

## EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y LA LIBERTAD RELIGIOSA\*

Javier Ferrer Ortiz  
*Universidad de Zaragoza*

**Abstract:** The religious value of marriage is widely recognized. Many people celebrate their marriage according to the tenets of a religious denomination or before a religious minister, even if the State imposes certain requirements to recognize them. The paper aims to elucidate whether religious freedom and the fundamental right to marry intertwined should lead to a broader States recognition of religious marriage. The link between religion and marriage is not clearly reflected in most international treaties or conventions, despite the common experience through time. These norms provide for a weak protection of religious marriage. Although they protect the rituals, this is a deficient protection confronted with Catholic, Jewish or Muslim denominations, as far as they have an entire regulation of marriage. In these religions, marriage is more than a ritual, and their members wish that their legitimate aspirations were not rejected by civil authorities. This state of affairs comes from the Protestant Reform and the French Revolution, which purport a secular idea of humankind, at the same time that imposes just a toleration of religion and restrict its appearance in the public square.

**Keywords:** Marriage, Religious Freedom, Human Rights, Matrimonial System, Civil Effects of Religious Marriage, European Court of Human Rights.

**Resumen:** Muchas personas reconocen el valor sagrado del matrimonio y lo demuestran celebrándolo en forma religiosa, sin perjuicio de que el Estado les obligue a observar determinadas exigencias para reconocerles civilmente como marido y mujer. Se trata de dilucidar si la libertad religiosa puesta en conexión con el derecho humano a contraer matrimonio, no debería llevar a los Estados a un mayor reconocimiento del matrimonio religioso. En contra de lo que cabría esperar, el binomio matrimonio-religión, que constituye un dato de experiencia

---

\* Versión ampliada en español de la comunicación *Marriage and Religious Freedom*, presentada en el Simposio de la IASJF sobre "The Jurisprudence of Family Relations: Privacy, Autonomy, and Whether States Should Regulate Family Relations", celebrado en la Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University, New York City (USA), los días 10 y 11 de junio de 2013.

de la sociedad civil de todas las épocas, no aparece debidamente reflejado en los textos internacionales. Aunque las fórmulas empleadas comprenden en su generalidad la celebración de los ritos matrimoniales, este reconocimiento sigue siendo insuficiente para quienes pertenecen a religiones como el catolicismo, el judaísmo o el islam, dotadas de una completa regulación jurídica matrimonial. Estas personas aspiran legítimamente a que su opción no se reduzca ante el Estado únicamente al rito de la celebración, porque su matrimonio tiene consistencia jurídica propia. La situación descrita parece el resultado de un proceso que hunde sus raíces en las consecuencias políticas y religiosas de la Reforma protestante y en el influjo de la Revolución francesa, exportando en el espacio público una visión del hombre que considera el matrimonio como algo civil, competencia del Estado, y trata de imponer en el espacio público una visión simplemente tolerante de la religión y de sus manifestaciones.

Palabras clave: Matrimonio, Libertad religiosa, Derechos humanos, Sistema matrimonial, Efectos civiles del matrimonio religioso, Tribunal europeo de derechos humanos.

SUMARIO: 1. Premisa: el matrimonio, realidad jurídica y realidad sagrada.- 2. Derecho a contraer matrimonio y libertad religiosa.- 3. La Declaración internacional de derechos humanos y otros textos de la ONU.- 4. El Convenio europeo de derechos humanos y su interpretación: 4.1. El matrimonio es una institución: caso X. contra Alemania.- 4.2. Matrimonio religioso y orden público: caso Khan contra Reino Unido.- 4.3. Matrimonio ante ministro no autorizado: caso Spetz y otros contra Suecia.- 4.4. Matrimonio religioso y discriminación: caso Şerife Yiğit contra Turquía.- 4.5. Iglesias discriminadas: caso Savez crkava "Riječ života" y otros contra Croacia.- 4.6. Prohibición de contraer matrimonio civil: caso Selim contra Chipre.- 5. Pasado, presente y futuro: en busca de una solución.- 5.1. El matrimonio civil obligatorio: origen y clave del problema.- 5.2. El derecho a contraer matrimonio religioso con efectos civiles.

## 1. PREMISA: EL MATRIMONIO, REALIDAD JURÍDICA Y REALIDAD SAGRADA

Desde el principio hasta nuestros días, el hombre de todos los tiempos y culturas ha sido consciente de que el matrimonio, como realidad natural, posee una dimensión de justicia y una dimensión religiosa. Para advertirlo no es necesario remontarse a los primeros capítulos del Génesis, aunque es útil hacerlo. Para judíos y cristianos constituyen "el lugar de referencia obligado

en orden a conocer la realidad del hombre en el mundo y su misterio a la luz de la divina revelación. Pero, al mismo tiempo, estos pasajes bíblicos representan una de las expresiones más elevadas, con profundas raíces en las culturas primitivas, de la autoconciencia que el hombre ha adquirido de sí mismo, de su dignidad y de su ser comunitario y trascendente"<sup>1</sup>.

En este sentido, se comprende que detrás del matrimonio existe un modelo antropológico, una determinada visión del hombre, del sexo y de la vida<sup>2</sup>, y que cuando las civilizaciones reconocen la condición de criatura del ser humano y su llamada a la eternidad, la dimensión sagrada o religiosa de esas realidades resulta evidente<sup>3</sup>. No obstante, conviene advertir que incluso algunos de los principales signos que rodean la celebración del matrimonio civil, como el velo de la novia y el intercambio de los anillos, son propiamente signos sagrados, y que su sentido originario es expresar la entrega mutua de los cónyuges y recordar que el matrimonio, aunque sea una realidad natural y universal, no es meramente profano<sup>4</sup>.

En cualquier caso, es un hecho innegable y un dato de experiencia que hoy en día para muchos hombres y mujeres de todo el mundo el matrimonio tiene un valor sagrado y lo demuestran celebrándolo según las normas de la religión a la que pertenecen, con independencia de que el Estado reconozca o no esa unión. Para esas personas el matrimonio, como realidad vital, es radicalmente sagrado: se consideran casadas en la medida en que han contraído matrimonio religioso y entienden que el matrimonio civil, que en muchos países es el único al que el Estado reconoce efectos civiles, es una simple formalidad a la que no le dan mayor importancia en el plano existencial de sus vidas.

La idea de que detrás del matrimonio existe un modelo antropológico también se proyecta sobre su dimensión jurídica y resulta determinante para su comprensión. Cuando se admite que la persona tiene una estructura óptica, como ser libre y responsable, modalizado sexualmente en orden a la integración del varón y de la mujer y a la perpetuación de la especie, es fácil adver-

<sup>1</sup> G. ARANDA, "Corporeidad y sexualidad en los relatos de la creación", en INSTITUTO DE CIENCIAS PARA LA FAMILIA, *Masculinidad y feminidad en el mundo de la Biblia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1989, p. 20.

<sup>2</sup> Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid 1994, pp. 7-9; y P. J. VILADRICH, "Matrimonio", en J. OTADUY, A. VIANA y J. SEDANO (dirs.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Editorial Aranzadi, Pamplona 2012, vol. V, pp. 302-305.

<sup>3</sup> En este sentido se ha podido afirmar que "la vida debe ser sagrada, el sexo debe ser sagrado y el matrimonio debe ser sagrado. Para estas tres cosas no existe un terreno intermedio entre lo sagrado y lo profano. Las tres están tan profundamente arraigadas en el centro de la realidad, que no basta y ni siquiera es posible una mera honorabilidad decorosa" (F. J. Sheed, *Sociedad y sensatez*, Editorial Herder, Barcelona 1976, p. 128).

<sup>4</sup> Cfr. J. CARRERAS, *Las bodas: sexo, fiesta y derecho*, Ediciones Rialp, 2.ª ed., Madrid 1998, pp. 139-144.

tir que el matrimonio es el *hábitat* natural para lograrlo y que la dimensión de justicia no es añadida o circunstancial, sino intrínseca, inherente al ser humano y a la realidad natural del matrimonio. Esto se traduce en el plano personal en asumir la centralidad del consentimiento libre del varón y de la mujer, que nadie puede suplir y sin el cual no hay matrimonio. Asimismo puede traducirse en reconocer a los contrayentes la capacidad de asumir compromisos para toda la vida. Y esa misma dimensión intrínseca de justicia, anudada al modelo antropológico, se proyecta sobre el matrimonio, entendido como institución natural, con unas propiedades, unos fines y unos elementos esenciales indisponibles, no sometidos a la autonomía de la voluntad de los contrayentes. Estos son libres para contraer o no contraer matrimonio, pero no para alterar su contenido esencial. Así se explica que, en buena lógica, las atribuciones del legislador humano, sea estatal o eclesiástico, son limitadas en la medida que al dictar sus propias normas siempre debería respetar ese núcleo natural del matrimonio y del derecho a casarse<sup>5</sup>.

## 2. DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y LIBERTAD RELIGIOSA

Me ha parecido necesario realizar estas consideraciones iniciales acerca de la doble dimensión del matrimonio como realidad jurídica y realidad sagrada antes de abordar la cuestión principal de este trabajo: *el reconocimiento de la relación entre el derecho a contraer matrimonio y el derecho a la libertad religiosa*. En concreto, se trata de dilucidar si la proclamación de la libertad religiosa por parte del Estado como derecho humano, del que es titular toda persona por el mero hecho de serlo –y, en consecuencia, haciendo abstracción de su condición de nacional o extranjero–, comprende o no el derecho –igualmente humano– de contraer matrimonio de acuerdo con sus propias creencias religiosas.

Si la respuesta es afirmativa, el Estado debería reconocer efectos civiles a todo matrimonio religioso, siempre que no traspase los propios límites de la libertad religiosa, e igualmente debería eliminar aquellas exigencias civiles que de un modo u otro lesionan esa libertad.

<sup>5</sup> “La dimensión jurídica del matrimonio –explica Hervada– es una dimensión de justicia inherente a la naturaleza del matrimonio. No es de derecho positivo, sino de derecho natural, pues el matrimonio es el desarrollo normal y adecuado de la permanente e invariable tendencia de la persona humana a la unión como persona de otro sexo, de acuerdo con las exigencias de justicia que son inherentes a esa tendencia. La legislación positiva no da origen al matrimonio, ni de ella recibe su fuerza la dimensión jurídica de éste. Los ‘sistemas matrimoniales’, o legislación positiva del matrimonio dentro de un ordenamiento jurídico concreto, se limitan a regular y ordenar el matrimonio –en aquello que sobrepasa su núcleo de derecho natural– y el *ius connubii* de los contrayentes” (J. HERVADA, *Cuatro lecciones de Derecho Natural*, Eunsa, Pamplona 1989, p. 147).

En cuanto a los límites, el punto de referencia lo constituye el artículo 18.3 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (PIDCyP, Nueva York 1966): “La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. Este precepto reproduce con ligeras modificaciones terminológicas lo dispuesto con anterioridad en el artículo 9.2 del *Convenio [europeo] para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (CEDH, Roma 1950)<sup>6</sup>. Ambas disposiciones han servido de inspiración a otros textos internacionales de derechos humanos y a las constituciones de varios Estados, así como a las leyes específicas sobre libertad religiosa que algunos han aprobado, que también recogen expresamente los límites de dicha libertad<sup>7</sup>.

En cuanto a la cuestión de imponer exigencias civiles al matrimonio religioso que lesionan o, cuando menos, menoscaban la libertad religiosa, es el caso de aquellos Estados que mantienen un sistema de matrimonio civil obligatorio, es decir, que únicamente reconocen el matrimonio regulado por la propia ley civil. La actitud de estos Estados difiere respecto a la posición que adoptan respecto al matrimonio religioso. En las posiciones más tolerantes están los Estados que lo ignoran o lo permiten sin restricciones, pero también sin consecuencia alguna en su propio ordenamiento. Otros solo lo permiten si va precedido del matrimonio civil, y dentro de ellos, se distinguen aquellos que no sancionan el incumplimiento de esta prohibición, en contraste con otros que castigan al ministro de culto que asiste al matrimonio religioso de quienes previamente no han celebrado entre sí matrimonio civil. Ya se comprende que esta última posición lesiona directamente la libertad religiosa. Las otras posturas sitúan esta libertad en un marco propio de la tolerancia clásica, como un mal menor que se permite, pero no como un derecho huma-

<sup>6</sup> “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

<sup>7</sup> Entre los textos internacionales cabe destacar el artículo 12.3 de la *Convención americana de derechos humanos* (San José de Costa Rica, 1969) y el artículo 1.3 de la *Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* (Asamblea General de la ONU, 1981). Y, en cuanto a los Estados, mencionaré por vía de ejemplo los casos de España (art. 16.2 de la Constitución de 1978 y art. 3.1 de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa); de Perú (art. 2.3 de la Constitución de 1993 y art. 1 de la Ley n.º 29635 de libertad religiosa, de 10 de diciembre de 2010); y de Colombia (art. 4 de la Ley estatutaria n.º 133, de 23 de mayo de 1994, por la cual se desarrolla el derecho de libertad religiosa y de cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución de 1991). Todos los preceptos citados precisan los límites de la libertad religiosa.

no que se reconoce y garantiza con todas sus consecuencias, lo que indudablemente es un modo discreto pero igualmente eficaz de menoscabar la libertad religiosa en relación con el derecho a contraer matrimonio.

En las antípodas se encuentran aquellos Estados con un sistema de matrimonio religioso obligatorio. Dentro de ellos cabe distinguir los Estados que consideran el matrimonio exclusivamente como una realidad religiosa, pero plural, y resuelven la cuestión con un sistema de estatuto personal, de tal modo que en función de la religión que profesen los contrayentes deberán contraer matrimonio según las normas de su propia confesión y el Estado lo reconocerá civilmente, estableciendo distintas soluciones en el caso de los matrimonios mixtos. Otros Estados reconocen exclusivamente el matrimonio religioso de una determinada religión y lo imponen a los que pertenecen a ella, sin excepciones: son los Estados confesionales. Ya se comprende que estos últimos no solo lesionan la libertad religiosa de los que profesan otras religiones y, en su caso, de quienes han abandonado la religión oficial, sino también la libertad de quienes no profesan religión alguna.

Finalmente, existen otros Estados que además del matrimonio civil reconocen el matrimonio religioso de una o de varias confesiones, según los casos. Esto también puede plantear problemas. Unas veces porque el Estado establece el matrimonio civil como subsidiario del matrimonio religioso, que considera principal, y subordina aquel a la prueba de no profesar o no pertenecer a la confesión de que se trate, lo que lesiona la libertad religiosa o de convicciones. Otras veces el Estado reconoce a los contrayentes, sin restricción alguna, la facultad de elegir entre matrimonio religioso y matrimonio civil, los dos con idénticos efectos civiles. Aquí la posible colisión con la libertad religiosa surge en función de la entidad de las normas civiles que exige al matrimonio religioso para reconocerlo. No hay ningún problema cuando se limita a cuestiones de orden público matrimonial y en lo demás se remite a las normas sustantivas de la propia confesión religiosa (capacidad, consentimiento, forma, nulidad, separación y disolución). Pero actualmente lo habitual es que el Estado exija el cumplimiento de los requisitos de fondo del matrimonio civil y admita tan solo la posibilidad de celebrar el matrimonio según un rito o ceremonia religiosa. En el caso de los matrimonios religiosos con sustantividad jurídica propia, como el canónico, el judío y el islámico, supone un reconocimiento muy limitado de la libertad religiosa, impropio de su condición de derecho humano<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Para una exposición sintética pero sustancialmente completa de estas cuestiones, cfr. J. FERRER ORTIZ, "Sistemas matrimoniales", en J. OTADUY, A. VIANA y J. SEDANO (dirs.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Editorial Aranzadi, Pamplona 2012, vol. VII, pp. 360-365.

### 3. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS TEXTOS DE LA ONU

En contra lo que pudiera parecer razonable, todos los textos internacionales de derechos humanos, tanto los emanados de la Organización de las Naciones Unidas como de las instancias regionales más importantes, muestran una aparente desconexión entre el derecho a contraer matrimonio y la libertad religiosa (y lo mismo sucede con la mayor parte de las Constituciones de los Estados). La cuestión resulta sorprendente porque parece ignorar el binomio matrimonio-religión que, como ya he señalado, constituye un dato de experiencia de la sociedad civil de todas las épocas y así deberían haberlo reflejado los textos que han procedido a formalizar los derechos humanos.

La *Declaración universal de derechos humanos* (DUDH, Nueva York 1948) reconoce al hombre y a la mujer el derecho a casarse y a fundar una familia sin restricción alguna, incluidos los motivos religiosos (art. 16.1)<sup>9</sup>. En cambio, a la inversa, cuando especifica el contenido de la libertad religiosa no contiene ninguna referencia explícita al matrimonio, aunque la ceremonia religiosa podría entenderse implícitamente comprendida en la libertad de manifestar la religión mediante "la observancia" (art. 18)<sup>10</sup>, término que el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* sustituye por "la celebración de los ritos", más expresiva, en su artículo 18. 1<sup>11</sup>. Con posterioridad y en el mismo sentido, la *Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolерancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* (1981)

<sup>9</sup> "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de los mismos derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

<sup>10</sup> "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

<sup>11</sup> "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos las prácticas y la enseñanza".

Sin embargo, conviene advertir que esta pequeña variación entre un texto y otro es más aparente que real. Si consultamos las versiones oficiales en inglés, tanto de la DUDH como del PIDCyP, comprobaremos que utilizan el mismo término *observance* y que la discrepancia se encuentra en las respectivas traducciones al español. En efecto, en la Declaración se traduce, literalmente, por *observancia*, mientras que en el Pacto se traduce por *celebración de los ritos*. La explicación no puede ser otra sino que en la primera se tomó como texto de referencia la versión oficial en inglés, y en la segunda la versión oficial en francés, que emplea la expresión *l'accomplissement des rites*. Cfr. <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>> y <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>>, que dan acceso a las distintas traducciones de los respectivos documentos (última visita 8-9-2013).

precisó que la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de convicciones comprende la de “celebrar (...) ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión” (art. 6, h)<sup>12</sup>.

En consecuencia, estos preceptos sitúan la materia en un clima más próximo a la mera tolerancia que a la tutela del contenido común a dos derechos humanos, proporcionándoles una cobertura jurídica de discutible eficacia, indirecta y mínima, como expondré a continuación. Esto contrasta, además, con el hecho de que la libertad religiosa pertenece al *núcleo duro* de los derechos humanos, tal y como se deduce de la interpretación conjunta de los párrafos 1 y 2 del artículo 4 del PIDCyP<sup>13</sup>.

¿Por qué considero que se trata de una cobertura indirecta? En primer lugar, y en lo que se refiere a la DUDH, porque durante la fase de redacción del artículo 16 se planteó la conveniencia de mencionar el derecho de las confesiones religiosas en la materia<sup>14</sup>. Esto se tradujo en que a la frase propuesta por el Sr. Stepanenko, de Bielorrusia: *El matrimonio y la familia gozan de la protección del Estado*, se añadiera a instancias del Sr. Cassin, de Francia, las palabras y *de la sociedad*, “entendiéndose que se trata de todas las formas de sociedad, comprendiéndose en ellas las Iglesias”<sup>15</sup>. El texto experimentó diversas modificaciones y, finalmente, pasó al párrafo tercero del artículo, que quedó redactado en los siguientes términos, a instancias del Sr. Paulov, de la URSS: *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*. El Sr. Carrera Andrade, de Ecuador, objetó que a diferencia del Estado, la sociedad no tiene medios

<sup>12</sup> “De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes: [...] h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción”.

<sup>13</sup> “1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. [...] 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18”. Sobre este asunto, cfr. J. A. CARRILLO SALCEDO, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*, Editorial Trotta, Madrid 1999, pp. 137-138. El artículo 27 de la *Convención americana de derechos humanos* también permite concluir que la libertad de conciencia y de religión (art. 12) pertenece al *núcleo duro* de los derechos fundamentales.

<sup>14</sup> Con carácter general me remito en este punto a la síntesis de A. VERDOODT, *Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Nacimiento y significación*, Editorial Mensajero, Bilbao 1970, pp. 158-167.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 160.

definidos a su disposición para conseguirlo, pero el Sr. Cassin manifestó que se trataba de “asegurar la protección de la familia a todos los niveles, desde el grupo local hasta la comunidad mundial, pasando por los organismos públicos y por las instituciones privadas e instituciones religiosas allá donde existan”<sup>16</sup>. No obstante, ya se comprende que la redacción definitiva del artículo 16 no permite obtener conclusiones relevantes en cuanto a la conexión entre el derecho a contraer matrimonio y la libertad religiosa.

El examen del proceso de elaboración del artículo 18 de la DUDH todavía resulta menos concluyente. No contiene ninguna referencia al matrimonio religioso, aunque puede considerarse incluido de modo implícito y parcial entre las manifestaciones de la religión, en concreto en la *observancia* [de los ritos]<sup>17</sup>.

En segundo lugar, el PIDCyP tampoco resulta demasiado elocuente. De una parte, en lo que se refiere al matrimonio y a la familia, el artículo 23.1 se limita a reproducir textualmente el artículo 16.3 de la DUDH. De otra parte, en cuanto a la libertad religiosa, el artículo 18.1 tampoco se diferencia de su precedente, de tal manera que los ritos matrimoniales pueden considerarse genéricamente comprendidos dentro de la *observancia*, entendida como una de las manifestaciones de la religión, como he señalado antes.

En tercer lugar, y por lo que se refiere a la *Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, me parece interesante aludir a algunos documentos que forman parte de sus precedentes<sup>18</sup>, porque iban más allá del texto finalmente aprobado y eso que el artículo 6, h) reconoce la libertad de “celebrar ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión”.

Para ello es preciso remontarse a 1956, cuando el Sr. Arcot Krishnaswami (de India) fue nombrado relator especial de la Subcomisión de lucha contra las medidas discriminatorias y de protección de las minorías. En 1960 publicó un extenso informe que incluía un Proyecto de Principios sobre libertad y no discriminación en materia de religión y de prácticas religiosas<sup>19</sup>. Uno de ellos

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 165. La 3.ª Comisión de la Asamblea General aprobó el artículo con 37 votos a favor, 3 en contra y 3 abstenciones, siendo definitivamente adoptado en la Asamblea General por 44 votos a favor, 6 en contra y 2 abstenciones (*Ibidem*, pp. 165-166).

<sup>17</sup> Aquí conviene subrayar, siguiendo la exposición y las conclusiones de Verdoodt, que los términos del artículo 18 no fueron claramente definidos por sus redactores (cfr. *Ibidem*, pp. 172-180). En cualquier caso, la 3.ª Comisión de la Asamblea General aprobó el artículo con 38 votos a favor, 3 en contra y 3 abstenciones, y fue definitivamente adoptado en la Asamblea General por 45 votos a favor y 4 abstenciones (*Ibidem*, p. 179).

<sup>18</sup> Cfr. L. F. NAVARRO, *Proyectos de Declaración y de Convenio Internacional sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o creencia*, en “*Ius Canonicum*”, vol. 21 (1981), pp. 845-848.

<sup>19</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 846, donde figuran las dos citas literales que incluyo a continuación en el texto

afirmaba expresamente: “Sin perjuicio del derecho del Estado de determinar las condiciones de validez del matrimonio, nadie debe ser impedido de celebrar la ceremonia del matrimonio según los ritos conformes a las prescripciones de su religión o creencia”. También disponía que “nadie se verá obligado a participar, contra su voluntad, en una ceremonia religiosa de matrimonio que no sea conforme a sus opiniones”. Con posterioridad, la Subcomisión incorporó esos contenidos al artículo 7 del Proyecto de Declaración.

Es indudable que suponía un paso hacia un mayor reconocimiento de la relación entre derecho a contraer matrimonio y libertad religiosa, pero reducido, pues consideraba el matrimonio religioso como una mera ceremonia, un rito de celebración, pero no como una realidad con sustantividad propia, distinta del matrimonio civil.

Finalmente, la Subcomisión presentó un Proyecto de Convención, con un artículo 3.2 de alcance más amplio, donde los Estados Partes se comprometerían a garantizar, en especial, a todas las personas: *i) la exención de toda coacción para que contraigan un matrimonio religioso que no sea conforme con su religión o creencia*. Pero los Estados no se pusieron de acuerdo en este punto: unos pidieron la supresión del apartado y que se estudiara en el siguiente período de sesiones; otros querían garantizar tan solo la inmunidad para poder celebrar una ceremonia religiosa; mientras que algunos iban más allá y defendían el derecho de toda persona a contraer matrimonio religioso. El resultado final fue que el texto desapareció del Proyecto<sup>20</sup>.

Con posterioridad, encontramos otros textos de Naciones Unidas que inciden de un modo u otro en la cuestión. Es el caso de la *Observación General n.º 19, sobre la familia (artículo 23), del 27 de julio de 1990*, adoptada en el 39.º período de sesiones, por el Comité de Derechos Humanos, encargado del seguimiento del PIDCyP. A propósito de las disposiciones legales que fijan la edad mínima para contraer matrimonio el Comité recuerda que “deben ser compatibles con el pleno ejercicio de los demás derechos garantizados por el Pacto”. Y explica: “Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión implica que la legislación de cada Estado debe prever la posibilidad de celebrar tanto el matrimonio religioso como el civil. Sin embargo, a juicio del Comité, el que un Estado exija que un matrimonio celebrado de acuerdo con los ritos religiosos se celebre, confirme o registre también según el derecho civil no es incompatible con el Pacto” (apartado 4).

principal y que pertenecen al mencionado informe.

<sup>20</sup> Como señala Navarro, a modo de explicación conclusiva: “Las legislaciones nacionales en lo relativo al matrimonio, son muy diferentes entre sí y las divergencias en esta materia son profundas; por esto, no se puede deducir un principio común. Nos encontramos, por consiguiente, ante un imperfección jurídica en el sistema de protección internacional de los Derechos Humanos” (*Ibidem*, p. 848).

Así pues, las consideraciones del Comité invitan a una comprensión global e integradora de los derechos humanos, en contraposición a una visión aislada y parcial de cada uno de ellos, como si ocuparan compartimentos estancos. Más en concreto, el texto supone un paso adelante en el reconocimiento de la relación entre matrimonio y religión, que puede conducir a una mejor y mayor comprensión del contenido del derecho a contraer matrimonio y del derecho a la libertad religiosa, tanto en sentido positivo como negativo.

En efecto, las afirmaciones del Comité son aplicables a los Estados que solo admiten el matrimonio religioso, sea exclusivamente el de la religión con la que se identifican o sean los matrimonios de las distintas confesiones reconocidas en su territorio, que deberían contemplar en su legislación el matrimonio civil. Se trata de una exigencia del derecho de la persona a tener la religión o las creencias de su elección y a manifestarlas sin ser objeto de medidas coercitivas (cfr. art. 18.1 y 2 PIDCyP). Esta misma libertad es la que justifica, respecto a los Estados que únicamente prevén en su legislación el matrimonio civil, las observaciones del Comité acerca de la necesidad de que incluyan la posibilidad de celebrar matrimonio religioso, sin perjuicio de exigir entonces a los contrayentes que además “celebren, confirmen o registren su matrimonio según el derecho civil”.

A mi juicio, con esta amplia fórmula quedarían comprendidas todas las posibilidades que ofrece actualmente el Derecho comparado, habida cuenta no solo de las notables diferencias existentes entre los distintos matrimonios religiosos en sí mismos considerados y en relación a su concreta implantación social, sino también y principalmente al sistema matrimonial adoptado por cada ordenamiento estatal.

En línea de principio, para que el Estado atribuya efectos civiles a los matrimonios religiosos es absolutamente necesario establecer un mecanismo que le permita tener conocimiento de su existencia y verificar que esas uniones no son contrarias a su propio orden público matrimonial (p. ej., porque ninguno de los contrayentes mantiene un vínculo matrimonial anterior). Esto explica que la *Observación General n.º 19* se refiera a la necesidad de que el matrimonio religioso *se registre*. Es lo que sucede en muchos países, como España<sup>21</sup>,

<sup>21</sup> La Constitución española de 1978 prevé la existencia de diversas *formas de matrimonio* (art. 32.2); el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español “reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico” (art. 6.1) y dispone que “para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil” (art. 6.2); el Código civil se ocupa del matrimonio religioso y de sus efectos civiles (arts. 59-61 y 63); y los tres Acuerdos de cooperación de 1992, firmados por el Estado español con otras confesiones religiosas, reconocen los efectos civiles “del matrimonio celebrado ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España”, “del matrimonio celebrado según la propia normativa formal israelita

Italia<sup>22</sup>, Portugal<sup>23</sup> y Colombia<sup>24</sup>, con independencia de que el matrimonio reli-

ante los ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Judías de España” y “del matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica” (art. 7.1 de los respectivos convenios), añadiendo en el mismo precepto con idéntica expresión que “para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil”.

Cabe advertir que la mención constitucional a *las formas de matrimonio* es lo suficientemente amplia como para comprender tanto clases de matrimonio como formas de prestación del consentimiento matrimonial, y lo confirma la propia Constitución cuando, a propósito de las Comunidades Autónomas, afirma la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a *las formas de matrimonio* (art. 149.1.8.º), en un sentido inequívoco de *clases de matrimonio*. Cfr. sobre este particular y, en general, sobre el régimen jurídico del matrimonio religioso en España, J. FERRER ORTIZ, “El sistema matrimonial”, en J. OTADUY (pres.), *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Euns, Pamplona 1994, pp. 908-909.

<sup>22</sup> El Código civil italiano dispone que «el matrimonio celebrado ante un ministro de culto católico está regulado de acuerdo con el Concordato con la Santa Sede y las leyes especiales sobre la materia» (art. 82) y “el matrimonio celebrado ante los ministros de los cultos admitidos en el Estado está regulado por las disposiciones del capítulo siguiente [del matrimonio celebrado ante un oficial del estado civil], salvo lo establecido en una ley especial respecto a ese matrimonio” (art. 83).

El Acuerdo ente la Santa Sede y la República italiana de 1984, de revisión del Concordato de 1929, reconoce “los efectos civiles a los matrimonios contraídos según las normas del Derecho canónico, a condición de que el acta correspondiente sea transcrita en los registros del estado civil” (art. 8.1); y los Acuerdos de cooperación firmados por el Estado italiano con la Mesa Valdense (1984), las Asambleas de Dios en Italia (1986/1988), la Unión de las Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día (1986/1988), la Unión de las Comunidades Hebraicas en Italia (1987/1989), la Unión Cristiana Evangélica Baptista de Italia (1993/1995), la Iglesia Evangélica Luterana en Italia (1993/1995), la Sacra Archidiócesis Ortodoxa de Italia y Exarcado para Europa Meridional (2007/2012), la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (2007/2012), la Iglesia Apostólica en Italia (2007/2012) y la Unión Hinduista Italiana (2007/2012) dedican uno de sus preceptos al matrimonio. En el caso de los valdenses y metodistas, unidos desde 1975, la fórmula empleada para su reconocimiento se refiere propiamente al matrimonio celebrado *según las normas del ordenamiento valdense* (art. 11) y en el caso de los judíos al *matrimonio celebrado según el rito hebraico ante uno de los ministros de culto...* (art. 13); pero lo habitual es referirse al *matrimonio celebrado ante los ministros de culto* de la respectiva comunidad religiosa (adventista, pentecostal, luterana, baptista, ortodoxa, mormona, apostólica o hinduista). Esta misma expresión es la que emplea el Acuerdo con la Congregación Cristiana de Testigos de Jehová, firmado en 2007 pero pendiente de aprobación mediante ley (cfr. art. 8 de la Constitución italiana de 1947). Por este motivo, al enumerar *supra* los acuerdos en vigor he indicado entre paréntesis el año de su firma y el de su ley de aprobación. Por lo demás, todos los Acuerdos *condicionan los efectos civiles de los matrimonios celebrados a que el acta del matrimonio sea transcrita en los registros del estado civil, previa publicación en el Ayuntamiento*.

Para una visión de conjunto del sistema matrimonial italiano me remito, por todos, a F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* (aggiornamento a cura di Andrea Bettetini e Gaetano Lo Castro), Zanichelli, Bologna 2011, 2.ª ed. compacta, pp. 315-358.

<sup>23</sup> La Constitución portuguesa de 1976 introduce un sistema matrimonial plural al disponer que “la ley regulará los requisitos y los efectos del matrimonio y de su disolución, por muerte o divorcio, independientemente de la forma de celebración” (art. 36.2), que la Ley 16/2001, de 22 de junio, de libertad religiosa desarrolla en su artículo 19: en primer lugar dispone donde que “se recono-

gioso sea reconocido como un todo con entidad propia, como una forma jurídica de celebrar un matrimonio sustancialmente civil o incluso como una mera ceremonia religiosa, observando la forma jurídica del matrimonio civil.

Más discutible resulta admitir, como hace el Comité, la exigencia de que el matrimonio religioso *se confirme* civilmente. Es lo que sucede en algunos

cen efectos civiles al matrimonio celebrado en forma religiosa ante un ministro de culto de una iglesia o comunidad religiosa radicada en el país” (n. 1) y a continuación precisa el procedimiento a seguir: declaración de intenciones (n. 2), autorización y certificado civil (n. 3), celebración (n. 4) e inscripción del matrimonio en el Registro civil (nn. 5 y 6). El Código civil menciona expresamente al matrimonio canónico (arts. 1587-1590) y dispone que “se rige, en cuanto a los efectos civiles, por las normas comunes de este Código, salvo disposición en contrario” (art. 1588). Por su parte, el Concordato entre la Santa Sede y la República portuguesa de 2004 reconoce que “el matrimonio canónico produce todos los efectos civiles a partir de la celebración, si la transcripción tiene lugar en el plazo de siete días” (art. 14.1) y prevé el procedimiento para que las decisiones eclesásticas relativas a la nulidad y a la dispensa del matrimonio rato y no consumado produzcan efectos civiles (cfr. art. 16).

Sobre el sistema matrimonial portugués me remito a A. TORRES GUTIÉRREZ, *El derecho de libertad religiosa en Portugal*, Editorial Dykinson, Madrid 2010, pp. 395-447.

<sup>24</sup> La Constitución colombiana de 1991 dispone que “los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley” (art. 42); en consonancia con ella, la Ley 25, de 17 de diciembre de 1992, completa el artículo 115 del Código civil: “Tendrán plenos efectos jurídicos los matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa o iglesia que haya suscrito para ello concordato o tratado de Derecho Internacional o convenio de Derecho Público Interno con el Estado Colombiano. Los acuerdos de que trata el inciso anterior solo podrán celebrarse con las confesiones religiosas e iglesias que tengan personería jurídica, se inscriban en el registro de entidades religiosas del ministerio de gobierno, acrediten poseer disposiciones sobre el régimen matrimonial que no sean contrarias a la Constitución y garanticen la seriedad y continuidad de su organización religiosa”; y la Ley estatutaria n.º 133 de 1994, de libertad religiosa y de cultos, reconoce el derecho de toda persona “de contraer y celebrar matrimonio y establecer una familia conforme a su religión” (art. 6, d).

Más específicamente, el Concordato de 1973 entre la Santa Sede y la República de Colombia “reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico” y dispone que para su efectividad “la competente autoridad eclesástica transmitirá copia auténtica del Acta al correspondiente funcionario del Estado quien deberá inscribirla en el registro civil” (art. 7); y el Convenio de derecho público interno de 1997, entre el Estado colombiano y algunas Entidades religiosas cristianas no católicas, *reconoce plenos efectos civiles a los matrimonios celebrados por sus ministros de culto* (cfr. art. 1), que necesariamente deberán reunir una serie de solemnidades y requisitos, entre los que se encuentran la presentación del acta de matrimonio y del certificado de nombramiento del ministro en la Registraduría Nacional del Estado Civil para su respectivo registro (cfr. arts. 2-4). Se trata de una concreción de lo dispuesto en la Ley 25, de 17 de diciembre de 1992: “Las actas de matrimonio expedidas por las autoridades religiosas deberán inscribirse en la Oficina de Registro del Estado Civil correspondiente al lugar de su celebración. Al acta de inscripción deberá anexarse certificación auténtica acerca de la competencia del ministro religioso que ofició el matrimonio” (art. 2).

Sobre el sistema matrimonial colombiano cfr., por todos, V. PRIETO, *Libertad religiosa y confesiones. Derecho eclesástico del Estado colombiano*, Editorial Temis & Universidad de La Sabana, Bogotá 2008, pp. 153-164; IDEM, *Estado laico y libertad religiosa. Antecedentes y desarrollos de la Constitución colombiana de 1991*, Biblioteca Jurídica Diké & Universidad de La Sabana, Bogotá-Chía 2011, pp. 89-117.

países como Chile, donde tras la celebración del matrimonio religioso los cónyuges deben *ratificar* su consentimiento ante la autoridad civil para poder registrarlo<sup>25</sup>.

De todos modos, lo que no puedo compartir en absoluto es la permisividad del Comité al incluir entre las exigencias que los Estados pueden imponer al matrimonio religioso, el que este *se celebre también según el derecho civil* y su afirmación de que esto “no es incompatible con el Pacto”. Es el caso de Estados como Francia<sup>26</sup> y Alemania<sup>27</sup>, que no reconocen el matrimonio religio-

<sup>25</sup> La Ley n.º 19.947 de matrimonio civil, 7 de mayo de 2004, además de introducir el divorcio en Chile, sustituyó el tradicional sistema de matrimonio civil obligatorio por uno facultativo, al disponer que “los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan con los requisitos contemplados en la ley (...), desde su inscripción ante un Oficial del Registro Civil” (art. 20). La cuestión que justifica esta nota es la exigencia añadida por el mismo precepto de que, dentro de los ocho días siguientes a la celebración, los contrayentes deberán presentar el acta de su matrimonio religioso en el Registro y, en presencia de uno de sus Oficiales, “los comparecientes deberán ratificar el consentimiento prestado ante el ministro de culto de su confesión”. Si queremos mantenernos mínimamente dentro de los límites de la lógica, debemos entender que no se trata de una nueva prestación del consentimiento matrimonial, sino de una mera confirmación de que se prestó, aunque no se comprende por qué no basta la presentación del acta de la celebración extendida por la confesión religiosa.

En el sentido de que ratificar equivale a confirmar un acto previo se pronuncian A. ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA, *El reconocimiento civil del matrimonio religioso*, en “Cuadernos de Extensión Jurídica”, 11 (2005), pp. 86-87; M. A. SOZA RIED, *El artículo 20 de la nueva Ley de matrimonio Civil. Algunos problemas de interpretación*, en “Revista Chilena de Derecho”, 32 (2005), pp. 411-412; J. PRECHT PIZARRO, *15 Estudios sobre libertad religiosa en Chile*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile 2006, p. 221; J. DEL PICÓ RUBIO, *Derecho matrimonial chileno*, AbeledoPerrot, Santiago de Chile 2010, pp. 354-355; y H. CORRAL TALCIANI, *Separación, nulidad y divorcio. Análisis desde los principios y las reglas de la Ley de Matrimonio Civil*, AbeledoPerrot & Thomson Reuters, Santiago de Chile 2011, pp. 9-10. En contra se manifiestan J. BARRIENTOS GRANDÓN y A. NOVALES ALQUÉZAR, *Nuevo derecho matrimonial chileno. Ley n.º 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*, LexisNexis, Santiago de Chile 2004, 2.ª ed., pp. 130-131; y C. SALINAS ARANEDA, *El matrimonio religioso ante el Derecho chileno. Estudios y problemas*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso 2009, pp. 61-62. Sobre el origen de la exigencia legal de ratificación me remito a la explicación que ofrecen Del Picó Rubio y Salinas Araneda en los lugares de referencia.

<sup>26</sup> El Código civil francés solo admite el matrimonio civil (art. 166) y el Código penal francés castiga al ministro de culto que accede a la celebración del matrimonio religioso si los contrayentes no han contraído previamente matrimonio civil entre sí (arts. 199 y 200). El hecho de que en la práctica no suelen aplicarse las sanciones previstas no cambia las cosas: es una legislación que atenta gravemente contra la libertad religiosa.

<sup>27</sup> El Código civil alemán únicamente prevé la celebración del matrimonio civil (artículos 1310-1312). El matrimonio religioso solo puede celebrarse después del matrimonio civil, aunque desde 1957 ya no se castiga al ministro de culto que incumple esta norma (cfr. G. ROBBERS, “Civil effects of religious marriage in Germany”, en EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH (ed.), *Marriage and religion in Europe*, Giuffrè Editore, Milano 1993, pp.

so, de tal manera que quienes lo contraen se ven obligados a celebrar entre sí matrimonio civil, porque es este y no aquél el que produce efectos civiles. Este sistema de matrimonio civil obligatorio es el que a mi juicio contrasta abiertamente con el sentido que hoy día cabe atribuir al *ius connubii* y a la libertad religiosa, pues debería comprender *el derecho a contraer matrimonio de acuerdo con la religión que se profesa*.

En contraste con la Observación General 19.<sup>a</sup>, el Comité de Derechos Humanos en la *Observación General n.º 22, sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18), del 30 de julio de 1993* (48.º período de sesiones), no incide en la cuestión que acabamos de analizar. En el apartado 4 se limita a apuntar que “la libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades”. No obstante, como se detiene a enumerar con cierto detalle distintas manifestaciones de cada uno de esos conceptos, resulta chocante que no mencione expresamente al matrimonio, por más que las ceremonias religiosas de su celebración podrían considerarse incluidas genéricamente dentro de “los actos ceremoniales” (*ceremonial acts*), que sí menciona.

Finalmente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, al que le corresponde el seguimiento de la correspondiente Convención de 1979, se ha ocupado expresamente del asunto en su *Recomendación General n.º 21, sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, de 4 de febrero de 1994* (13.º período de sesiones). En el apartado 39 dispone: «Los Estados partes deben también exigir la inscripción de todos los matrimonios, tanto los civiles como los contraídos de conformidad con la costumbre o las leyes religiosas. De esa forma el Estado podrá velar por la observancia de la Convención e instituir la igualdad entre los cónyuges, la edad mínima para el matrimonio, la prohibición de la bigamia o la poligamia y la protección de los derechos de los hijos».

Como es obvio, de tan sucinta recomendación no es posible extraer grandes conclusiones. Sin embargo, queda suficientemente claro que el matrimonio civil convive en el mundo con otros matrimonios religiosos o consuetudinarios, y que todos deben ser tenidos en cuenta por el Estado. Su acceso al Registro civil es muy conveniente para poder proteger debidamente esas uniones y a las personas que las conforman. Para lograrlo es importante que el Estado abandone la prepotencia y la beligerancia que en el pasado adoptó en muchos países respecto al matrimonio religioso, de las que todavía quedan secuelas, y que respete cabalmente los derechos humanos.

209-211; y M. J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, *El matrimonio en los Estados de la Unión Europea y la eficacia del matrimonio religioso*, Editorial Atelier, Barcelona 2003, pp. 54-59).



#### 4. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU INTERPRETACIÓN

Si del ámbito de Naciones Unidas pasamos al ámbito internacional estrictamente europeo vemos que no ofrece cambios significativos. El *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* también reconoce separadamente el derecho a contraer matrimonio y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Y, aunque incluye entre las manifestaciones de este *la observancia* (art. 9.1)<sup>28</sup>, tampoco establece entre ambos relación alguna. Además acentúa la competencia estatal sobre el matrimonio cuando dispone: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho” (art. 12).

Durante los primeros años de vigencia del Convenio, la Comisión Europea de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el alcance de estos preceptos<sup>29</sup>.

##### 4.1. EL MATRIMONIO ES UNA INSTITUCIÓN: CASO X. CONTRA ALEMANIA

En la Decisión de 18 de diciembre de 1974 resolvió la demanda n.º 6167/73, de X. *contra la República Federal de Alemania*<sup>30</sup>. Se trataba de un ciudadano de este país que entendía haber contraído matrimonio con Y. por el mero hecho de que antes de iniciar la convivencia con ella había leído en voz alta unas palabras del Libro del Éxodo (22, 16)<sup>31</sup>. La autoridad registral se

<sup>28</sup> “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

Del mismo modo que sucede con el PIDCyP, la versión oficial en inglés del Convenio emplea la palabra *observance*, mientras que la versión española utiliza la expresión *observancia de los ritos*, similar a *l'accomplissement des rites*, de la versión oficial en francés. Para un examen de los distintos textos, véase <[http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487\\_pointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_pointer)> (última visita 8-9-2013).

<sup>29</sup> Conviene recordar que esta Comisión, instituida por el Convenio junto con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cfr. art. 19), era la encargada de resolver en primera instancia las demandas presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considerara víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes (cfr. art. 25.1 CEDH, redacción original). Después de examinar la causa, podía considerarla infundada y rechazarla, o bien admitirla para proponer una solución o trasladarla al Tribunal (cfr. arts. 32, 44 y 48 CEDH, redacción original). El texto fue publicado en el Boletín Oficial del Estado, de 30 de octubre de 1979, con motivo de su ratificación por parte de España, accesible en <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>> (última visita 8-9-2013).

<sup>30</sup> Accesible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-75086>> (última visita 8-9-2013).

<sup>31</sup> “Si un hombre seduce a una mujer virgen, no desposada, y se acuesta con ella, le pagará la dote y la tomará por esposa”.

negó a inscribirlo como tal y él recurrió, pero su petición fue igualmente rechazada por las sucesivas instancias. Entonces demandó a Alemania por considerar que, al no reconocer su matrimonio contraído según un especial ritual religioso y no en la forma prescrita por la Ley alemana de matrimonios (cfr. art. 11), había violado los artículos 9 y 12 del Convenio. La Comisión declaró inadmisibles la demanda, por infundada (art. 27.2 CEDH, redacción original)<sup>32</sup>. Su razonamiento fue el siguiente: “El matrimonio no se considera simplemente como una forma de expresión del pensamiento, la conciencia o la religión, sino que se rige por las disposiciones específicas del artículo 12 que se remite a las leyes nacionales que regulan el ejercicio del derecho a contraer matrimonio”. Y concluyó diciendo: “Al recurrente no se le ha negado el derecho a casarse. Se le ha pedido que se case según las formas prescritas por el derecho alemán. Por lo tanto, no parece que se haya violado la Convención, especialmente los artículos 9 (1) y 12”.

Aunque estoy de acuerdo con la decisión final, no puedo compartir su línea argumental formalista: la ley civil no lo prevé. El matrimonio posee una dimensión institucional, y es por eso que no cabe un matrimonio *a la carta*, ni puramente subjetivo. No es matrimonio cualquier unión que los contrayentes establezcan entre sí. Debe reunir una serie de requisitos, establecidos por el Estado, por una confesión religiosa o por la costumbre de una comunidad. Lo importante es que sean conocidos y verificables, y que respeten los derechos humanos y las libertades fundamentales. Por eso el motivo principal por el cual debe rechazarse la pretensión del Sr. X. es porque su unión no es matrimonio. Sin embargo, el argumento empleado por la Comisión serviría igualmente para rechazar la pretensión de efectos civiles del matrimonio religioso de cualquier confesión, prescindiendo por completo de si goza o no de tradición histórica o de notable presencia sociológica en el país, como si esto no tuviera nada que ver ni con el derecho a contraer matrimonio ni con el derecho a la libertad religiosa reconocidos por el Convenio. Así pues, una cosa es que para que un matrimonio religioso produzca efectos civiles sea necesario que el Estado precise qué requisitos civiles debe reunir, y otra muy distinta es justificar que permanezca indiferente ante la petición de dicho reconocimiento y siga imponiendo a sus ciudadanos el matrimonio civil obligatorio.

<sup>32</sup> “La Comisión considerará inadmisibles cualquier demanda presentada por aplicación del artículo 25 cuando la estime incompatible con las disposiciones del presente Convenio, manifestamente mal fundada o abusiva”. Accesible en <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>> (última visita 8-9-2013).

#### 4.2. MATRIMONIO RELIGIOSO Y ORDEN PÚBLICO: CASO KHAN CONTRA EL REINO UNIDO

En la Decisión de 7 de julio de 1986 la Comisión resolvió la demanda n.º 11579/85 de *Khan contra el Reino Unido*<sup>33</sup>. En este caso se trataba de un ciudadano británico que contrajo matrimonio islámico con una menor de 16 años, musulmana como él, después de ayudarla a fugarse de la casa de sus padres, que se oponían a la unión. La mujer tenía 14 años y medio y el recurrente 21 años. En aplicación del derecho inglés, Khan fue declarado culpable de raptó y de haber mantenido relaciones sexuales con una mujer menor de 16 años, por lo que fue condenado a nueve meses de prisión. En su defensa alegó que había actuado de acuerdo con la ley islámica, que permite a la mujer contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres a partir de los 12 años cumplidos; y demandó al Reino Unido por haber violado el Convenio europeo repetidamente: al privarle del derecho a manifestar su religión mediante el matrimonio islámico (art. 9); al impedirle ejercitar su derecho a usar del matrimonio y fundar una familia (art. 12) durante el tiempo que estuvo en prisión; y al ser discriminado porque el juez no tuvo en cuenta su religión, según la cual su matrimonio era perfectamente lícito (art. 14).

La Comisión declaró inadmisibles las peticiones. Respecto al artículo 9 consideró que cuando se afirma el derecho a manifestar la religión o las convicciones por medio de *las prácticas*, el término “no ampara todo acto que pueda estar motivado o influido por una religión o convicción”. Y, apoyándose en la Decisión del caso 6167/73, añadió: “Aunque la religión del solicitante autorice el matrimonio de chicas de 12 años, el matrimonio no puede ser considerado simplemente como una forma de expresión del pensamiento, la conciencia y la religión, sino que se rige específicamente por el artículo 12”. De acuerdo con su remisión a las leyes nacionales, en este caso a la ley inglesa (*Sexual Offences Act 1956*), una chica podía casarse legalmente con el consentimiento de sus padres al cumplir los 16 años y sin su consentimiento a partir de los 18 años. Por debajo de los 16 años el matrimonio sería inválido y mantener relaciones sexuales con la menor sería delictivo. En conclusión, como el derecho a contraer matrimonio garantizado por el artículo 12 del Convenio está sujeto a las leyes internas que lo rigen, no se considera violación de los artículos mencionados. Por último, la Comisión recuerda que incluso cuando el matrimonio es válido según la legislación nacional y uno de los cónyuges está en prisión, cumpliendo una pena privativa de libertad, esa situación interfiere en su vida matrimonial y familiar, sin que suponga una violación del Convenio<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Decisión accesible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76850>> (última visita 8-9-2013).

<sup>34</sup> Se remite a su Decisión de 3 de octubre de 1978, resolviendo la demanda n.º 8166/78, de *X. e Y. contra*

Del mismo modo y por los mismos motivos que he manifestado respecto a la primera Decisión analizada, de 1974, comparto el fallo final de esta otra Decisión de 1986, pero no su hilo argumental. A mi juicio, la razón principal por la que el matrimonio islámico de una chica de 14 años y medio no puede ser reconocido por la ley civil es porque contradice el orden público matrimonial. En efecto, cuando el Estado establece una edad mínima para contraer matrimonio y por debajo de esa edad no admite excepción alguna, se comprende que es perfectamente legítimo que niegue efectos civiles a un matrimonio religioso o consuetudinario por más que estos admitan esa posibilidad de acuerdo con sus propias normas. No hacerlo así podría resultar discriminatorio, porque quienes celebraran esos matrimonios estarían adquiriendo el estado civil de casados a una edad en la que los demás ciudadanos lo tendrían vedado, por no permitírseles en ningún caso el matrimonio civil en ese tramo de edad en el que el impedimento civil no admite dispensa alguna. Si además añadimos la necesidad de eliminar los matrimonios forzados de las menores de edad, que siguen produciéndose en algunos países<sup>35</sup>, se comprende que son varias las razones de orden público para oponerse al reconocimiento de estos matrimonios. Pero esto no puede servir de excusa al Estado para cerrar los ojos ante la realidad social del matrimonio religioso y, amparándose en la legislación nacional, decir que no está obligado a reconocerle efectos civiles, escamoteando un debate riguroso sobre los derechos y libertades que lo justificarían.

#### 4.3. MATRIMONIO ANTE MINISTRO NO AUTORIZADO: CASO SPETZ Y OTROS CONTRA SUECIA

En la Decisión de 12 de octubre de 1994, que resolvió la demanda n.º 20402/92 de *Spetz y otros contra Suecia*, la Comisión entiende que el hecho de que el matrimonio celebrado entre dos de los demandantes en presencia de Suiza, accesible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-74358>> (última visita 8-9-2013).

<sup>35</sup> Bien expresiva de esta preocupación son la *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante su resolución 1763.A (XVII), de 7 de noviembre de 1962; y la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 (véase en especial el artículo 16, sobre el matrimonio y las relaciones familiares). Sobre el denominado matrimonio servil, cfr. el *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, presentado al Consejo de Derechos Humanos en el 21.º período de sesiones, el 10 de julio de 2012, en <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-41\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-41_sp.pdf)> (última visita 8-9-2013).

En el ámbito europeo hay que destacar la *Resolución 1468, sobre matrimonios forzados y matrimonios de niños*, adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 5 de octubre de 2005, accesible en <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta05/ERES1468.htm>> (última visita 8-9-2013).

un pastor de la confesión a la que pertenecen no sea tenido por válido no significa que se hayan violado los derechos reconocidos en los artículos 9 y 10 del Convenio<sup>36</sup>. En apoyo de su interpretación invoca el principio que empleó en la Decisión de 18 de diciembre de 1974, reproduciéndolo prácticamente en los mismos términos: “El matrimonio no se considera simplemente como una forma de expresión de la conciencia o la religión, sino que se rige por las disposiciones específicas del artículo 12, que remite a las leyes nacionales que regulan el ejercicio del derecho a contraer matrimonio”. Por lo demás, el caso gira principalmente en torno a un problema entre el Movimiento Pentecostal y una Congregación independiente dentro de él, y plantea una cuestión acerca de quiénes pueden presidir la celebración de los matrimonios religiosos de las distintas Congregaciones que forman parte de dicho Movimiento<sup>37</sup>.

El 1 de noviembre de 1998 entró en vigor de forma general el Protocolo n.º 11 (1994), relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio. Entre sus aspectos más destacados está la sustitución de la Comisión y el Tribunal europeos por un nuevo Tribunal permanente, al que puede acceder directamente “cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares” (art. 39 CEDH, modificado)<sup>38</sup>. Como consecuencia, los siguientes pronunciamientos que inciden en la materia que venimos examinando pertenecen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

<sup>36</sup> Accesible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1957>> (última visita 8-9-2013).

<sup>37</sup> En 1952 el Gobierno sueco reconoció los matrimonios celebrados en el Movimiento Pentecostal. Ante la diversidad de congregaciones que lo integran se constituyó el *Marriage Board* para verificar quiénes podrían officiar estos matrimonios. Los cuatro pastores de la Congregación independiente *supra* mencionada obtuvieron la autorización para hacerlo en 1955, 1976, 1979 y 1987, respectivamente; pero el 8 de diciembre de 1988 el citado organismo se la retiró a todos, por entender que la Congregación había dejado de pertenecer al Movimiento Pentecostal (una decisión interna de carácter religioso, adoptada en el uso de sus competencias y sobre la que el Estado no podía inmiscuirse). Desde el momento en que la revocación se hizo efectiva, el 1 de julio de 1989, los matrimonios celebrados con posterioridad ante los pastores de esta Congregación independiente dejaron de estar respaldados por el Movimiento Pentecostal y, por tanto, no serían válidos según el Derecho sueco. Esto fue lo que ocurrió con el matrimonio que celebraron los recurrentes, el 9 de septiembre de 1989, ante uno de los pastores de su Congregación carente ya de autorización para asistir al matrimonio. La Comisión consideró que no se había lesionado ninguno de los derechos del Convenio invocados y resolvió el caso inadmitiendo la demanda por falta de fundamento.

<sup>38</sup> Cfr. el texto del Protocolo 11 y el Instrumento de ratificación por parte de España, accesibles en <<http://www.boe.es/boe/dias/1998/06/26/pdfs/A21215-21221.pdf>> (última visita 8-9-2013).

#### 4.4. MATRIMONIO RELIGIOSO Y DISCRIMINACIÓN: CASO ŞERIFE YİĞİT CONTRA TURQUÍA

Los primeros fallos del TEDH que analizaremos ahora son los del caso *Şerife Yiğit contra Turquía*, n.º 3976/05, resuelto en primera instancia por la Sección 2.ª, mediante Sentencia de 20 de enero de 2009<sup>39</sup> y, finalmente, por la Gran Sala en su Sentencia del 2 de noviembre de 2010<sup>40</sup>. El asunto central era la denegación de pensión de viudedad a una ciudadana turca tras el fallecimiento de su esposo, Ömer Koç, con el que tuvo seis hijos. La negativa se basaba en que la legislación del país solo reconoce el matrimonio civil y, aunque permite el matrimonio religioso, este debe ser posterior a aquél bajo pena de sanción<sup>41</sup>. La demandante había contraído exclusivamente matrimonio islámico, invocando los usos y costumbres del país, pero no regularizó su unión ante el Estado.

De acuerdo con el objeto de este trabajo, nos fijaremos exclusivamente en la valoración del matrimonio religioso. En este punto, la sentencia de la Sección 2.ª es muy clara: “El Tribunal no es competente para pronunciarse sobre la consideración o el papel del matrimonio religioso en el derecho turco y sus consecuencias en la sociedad” (n. 27). Y poco después añade: “En el presente caso, de acuerdo con la legislación interna en vigor, el matrimonio religioso (‘imam nikâhı’) celebrado por un imán no crea obligaciones frente a terceras personas ni al Estado. Cualesquiera que sean los argumentos de la demandante, más que la duración o el carácter solidario de la relación, lo determinante es la existencia de un compromiso que lleve consigo un conjunto de derechos y obligaciones de orden contractual. En ausencia de un acuerdo jurídico vinculante, no es irrazonable que el legislador conceda protección únicamente al matrimonio civil” (n. 29).

De nuevo nos encontramos con que el respeto a la ley nacional impide una análisis de fondo acerca de las exigencias que la libertad religiosa entrañan en relación al matrimonio. Por más que, como recuerda la demandante, “el matrimonio religioso [islámico] es una realidad en Turquía, vinculada a la tradición y las costumbres” (n. 24), el Tribunal considera legítimo que el

<sup>39</sup> Accesible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90786>> (última visita 8-9-2013). La versión en española se puede consultar en Westlaw TEDH\2009\13.

<sup>40</sup> Accesible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101579>> (última visita 8-9-2013).

<sup>41</sup> El Código civil turco dispone: “Concluida la ceremonia de matrimonio, el funcionario entrega a la pareja el libro de familia. No podrá celebrarse el matrimonio religioso sin la presentación del libro de familia. La validez del matrimonio no está sujeta a la celebración del matrimonio religioso” (art. 143). Y el Código penal turco establece: “Todo aquel que celebre un matrimonio religioso sin haber visto el documento que atestigua que el matrimonio se ha celebrado con arreglo a la Ley será sancionado con una pena de dos a seis meses de prisión” (art. 230.6).

Estado niegue en su propio ámbito efectos jurídicos a esas uniones. Con todo, lo que resulta más difícil de entender es que el Tribunal guarde silencio acerca de que en Turquía siga siendo delictivo celebrar matrimonio religioso si no ha sido precedido del matrimonio civil (cfr. nn. 14 y 21).

Un año después tiene lugar el pronunciamiento de la Gran Sala del TEDH, resolviendo definitivamente el caso. En su sentencia presta mayor atención al asunto que aquí interesa resaltar, dedicando varios párrafos a analizar *si la naturaleza civil o religiosa de un matrimonio puede ser una causa de discriminación prohibida por el artículo 14* (cfr. nn. 73 a 80). Se trata de dilucidar si, como afirma la demandante, su situación es semejante a la viuda de un matrimonio civil pues, exceptuado este, cumple todos los requisitos legales para reclamar las prestaciones correspondientes. O si, como arguye el Gobierno turco, no es así porque la ley que exige el matrimonio civil para obtener la condición de casada (y en su momento de viuda) está plenamente justificada, para proteger a las mujeres, en particular de la poligamia, y para garantizar el principio de laicidad del Estado (cfr. n. 75).

En su examen del artículo 14 del Convenio, que prohíbe cualquier tipo de discriminación<sup>42</sup>, la Corte observa que este contiene una lista ilustrativa pero no exhaustiva de posibles características personales que podrían motivarla (cfr. n. 77). Y se pregunta si la naturaleza del matrimonio, es decir, si es civil o religioso, podría considerarse incluida en la expresión *o cualquier otra condición*, con la que se cierra el precepto (cfr. n. 78)<sup>43</sup>. A mi juicio, en este modo de enfocar el problema existe un error de perspectiva por parte del Tribunal, pues el motivo principal de la discriminación que Şerife Yiğit padece no gira en torno al matrimonio (a si está casada o no) sino a la libertad religiosa. Es la falta de reconocimiento de una manifestación concreta de esta libertad, la de celebrar matrimonio según la religión que profesa, la que hace que el Estado no la considere casada. Por eso entiendo que el motivo de la discriminación es principalmente religioso y solo derivadamente se funda en el matrimonio.

<sup>42</sup> “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

<sup>43</sup> Dicho sea de paso, me parece que, puestos a traducir al español el término *status* o *situation* de las respectivas versiones oficiales del Convenio en inglés y en francés, es preferible hacerlo por *condición*, de mayor raigambre jurídica, y no por *situación*, utilizada en la versión publicada en el BOE de 10 de octubre de 1979, ya citado. En el mismo sentido, el artículo 14 de la Constitución española de 1978 proclama: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (las cursivas son mías).

Al margen de esto, el Tribunal declara que el matrimonio sí puede considerarse incluido en la mención genérica del precepto a otras posibles condiciones o situaciones personales. De hecho, no se discute que la diferencia de trato sufrido por la demandante “se basa únicamente en la falta de carácter civil de su matrimonio” (n. 80), sino si existía o no una causa objetiva y razonable que la justificara. A este propósito la Corte recuerda qué pretendía el Código civil turco en 1926 cuando estableció el matrimonio civil monógamo como requisito previo a la celebración de cualquier matrimonio religioso: proteger a las mujeres prohibiendo la poligamia, elevando la edad mínima para contraer matrimonio y garantizando el principio de igualdad en materia de derechos civiles, respecto al divorcio y la herencia. En consecuencia, entiende que la diferencia de trato entre un matrimonio y otro persigue fines legítimos de orden público y de protección de los derechos de los demás (de las mujeres); así que existe una razonable relación de proporcionalidad entre la desigualdad de trato dispensado y el objetivo que persigue. Por tanto concluye que no hay violación del artículo 14 (cfr., en especial, nn. 81-82 y 87-88).

El razonamiento me parece del mayor interés pues, *a sensu contrario*, podría servir para estimar que en un contexto diferente, como el que existe en la mayor parte de los países signatarios del Convenio, de tradición cristiana, negar efectos civiles al matrimonio religioso sería discriminatorio por carecer del respaldo de una causa objetiva y razonable que lo justifique. En efecto, a diferencia de lo que parece ocurrir en Turquía con el matrimonio islámico, no se puede decir que en esos otros países la negativa a reconocer civilmente el matrimonio cristiano, sea canónico, evangélico u ortodoxo, pueda apoyarse en razones de orden público o de respeto a los derechos de los demás. Incluso cabría ir más lejos, para añadir que en esos países el matrimonio islámico no debería encontrar mayores inconvenientes para poder ser reconocido civilmente, siempre que respete la monogamia, la edad civil mínima establecida, etc., exigencias todas de su respectivo orden público matrimonial. Hacerlo así no solo no atenta contra los límites del derecho de libertad religiosa, sino que cabalmente viene propiciado por él, como por ejemplo sucede en España desde 1992, tras la firma del Acuerdo de cooperación entre el Estado y la Comisión islámica, constituida al efecto para integrar a las dos Federaciones en las que se integran la mayoría de las comunidades islámicas establecidas en el país<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Me refiero a la Federación española de entidades islámicas (FEERI) y a la Unión de comunidades islámicas de España (UCIDE). Cfr. I. JIMÉNEZ-AYBAR, *El Islam en España. Aspectos institucionales de su estatuto jurídico*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona 2004; M. J. CÍAURRIZ, “La situación jurídica de las comunidades islámicas en España”, en A. MOTILLA (ed.), *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Editorial Trotta, Madrid 2004, pp. 23-64; y J. MANTECÓN, *El status legal del Islam en España*, en “Derecho y Religión”, 2006 (I), pp. 165-208.

Los mismos principios sirven para dar respuesta a la eventual eficacia de los pronunciamientos sobre la nulidad o la disolución de estos matrimonios. Habrá que estudiar su naturaleza jurídica y valorar si el procedimiento a seguir respeta el principio de igualdad entre el varón y la mujer, así como los principios procesales de orden público. Esto explica que en España las sentencias eclesiásticas de nulidad del matrimonio canónico pueden producir efectos civiles, en la medida que superan un control similar al *exequatur* de las sentencias extranjeras<sup>45</sup>. En cambio, las decisiones matrimoniales de las autoridades islámicas y rabínicas sobre la nulidad y disolución de sus respectivos matrimonios religiosos, no son civilmente reconocidas por diversos motivos, incluidos los de orden público<sup>46</sup>.

No obstante, la Corte evita cuidadosamente llegar tan lejos, y vuelve a ampararse una vez más en el criterio formalista, haciendo suya la afirmación de la Sentencia precedente de la Sección 2.<sup>a</sup> de que “no tiene competencia para pronunciarse sobre la consideración o el papel del matrimonio religioso en el derecho turco y sus consecuencias en la sociedad” (n. 27, reproducido en el n. 97 de la Sentencia de la Gran Sala). Así pues, el Tribunal asume que, en virtud del derecho turco, Şerife Yiğit y Ömer Koç no estaban casados y considera que forman una familia no matrimonial (junto a sus seis hijos); y, en cuanto a la cuestión principal objeto de la demanda, se limita a pronunciarse sobre si está justificado o no que el Estado turco dispense un tratamiento distinto a las familias matrimoniales y a las no matrimoniales. Pero esto no forma parte del objeto de este trabajo.

#### 4.5. IGLESIAS DISCRIMINADAS: CASO SAVEZ CRKAVA “RIJEČ ŽIVOTA” Y OTROS CONTRA CROACIA

El siguiente y, hasta ahora, último pronunciamiento del TEDH que se ha ocupado de la relevancia civil del matrimonio religioso es el del caso *Savez crkava “Riječ života” y otros contra Croacia*, n.º 7798/08, resuelto por la

<sup>45</sup> Algo semejante sucede en Europa con Italia, Portugal y Malta. Sus respectivos Concordatos con la Santa Sede contemplan la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial.

<sup>46</sup> En el caso concreto de España, el hecho es que durante la negociación de los Acuerdos de cooperación de 1992 con la Comisión Islámica de España y con la Federación de Comunidades Judías de España sus representantes no tuvieron mayor interés en que las decisiones confesionales sobre los respectivos matrimonios religiosos fueran civilmente reconocidas. Este es el motivo inmediato de por qué los Acuerdos no prevén ese reconocimiento (cfr. J. FERRER ORTIZ, “El sistema matrimonial”, cit., pp. 987-988). Algo parecido sucedió en Italia, respecto al matrimonio judío, con la diferencia que allí, se recuerda que “permanece firme la facultad de [...] disolver matrimonios religiosos, sin efectos o relevancia civil, según la ley y la tradición hebreas” (art. 13 del Acuerdo entre la República Italiana y la Unión de las Comunidades Hebraicas en Italia, de 27 de febrero de 1987, y art. 14.9 de la Ley 101, de 8 de marzo de 1989, reguladora de sus relaciones).

Sección 1.<sup>a</sup>, mediante Sentencia del 9 de diciembre de 2010<sup>47</sup>. Los demandantes son diversas Iglesias reformadas, presentes en el país<sup>48</sup>, que se consideran discriminadas por el hecho de que el Gobierno se negó a celebrar un acuerdo de cooperación con ellas, lo que les impide prestar determinados servicios religiosos y “llevar a cabo matrimonios religiosos con los efectos del matrimonio civil” (n. 7).

El Gobierno, tal y como recoge la sentencia, se ampara en la existencia de una Instrucción, de 23 de diciembre de 2004, acerca de las condiciones que deben reunir las confesiones para poder celebrar un acuerdo con el Estado sobre cuestiones de interés común, y que no cumplen las demandantes ni de forma individual ni conjuntamente (nn. 9 y 19)<sup>49</sup>. También recuerda que la Ley de la Familia prevé la celebración del matrimonio en forma civil o religiosa, pero precisa que esta última se llevará a cabo por el ministro de la confesión a la que el Estado haya reconocido esta facultad de celebrar un matrimonio con efectos civiles, algo que no sucede con las Iglesias demandantes<sup>50</sup>. Por lo demás, manifiesta que ha estipulado cuatro concordatos con la Iglesia católica (entre 1996 y 1998)<sup>51</sup> y seis acuerdos de cooperación con quince comunidades religiosas ortodoxas, evangélicas y pentecostales, islámica y judía (entre 2002 y 2008). Entre sus consecuencias figura la de que estas confesiones pueden celebrar el matrimonio en forma religiosa con los mismos efectos que el matrimonio civil (cfr. nn. 37 y 38).

Sin embargo, el Gobierno entiende que en ausencia de esos acuerdos el artículo 9 del Convenio no le obliga a reconocer relevancia civil al matrimonio religioso en general. Reconoce que contraerlo es una manifestación de la religión, reconducible al término *observancia* empleado por la norma de refe-

<sup>47</sup> Accesible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102173>> (última visita 8-9-2013).

<sup>48</sup> A la *Savez crkava “Riječ života”* (Unión de Iglesias ‘La Palabra de Vida’) hay que añadir la *Crkva cjelovitog evanđelja* (Iglesia del Evangelio Completo) y la *Protestantska reformirana kršćanska crkva u Republici Hrvatskoj* (Iglesia Cristiana Protestante Reformada en la República de Croacia) (cfr. n. 3).

<sup>49</sup> Se exige cumplir una de estas condiciones: 1.<sup>a</sup>) que la confesión ha estado presente en Croacia desde el 6 de abril de 1941 y que tiene más de 6.000 miembros; o 2.<sup>a</sup>) que es una comunidad religiosa histórica del círculo cultural europeo, categoría a la que pertenecen la Iglesia Católica, la Iglesia Ortodoxa, la Iglesia Evangélica, la Iglesia Cristiana Reformada, la Comunidad Islámica y la Comunidad Judía (la denominación completa de las cuatro últimas incluyen al final las palabras *en Croacia* o *en la República de Croacia*). La Instrucción añade que si una iglesia o comunidad se separa de otra se considerará el momento de la escisión como el del inicio de sus actividades en el país.

<sup>50</sup> Cfr. los artículos 6, 8 y 23 de la Ley de Familia (*The Family Act*) actualizada, accesible en inglés en <<http://pak.hr/cke/propisi,%20zakoni/en/FamilyAct/EN.pdf>> (última visita 8-9-2013).

<sup>51</sup> Cfr. A. QUIRÓS FONTS, “Antecedentes de los Acuerdos entre la Santa Sede y la República de Croacia”, en “Ius Canonicum”, 52 (2012), pp. 521-550.

rencia, y que puede celebrarse libremente; pero considera que esto no significa que esté legalmente obligado a otorgarle los mismos efectos que al matrimonio civil (cfr. n. 51).

Por su parte, las Iglesias demandantes manifiestan que han sido discriminadas porque algunas de las comunidades religiosas con las que Croacia ha firmado acuerdos, no reunían los requisitos establecidos para ello. En consecuencia, reclaman que se les reconozcan los mismos derechos que a ellas (cfr. nn. 41 y 54)<sup>52</sup>.

El Tribunal recuerda que en Croacia la Ley sobre el estatus jurídico de las comunidades religiosas (2002), en su artículo 9.1 se limita a establecer la posibilidad de que el Estado firme acuerdos con ellas, pero no le obliga a hacerlo (cfr. n. 45). Entrando en la materia que aquí nos interesa analizar, reafirma una vez más que “el derecho a contraer matrimonio, garantizado por el Convenio, no puede interpretarse en el sentido de que exista un derecho al reconocimiento de efectos civiles de una ceremonia religiosa de matrimonio si no se han observado los requisitos exigidos por la ley para la validez del matrimonio civil” (n. 56)<sup>53</sup>. No obstante, la Corte hace notar que como Croacia reconoce civilmente el matrimonio religioso de algunas confesiones, yendo más allá de lo que estaba obligada por la Convención, la prohibición de discriminación del artículo 14 se aplica también respecto al desarrollo de esos derechos y, en este caso, en relación con el artículo 9 (cfr. n. 58). Por lo tanto se trata de examinar si las diferencias de trato entre las confesiones con acuerdo y las confesiones sin acuerdo tienen una justificación objetiva y razonable y en qué medida el Gobierno actuó dentro del margen de apreciación que le corresponde<sup>54</sup>.

No parece necesario exponer los argumentos empleados por los contendientes en apoyo de sus respectivas pretensiones (cfr. nn. 71-77 y nn. 78-84). Lo que importa subrayar es que el Tribunal llega al convencimiento de que el Gobierno no ha aplicado con unidad de criterio los requisitos exigidos a las confesiones religiosas por la ley croata para poder estipular un acuerdo de cooperación con el Estado<sup>55</sup>. El resultado es que algunas confesiones que no

<sup>52</sup> En el número 40 de la Sentencia se afirma que “según el último censo de 2001, la Iglesia Ortodoxa de Bulgaria contaba con 8 miembros, la Iglesia Católica Antigua de Croacia 303 y la Iglesia Ortodoxa de Macedonia 211”. Y en el número 38 consta que las tres tienen acuerdos con Croacia sobre materias de interés común, con las consecuencias ya conocidas, incluida la relevancia civil del matrimonio religioso.

<sup>53</sup> En apoyo de esta afirmación invoca los casos que ya hemos examinado: *X. contra Alemania*, n.º 6167/73 (18-12-1974), *Khan contra el Reino Unido*, n.º 11579/85 (7-7-1986), y *Spetz y otros contra Suecia*, n.º 20402/92 (12-10-1994); y *Şerife Yiğit contra Turquía*, n.º 3976/05 (2-11-2010).

<sup>54</sup> Sobre la importancia de este principio, me remito a J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Editorial Aranzadi, Pamplona 2010.

<sup>55</sup> En concreto, estima que no ha exigido a todas las confesiones religiosas de reciente implanta-

reunían los requisitos establecidos tienen acuerdo y gozan de un especial reconocimiento por parte del Estado, que se traduce en la enseñanza de su religión en la escuela pública, en la asistencia religiosa en los establecimientos penitenciarios, en el reconocimiento civil de su matrimonio religioso, etc. En cambio, las confesiones demandantes no disfrutaban de ese estatus, que tendrían si se les hubieran aplicado las normas en las mismas condiciones que a aquellas. Por ello la Corte concluye que, como la diferencia de trato entre unas y otras no está justificada, existe una violación del artículo 14 en relación con el artículo 9 del Convenio (cfr. nn. 85-93).

Conviene señalar que los demandantes también denunciaron al Gobierno croata por violar el Protocolo n.º 12 (2000) del Convenio, que en su artículo 1 establece una prohibición general de discriminación y presta una singular atención a la que provenga de una autoridad pública (nn. 103-108-114)<sup>56</sup>. El número 22 (iii) del Comentario oficial al protocolo se refiere en particular a la discriminación debida “al ejercicio de un poder discrecional (por ejemplo, la concesión de ciertas subvenciones)”<sup>57</sup>. El Gobierno habría incurrido en ella al aplicar de forma desigual las normas de 2004 a confesiones que se encontraban en situaciones similares, excediendo su margen de libre apreciación. No obstante, el Tribunal estimó que no era necesario examinar por separado la violación del Protocolo n.º 12, después de haber apreciado ya la de los artículos 14 y 9 del Convenio (cfr. nn. 114 y 115).

Por último, es importante subrayar que la Corte declara inadmisibles la petición de las Iglesias demandantes de que se haya producido una violación del artículo 9 del Convenio, en sí mismo considerado, por el mero hecho de que no reconocérseles relevancia civil a sus matrimonios religiosos (cfr. nn. 94 y 95). Es decir, que se mantiene firme en entender que no es una exigencia directa del Convenio, tal y como hemos visto en todos los demás casos exami-

ción en el país el plazo de espera de diez años para poder registrarse (cfr. n. 90). También señala que, cuando dentro de una de las comunidades religiosas históricas del círculo cultural europeo se ha producido una escisión, unas veces se ha considerado a la comunidad separada nueva a todos los efectos, incluido el de inicio de sus actividades en el país, según lo dispuesto por la Instrucción de 2004, y otras veces se ha entendido que la comunidad separada seguía perteneciendo a ese círculo (cfr. n. 91). Asimismo aprecia que a unas comunidades se les ha exigido cumplir el criterio numérico de contar al menos con más de 6.000 miembros y a otras no (cfr. n. 91).

<sup>56</sup> “1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1” (las cursivas son mías).

<sup>57</sup> El Protocolo n.º 12 y el Instrumento de ratificación por parte de España, accesible en <<http://www.boe.es/boe/dias/2008/03/14/pdfs/A15299-15304.pdf>> (última visita 8-9-2013).

nados. Por lo tanto, cuando afirma que las demandantes tienen derecho a que el Estado croata reconozca civilmente sus matrimonios religiosos lo hace por considerar que en la estipulación de los acuerdos sobre materias de interés común de los que depende esta posibilidad, el Gobierno no ha aplicado sus propias normas en igualdad de condiciones a todas las comunidades religiosas. En consecuencia, el motivo que lleva al Tribunal a decidir la cuestión principal en favor de las demandantes no es la libertad religiosa en sí misma considerada, y menos su relación con el derecho a contraer matrimonio. Es la discriminación sufrida en el reconocimiento del derecho de libertad religiosa en su dimensión colectiva que ha hecho que unas confesiones, que deberían haber firmado acuerdos con el Estado y beneficiarse de ello, no los tienen; y otras, que no deberían tenerlos, los tienen, con las consecuencias favorables conocidas, incluida la eficacia civil de sus matrimonios religiosos. Por eso el Tribunal estima por unanimidad que se ha violado el artículo 14 en relación con el artículo 9 de la Convención y el artículo 1 del Protocolo n.º 12.

#### 4.6. PROHIBICIÓN DE CONTRAER MATRIMONIO CIVIL: CASO SELIM CONTRA CHIPRE

Al término de este análisis de los pronunciamientos del TEDH me parece oportuno incluir también su Decisión de 16 de julio de 2002, acerca de la demanda n.º 47293/99 de *Selim contra Chipre*<sup>58</sup>. A diferencia de los casos anteriores aquí no está en juego la eficacia civil del matrimonio religioso o los términos de su reconocimiento por parte del Estado, sino la prohibición de contraer matrimonio civil, impuesta legalmente por el Estado en atención a la religión profesada por uno de los contrayentes, y la consiguiente negativa a reconocer el matrimonio civil que celebró en el extranjero sorteando la ley nacional.

Selim, ciudadano turco-chipriota de religión musulmana, pretendía contraer matrimonio civil con una ciudadana rumana en 1999. En Chipre rige un sistema matrimonial de reenvío a la normativa propia de la comunidad de pertenencia, griega (greco-ortodoxa) o turca (islámica), o de los grupos religiosos minoritarios reconocidos (armenios, maronitas y latinos)<sup>59</sup>, complicado por la delicada situación política y religiosa del país<sup>60</sup>. En aquel momento la

<sup>58</sup> Accesible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60611>> (última visita 8-9-2013).

<sup>59</sup> Cfr. los artículos 22 y 111 de la Constitución y su Apéndice E sobre derechos de los grupos religiosos minoritarios, accesibles en <<http://kypros.org/Constitution/English/>> (última visita 8-9-2013). Sobre el sistema matrimonial me remito a J. T. MARTÍN DE AGAR, "Rilevanza del matrimonio religioso nei paesi dell'Unione Europea", en AA. VV., *Matrimonio canonico e ordinamento civile*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2008, p. 135; y M. MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea*, Editorial Dykinson, Madrid 2006, pp. 229-231.

<sup>60</sup> Cfr. la síntesis que ofrece Pardo Prieto en A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ (dir.),

ley no contemplaba la posibilidad de que un musulmán turco-chipriota celebrara matrimonio civil<sup>61</sup>. Selim se vio obligado a hacerlo en el extranjero, concretamente en Rumanía, y cuando regresó al país las autoridades no reconocieron a su cónyuge como tal y le obligaron a consignar una cantidad de dinero en previsión de los gastos de repatriación de su mujer. El demandante entendió que Chipre había violado el derecho a contraer matrimonio garantizado en el artículo 12 del Convenio, considerado aisladamente y en relación con el artículo 14 (no discriminación), y el derecho a respetar la vida privada y familiar (art. 8). No obstante, resulta curioso que no invocara también la lesión del derecho a la libertad religiosa (art. 9)<sup>62</sup>.

La Corte no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues las partes llegaron a una solución amistosa (cfr. art. 39.3 CEDH). Chipre devolvió la cantidad adelantada por Selim y añadió una indemnización por daños y perjuicios. Además se comprometió a modificar su legislación matrimonial, para permitir el matrimonio civil de los turco-chipriotas<sup>63</sup>. Y se atuvo a lo acordado<sup>64</sup>.

De todos modos, no hay duda de que la Corte hubiera dado la razón al demandante<sup>65</sup>. Además, el propio Gobierno de Chipre reconoció que la Ley de matrimonio civil de 1990 debía interpretarse de acuerdo con la Constitución

*El Derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Editorial Colex, Madrid 2002, pp. 199-202. Para un estudio detenido me remito a la monografía de A. C. EMILIANIDES, *Religion and Law in Cyprus*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2011.

<sup>61</sup> La Ley de matrimonio civil de 1990 establecía en su artículo 16: "El matrimonio de cualquier persona puede ser celebrado en la República de Chipre ante un ministro autorizado según los ritos y ceremonias matrimoniales observadas por la iglesia, denominación o entidad a la que pertenece dicho ministro, o por cualquier oficial de matrimonios en su oficina". Pero en su artículo 34 advertía: "Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables al matrimonio si una de las partes es turca y profesa la fe musulmana".

<sup>62</sup> Así lo entiende claramente R. GARCÍA GARCÍA, *El artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en "Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid", 10 (2006), pp. 251-252.

<sup>63</sup> De manera inmediata, el 28 de febrero de 2002, el Gobierno presentó un proyecto de ley para remediar la situación, siendo aprobado el 25 de abril como Ley 46 (I) 2002. Extiende temporalmente la aplicación de la Ley de matrimonio, capítulo 279, a los miembros de la comunidad turca, de tal manera que podrán contraer matrimonio civil. De todo esto se da noticia con cierto detalle en la STDH de 16 de julio de 2002 (nn. 12-16).

<sup>64</sup> Así consta en la Resolución de 24 de abril de 2003, adoptada por el Comité de Ministros encargado de supervisar el cumplimiento del acuerdo alcanzado entre las partes (cfr. arts. 39 y 26 CEDH), que incluye como Apéndice la información proporcionada por el Gobierno de Chipre, explicando las razones por las que considera que no hay riesgo de que en el futuro pueda producirse una situación similar a la del caso Selim. Accesibles en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-56209>> (última visita 8-9-2013).

<sup>65</sup> Cfr. M. N. ARRESE IRIONDO, "Artículo 12", en I. LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas Ediciones, Madrid 2004, p. 494.

(cfr. art. 188.1) y que, por lo tanto, el artículo 34 que prohibía el acceso al matrimonio civil, cuando al menos uno de los contrayentes pertenecía a la comunidad turca y profesaba la religión islámica, podía considerarse inconstitucional<sup>66</sup>.

A mi juicio, lo verdaderamente interesante del caso es el rechazo unánime que provoca el hecho de que Selim estuviera avocado por la ley chipriota a contraer un matrimonio religioso, contra su conciencia, sin alternativa alguna. Es verdad que su sistema matrimonial globalmente considerado no puede calificarse de matrimonio religioso obligatorio, pero la situación creada por la división del país, conducía de hecho a un régimen matrimonial de este tipo para los turco-chipriotas asentados en el territorio de mayoría griega. No hay duda que resulta violentado el derecho a contraer matrimonio, pero también se produce una lesión del derecho a la libertad religiosa, que implica la inmunidad de coacción en la materia. Y es esta constricción de la libertad matrimonial y religiosa la que produce rechazo.

Pero *los extremos se tocan* y, si consideramos la cuestión a fondo, tendremos que admitir que un sistema de matrimonio civil obligatorio no difiere sustancialmente de uno de matrimonio religioso obligatorio, por lo que en buena lógica este también debería ser igualmente rechazado, pues lesiona los mismos derechos que aquel. Si admitimos que la sociedad contemporánea es una sociedad plural, donde existen básicamente dos concepciones del matrimonio, una religiosa y otra secularizada, no se comprende muy bien por qué las leyes de algunos Estados dan prioridad absoluta a esta sobre aquella, reconociendo el matrimonio civil, con carácter exclusivo y único para todos.

## 5. PASADO, PRESENTE Y FUTURO: EN BUSCA DE UNA SOLUCIÓN

A la vista de todo lo anterior podemos preguntarnos por qué existe esa desconexión entre el derecho a contraer matrimonio y el derecho a la libertad religiosa, tanto en los textos internacionales de derechos humanos como en la mayor parte de los ordenamientos estatales, cuando la realidad sociológica sigue mostrando una fuerte relación entre el matrimonio y la religión. ¿Cómo se ha llegado a esta situación?

### 5.1. EL MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO: ORIGEN Y CLAVES DEL PROBLEMA

No se trata tanto de buscar las causas próximas sino las causas últimas, aquellas que están en su origen, porque pueden aportar las claves para una mejor

<sup>66</sup> Cfr. el extenso fundamento 1 de la Decisión del TEDH, de 18 de septiembre de 2001, decretando la admisibilidad de la demanda. Accesible en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-6017>> (última visita 8-9-2013).

comprensión del problema y alumbrar una posible solución. Para ello es necesario remontarse al pasado, fijando las coordenadas de espacio y tiempo: en Europa, en el siglo XVI. Es entonces cuando tiene lugar la Reforma protestante, un hito clave en la historia que, entre otros muchos aspectos, va a resultar decisiva para la aparición del matrimonio civil y, con él, de los sistemas matrimoniales.

Desde el siglo X hasta ese momento el matrimonio canónico había sido prácticamente el único matrimonio vigente en una Europa cristiana, sometido en su regulación sustantiva y procesal a la autoridad de la Iglesia católica, sin perjuicio de algunas disposiciones complementarias dictadas por la autoridad civil. Este panorama cambió con la Reforma y las guerras de religión (1525-1648) que dividen Europa en Estados católicos y protestantes. Los reformadores negaban la sacramentalidad del matrimonio considerándolo una institución natural, de origen divino y carácter civil, cuya competencia exclusiva correspondía a la autoridad temporal. Los Estados absolutistas en los que se impuso el protestantismo se apresuraron a disciplinar el matrimonio de sus súbditos, aunque al principio se trataba de un matrimonio *religioso*, propio de la confesión dominante (*cuius regio eius religio*), pero regulado en el fondo por normas civiles. De esta forma, la ruptura de la unidad religiosa de Occidente llevó consigo la aparición de un mosaico de matrimonios y el desconocimiento del matrimonio canónico por parte de determinados Estados.

En este contexto, surgió el matrimonio civil por vez primera en Holanda (1580), en aplicación del principio de tolerancia, al permitir que los disidentes de la religión oficial, calvinista, pudieran celebrar matrimonio con efectos civiles ante el magistrado civil. Y, aunque en su origen era un matrimonio subsidiario del religioso, terminó por imponerse como la única clase de matrimonio, que podía celebrarse en forma religiosa o civil. Más tarde se produjo una efímera introducción del matrimonio civil con carácter obligatorio en Inglaterra, Escocia e Irlanda (1653); pero este sistema no se generalizó hasta el siglo XIX, cuando un buen número de Estados hicieron suya la concepción del matrimonio como mero contrato civil, propugnada por la Constitución francesa de 1791 y desarrollada por el Código de Napoleón de 1804 con todas sus consecuencias, incluido el divorcio.

En esa época el matrimonio civil ya había dejado de ser patrimonio exclusivo de los países de raíces protestantes y se había extendido también a los de tradición católica, como resultado de la difusión de las tesis regalistas y laicistas que, por diversos caminos, condujeron al predominio de la jurisdicción estatal sobre la eclesiástica en materia de matrimonio y secularizaron la institución<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. A. DE FUENMAYOR, *El matrimonio y el Concordato español*, en "Ius Canonicum", 3 (1963), pp. 273-290.



En esta misma línea resulta especialmente significativo el fenómeno que se produce a partir del siglo XIX en Iberoamérica, una vez que las colonias de España y Portugal alcanzan la independencia. Los nuevos Estados mantienen inicialmente el matrimonio canónico como único capaz de producir efectos civiles y se proclaman confesionalmente católicos. Sin embargo, pronto introducirán el matrimonio civil y, lo que es más llamativo, en poco tiempo muchos de ellos lo adoptarán como único válido y eficaz en el país, en sustitución del canónico<sup>68</sup>. Resulta igualmente sorprendente que esto ocurre no solo en aquellos Estados que en seguida abandonaron el principio de confesionalidad, sino también en algunos de los que lo mantuvieron durante más tiempo. A diferencia de lo sucedido en Europa, aquí la corriente secularizadora no fue consecuencia de la Reforma protestante sino de las ideas ilustradas y liberales sobre el matrimonio, impuestas por la clase política de los respectivos países al margen de los deseos de la población, abrumadoramente católica.

Los motivos alegados para justificar la implantación del sistema de matrimonio civil obligatorio fueron variados en las formas, pero coincidentes en el fondo. En México (1859) se presentó como consecuencia obligada de la separación entre los negocios civiles del Estado y los negocios eclesiásticos<sup>69</sup>; en Venezuela (1873) se mezclaron los prejuicios ideológicos con las razones particulares del máximo dignatario del país<sup>70</sup>; en Chile (1884), en un contexto marcado por las disputas con la Iglesia católica, el matrimonio civil obligatorio está relacionado con la creación del Registro civil<sup>71</sup>; en Uruguay (1885) se alegaron varios motivos, que en realidad encubrían la imposición del jurisdiccionalismo estatal como paso previo hacia el laicismo<sup>72</sup>; en Argentina (1888)

<sup>68</sup> Cfr. A. M. CELIS y C. DOMÍNGUEZ, "Celebración del matrimonio en Latinoamérica. Desde la perspectiva de la libertad religiosa", en AA. VV., CELAM, Académicos UC, *Investigaciones para que nuestros pueblos tengan vida*, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 2006, pp. 7 y 13 del texto accesible en <[http://www.libertadreligiosa.net/articulos/Matrimonio\\_LA.pdf](http://www.libertadreligiosa.net/articulos/Matrimonio_LA.pdf)> (última visita 8-9-2013).

<sup>69</sup> Cfr. el Decreto de 23 de julio de 1859, dictado por el Presidente Benito Juárez, en J. M. MAGALLÓN IBARRA, *Instituciones de Derecho civil*, tomo III, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México 1988, pp. 155-159.

<sup>70</sup> La decisión del presidente Guzmán Blanco responde a sus ideas liberales y laicistas, heredados de su padre, pero también tiene tintes de represalia contra la Iglesia católica, que no concedió la dispensa del impedimento de afinidad a su tío político y entonces Ministro de Interior y Justicia para que, tras haber enviudado, pudiera contraer matrimonio canónico con su hijastra (cfr. L. A. HENRÍQUEZ LARRÁZABAL, *Fidelidad conyugal. Respuestas del Derecho*, LFCE, Caracas 2011, pp. 127-139).

<sup>71</sup> Cfr. J. DEL PICÓ RUBIO, *Derecho matrimonial chileno*, cit., pp. 13-18; y J. PRECHT PIZARRO, *15 Estudios sobre libertad religiosa en Chile*, cit., pp. 185-188.

<sup>72</sup> El Poder Ejecutivo invocó a favor del matrimonio civil obligatorio la insuficiencia de la legislación sobre el estado civil de las personas, la proximidad de los juzgados de campaña, la supresión de gastos para contraer matrimonio y la legislación civil del matrimonio como aspiración de

se justifica para colmar el vacío legal del Código civil, que no preveía el matrimonio para los contrayentes que no profesaran religión alguna o que no dispusieran en el país de ministros del culto profesado<sup>73</sup>; y en Perú (1930) la aprobación del matrimonio civil obligatorio corrió pareja a la introducción del divorcio vincular en su ordenamiento jurídico<sup>74</sup>; etc.

Naturalmente la situación descrita no impide que otros Estados, especialmente desde el siglo XIX, firmen Concordatos en los que reconocen la competencia exclusiva de la Iglesia católica sobre las causas matrimoniales<sup>75</sup>. Más adelante, empezarán a dedicar varios preceptos al matrimonio<sup>76</sup>, hasta llegar a las fórmulas empleadas a partir del siglo XX, en las que los Acuerdos concordatarios precisan los términos del reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico y a las resoluciones eclesiásticas en materia de nulidad, etc.<sup>77</sup>. Pero

los pueblos más civilizados, pero no demostró la veracidad de estos argumentos. Lo mismo ocurrió cuando en el transcurso de los debates se afirmó que el matrimonio civil obligatorio era querido por la mayoría de la población o incluso que venía exigido por el respeto de la libertad de conciencia y la libertad religiosa (sic). Cfr. C. MARTÍNEZ PEREYRA, *Análisis de los informes y discusiones parlamentarias previas a la introducción del matrimonio civil obligatorio en la República Oriental del Uruguay en 1885*, Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2012, accesible en <<http://zaguan.unizar.es/record/9074>> (última visita 8-9-2013).

<sup>73</sup> Cfr. G. A. BOSSERT y E. A. ZANNONI, *Manual de derecho de familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, pp. 61-62.

<sup>74</sup> En septiembre de 1920 el Parlamento aprobó un proyecto de ley que establecía la obligatoriedad del matrimonio civil celebrado según la Ley de 23 de diciembre de 1897 y su disolución mediante divorcio, entre otras cuestiones. Pero la ley fue observada y rechazada por el Ejecutivo. Diez años después, el 4 de octubre de 1930, el veto fue levantado por el Decreto-Ley 6889, e inmediatamente después se promulgó la Ley 6890, que hizo suyo el contenido de la Ley aprobada en 1920. Cfr. C. M. VINCES ARBULÚ, *El matrimonio canónico en el ordenamiento peruano: evolución histórica y perspectivas de futuro*, Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2012, pp. 33-38. Accesible en <<http://zaguan.unizar.es/record/9379>> (última visita 8-9-2013).

<sup>75</sup> Con anterioridad, el matrimonio no formaba parte de las materias tratadas en los Concordatos. En cambio, en esa época empieza a ser frecuente que en los acuerdos de ese género estipulados con países confesionalmente católicos se dedique un artículo a reconocer la competencia exclusiva de la Iglesia sobre las causas eclesiásticas, unas veces serán mencionadas genéricamente y otras pormenorizadamente, con indicación expresa de las causas matrimoniales. Citaré, por vía de ejemplo, el Concordato entre Pío VII y Fernando I, Rey de las Dos Sicilias (1818, art. 20); el Concordato entre Pío IX y Nicolás I, Emperador de las Rusias (1847, art. 16, e); y los Concordatos de Pío IX con las Repúblicas de Costa Rica (1852, art. 13), Guatemala (1852, art. 14), Haití (1861, art. 13), Nicaragua (1861, art. 13), San Salvador (1862, art. 13) y Ecuador (1862, art. 8); así como la nueva versión de este último (1881, art. 8), siendo pontífice León XIII. Cfr. A. MERCATI, *Raccolta di Concordati su materie ecclesiastiche tra la Santa Sede e le Autorità civili*, Tipografía Poliglotta Vaticana, Roma 1919.

<sup>76</sup> Cfr. el Concordato con la República de Colombia (1887, arts. 17-19), en *Ibidem*.

<sup>77</sup> Cfr. el Concordato con la República Portuguesa (1940, arts. 22-26), con España (1953, arts. 23-24 y protocolo final en relación con el art. 23) y con la República Dominicana (1954, arts. 15 y 16 y protocolo final en relación con el art. 15), en IDEM, *Raccolta di Concordati su materie ecclesiastiche tra la Santa Sede e le Autorità civili*, vol. II: 1915-1954, Tipografía Poliglotta Vaticana,

en contra de lo que cabría pensar, esto último no significará un mayor respeto del matrimonio canónico, sino la necesidad de que supere diversos mecanismos civiles de control para poder ser efectivamente reconocido por el Estado<sup>78</sup>.

Esta rápida mirada al pasado nos muestra que desde el principio el rechazo total o parcial del matrimonio religioso y el consiguiente establecimiento del sistema de matrimonio civil obligatorio está marcado por la fuerza y no por la razón. Ha sido y sigue siendo una imposición del Estado. Y es que, como se ha señalado con acierto, el Estado primero se opuso a que el matrimonio siguiera siendo una *res sacra*, luego transigió y lo trató como *res mixta*, pero no renuncia a convertirlo en una *res profana*<sup>79</sup>.

Como acabamos de recordar, la Reforma protestante al negar el carácter sacramental del matrimonio sienta las bases para que el Estado moderno niegue a la Iglesia católica la competencia sobre el matrimonio, dando lugar a un auténtico conflicto jurisdiccional y desencadenando el proceso secularizador de la institución<sup>80</sup>. Al principio, este fenómeno corre parejo con las guerras de religión de la época y sigue la misma suerte que ellas, de tal manera que solo los Estados absolutos en los que triunfa la reforma sustituyen la legislación matrimonial canónica por su propia legislación. En los Estados católicos la situación permanece inalterada, al menos inicialmente, aunque la natural tendencia expansiva del poder encontrará la manera de afirmar su competencia sobre el matrimonio de sus súbditos, por ejemplo mediante la distinción entre el matrimonio como contrato y como sacramento<sup>81</sup>.

Ya se comprende que en aquellos Estados que adoptaron y consolidaron a lo largo del tiempo un sistema centrado en el matrimonio civil, donde el matrimonio religioso no desempeñaba papel alguno, o quedaba relegado a una

Roma 1954. Para los Concordatos posteriores me remito a J. M. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di Concordati 1950-1999*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2000 e IDEM, *I Concordati dal 2000 al 2009*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2010.

<sup>78</sup> Sobre el control registral del matrimonio canónico y el *exequatur* de las resoluciones eclesásticas, como mecanismos civiles de secularización y uniformidad matrimonial, cfr. S. VELASCO VILLAR, *El proceso de secularización del matrimonio canónico y su concreción técnico-jurídica*, en "Cuadernos doctorales: derecho canónico, derecho eclesiástico del Estado", 2 (1984), pp. 417-449.

<sup>79</sup> Cfr. A. DE LA HERA, "Problemi e prospettive", en S. BERLINGÒ e V. SCALISI (a cura di), *Giurisdizione canonica e giurisdizione civile. Cooperazione e concorso in materia matrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano 1994, p. 358.

<sup>80</sup> Cfr. J. A. SOUTO, "Matrimonio y experiencia jurídica", en "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", I (1985), p. 385; y, también, I. C. IBÁN y S. FERRARI, *Derecho y religión en Europa occidental*, McGraw-Hill, Madrid 1998, pp. 45-48.

<sup>81</sup> Cfr. A. BETTETINI, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova 1996, pp. 13-22; y A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *El proceso de secularización del matrimonio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004, pp. 11-35.

simple ceremonia simplemente permitida, ha podido producirse una disociación legal, aunque no vital, entre matrimonio y religión<sup>82</sup>. Pero si se repara en su origen, se advierte que no tiene nada que ver con la libertad sino con la imposición. Y lo mismo puede decirse de aquellos países de tradición católica que impusieron en términos semejantes, aunque más tardíamente, el matrimonio civil obligatorio, como resultado del Estado liberal y su empeño en detentar el control exclusivo sobre el matrimonio y la familia<sup>83</sup>.

De igual modo conviene no perder de vista que el Estado democrático se caracteriza sobre todo por su compromiso a favor del reconocimiento y la tutela efectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. El cambio de panorama respecto al Estado absoluto es inmenso en todos sentidos. En el siglo XVI se sitúa precisamente la génesis de la idea de libertad religiosa, que en un lento proceso de decantación jurídica llegará a convertirse en la primera de las libertades. No es extraño que la cuestión del matrimonio se planteara entonces en un plano institucional, como una disputa de poderes entre la Iglesia y el Estado, donde los verdaderos protagonistas, los contrayentes, en su condición de súbditos poco tenían que decir<sup>84</sup>. Pero en el siglo XXI esto no es admisible y tampoco lo es que el Estado contemporáneo afronte la regulación del matrimonio reeditando el conflicto jurisdiccional, ampliado ahora a otras confesiones religiosas, como si en el fondo nada hubiera cambiado<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Así se ha podido decir que "dondequiera se ha instaurado el matrimonio civil obligatorio se ha borrado de la mente del pueblo el sentido de la realidad del matrimonio religioso, originándose la tendencia a ver en éste sólo una 'bendición nupcial' que sigue al verdadero matrimonio, considerado como tal al matrimonio civil" (J. LECLERCQ, *La familia*, Editorial Herder, Barcelona 1979, p. 47).

<sup>83</sup> Como explica González del Valle, este sistema "es especialmente vejatorio del sentimiento religioso, no ya sólo por no otorgar efectos civiles a la legislación matrimonial canónica en ninguno de sus aspectos, ni siquiera el de la forma —cosa normal— en países no católicos—, sino porque en determinadas hipótesis se prohíbe la celebración del matrimonio religioso. (...) Esta situación, aparte de ser lesiva de la libertad religiosa —y en consecuencia de las normas constitucionales que proclaman ese derecho— resulta hoy obsoleta. Corresponde a una época liberal decimonónica, hoy sobrepasada, pues, tras la secularización de los registros civiles, el mantenimiento de esta situación no resulta necesaria para el pleno ejercicio de la soberanía estatal en materia de Derecho de familia" (J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *El sistema matrimonial español. Situación actual y perspectivas de reforma*, en "Anuario de Derecho Civil", 1978, pp. 80-81).

<sup>84</sup> "A mi modo de ver —escribe González del Valle—, un adecuado enfoque sobre el tema de la competencia en la regulación del matrimonio debe partir de reconocer que, antes que nada, el matrimonio es primordialmente un negocio privado, un asunto entre dos personas. Y a ellas y no a los poderes civiles o religiosos, corresponde primordialmente elegir el régimen matrimonial al que desean estar sujetos. El *ius connubii* es un derecho de la persona y no un derecho del ciudadano nacional (...). De donde se sigue que el Estado no puede regular soberanamente el matrimonio, sino que ha de respetar en esa regulación el contenido esencial (...) del *ius connubii*" (J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español* [actualizado por M. Rodríguez Blanco], Civitas & Thompson, Madrid 2002, 5.ª ed., p. 303).

<sup>85</sup> Un planteamiento completamente distinto y novedoso es el que ofrece Viladrich a partir de la antropología que subyace en la expresión canónica del matrimonio, en cuya institucionalización

Estas consideraciones deben servir para volver sobre la cuestión principal de este trabajo, a la hora de valorar hasta qué punto el sistema de matrimonio civil obligatorio, mantenido por bastantes países, es congruente o no con el respeto de la libertad religiosa, sin dejarse llevar por la inercia histórica o por los prejuicios<sup>86</sup>. Porque por mucho que esos países en otros puntos de su legislación en materia de derechos y libertades no merezcan especial reproche, eso no impide que deban replantearse la revisión de un modelo que desde su origen está lastrado por la imposición y, en el mejor de los casos, por la tolerancia, pero no por la libertad. Conviene admitir sin ambages que en estos casos lo que está en juego no es solo el reconocimiento de la libertad religiosa, sino también del derecho a contraer matrimonio<sup>87</sup>.

Las mismas consideraciones, *servata servandis*, deben ser tenidas en cuenta para evaluar el sistema de matrimonio civil facultativo, libre o electivo. De una parte, porque el subtipo facultativo anglosajón, cada vez más extendido, responde en origen a la concepción protestante del matrimonio (y de la libertad religiosa), de ahí que también se le denomine así. De otra parte, mucho más decisiva hoy día, porque el Estado sigue siendo jurisdiccionalista y se resiste a compartir la competencia sobre el matrimonio con las confesiones religiosas. Esto explica que el otro subtipo, facultativo latino o católico, con remisión sustantiva al Derecho canónico (cuando uno de los contrayentes es católico, de ahí su denominación) haya sido sistemáticamente recortado por la progresiva aplicación de normas civiles al matrimonio canónico y ha ido difuminándose: de hecho, en su integridad, actualmente no está en vigor en ningún país de Occidente<sup>88</sup>. Este es el panorama que se han encontrado los

intervienen tres poderes: la naturaleza humana, el consentimiento de los contrayentes y el reconocimiento del poder social legítimo. Para una síntesis de estas ideas, cfr. P. J. VILADRICH, *El modelo antropológico del matrimonio*, Ediciones Rialp, Madrid 2001, pp. 124-129; y para una exposición detenida, cfr. IDEM, *La institución del matrimonio: los tres poderes*, Ediciones Rialp, Madrid 2005.

<sup>86</sup> En este punto resulta elocuente que, con ocasión de explicar el alcance de la expresión *formas de matrimonio* contenida en el artículo 32.2 de la Constitución española, Reina afirma categóricamente “que es una asunción constitucional del deseo de ‘pacificación religiosa’ (...), y no una exigencia del principio de libertad religiosa, porque ni siquiera un sistema de matrimonio civil obligatorio clásico hubiera conculcado tal principio, puesto que sería inaudito considerar que el matrimonio civil obligatorio –tan usual en tantos países democráticos que han constitucionalizado desde hace tiempo la libertad religiosa, incluso contra los postulados seculares de la Iglesia Católica– se opone a tal principio y derecho fundamental” (V. REINA, “El sistema matrimonial español”, en AA. VV., *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano. Actas del simposio celebrado en Barcelona los días 29 de febrero y 1 de marzo de 1980*, Gráficas Montreal, Barcelona 1980, p. 316).

<sup>87</sup> Cfr. H. FRANCESCHI, *El contenido y la determinación del «ius connubii» y sus manifestaciones en el sistema matrimonial vigente*, en “Ius Canonicum”, 57 (2007), p. 76.

<sup>88</sup> Si tomamos como ejemplo el caso español, comprobaremos que los términos en que aparece reconocido el matrimonio canónico –con cierta sustantividad–, no solo en el Acuerdo sobre asun-

demás matrimonios religiosos con Derecho propio (judío, islámico, etc.) cuando se han incorporado al sistema.

## 5.2. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO RELIGIOSO CON EFECTOS CIVILES

El momento presente resulta especialmente propicio para replantearse la relación entre matrimonio y religión, y sus consecuencias en el plano de los derechos implicados, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito interno de los Estados.

No son pocos los autores que abordan la cuestión afirmando con absoluta rotundidad que el matrimonio civil obligatorio lesiona el derecho fundamental a la libertad de conciencia y de religión, más si cabe cuando el Estado exige, además, que la celebración civil preceda a la posible ceremonia religiosa<sup>89</sup>. En cambio, a otros les resulta plenamente compatible con la libertad reli-

giosos jurídicos con la Santa Sede sino también en el propio Código civil, no permiten considerarlo como una simple forma de celebración del matrimonio civil y mucho menos confundir la forma jurídica canónica con una ceremonia religiosa de celebración civil de este. Pero queda claro que el matrimonio canónico y las resoluciones eclesiásticas ya no producen efectos civiles automáticamente. En consecuencia, los criterios tradicionales de calificación del sistema resultan en buena medida insuficientes. Podemos afirmar que estamos ante un sistema de matrimonio civil facultativo, pero es inútil tratar de adscribirlo al modelo latino o al anglosajón. Teniendo en cuenta que junto al matrimonio canónico, concurren otros matrimonios religiosos (evangélico, judío e islámico), lo que interesa determinar a efectos prácticos es el grado de eficacia civil de cada uno de ellos, pero no solo en el momento constitutivo o de la celebración –como venía sucediendo hasta la reforma de 1981–, sino también en el momento registral o de la inscripción en el Registro civil y en el momento crítico o de la separación, nulidad o disolución del matrimonio. Cfr. J. FERRER ORTIZ, *La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho español*, en “Ius et Praxis”, 14 (2008), pp. 373-406; y, por extenso, IDEM, *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*, Eunsa, Pamplona 1986.

<sup>89</sup> Cfr. A. M. CELIS y C. DOMÍNGUEZ, “Celebración del matrimonio en Latinoamérica...”, cit., p. 12. Como explica Bidart: “Mal se puede decir que ‘después’ del acto civil los contrayentes gozan de plena libertad para casarse de acuerdo al culto que profesan. Pero ‘antes’ han debido soportar una ceremonia laica que, para ellos, no es matrimonio según su conciencia (...). La libertad de conciencia padece lesión porque se obliga, sin necesidad, a protagonizar un acto civil que los esposos omitirían de buen grado para celebrar solamente el rito matrimonial de su fe. El no ser obligado a practicar ceremonias que la conciencia repudia, integra la libertad de religión, libertad que no queda salvada con el ‘permiso’ de ir luego al templo a casarse religiosamente. Este ‘pedazo’ de libertad que el Estado regala, no subsana la violación que antes se ha inferido a la conciencia religiosa, imponiendo a las partes un matrimonio civil insoslayable y privándoles de convertir el matrimonio religioso en unión civilmente válida por sí misma, con el solo registro ante el Estado” (G. BIDART CAMPOS, *El «ius connubii» y la libertad religiosa en la Constitución argentina*, en “Revista de Derecho español y americano”, 24 [1969], p. 14).

De especial interés es el trabajo de Roca, en el que, además de analizar el régimen jurídico del matrimonio civil obligatorio en los Estados centroeuropeos de lengua alemana, ofrece una breve síntesis de sus antecedentes históricos y se hace eco de algunas opiniones que abogan por su derogación, por los motivos señalados (cfr. M. J. ROCA, *El respeto a la libertad religiosa de los contrayentes y la obligatoriedad de la celebración civil previa a la religiosa. Discusión doctrinal*

giosa y de conciencia, porque consideran que no forma parte de su contenido el que la celebración de ritos matrimoniales haya de ir acompañada de eficacia civil<sup>90</sup>, o porque antes o después del matrimonio civil se puede celebrar matrimonio religioso<sup>91</sup>. En cambio, precisamente este último extremo suscita reservas en algunos autores, pues implica que el Estado prohíbe celebrar matrimonio exclusivamente religioso, sin efectos civiles, cuando entienden que pertenece al derecho a manifestar la propia religión<sup>92</sup>.

Otros autores acometen el asunto directamente, planteándose si la eficacia civil del matrimonio religioso forma parte del contenido esencial de la libertad religiosa. Unos se apoyan en la jurisprudencia europea para recordar el margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH, de tal manera que el Estado no está obligado a reconocer el matrimonio religioso, pero nada le impide hacerlo<sup>93</sup>. Sin embargo, a renglón seguido, varios añaden que esta última sería “la actitud más respetuosa con el derecho de libertad religiosa”<sup>94</sup> y “más conveniente por cuanto puede facilitar su ejercicio”<sup>95</sup>, palabras

y propuestas de lege ferenda en el *Derecho comparado centroeuropeo*, en “Ius Canonicum”, 57 [2007], pp. 505-525).

<sup>90</sup> Cfr. J. M. MARTINELL, *Matrimonio y libertad de conciencia*, en “Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos”, 0 (2000), pp. 75-76. En el mismo sentido, se ha afirmado que “la solución más perfecta, desde nuestro punto de vista, en relación al derecho a celebrar ritos matrimoniales, es el reconocimiento, tan sólo de la forma civil. Solamente ésta debería tener eficacia para el ordenamiento estatal, sobre todo si tenemos presente todos los problemas que plantean la inscripción de formas religiosas para salvaguardar el principio de seguridad jurídica y un sistema respetuoso con el principio de igualdad” (J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *El derecho a celebrar ritos matrimoniales*, en «Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos», 0 [2000], pp. 75-76).

<sup>91</sup> Cfr. M. MURILLO MUÑOZ, “El matrimonio y el derecho a fundar una familia”, en A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ (dir.), *El Derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea...*, cit., pp. 309-312. “Únicamente cabe preguntarse —añade la autora— por la conveniencia de que subsistan en algunos ordenamientos europeos, las incriminaciones para los ministros de culto que celebren un matrimonio religioso previo al civil. Si se niega cualquier eficacia al matrimonio religioso, al Estado debería serle indiferente que los ciudadanos celebraran el matrimonio religioso antes o después del civil, ya que la situación de aquellos que optan por un matrimonio religioso, sin contraer matrimonio civil es, jurídicamente, análoga a la de una relación de hecho” (*Ibidem*, pp. 309-310).

<sup>92</sup> Cfr. I.C. IBÁN y S. FERRARI, *Derecho y religión en Europa occidental*, cit., p. 48.

<sup>93</sup> Cfr., por todos, O. CELADOR ANEGÓN, *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Dykinson, Madrid 2011, pp. 239-240.

<sup>94</sup> J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio europeo de derechos humanos*, en “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado”, II (1986), pp. 437-438.

<sup>95</sup> D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, “Libertad de conciencia y matrimonio”, en A. CASTRO JOVER (pres.), *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao 2001, p. 57. En el mismo sentido, cfr. I. MARTÍN SÁNCHEZ, *Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia*, en “Revista

que permiten deducir que albergan dudas acerca de que la solución adoptada hasta ahora en el ámbito europeo sea la más adecuada o de que el asunto haya quedado zanjado por completo.

De hecho, tal y como hemos tenido oportunidad de ver, la realidad es que ni la Comisión ni el Tribunal de Estrasburgo han tenido ocasión de pronunciarse sobre el fondo del asunto, es decir, sobre si el derecho a contraer matrimonio religioso está comprendido dentro del artículo 9 del Convenio, aunque sometido a la legislación nacional de acuerdo con el artículo 12. Cuando lo han hecho, ha sido de modo marginal. A este respecto, se ha señalado con acierto, que no sería descabellado pensar que si alguna confesión religiosa planteara una demanda en este sentido, podría suceder que el Tribunal europeo declarara que el sistema de matrimonio civil único y obligatorio es contrario a la libertad religiosa<sup>96</sup>.

Desde luego, un pronunciamiento de este tipo no sería una sorpresa, si se tiene en cuenta que en los últimos años existen signos que evidencian un cambio de actitud de algunos países hacia una mejor y mayor comprensión de la libertad religiosa y de sus consecuencias. En concreto, en el campo de los sistemas matrimoniales, el matrimonio civil facultativo tiende a extenderse en detrimento del sistema de matrimonio civil obligatorio, y es lógico que así suceda<sup>97</sup>. En unos casos, se trata de países que, después de años de dominación soviética y persecución religiosa, recuperaron su libertad, y el restablecimiento de relaciones con la Iglesia católica se ha traducido de forma inmediata en la firma de Concordatos que dedican al reconocimiento de efectos civiles del matrimonio canónico alguno de sus preceptos: Polonia (1993, art. 10), Croacia (1996, art. 13), Estonia (1998-1999, art. 8), Letonia (2000, art. 8), Lituania (2000, art. 13) y Eslovaquia (2000, art. 10). En otros casos, se trata de Acuerdos concordatarios con países de tradición católica, como Malta (1993, arts. 1-11 y protocolos adicionales de 1993 y 1995), Portugal (2004, arts. 13-16), Andorra (2008, arts. 9-10) y Brasil (2008, art. 12)<sup>98</sup>. De singular relevancia, por su novedad y ámbito cultural y geográfico, son los Acuerdos firmados más recientemente todavía con países de África en los que igualmente se reco-

General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 11 (2006), p. 34.

<sup>96</sup> Cfr. M. J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, *El matrimonio en los Estados de la Unión Europea...*, cit., p. 32.

<sup>97</sup> Cfr. R. NAVARRO-VALLS, “Los efectos civiles del matrimonio religioso”, en J. ADAME GODDARD *et alii*, *Derecho fundamental de libertad religiosa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1994, pp. 136-142.

<sup>98</sup> Cfr. los textos de los Concordatos en J. M. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di Concordati 1950-1999*, cit., e IDEM, *I Concordati dal 2000 al 2009*, cit.

noce la eficacia civil del matrimonio canónico: Mozambique (2011), Guinea Ecuatorial (2012), Burundi (2012) y Cabo Verde (2013)<sup>99</sup>.

En la misma dirección cabe señalar el hecho de otros países que han abandonado el sistema de matrimonio civil obligatorio, como es el caso de Chile, ya mencionado; o que podrían hacerlo en breve, como Argentina, de aprobarse alguno de los proyectos de ley de libertad religiosa que se vienen discutiendo en los últimos años<sup>100</sup>. Todo ello sin olvidar países como Uruguay<sup>101</sup> y Perú<sup>102</sup> en los que por de pronto se ha abierto el debate doctrinal sobre la conveniencia de superar el matrimonio civil obligatorio y dar paso a un sistema facultativo, en sintonía con la libertad religiosa. También es oportuno mencionar otros países, como la República Dominicana, que han superado el binomio matrimonio civil-matrimonio canónico y se han abierto al reconocimiento de otros matrimonios religiosos<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> De estos Concordatos da noticia el *Vatican Information Service* en sus respectivos boletines, de 9-12-2011, 15-10-2012, 8-11-2012 y 11-6-2013. A este grupo podría sumarse Gabón, que en el Concordato firmado en 1997 reconoce la particular importancia que tiene el matrimonio canónico en la construcción de la familia en el país, en razón de su valor espiritual, moral y educativo (art. 12.1); y se compromete a trabajar con la Santa Sede en el eventual reconocimiento del matrimonio canónico y de sus efectos civiles (art. 12.2) (cfr. J. M. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di Concordati 1950-1999*, cit., pp. 226-227).

<sup>100</sup> Tanto el proyecto de Ley de libertad religiosa de 1992, como los sucesivos, consideran que forma parte de dicha libertad el derecho de la persona a *celebrar matrimonio según los ritos de su religión, sin perjuicio del cumplimiento de las leyes civiles* (cfr. art. 2.16 del Proyecto de 5-5-2012, accesible en <<http://www.libertadreligiosa.org.ar/web/ProyectosLeyesArgentinas.htm#ProyectoLeyLibReligAtanasof2012>>, última visita 8-9-2013). Cfr. también J. G. NAVARRO FLORIA, *La legislación en materia de libertad religiosa en América Latina y en especial en la República Argentina*, en "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", XIII (1997), pp. 182-183.

<sup>101</sup> Cfr. C. ASIAÍN PEREIRA, *Efectos civiles del matrimonio religioso en Uruguay*, 2007, pp. 13-15, en <<http://libertadreligiosa.net/articulos/asiain3.pdf>> (última visita 8-9-2013); y A. PEREYRA HEBERLING, "Matrimonio en Uruguay: una propuesta a la luz de la libertad religiosa", en C. ASIAÍN (coord.), *Derecho y Religión*, Universidad Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo 2012, pp. 156-159.

<sup>102</sup> Cfr. C. M. VINCES ARBULÚ, *El matrimonio canónico en el ordenamiento peruano...*, cit., pp. 79-124.

<sup>103</sup> La Constitución de 2010 establece que «los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales» (art. 55.4) y la Ley 198-11 de 2001, que regula los matrimonios religiosos y sus efectos, modifica el artículo 55.2 de la Ley 659 de 1944, que queda redactada en los siguientes términos: "Clases de matrimonios. La ley reconoce, con los mismos efectos jurídicos, dos clases de matrimonios: el civil, que es el que se contrae de acuerdo con los preceptos de la ley civil, y el religioso, que es aquel que se contrae de acuerdo a las normas y cánones de las iglesias establecidas en el país de conformidad a las leyes". Cfr. M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Las leyes de libertad religiosa española y portuguesa y su influencia en las leyes y en algunos proyectos de ley de libertad religiosa iberoamericanos*, en "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 30 (2010), pp. 17-21. Para una visión general de la libertad religiosa en el país, me remito a N. ABREU PATXOT, *Libertad religiosa y de conciencia en la República Dominicana*, en "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 32 (2013), pp. 1-16.

Por todo ello, parece llegado el momento de *repensar* la libertad religiosa en relación al matrimonio. Como ya puso de manifiesto Spinelli, una de las características de la sociedad civil contemporánea es la de tender cada vez más a la tutela de los derechos humanos en el plano sustancial. El matrimonio es una realidad esencialmente sacra y como tal compromete el derecho de libertad de libertad religiosa, que no puede ser entendido en sentido formal, como sucedía en las Constituciones del siglo XIX, sino que debe ser comprendido y aplicado integralmente en la concreta realidad social, es decir, en todas aquellas relaciones en las que emerge el fenómeno religioso: "En materia matrimonial la libertad religiosa no viene salvaguardada obligando a todos a casarse civilmente, contra conciencia, sino permitiendo a todos casarse según conciencia y, por tanto, según su propio credo religioso"<sup>104</sup>.

Abundando en esta idea, el mismo autor explica que esto no sucede cuando el Estado, aunque se proclame democrático y plural, se limita a garantizar a los creyentes la libertad de elegir la forma religiosa de celebración, mientras que los aspectos sustanciales del matrimonio son regulados por la ley civil. *El derecho del creyente de casarse según conciencia* no queda suficientemente protegido mediante la libertad de elegir el rito, civil o religioso, sino que va más allá y exige que el Estado le reconozca la posibilidad de someter la regulación de su matrimonio a la ley civil o a la ley religiosa. Conviene considerar que este derecho es una aplicación del derecho de libertad religiosa, que hoy día no puede concebirse como mero derecho de manifestar la propia pertenencia religiosa, de ejercitar el culto público, de difundir la propia religión, etc. Ya no se trata solo de asegurar la inmunidad de coacción externa, sino la tutela *positiva*, para favorecer al titular de dicho derecho su explicitación y su ejercicio, acogiendo su acepción más amplia y comprehensiva. Trasladando esto al plano matrimonial, es evidente que el derecho del creyente viene respetado en la medida en que se le reconoce la libertad de vivir de acuerdo con las propias exigencias religiosas. Pero para ello no basta la libertad de escoger el rito, ya que el programa de vida que con él se inicia está destinado a realizarse en el tiempo. Un Estado que se propone garantizar la libertad religiosa tiene que tenerlo en cuenta y reconocerlo<sup>105</sup>.

<sup>104</sup> L. SPINELLI, *Matrimonio civile e matrimonio religioso: problemi e prospettive "de iure condendo"*, en "Il Diritto di famiglia e delle persone", V (1976), p. 746. En el mismo sentido, cfr. A. DE FUENMAYOR, "Derechos fundamentales y familia cristiana", en E. CORECCO, N. HERZOG et A. SCOLA (a cura di), *Les Droits Fondamentaux du Chrétien dans l'Eglise et dans la Société. Actes du IV Congrès International de Droit Canonique*, Éditions Universitaires, Fribourg 1981, pp. 978-979.

<sup>105</sup> Cfr. L. SPINELLI, *Il matrimonio religioso nel pluralismo dei modelli previsti dalla Costituzione*, en "Il Diritto di famiglia e delle persone", VI (1977), pp. 1322-1325; e IDEM, *Il matrimonio canonico e la normativa concordataria*, en "Monitor ecclesiasticus", 1980, pp. 263-265.

En la misma línea se ha recordado que elegir un matrimonio religioso, como el canónico, no consiste de por sí en elegir únicamente la forma de celebración sino su régimen jurídico, sustancialmente distinto del civil. La diversidad conceptual, en la forma y en la sustancia, entre un matrimonio y otro no se reduce a que uno se celebre en el Ayuntamiento y el otro en la Iglesia, sino que uno se rige por la ley y la jurisdicción civiles y el otro por la ley y la jurisdicción eclesiásticas. He aquí el verdadero alcance del reconocimiento del derecho a casarse según la propia conciencia, en este caso religiosa. En el momento presente, en el que la legislación de los Estados se orienta a garantizar la libertad individual, resulta discriminatorio e incoherente no permitir al ciudadano que elija con plena libertad el matrimonio, como acto de celebración y como vínculo o realidad sustantiva. Por eso todo ordenamiento auténticamente democrático y plural debería reconocer no solo la diversidad de ritos matrimoniales, sino la diversidad de clases de matrimonios<sup>106</sup>.

En definitiva, como afirma Spinelli, “es más que evidente que casarse según conciencia significa, en su integridad, permitir al ciudadano someterse libremente a la ley reguladora del matrimonio que sea más conforme con sus propias convicciones éticas y religiosas, aunque con los justos límites que el Estado puede poner teniendo en cuenta la necesidad de proteger el orden público y las buenas costumbres”<sup>107</sup>.

Así pues, a la hora de juzgar la viabilidad del reconocimiento civil del matrimonio religioso, como forma de celebración o como clase de matrimonio, es preciso examinar esos límites. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales los tienen, y el derecho a contraer matrimonio y la libertad religiosa no son una excepción. También es oportuno examinar los obstáculos que habitualmente encuentra la instauración de un sistema matrimonial plural.

Uno de ellos es su supuesta complejidad<sup>108</sup>, fundada en la antigua idea de que solo el sistema de matrimonio civil obligatorio garantiza la certeza y la

<sup>106</sup> Cfr. G. TONDI DELLA MURA, *Pluralità di riti matrimoniali o pluralità di regimini matrimoniali nel sistema concordatario italiano?*, en “Monitor ecclesiasticus”, 1980, pp. 280-284. En el mismo sentido ha afirmado Bañares que “los fieles pueden reclamar en justicia el desarrollo de su derecho a contraer matrimonio de forma íntegra y acorde con su fe, lo cual tiene lugar cuando se acepta el matrimonio canónico no como un mero *modus celebrandi*, sino como el producto de un sistema matrimonial propio y completo” (J. I. BAÑARES, *Libertad religiosa, «Ius connubii» y sistema matrimonial canónico: notas a la luz de la declaración “Dignitatis Humanae”*, en “Ius Canonicum”, 36 [1996], pp. 140-141). Para una exposición más detenida, cfr. Ídem, “Matrimonio ante el Estado y matrimonio ante la Iglesia”, en C. IZQUIERDO y C. SOLER (editores), *Cristianos y democracia*, Eunsa, Pamplona 2005, pp. 307-332.

<sup>107</sup> Cfr. L. SPINELLI, *Il diritto pubblico ecclesiastico dopo il Concilio Vaticano II* [in colaboración con G. Dalla Torre], Giuffrè Editore, Milano 1985, 2.ª edición riveduta ed ampliata, p. 253.

<sup>108</sup> Como afirma Ibán, “eso no sería, en ningún modo, razón suficiente para descartar tal sistema, salvo que consideremos que un límite a los Derechos Fundamentales es la dificultad administrativa en la aplicación del Derecho Fundamental correspondiente. (...) Creemos que si se quiere

unidad del Derecho, a pesar de que la experiencia de distintos países, sociológicamente multirreligiosos, demuestra la inconsistencia de estos argumentos<sup>109</sup>. En ocasiones la oposición al sistema plural confluye en el mismo punto, pero poniendo el acento en el principio de igualdad, empleado en el pasado para secularizar el matrimonio y atribuir al Estado la competencia exclusiva sobre él<sup>110</sup>. Es indudable que nos encontramos aquí ante una visión reductiva, que confunde igualdad con uniformidad, tanto cuando no reconoce el matrimonio religioso en absoluto<sup>111</sup>, como cuando lo admite únicamente como rito de celebración del matrimonio civil<sup>112</sup>. Mientras que, en sentido positivo, “la igualdad se entiende hoy precisamente como idéntico respeto por parte del ordenamiento, de las diversas opciones legítimas de los ciudadanos en los asuntos que conciernen al ámbito de las libertades personales, concebidas como esferas de autonomía, de igual amplitud para cada individuo pero de contenido diferente, que definen la posición del individuo dentro de la sociedad”<sup>113</sup>. Naturalmente, esta visión de la igualdad potencia la libertad y con ella

construir un sistema jurídico que proteja las libertades públicas plenamente, tal sistema debe reconocer plenos efectos civiles a cualquier clase de matrimonio con la única limitación del orden público” (I. C. IBÁN, *Sistemas matrimoniales, libertad religiosa y Constitución española*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense”, 1978, p. 81).

<sup>109</sup> Cfr. I. C. IBÁN y S. FERRARI, *Derecho y religión en Europa occidental*, cit., p. 49.

<sup>110</sup> Cfr. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *El proceso de secularización del matrimonio*, cit., 15-22.

<sup>111</sup> Como explica González del Valle, reconocer la existencia de una diversidad de regímenes matrimoniales aplicables a los ciudadanos de una misma nación no contradice el principio de igualdad, que nada tiene que ver con la uniformidad legislativa. En primer lugar, porque la diversidad existente por razones históricas, culturales y religiosas dentro de cada país exige una diversificación legislativa. En segundo lugar, porque es incongruente hacer hincapié el principio de igualdad de los ciudadanos antes la ley y no criticar al mismo tiempo la diversidad de regímenes jurídicos en relación a otros aspectos del Derecho de familia provenientes de los Derechos forales o, en el ámbito del Derecho comparado, el sistema matrimonial compuesto adoptado por algunos Estados, por ejemplo, de estructura federal. Y, en tercer lugar, porque el *ius connubii* no es un derecho derivado de la condición de ciudadano, sino que es un derecho humano, de tal manera que la igualdad entendida como uniformidad legislativa exigiría establecer un mismo régimen matrimonial para todos, con independencia de su nacionalidad (cfr. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *El sistema matrimonial español...*, cit., pp. 74-75).

<sup>112</sup> A propósito de la modalidad de matrimonio civil que se celebra dentro de un rito religioso, escribe López Alarcón: “Ofrece la máxima expresión de uniformidad civil en un régimen de separación de lo ritual y de lo jurídico, entre matrimonio religioso (ritual) y matrimonio civil (jurídico), moderada con la cooperación material de celebración única”. Pero esta separación, que califica de imperfecta, también “deja malparadas la libertad religiosa en su significación positiva impulsora del pluralismo y la igualdad en su manifestación de respeto a las peculiaridades diversas de las instituciones confesionales” (M. LÓPEZ ALARCÓN, “Tendencias uniformadoras internas en el sistema matrimonial español”, en V. REINA y M. A. FÉLIX BALLESTA [coords.], *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias, Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Barcelona 1994*, Marcial Pons, Madrid 1996, p. 649).

<sup>113</sup> J. T. MARTÍN DE AGAR, “Libertad religiosa y matrimonio de los cristianos”, en E. CORECCO, N. HERZOG et A. SCOLA (a cura di), *Les Droits Fondamentaux du Chrétien dans l’Eglise et dans la Société...*, cit., p. 1.122.

la pluralidad, y en materia matrimonial reclama el respeto de las convicciones personales, de tal manera que no se imponga un único tipo de matrimonio, regido exclusivamente por el Estado, pues equivale a tomar partido por una confesionalidad monocolor de inspiración laicista<sup>114</sup>.

Aflora aquí otro posible obstáculo que es la posición que el Estado adopta respecto al matrimonio y su forma de entender y ejercer su propia laicidad. A partir de la Edad Moderna los Estados empiezan a reclamar la competencia sobre el matrimonio, no tanto para imponer unos criterios éticos distintos a los del matrimonio canónico, hasta entonces dominante en Europa, sino para evitar que las confesiones religiosas impongan su comportamiento de pareja<sup>115</sup>. Así tiene lugar una primera secularización, que no modifica en profundidad la estructura jurídica del matrimonio, aunque sienta las bases para hacerlo a partir de la gradual introducción del divorcio<sup>116</sup>. A finales del siglo XX y al comienzo del siglo XXI, se produce una segunda secularización, mucho más radical, que pone en entredicho otros aspectos esenciales de la institución y la vacía de contenido<sup>117</sup>. Pero a pesar de que el matrimonio se privatiza y se desjuridifica, las uniones de hecho tienden a equiparse al matrimonio y, como fruto de la emigración en Europa, se produce una mayor diversidad matrimonial, de tipo cultural y religiosa, lo cierto es que el Estado se resiste a realizar un amplio reconocimiento del matrimonio religioso, especialmente del canónico<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> A. DE FUENMAYOR, "Derechos fundamentales y familia cristiana", en *Ibidem*, p. 978. Sobre los principios de igualdad y libertad en materia matrimonial, cfr. J. FERRER ORTIZ, *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*, Eunsa, Pamplona 1986, pp. 140-163; y sobre el principio de autonomía privada en la celebración del matrimonio, cfr. Z. COMBALÍA SOLÍS, *La autonomía privada en la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona 1992, pp. 53-57.

<sup>115</sup> Cfr. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español*, cit., p. 303.

<sup>116</sup> Las distintas etapas que va recorriendo, desde el divorcio-sanción o por culpa y el divorcio-remedio, hasta el divorcio consensual y el divorcio unilateral, comportan una modificación del concepto de matrimonio, que paulatinamente se va alejando del modelo canónico consensual y formal, para acercarse al matrimonio romano, como situación de hecho con consecuencias jurídicas. Cfr. J. A. SOUTO, "Matrimonio y experiencia jurídica", cit., pp. 387-390.

<sup>117</sup> Sobre la erosión del modelo clásico de matrimonio, cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, cit., pp. 41-127; y J. FERRER ORTIZ, *Del matrimonio canónico como modelo al matrimonio civil deconstruido: la evolución de la legislación española*, en "Ius et Praxis", 17 (2011), pp. 391-417.

<sup>118</sup> Como explica Ferrari, el primer motivo es que el Estado no quiere limitar en modo alguno su poder sobre el matrimonio, reconociendo un sistema jurídico concurrente con el suyo y admitiendo la vigencia en su propio ordenamiento de normas que él mismo no controla. En segundo lugar, porque el Estado contemporáneo está mejor dispuesto a admitir limitaciones de soberanía provenientes de sistemas jurídicos seculares (p. ej., la Unión Europea) que de ordenamientos jurídicos religiosos. Y, en tercer lugar, porque el proceso de privatización y pluralización de las formas de comunidad de vida de carácter sexual no carece de orientación ni de reglas, como por ejemplo el principio de igualdad de los cónyuges que impide la eficacia civil del matrimonio poligámico y el

Ciertamente en ese contexto la negativa resulta sorprendente, sobre todo cuando se trata de matrimonios de confesiones religiosas ampliamente implantadas en un país y aún más cuando pretende justificarse en la laicidad, olvidando el sentido positivo que hoy tiene<sup>119</sup> o confundiendo Estado jurisdiccionalista con Estado laico, aunque nunca el regalismo fue un título de laicidad<sup>120</sup>.

En rigor al Estado no le corresponde imponer una *concepción matrimonio estatal*, tanto si se trata de una alternativa a otros modelos de matrimonio o de un concepto vacío de contenido. Por eso se ha afirmado que su función propia debería ser la de ofrecer una *regulación civil* del matrimonio pero sin adoptar ninguna concepción determinada, ni religiosa ni civil, de tal manera que serían los ciudadanos los que elegirían en uso de su libertad<sup>121</sup>. Y es que, como se ha recordado oportunamente, "no es competencia del Estado definir la verdad, sino proteger eficazmente los derechos fundamentales, que son espacios de libertad en los que cada ciudadano, en y por sí mismo, puede y debe hallar la verdad y realizarla en su vida"<sup>122</sup>. En consecuencia, en virtud del

repudio, y también prohíbe limitar el derecho de las partes a poner fin al matrimonio o a la unión civil. En definitiva, es posible que en aras de la pluralidad sean cada vez más los Estados que reconozcan el matrimonio celebrado en forma religiosa y que deroguen la anacrónica prohibición que impide celebrar el matrimonio religioso antes que el civil. Sin embargo, parece improbable que vayan a ir más allá en el reconocimiento de la sustantividad del matrimonio religioso (cfr. S. FERRARI, *La rilevanza civile del matrimonio canonico negli ordinamenti giuridici dei paesi dell'Unione europea. Problemi e prospettive*, en "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 17 [2008], pp. 15-17).

<sup>119</sup> Cfr. R. NAVARRO-VALLS, "Matrimonio, familia y libertad religiosa", en J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ (pres.), *Libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1996, p. 216. Cfr., en el mismo sentido, C. CARDIA, "Stato laico", en F. SANTORO-PASSARELLI (dir.), *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Giuffrè Editore, Varese 1990, p. 889; y M. J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, *El matrimonio en los Estados de la Unión Europea...*, cit., p. 28.

<sup>120</sup> Cfr. A. DE LA HERA, "Problemi e prospettive", en S. BERLINGÒ e V. SCALISI (a cura di), *Giurisdizione canonica e giurisdizione civile*, cit., p. 362.

<sup>121</sup> Cfr. J. M. MARTÍ, "Ius connubii" y *regulación del matrimonio*, en "Humana Iura", 5 (1995), pp. 173-174. Para una exposición más detallada de la propuesta, cfr. C. LARRAINZAR, *Libertad religiosa y reconocimiento civil del matrimonio canónico*, en "Ius Canonicum", 27 (1987), pp. 305-306; y A. DE LA HERA, *La definición del matrimonio en el ordenamiento jurídico español*, en "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", VIII (1992), pp. 35-37.

<sup>122</sup> P. J. VILADRICH, *El modelo antropológico del matrimonio*, cit., p. 50. El autor continúa explicando que para asegurar la certeza jurídica es necesario determinar un momento fundacional de forma clara e inequívoca. Para ello le basta al Estado con adoptar dos medidas: "La primera, el aceptar ese momento fundacional tal y como lo establecen las Iglesias y confesiones religiosas a las que pertenecen sus ciudadanos, los cuales ejercen su *ius connubii* en congruencia con el ejercicio de otros derecho fundamental, a saber, su derecho de libertad religiosa y de cultos. La segunda, es prever una 'forma fundacional' para aquellos de sus ciudadanos que ejercen su *ius connubii* fuera de cualquier convicción o del sistema de cualquier confesión religiosa, y en conexión con los derechos fundamentales de libertad de pensamiento y conciencia" (*Ibidem*, p. 51).

principio de libertad no se trata de imponer a nadie el matrimonio, ni religioso ni civil, como imperativo de la ley del Estado, sino de ofrecerlo como opción a quien libremente lo quiera; y esto no supone merma alguna del principio de igualdad, que solo exige no atribuir a los ciudadanos distintos derechos y deberes, evitando que unos tengan un estatuto personal más favorable que otros<sup>123</sup>.

Y es aquí donde entra en juego el orden público. En sentido negativo, limita al reconocimiento civil de algunos matrimonios religiosos que puedan entrar en colisión con él por diversas razones: por *chocar* con la edad mínima estatal para poder contraer matrimonio, con la existencia de un vínculo matrimonial anterior previo o con una relación de parentesco de consanguinidad en un grado no dispensable por la ley civil<sup>124</sup>. En el primer caso, nos encontraríamos que admitir un matrimonio religioso con efectos civiles por debajo de la edad mínima indispensable civilmente supondría que unos ciudadanos podrían acceder al estado civil de casados antes que los demás, con lesión del principio de igualdad. En el segundo caso se trata de evitar la bigamia, resultado de un primer matrimonio civil subsistente y un posterior matrimonio religioso con tercera persona, con la pretensión de que también produzca civiles, con lesión del principio de unidad del matrimonio<sup>125</sup>. Y en el tercer caso, estaríamos en hipótesis ante un régimen matrimonial religioso con una regulación del impedimento de parentesco de consanguinidad más permisivo que el correspondiente régimen civil, de tal manera que su eventual reconocimiento supondría sortear la prohibición del incesto y atentaría también contra el principio de igualdad.

A estos supuestos hay que añadir otros, habitualmente relacionados con el Islam, como son la poligamia y el repudio de la mujer. Respecto al primero, es sabido que el Corán permite al varón tener hasta cuatro esposas<sup>126</sup>. El

<sup>123</sup> A. DE FUENMAYOR, "Derechos fundamentales y familia cristiana", cit., p. 979.

<sup>124</sup> Cfr. J. FERRER ORTIZ, *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*, cit., pp. 166-171. Sobre la edad matrimonial, cfr. J. CASTRO TRAPOTE, *La edad como presunción legal de capacidad matrimonial en el Derecho civil y en el Derecho canónico*, Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2012 (accesible en <<http://zaguan.unizar.es/record/9365?ln=es>> [última visita 8-9-2013]).

<sup>125</sup> Es ilustrativo el artículo 51 del Código civil español que en su redacción anterior a la reforma mediante Ley 30/1981, de 7 de julio, decía: «No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado civilmente». Sobre su alcance y significado cfr. F. A. SANCHO REBULLIDA y A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, "Artículos 42 a 107", en M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, Edersa, Jaén 1978, pp. 84-92.

<sup>126</sup> "Si teméis no ser equitativos con los huérfanos, entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así, evitaréis mejor el obrar mal" (sura 4, aleya 2).

respeto del orden público veda la eficacia civil de estas uniones en la medida que son estructuralmente contrarias al principio de igualdad de los cónyuges, garantizado por la monogamia como propiedad del matrimonio<sup>127</sup>. También se opone a dicho límite el repudio (*talak*), que permite al marido romper unilateralmente el vínculo matrimonial sin necesidad de causa ni proceso alguno<sup>128</sup>.

Asimismo, aunque no es exclusivo del Islam pero tampoco es ajeno a él, cabe señalar la práctica de los matrimonios a edades muy tempranas, especialmente de la mujer, que no solo chocan con el impedimento de edad en la extensión en que comúnmente se considera de orden público, sino que también podría colisionar con el principio básico de que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial (de los contrayentes)<sup>129</sup>.

Finalmente, es oportuno recordar que el orden público tiene también un sentido positivo, en virtud del cual urge que se posibilite y defienda el ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluidos el derecho a contraer matrimonio y la libertad religiosa, para que sean reales y efectivos<sup>130</sup>. De esta forma, constituye un sólido argumento para el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio religioso con efectos civiles, pues

<sup>127</sup> Sobre la relación entre la poligamia y el orden público, cfr. Z. COMBALÍA, "¿Igualdad o equidad?: el reconocimiento en Occidente de instituciones islámicas de inspiración patriarcal", en B. GONZÁLEZ MORENO (coord.), *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanc, Valencia 2009, pp. 275-285; e I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e ius connubii (especial referencia a la poligamia)*, en A. RODRÍGUEZ BENOIT, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, "Cuadernos de Derecho Judicial", VIII (2002), pp. 192-220. Cfr. también J. L. IRIARTE, "El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas", en C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant Lo Blanc, Valencia 2012, pp. 627-641.

<sup>128</sup> Sobre la relación entre el repudio y el orden público cfr. Z. COMBALÍA, "¿Igualdad o equidad?", cit., pp. 286-293; y A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *La disolución del matrimonio: especial referencia al Islam*, en A. RODRÍGUEZ BENOIT, *La multiculturalidad...*, cit., pp. 299-315.

<sup>129</sup> Esta situación puede darse como consecuencia del papel que el Derecho islámico clásico asigna al tutor de la mujer: si esta es virgen, el *wali* puede concluir el matrimonio sin asegurarse de su consentimiento. Y aunque la norma no está formalmente vigente en los países donde rige la *Sharia*, lo cierto es que la mayoría de ellos son han suscrito la *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 7 de noviembre de 1962 (cfr. Z. COMBALÍA, *Estatuto de la mujer en el Derecho Matrimonial Islámico*, en "Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres", 6 [2001], p. 17). Sobre la preocupación hacia los matrimonios forzados en general, me remito a lo dicho *supra* con ocasión del caso *Khan contra el Reino Unido*, resuelto por la Comisión Europeo de Derechos Humanos el 7 de julio de 1986.

<sup>130</sup> Cfr. J. CALVO ÁLVAREZ, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Eunsa, Pamplona 1983, pp. 281-282; y M. ELÓSEGUI ITXASO, *Derechos humanos y pluralismo*, Editorial Iustel, Madrid 2009, pp. 57-69.



el orden público interno ha de estar no solo al servicio del Estado sino preferentemente al de los ciudadanos y sus derechos inviolables<sup>131</sup>.

## ANUARIO DE DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

VOLUMEN XXX  
2014

### El derecho a contraer matrimonio y la libertad religiosa

<sup>131</sup> Un ejemplo de aplicación de esta dimensión positiva del orden público lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo español de 13 de noviembre de 1995, sobre el reconocimiento de efectos civiles de una resolución canónica de disolución de matrimonio rato y no consumado. En su fundamento jurídico 1 precisa: "Exige determinar si viola o no el orden público interno para denegar la homologación. Para ello ha de tenerse en cuenta la libertad religiosa y de cultos que consagra el artículo 16 de la Constitución, coincidente con el 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (10 de Diciembre de 1948). Al resultar acomodado al orden público interno la celebración de matrimonio canónico, que el Código Civil prevé en sus artículos 49 y 60 con reconocimiento de efectos civiles –y consiguiente reenvío a las normas canónicas–, los particulares que en uso de su libertad de conciencia acceden libre y conjuntamente a dicha forma de unión sacramental, lo hacen con la plenitud de sus efectos y consecuencias, lo que se traduce en que la voluntad respetada de los cónyuges para optar por la forma religiosa se r también al momento de extinción del matrimonio, cuando es decretado con las debidas garantías y formalidades por la autoridad religiosa competente para ello, sin que la voluntad del legislador deba ser obstativa y tenga que imponerse necesariamente para anular la de los contrayentes, cuando no resulta incidencia constatada en el orden público interno, ni choca frontalmente contra los principios generales de nuestro Ordenamiento Jurídico. Entenderlo de otro modo llevaría tener que remontarse a situaciones de mala fe o de fraude a cargo del Estado al hacer inoperante el Acuerdo con la Santa Sede en los supuestos de matrimonio rato y no consumado".

"A falta de pruebas acreditativas de que la decisión pontificia contraría abiertamente al orden público interno, o resulte atentatoria contra el derecho constitucional, *la homologación solicitada resulta estimable, pues el referido orden ha de estar no sólo al servicio del Estado sino preferentemente al de los ciudadanos y sus derechos inviolables*, uno de los cuales es el matrimonio canónico, por estar expresa y legalmente reconocido" (las cursivas son mías).

Para una exposición más detallada, me remito a J. FERRER ORTIZ, *La eficacia civil de las resoluciones matrimoniales canónicas (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 23 de noviembre de 1995*, en "Revista de Derecho Privado", 1996, pp. 480-504.

