae, Cantabria, 2000, pág. 16.

los principios cristianos: como afirma un historiador actual, Garralda, "la razón última sería el amor a Dios, el amor a los padres y hermanos, y el amor a una comunidad de pertenencia, constituida y desarrollada cada día, gracias a las libertades de las familias e instituciones, a la libertad de la Iglesia, a la transmisión de padres a hijos, y a un fundamento objetivo y cristiano" (115).

A la inmensa tarea que eso conlleva, puede prestar un sólido apoyo el pensamiento de Santo Tomás. El Aquinatense, advirtió ya en el siglo XIII la acción de la mano divina en la historia (116), y como, estudiando su doctrina, acaba de escribir Caturelli, "hoy, cuando a los ataques insidiosos y sistemáticos contra la nupcialidad y la familia, solamente se insiste en *remedios* puramente seculares o no se habla de la gracia de Cristo quizá por temor a *ofender* a los demás, se cae en una grave complicidad con la obra de desintegración de la familia" (117).

La doctrina inmensa de Santo Tomás proporciona siempre bases para planteamientos actuales cristianos en todos los campos, porque, según escribe Forment apoyado en palabras de Juan Pablo II, la síntesis filosófica del Aquinatense "puede ser utilizada como un eficaz instrumento de evangelización de nuestro mundo actual" (118). Y, según en este mismo año ha expuesto el P. Praena, son importantes las intuiciones tomistas para una teología en la posmodernidad (119). Hay que agradecer, pues, los estudios que en torno al pensamiento de Santo Tomás viene realizando, a través de sus foros y publicaciones, la S.I.T.A.E., cuya noble labor es ciertamente esperanzadora para los cristianos.

(115) J. F. GARRALDA ARIZCUN, "La patria en el pensamiento tradicionalista español (1874-1923) y el patriotismo constitucional", en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, IX, 2003, pág. 136.

(116) *Vid.* J. VALLET DE GOYTISOLO, "Esencia de la Revolución francesa", en *Verbo*, núm. 281-282 (enero-febrero 1990), págs. 159-160.

(117) A. CATURELLI, *op. cit.*, pág. 406.

(118) F. FORMENT, "La aportación de la filosofía de Santo Tomás a la nueva evangelización", en *Verbo*, núm. 311-312 (enero-febrero 1993), pág. 71.

(119) *Vid.* A. PRAENA SEGURA, O. P., "Intuiciones tomistas para una teología de la posmodernidad", en *Comunitas*, núm. 371 (enero-junio 2004), págs. 125-153.