

EL RESPETO A LA LIBERTAD RELIGIOSA  
DE LOS CONTRAYENTES  
Y LA OBLIGATORIEDAD  
DE LA CELEBRACIÓN CIVIL DEL  
MATRIMONIO PREVIA A LA RELIGIOSA.  
Discusión doctrinal y propuestas *de lege ferenda*  
en el Derecho comparado centroeuropeo

---

MARÍA J. ROCA

---

SUMARIO

---

**I • INTRODUCCIÓN. PROGRESIVA PRIVATIZACIÓN DEL MATRIMONIO Y MANTENIMIENTO DEL MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO. II • EL MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO EN LOS ESTADOS CENTROEUROPEOS DE LENGUA ALEMANA.** 1. Antecedentes históricos. 2. Derecho alemán. 3. Derecho suizo. 4. Principado de Lichtenstein. 5. Derecho austriaco. 6. Breve referencia a otros Estados centroeuropeos con influencia jurídica alemana. **III • CONSIDERACIONES FINALES: LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS CONTRAYENTES Y CELEBRACIÓN CIVIL OBLIGATORIA Y PREVIA.**

---

I. INTRODUCCIÓN. PROGRESIVA PRIVATIZACIÓN DEL MATRIMONIO Y MANTENIMIENTO DEL MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO

Es un lugar común la reiterada referencia a la privatización del matrimonio. La prevalente protección jurídica de la autonomía privada de los contrayentes ha ido en detrimento de la protección del interés superior que protege el matrimonio: el interés de la familia. Este interés superior ha hecho que el matrimonio, siendo una cuestión íntimamente humana, no fuese nunca una mera cuestión privada<sup>1</sup>, sino también una institución con ciertos rasgos de Derecho público. Una vez que el matri-

1. Entre la abundantísima bibliografía sobre esta temática, puede verse: R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1995, pp. 56 y ss. P. J. VILADRICH, *El amor conyugal entre la vida y la muerte*, Pamplona 2004, p. 37.

monio civil ha perdido la nota de la heterosexualidad, la finalidad de la generación y educación de la prole, y que la facilidad del divorcio dificulta notoriamente la mutua ayuda entre los cónyuges<sup>2</sup>, se argumenta que habría dejado de existir razón alguna (interés común) que justifique la intervención de los poderes públicos<sup>3</sup>.

Pues bien, en todos los países de la Unión Europea intervienen los poderes públicos en el régimen jurídico del matrimonio, y en algunos no sólo esto, sino que además se impone de modo obligatorio la celebración civil previa a la religiosa. ¿Cómo puede entenderse que siga hoy vigente esa obligatoriedad cuando, como se sabe, en aspectos que afectan de modo esencial al núcleo del matrimonio no parece que haya quedado ya ninguna «piedra miliar»<sup>4</sup>? ¿No se presenta como contradictorio el dato de que en Estados donde el número de matrimonios decrece con respecto a las uniones de hecho, y donde está ampliamente reconocida la libertad religiosa, continúe habiendo autores que se pronuncien a favor de la sanción penal por la celebración religiosa previa a la civil? Ciertamente así lo parece. Ahora bien, ha habido propuestas doctrinales que propugnan la instauración de un sistema de matrimonio facultativo y la supresión de la prohibición de que el matrimonio religioso no preceda a la celebración civil. El rechazo de estas propuestas que se hacían *de lege ferenda*, nos parece que apunta hacia la causa de este fenómeno, aunque se presente de modo tan contradictorio. Esta causa parece ser la pérdida

2. Sobre la escisión entre sexualidad, conyugalidad y procreación, puede verse, G. LO CASTRO, *Matrimonio, Diritto e Iustitia*, Milano 2003, pp. 56-61; R. NAVARRO-VALLS, «El retorno del matrimonio», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1999, pp. 161-170; IDEM, *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1995, pp. 89 y ss.; A. BETTETINI, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova 1996; A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *El proceso de secularización del matrimonio*, Madrid 2004, pp. 17-19.

3. J. R. POLO, *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Pamplona 2006, p. 85, señala en la p. 85 con todo acierto que la cuestión de fondo verdaderamente esencial en torno a la regulación del matrimonio es «cuál sea el fundamento por el que se debe seguir manteniendo por parte de la comunidad política un tratamiento singular, privilegiado del matrimonio, habiendo perdido éste la connotación que le confería una trascendencia social más allá del ámbito de los intereses particulares». Y se concluye que «una respuesta a este interrogante en el sentido de propugnar la pérdida del fundamento en cuya virtud se justifica la intervención social, obviamente, haría sencillamente innecesaria la discusión acerca de esas otras cuestiones» (p. 85). J. A. SOUTO PAZ, *Derecho matrimonial*, Madrid 2002, p. 26.

4. R. NAVARRO-VALLS, «Las uniones de hecho en el Derecho comparado», en J. M. MARTINELL-M. T. ARECES PIÑOL (eds.), *Uniones de hecho*, Lleida 1998, p. 28, ha puesto de manifiesto, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la única característica de la vida familiar que parece que queda es la cohabitación.

de toda referencia del matrimonio civil al matrimonio natural<sup>5</sup>, dejándolo reducido a una cuestión formal, susceptible de cualquier contenido.

En las páginas siguientes expondremos brevemente el régimen jurídico del matrimonio civil obligatorio en los Estados centroeuropeos de lengua alemana: la República Federal de Alemania (2), Suiza (3), Principado de Lichtenstein (4), y Austria (5), partiendo de una aproximación a sus antecedentes históricos (1).

El matrimonio civil obligatorio puede decirse que supuso paulatinamente un vaciamiento del contenido del matrimonio<sup>6</sup>, de modo que hoy son instituciones cada vez más distantes entre sí. Resulta difícil dar una definición de matrimonio que englobe no ya al matrimonio civil y a las principales formas de matrimonio religioso, sino incluso dar una definición de matrimonio que comprenda a todos los Estados europeos<sup>7</sup>. No obstante, el matrimonio religioso y el matrimonio civil están obligados a un diálogo permanente y a una recíproca influencia, también allí donde ni siquiera coexisten como formas válidas de celebración<sup>8</sup>. Una de las manifestaciones de ese diálogo fue la discusión<sup>9</sup> que se planteó sobre to-

5. Sobre la concepción del matrimonio como institución natural, cfr. J. HERVADA, «¿Qué es el matrimonio?», en AA.VV., *Divorcio*, Pamplona 1977, pp. 13 y ss.

6. M. LÓPEZ ALARCÓN-R. NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 6ª ed., Madrid 2001, p. 328, señalan cómo precisamente una de las funciones de la forma es la de enseñar y transmitir el contenido propio del matrimonio.

7. R. NAVARRO-VALLS, en M. LÓPEZ ALARCÓN-R. NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho matrimonial...*, p. 22, anota como posible definición común de matrimonio la siguiente «vínculo que nace del insustituible consentimiento de las partes, y que presupone, por tanto, en los contrayentes la capacidad de entender y querer en orden a las obligaciones que se adquieren; vínculo no a plazo, en el que es un elemento *natural*, (aunque *esencial* solamente en los ordenamientos no divorcistas) el tener que durar cuanto dure la vida de los que lo generan, y en el que la disolución, cuando se admite, sólo podrá ser fruto de una voluntad manifestada después de nacido el vínculo, nunca en el momento de su nacimiento». Hasta ahí, pensamos que se puede seguir manteniendo, sin embargo, en el caso del Derecho civil español, ya no sería posible afirmar lo que el mismo autor, siguiendo a Jemolo, afirma: «vínculo monogámico entre personas de diferente sexo, reconocido por el Derecho como fuente de Derechos y obligaciones y generador de un grupo familiar» (p. 22, *supra*).

8. S. BUCHHOLZ, *Recht, Religion und Ehe, Orientierungswandel und gelehrte Kontroversen im Übergang vom 17. zum 18. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1998. En esta monografía se pone de manifiesto el trasfondo religioso de las leyes sobre matrimonio civil. A juicio de este autor, el origen de esas leyes, no fue tanto la atribución al Estado de un poder de organizar la institución matrimonial, cuanto el reconocimiento de una forma secularizada de contraer matrimonio religioso. Cfr. *infra* (inicio del apartado II.1), la referencia a Holanda.

9. H. P. WESTERMANN (hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Münster-Köln, 10. Aufl. 2000, pp. 3291 y ss., allí se recoge por parte de A. Roth una abundante bibliografía sobre esta discusión.

do en Alemania y Suiza acerca de la conveniencia de seguir manteniendo la obligatoriedad del «primado» del matrimonio civil; así llama un sector de la doctrina alemana a la obligatoriedad de que la forma de celebración civil preceda a la religiosa.

El debate doctrinal sobre la relación entre la forma del matrimonio y sus elementos estructuradores básicos, no ha acaparado tanto la atención de los autores españoles como la cuestión de las uniones de hecho<sup>10</sup> o el llamado matrimonio homosexual<sup>11</sup>; sin embargo, consideramos que dar noticia a los colegas españoles de esta discusión entre los civilistas y constitucionalistas de lengua alemana, puede proporcionar algunos elementos de reflexión también muy útiles en nuestro Derecho. Éste es el propósito del presente trabajo.

## II. EL MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO EN LOS ESTADOS CENTROEUROPEOS DE LENGUA ALEMANA

### 1. Antecedentes históricos

La idea generalmente admitida de que la secularización del matrimonio está unida a la Reforma protestante<sup>12</sup>, no debe llevar necesariamente a concluir que la imposición del sistema de matrimonio civil obligatorio en Europa fue un fruto inmediato de la Reforma<sup>13</sup>.

10. J. M. MARTINELL-M. T. ARECES PIÑOL (eds.), *Uniones de hecho*, Lleida 1998; A. CASTRO JOVER (ed.), *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*, San Sebastián 2001; B. SOUTO GALVÁN-E. SOUTO GALVÁN, *Las uniones de hecho en Derecho comparado*, Madrid 2002; D. GARCÍA PARDO, «Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal constitucional», en S. CATALÁ RUBIO, *Evolución del Derecho de familia en Occidente*, Cuenca 2006, pp. 231 y ss.

11. D. TIRAPU, «Perplejidades y contradicciones del pretendido matrimonio homosexual. Comentarios al proyecto de ley de reforma del Código Civil en materia de matrimonio», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 8 (2005); J. R. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de familia*, Madrid 2006; S. CAÑAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual en el Derecho español y comparado*, Madrid 2007; A. PANIZO ROMO DE ARCE, «Encuadre jurídico y constitucional de la ley 13/2005 de 1 de julio en materia de derecho a contraer matrimonio», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 22 (2006), pp. 143 y ss.

12. J. GAUDEMET, *El matrimonio en occidente*, Madrid 1993, pp. 425 y ss.; M. MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Madrid 2006, pp. 180-183.

13. De la abundantísima bibliografía sobre la concepción protestante del matrimonio, remitimos a W. KÖHLER, «Der Anfang des protestantisches Eherechts», en *Zeitschrift der*

Fue en Holanda y Frisia occidental<sup>14</sup> donde se promulgó la primera ley de matrimonio civil (1580). A partir de esa ley, se permitió a los protestantes contraer matrimonio ante un pastor, y se consideró necesario entonces que los católicos pudieran contraerlo ante una autoridad municipal. La Iglesia católica reconoció la validez canónica de un matrimonio celebrado ante una autoridad civil en Holanda, Zelanda y Frisia<sup>15</sup>. Pero no fue esa la experiencia de todos los territorios centroeuropeos de lengua alemana. En Baviera, por ejemplo, el art. 6, 5º del *Codex Maximilianus* (1756) atribuía carácter civil a los esponsales, pero el matrimonio era reconocido como un acto religioso realizado ante el párroco y sometido al régimen de las disposiciones del Concilio de Trento.

La reserva de competencia acerca del matrimonio a favor del Estado no se produjo en Austria hasta la llamada *Ehepatent* de 16 de enero de 1783. No se trató en este caso de la imposición de matrimonio civil obligatorio *tout court*, sino más bien de una verdadera regulación del Estado de todo lo concerniente al matrimonio, en la que la presencia activa del ministro religioso se consideraba una función pública. Posteriormente, la *Patent* de 6 de marzo de 1786 completó las normas relativas al matrimonio, estableciendo para los católicos la obligación de contraer matrimonio ante un sacerdote y reconociendo la intervención del pastor para los matrimonios mixtos. Esta normativa fue derogada por Leopoldo II en el año 1791.

En Westfalia el régimen jurídico del matrimonio civil fue una consecuencia de la entrada en vigor en el año 1808 del Código civil de Napoleón. Como resultado de las ideas ilustradas, los distintos territorios reco-

*Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 61 (1941), pp. 271 y ss.; W. PANNENBERG, *Systematische Theologie*, III, Göttingen 1993, pp. 391 y ss.; T. KOCH, «Das evangelische Eheverständnis nach Luther in der Gegenwart», en *Die konfessionsverschiedene Ehe. Problem für Millionen - Herausforderung für die Ökumene*, Regensburg 1988, pp. 49 y ss.; K.-H. SELGE, *Ehe als Lebensbund*, Frankfurt a. M. et alt. 1999, pp. 77 y ss.; H. LÜCK, «Zu den Anfängen des evangelischen Eherechts in Wittenberg», en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1999, pp. 1549 y ss.

14. Sobre el actual régimen jurídico del matrimonio en Holanda, puede verse, M. J. ROCA, «Las orientaciones fundamentales del Derecho comparado (I). Los sistemas de Europa Occidental», en *iustel.com*, tema 51, 2002; M. J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, *El matrimonio en los Estados de la Unión Europea y la eficacia civil del matrimonio religioso*, Barcelona 2003, pp. 83-90.

15. H. CONRAD, «Die Grundlegung der modernen Zivilehe durch die französische Revolution», en *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 1950, pp. 336 y ss.

nocieron en su legislación el matrimonio civil, tanto a nivel constitucional (Constitución de Frankfurt, de 28 de marzo 1849<sup>16</sup> y Constitución Prusiana, de 31 de enero 1850<sup>17</sup>) como a nivel legislativo: en Baden se introdujo en el año 1860<sup>18</sup>, y en Prusia se reguló por la Ley de 9 de marzo de 1874.

16. E. R. HUBER-W. HUBER, *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. II. Staat und Kirche im Zeitalter des Hochkonstitutionalismus und des Kulturkampfes 1848-1890*, Berlin 1976, p. 34. El art. 150 de esta Constitución, la llamada *Paulskirchenverfassung* decía:

«(1) Die bürgerliche Gültigkeit der Ehe ist nur von der Vollziehung des Civilactes abhängig; die kirchliche Trauung kann nur nach der Vollziehung des Civilactes Statt finden. (2) Die Religionsverschiedenheit ist kein bürgerliches Ehehinderniß». 1º. La validez del matrimonio civil depende sólo de la ejecución del acto civil; la celebración civil sólo puede tener lugar después de la ejecución del acto civil. 2º. La diferencia de religión no es un impedimento matrimonial civil.

17. El art. 19 de esta Constitución establecía: «Die Einführung der Zivilehe erfolgt nach Maßgabe eines besonderen Gesetzes, was auch die Führung der Zivilstandregister regelt»: La introducción del matrimonio civil se regirá por las medidas de una ley especial, que también regulará el régimen del registro civil.

18. En el Gran Ducado de Baden, se dictaron durante de la época de la lucha cultural, un conjunto de leyes (las llamadas *badische Kirchengesetze von 1860*), que estaban en contradicción con el concordato de Baden de 1859. En este acuerdo entre el Romano Pontífice Pío IX y el Gran Duque Federico I, se declara en el art. 5, «Über die kirchliche Rechtsfälle, welche den Glauben, die Sacramente, die geistliche Verrichtungen und die mit dem geistlichen Amte verbundenen Pflichten und Rechte betreffen, hat der Gerichtshof des Erzbischofs nach Vorschrift der Kirchengesetze und nach den Bestimmungen des Concils von Trient zu erkennen. Somit wird derselbe auch über Ehesachen entscheiden jedoch bleibt das Urtheil über die bürgerlichen Wirkungen der Ehe dem weltlichen Gerichte überlassen»: Los conflictos jurídicos que se refieran a la fe, los sacramentos, las disposiciones eclesiásticas, y los derechos y deberes ligados al oficio pastoral, debe conocerlos el tribunal del arzobispado según las prescripciones del Concilio de Trento. Con ello se incluyen también las decisiones sobre cuestiones matrimoniales, sin embargo la decisión sobre los efectos civiles del matrimonio se remite a los tribunales seculares. Cfr. E. R. HUBER-W. HUBER, *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. II. ...*, p. 221. Pero como los liberales elevaron fuertes protestas frente al Concordato, haciendo valer sobre todo que ese texto ponía en peligro la paz religiosa, las Cámaras sostuvieron que era necesario recabar su consentimiento para ese texto. Al año siguiente de su firma, la cámara segunda afirmó que sin la aprobación de los estamentos al concordato firmado le faltaba validez jurídica, por lo que el gran Duque Federico I se vio obligado a retirar el concordato (*ibidem*, p. 231). La ley de 9 de Octubre de 1860, establecía: «(1) Das Aufgebot einer nach den Staatsgesetzen zulässigen Ehe wird auf Ansuchen der Brautleute durch das zuständige Bezirksamt dem Bürgermeister übertragen, wenn dasselbe durch den Pfarrer, als Beamten des bürgerlichen Standes, verweigert oder binnen vierzehn Tagen nach Behändigung des Trauscheins nicht vorgenommen wird. Die Form des Aufgebot bestimmt eine Verordnung. (2) Die Trauung einer nach den Staatsgesetzen zulässigen Ehe nimmt das Bezirksamt nach Badisches Landrecht (L. R.) vom Februar 1809 S. 75 vor und stellt den Eheschein nach L. R. S. 76 aus, wenn der zuständige Pfarrer des Orts, vor welchem die Brautleute dieselbe begehren, die Trauung verweigert oder verzögert. Auf Antrag der Brautleute kann das Bezirksamt einem anderen Geistlichen die Ermächtigung zur Vornahme der Trauung geben. Der Eheschein muß dem zuständigen Pfarrer vorgelegt und von ihm in das Ehebuch eingetragen». (*Ibidem*, pp. 236-237).

En el imperio alemán el matrimonio civil obligatorio no se extendió hasta la ley imperial de 6 de febrero de 1875 (*Reichstandesgesetz*). El primer precedente de esta normativa lo constituye la ley de 4 de mayo de 1870 (*Auslandspersonenstandesgesetz*), por la que el imperio imponía el matrimonio civil obligatorio a todos los alemanes que contrajesen matrimonio en el extranjero<sup>19</sup>.

La Constitución de Weimar, de 11 de agosto de 1919<sup>20</sup>, protege de modo específico por primera vez al matrimonio y a la familia. Sin embargo, el reconocimiento del matrimonio religioso ya no sería nunca más objeto de debate político ni de negociación concordataria<sup>21</sup>.

A la obligatoriedad del matrimonio civil, se añadía hasta 1957 una sanción penal, en caso de que la celebración religiosa precediese a la civil<sup>22</sup>. La concepción del matrimonio como un asunto de carácter re-

19. El desarrollo histórico del Derecho matrimonial civil en Alemania, puede verse en R. SCHUNK, «Matrimonios informes en el Derecho alemán», en *Ius Canonicum*, 39 (1980), pp. 17-38.

20. Art. 119: «(1) Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter. (2) Die Reinerhaltung, Gesundung und soziale Förderung der Familie ist Aufgabe des Staats und der Gemeinden. Kinderreiche Familien haben Anspruch auf ausgleichende Fürsorge. (3) Die Mutterschaft hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staates». 1º. El matrimonio está bajo especial protección de la Constitución en cuanto fundamento de la vida familiar y del sostenimiento y multiplicación de la Nación. 2º. El mantenimiento de la pureza, la salud y el fomento de la familia son tarea del Estado y de los municipios. Las familias numerosas tienen derecho a una asistencia proporcionada. 3º. La maternidad tiene derecho a la protección y la asistencia del Estado.

21. E. R. HUBER-W. HUBER, *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. IV. Staat und Kirche in der Zeit der Weimarer Republik*, Berlin 1988. A lo largo de todo este periodo temporal no parece haber intentos del reconocimiento del matrimonio religioso, ni siquiera en las negociaciones concordatarias, tanto con los *Länder* (Baviera, pp. 293 y ss.; Prusia, pp. 315 y ss.; Sajonia, pp. 345 y ss. y Baden, pp. 349 y ss.) como con el *Reich* (pp. 456 y ss.).

22. Art. 67 de la ley de Registro civil (*Personenstandesgesetz*), que establecía: «Un sacerdote u otro ministro religioso que asiste a la celebración de un matrimonio religioso, sin que le haya sido probado que ya previamente ha tenido lugar la celebración civil, será castigado con una multa de hasta trescientos marcos o con prisión de hasta tres meses». («Ein Geistlicher oder anderer Religionsdiener, welcher zu den religiösen Feierlichkeiten einer Eheschließung schreitet, bevor ihm nachgewiesen worden ist, da die Ehe vor dem Standesbeamten geschlossen worden sei, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft»). Un estudio de este precepto, partiendo de su redacción actual, y remontándose a sus orígenes puede verse en W. STEINMÜLLER, «Kann ein Geistlicher mit Geldbusse belegt werden?», en *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1961, pp. 471-477.

ligioso o civil fue uno de los temas que entraron de lleno en la llamada lucha cultural (*Kulturkampf*)<sup>23</sup>. Para la promulgación de la mencionada ley de 1875 sería decisiva la intervención de Bismarck, quien situó los términos del conflicto acerca del matrimonio atribuyendo a los defensores del matrimonio religioso la pretensión de un fin político: someter el poder temporal alemán a una autoridad extranjera (el Romano Pontífice)<sup>24</sup>. Curiosamente, en los mismos años en que se extendía la obligatoriedad del matrimonio civil, se empezaba a reconocer en Prusia, con mayor extensión que en otros territorios del imperio la libertad religiosa<sup>25</sup>. Es decir, en su origen no se veía la relación que hay entre el reconocimiento civil de la forma religiosa de celebración del matrimonio y la libertad religiosa de los contrayentes. Como se ha dicho, todo el debate estaba situado en el marco de la lucha cultural y de la afirmación del poder temporal alemán. En la discusión de la época no resultaban decisivos los argumentos acerca de la libertad religiosa de los contrayentes.

En Austria hasta su anexión por el Tercer Reich en 1938<sup>26</sup> no se introdujo el matrimonio civil obligatorio. La ley de 6 de julio de 1938 (*Großdeutsche Ehegesetz*) unificó el Derecho matrimonial alemán y austriaco. En Suiza a lo largo del siglo XIX algunos cantones fueron introduciendo el matrimonio civil; hasta que la ley federal de 1874 lo extendió con carácter general a todo el territorio de la Confederación.

## 2. Derecho alemán

La fuerte protección constitucional y conservación de algunos elementos estructuradores del matrimonio natural por del Derecho civil (heterosexualidad y mayores garantías para la estabilidad en el vínculo<sup>27</sup>),

23. L. RENK, «Staatliche und kirchliche Eheschließung», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, p. 907.

24. S. BUCHHOLZ, «Beiträge zum Ehe - und Familienrecht des 19. Jahrhundert I. Gerlach, Bismarck und die Zivilehe», en *Ius commune*, 9 (1980), pp. 229 y ss.

25. C. STARCK, «Raíces históricas de la libertad religiosa moderna», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 47 (1996), pp. 9 y ss.

26. H. KALB-R. POTZ-B. SCHINKELE, *Religionsrecht*, Wien 2003, p. 497.

27. Sobre la estabilidad del vínculo en el Código civil alemán, dentro de la doctrina española M. J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, *El matrimonio en los Estados de la Unión Europea...*, p. 55.

no obsta para que la doctrina alemana también se plantee si el instituto jurídico del matrimonio y la familia en él fundada tiene futuro en la sociedad alemana<sup>28</sup>, a la vista de las estadísticas<sup>29</sup>. Veamos cuál es su situación legal, y el trasfondo de base religiosa que a nuestro juicio refleja.

El art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn prescribe que el matrimonio y la familia están bajo la especial protección del Estado<sup>30</sup>, lo cual supone a la vez el reconocimiento de un derecho subjetivo y de una garantía institucional, en estrecha dependencia con el reforzamiento extraordinario que ambas instituciones (matrimonio y familia) recibían en la Constitución de Weimar<sup>31</sup>. Sin embargo, esta protección sólo se refiere al matrimonio civil, no al matrimonio religioso. Así lo ha interpretado la jurisprudencia constitucional federal<sup>32</sup>.

La obligación de que la celebración civil del matrimonio preceda a la religiosa es considerada inconstitucional, pues lesiona la libertad re-

28. H.-W. STRÄTZ, «Die Bürgerliche Ehe - ein Auslaufmodell?», en *Karlsruher Begegnung: Dialog zwischen der Juristischen Fakultät der Universität Konstanz und Richtern des Bundesgerichtshofs*, Heidelberg 1998, pp. 1 y ss.

29. Los estudios estadísticos de la década de los noventa, publicados por la *Statistisches Bundesamt* (oficina federal de estadística), revelan lo siguiente: en el año 1991, el número de celebraciones de matrimonio ascendió a 454.000, mientras que en 1999, se contrajeron 431.000. Esta diferencia entre el año de comienzo de la década y el final, no se consideró del todo significativa, pues había sido distorsionador, el deseo de muchas parejas de contraer el día 9.9.99. Más significativa es la comparación con el año 1998, en el que el número de matrimonios celebrados fue de 417.000. La comparación entre convivencia de hecho extramatrimonial (*nichteheliche Lebensgemeinschaft*) ofrece los siguientes datos: en el año 1991, las parejas de hecho ascendían a 1.400.000 (el 7% de todas las parejas), y en 1999 la cifra era de 2.100.000 (lo que supone el 10% de todas las parejas). En el año 2002, el número de matrimonios había descendido a 388.000, y sólo un año más tarde el total era de 358.000 (el descenso es de un 1,4% en un año). Algún autor ve esta tendencia una de las consecuencias de la reunificación alemana. R. PUZA, «The Family in Germany», en L. LEUZZI-G. P. MILANO (a cura di), *La famiglia in Europa*, Siena 2006, p. 99.

30. Art. 6. «(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung». El matrimonio y la familia están bajo la especial protección del ordenamiento estatal. Un comentario a este precepto puede verse en G. ROBBERS, «Artikel 6», en H. v. MANGOLDT-F. KLEIN-C. STARCK (hrgs.), *Bonner Grundgesetz*, 4. Aufl., München 1999, pp. 761 y ss.

31. P. J. TETTINGER, «Der grundgesetzlich gewährleistete besondere Schutz von Ehe und Familie», en *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, 35 (2001), p. 154; IDEM, «Kein Ruhmesblatt für Hüter der Verfassung», en *Juristen Zeitung*, 2002, pp. 1146 y ss.

32. BVerfGE 31, 58 y BVerfGE 53, 224. Cfr. al respecto, G. ROBBERS, «Zivil effects of religious marriage in Germany», en *Marriage and Religion in Europe. Proceedings of the meeting. Augsburg, November 28-29, 1991*, Milano 1993, p. 211.

ligiosa, el principio de igualdad, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>33</sup>.

Aunque desde 1957 la sanción penal ya no esté prevista por el Derecho, ello no ha modificado la práctica habitual de que la celebración civil preceda a la religiosa, y sigue manteniéndose la necesidad de una doble celebración del matrimonio para quienes deseen contraer matrimonio religioso. El deseo frecuentemente manifestado en la doctrina alemana de que los contrayentes tengan la posibilidad de elegir entre matrimonio civil y matrimonio religioso, no ha llegado a tener un reconocimiento legislativo<sup>34</sup>.

Algunos autores, que habían sostenido la necesidad de cambiar la legislación que obliga a la celebración civil previa, y recomendaron el paso del matrimonio civil obligatorio al sistema de matrimonio civil facultativo<sup>35</sup>, sostuvieron después que no, por la dificultad que supondría determinar cuáles son las asociaciones religiosas cuyas formas de celebración tendrían reconocida eficacia civil<sup>36</sup>. Ante la confusión que existe acerca de qué es una confesión religiosa<sup>37</sup>, sería muy difícil delimitar si una secta, un sindicato o un partido político pueden o no también pedir el reconocimiento de sus propias formas de celebración. Por otra parte, se argumenta que la obligatoriedad de la celebración civil es más coherente con la extensión de la posibilidad de divorcio para todo matrimonio, tanto si

33. G. ROBBERS, «Ehe und Familie in evangelischer Sicht-Ein Kurzbericht», en *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, 35 (2001), p. 86; G. ROBBERS, *Zivil effects of religious marriage in Germany...*, p. 212.

34. F. W. BOSCH-C. HEGNAUER-H. HOYER, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung - sinnvoll oder überholt? Zum Verhältnis Staat - Kirche im Bereich der Eheschließung: Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz, Österreich und Liechtenstein de lege data und de lege ferenda», en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 44 (1997), p. 1319. En contra, B. WEISMANN, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung - sinnvoll oder überholt?», en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 45 (1998), p. 939.

35. Obsérvese que hablan de matrimonio civil facultativo (*fakultativen Zivilehe*), no del principio de libertad en la elección del matrimonio (*Prinzip der Eheschließungsauswahl*); es decir, la facultad de elegir se reduciría a la forma de celebración, no al régimen jurídico matrimonial en su conjunto.

36. F. W. BOSCH-C. HEGNAUER-H. HOYER, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung - sinnvoll oder überholt?...», p. 1320; B. WEISMANN, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung -...», p. 939, argumenta en el mismo sentido, haciendo referencia a las dificultades que supondría el reconocimiento del matrimonio islámico.

37. G. ROBBERS, «Sinn und Zweck des Körperschaftsstatus im Staatskirchenrecht», en K. H. KÄSTNER-K. NÖRR-K. SCHLAICH (hrsg.), *Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 1999, pp. 411 y ss.

ha sido contraído en forma religiosa como civil. Se evitaría así la incoherencia de que en la declaración de divorcio figurase que ha quedado disuelto el matrimonio contraído ante un ministro cuya confesión no admite el divorcio vincular. A modo de ejemplo gráfico, se propone que el juez civil que declara la sentencia de divorcio, tendría que hacer constar que disuelve el matrimonio celebrado en una catedral católica<sup>38</sup>. Este argumento aportado por la doctrina civilista alemana no nos parece suficientemente fundado; podría declararse también que a los meros efectos civiles se disuelve el vínculo o bien que los efectos civiles del vínculo quedan disueltos, etc. En un Estado en el que el poder civil presta el *ius puniendi* a las iglesias, en caso de incumplimiento del deber de pagar el impuesto eclesiástico, las dificultades manifestadas para reconocer efectos civiles al matrimonio religioso no llegan a comprenderse del todo.

Otra propuesta doctrinal es que a través de un solo acto pudiera tener el matrimonio simultáneamente eficacia civil y religiosa<sup>39</sup>. En principio, parece aceptable, pero al proponerse a través de un acto conjunto, esto se ve cada vez más difícil en un momento en que el matrimonio civil y el canónico tienen puntos esenciales distintos.

Hasta el momento, el Derecho civil alemán no ha reconocido los llamados «matrimonios homosexuales». Las últimas modificaciones del Código civil en materia de convivencia de hecho<sup>40</sup>, no atribuyen a la convivencia estable de dos personas del mismo sexo la calificación de matrimonio. Este tipo de unión se regula conjuntamente con las parejas de hecho heterosexuales<sup>41</sup>, y recibe el nombre de «comunidad de vida» (*Lebensgemeinschaft*), no de matrimonio.

38. F. W. BOSCH-C. HEGNAUER-H. HOYER, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung - sinnvoll oder überholt?...», p. 1320. No se entiende del todo cómo este autor defiende esta postura para el Derecho alemán y critica, en cambio, la situación del Derecho austriaco, porque le parece que el hecho de que sólo se pueda contraer matrimonio civil válido ante el funcionario del registro civil puede resultar una carga para los contrayentes creyentes.

39. F. W. BOSCH-C. HEGNAUER-H. HOYER, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung - sinnvoll oder überholt?...», p. 1321. En contra, B. WEISMANN, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung...», p. 939. Véase también la réplica de F. W. BOSCH, *Erwiderung*, p. 940.

40. La última de ellas, relativa al nombre familiar de los matrimonios y las parejas de hecho, es de 6 de febrero de 2005: *Gesetz zur Änderung des Ehe - und Lebenspartnerschaftsrechts* (BGBl. I S. 203). Está accesible a través de Internet en los comentarios actualizados PALANT *Bürgerliches Gesetzbuch* 64. Aufl.

41. *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnergemeinschaften* (BGBl. I S. 203).

La doctrina ha analizado cuáles pueden ser las causas de esta situación con respecto a la institución del matrimonio, y alguno ha querido ver aquí una de las consecuencias de la reunificación<sup>42</sup>, según ya hemos dicho. Para otros como Strätz la paulatina evolución del matrimonio en Alemania a lo largo del siglo XX ha dejado de tener como fin el bien común, y se dirige principalmente a la realización de los intereses privados de la pareja<sup>43</sup>. Y ésta parece ser también la situación dentro de las Iglesias evangélicas de Alemania<sup>44</sup>. La referencia pública del matrimonio se ha desdibujado, en la medida en que no hace referencia al carácter público de la comunidad eclesial<sup>45</sup>. Qué interés pueden tener la sociedad o el Estado en el matrimonio, no aparece claro. Para algunos incluso la pregunta es ya sospechosa. En cambio para otros, la manifestación pública del matrimonio es una forma de asumir la responsabilidad del matrimonio. Las declaraciones de la Iglesia evangélica se caracterizan por una privatización e interiorización del matrimonio<sup>46</sup>. Las Iglesias evangélicas reconocen el matrimonio civil como válido, para ello el Estado tiene que reconocer y proteger los requisitos y el contenido esencial del matrimonio<sup>47</sup>, que parece ser casi exclusivamente la unidad y la heterosexualidad.

En suma, la falta de reconocimiento de efectos civiles al matrimonio religioso en la República Federal de Alemania, parece deberse al debilitamiento de su contenido, de modo que la doctrina en último término parece aferrarse a la forma civil de celebración casi como si se tratara del último reducto que queda para identificar esta milenaria institución. Por otra parte, el mantenimiento de la heterosexualidad es una manifestación, en cambio, de la mutua relación entre matrimonio civil y matrimonio religioso. Si el Estado alemán reconociese el matrimonio homosexual, las iglesias protestantes seguramente tendrían que proceder a regular el matrimonio para sus fieles, porque ya no se reconocería uno

42. R. PUZA, «The Family in Germany...», p. 99.

43. H.-W. STRÄTZ, «Ehe und Familie als Institute des bürgerlichen Rechts - Eine Bestandsaufnahme im Hinblick auf die faktische und rechtliche Gleichstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft», en *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, 35 (2001), p. 19.

44. H. LÜCK, «Zu den Anfängen des evangelischen Eherechts...», pp. 1549 y ss.

45. G. ROBBERS, «Ehe und Familie in evangelischer Sicht-Ein Kurzbericht...», p. 86.

46. G. ROBBERS, «Ehe und Familie in evangelischer Sicht-Ein Kurzbericht...», p. 86.

47. G. ROBBERS, «Ehe und Familie in evangelischer Sicht-Ein Kurzbericht...», p. 86.

de los requisitos esenciales del matrimonio según la doctrina evangélico-luterana. De este modo, se reduciría notablemente el número de contrayentes a los que interesaría el matrimonio civil. Otros argumentos presentes en la doctrina, nos parecen menos relevantes, pues de hecho, el matrimonio religioso celebrado en el extranjero puede tener efectos civiles en Alemania<sup>48</sup>.

### 3. *Derecho suizo*

El Código civil suizo de 1907 establecía en su art. 118:

«El funcionario del registro civil expedirá a los cónyuges inmediatamente después de la celebración el certificado de matrimonio.

La celebración eclesiástica no debe tener lugar sin la presentación del certificado de matrimonio.

Por lo demás el matrimonio religioso en cuanto tal no se ve afectado por las normas de esta ley».

Este artículo ha sido modificado<sup>49</sup>, pero continúa manteniéndose la prohibición de la celebración religiosa antecedente a la civil. El precepto actualmente en vigor acerca de la celebración del matrimonio es el art. 97 III, y reza así:

«Está prohibido llevar a cabo una celebración religiosa del matrimonio antes de que haya tenido lugar la celebración civil».

La crítica que hace Hegnauer<sup>50</sup> a la supresión de la sanción penal cuando no se cumple la obligación de contraer matrimonio civil con carácter previo al religioso, es que podrían darse situaciones de bigamia. Ciertamente así es, pero a mi modo de ver la conclusión no sería que se necesita la sanción penal, sino más bien que resulta recomendable el reconocimiento civil del matrimonio religioso. Si se diera este reconocimiento se evitarían situaciones de bigamia, aunque no se celebre matrimonio civil.

48. G. ROBBERS, «Zivil effects of religious marriage in Germany...», p. 212.

49. La modificación iniciada con el anteproyecto de ley de 1992 afecta al registro civil, a la celebración del matrimonio y al divorcio.

50. C. HEGNAUER, «Schweiz», en *Zeitschrift für Zivilstandwesen* (1997), p. 196

Hasta donde hemos podido conocer, las Iglesias derivadas de la Reforma en la Confederación Helvética no han intentado ejercer su influencia en la regulación del matrimonio, aunque alguna de ellas tenga normas expresas acerca el matrimonio de sus fieles<sup>51</sup>.

El matrimonio religioso celebrado en el extranjero, que tenga validez civil en el lugar de celebración, tiene reconocimiento civil en Suiza, a tenor del art. 45 I de la ley federal sobre Derecho internacional privado<sup>52</sup>.

#### 4. *Derecho del Principado de Lichtenstein*

El territorio de Lichtenstein, elevado a principado por el emperador Carlos VI en 1719, fue a partir de 1866 Estado independiente, por lo que no estuvo sometido a las leyes imperiales alemanas de matrimonio. Este pequeño Estado estuvo mucho más influido por el Derecho austriaco. Lichtenstein incorporó a su Derecho en 1812 el código civil austriaco de 1811. De ahí la fuerte influencia del matrimonio canónico en este Estado: el matrimonio canónico estaba plenamente reconocido (también su carácter indisoluble hasta 1973) y era obligatorio para los católicos. El Derecho concordatario austriaco no tuvo en cambio vigencia en el Principado. Ni las modificaciones legislativas subsiguientes a la revolución de 1818 y 1819 ni las que se produjeron como consecuencia de la anexión de Austria en el año 1838, tuvieron influencia en el Derecho de Lichtenstein<sup>53</sup>.

La ley de matrimonio de 13 de diciembre de 1973<sup>54</sup> introdujo el matrimonio civil obligatorio, sin consideración alguna a la pertenencia religiosa de los contrayentes, y estableció la posibilidad de divorcio, de modo que hoy la doctrina considera que la legislación de este Principa-

51. Así, en el Cantón de Zürich, *Kirchenordnung der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich* von 1967, art. 68 I, establece que los nuevos esposos se prometen entre sí y ante Dios vivir el matrimonio según el espíritu del Evangelio.

52. *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)* von 1987.

53. F. W. BOSCH-C. HEGNAUER-H. HOYER, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung - sinnvoll oder überholt?...», p. 1319.

54. S. BERGMANN-M. FERID-D. HENRICH, *Internationales Ehe - und Kindschaftsrecht*, 6ª ed., Frankfurt am Mainz (hojas sueltas actualizadas irregularmente hasta la entrega n. 167), (agosto 2006).

do es más deudora de la suiza que de la austriaca<sup>55</sup>. El art. 3 de la Ley de matrimonio establece<sup>56</sup>:

«Después del acto de la celebración estatal del matrimonio, cada uno es libre de acudir al órgano competente para la celebración religiosa. La celebración religiosa no debe llevarse a cabo sin la presentación del certificado de matrimonio. Para la celebración religiosa rigen las prescripciones emanadas por la confesión religiosa. Los matrimonios religiosos no se ven afectados en nada más por las prescripciones de esta ley».

Hasta donde nos consta, no hay en Lichtenstein una sanción penal en caso de incumplimiento del orden establecido de celebración<sup>57</sup>.

### 5. Derecho austriaco

El Concordato austriaco de 1855 (art. 20) reconocía el matrimonio canónico para los católicos, que quedaba sometido por entero a la jurisdicción eclesiástica<sup>58</sup>. Esta situación se mantuvo en el Código civil de 1811<sup>59</sup>. Aunque la regulación del matrimonio sigue siendo una materia concordataria, pues en el art. 7 del vigente concordato de 1934<sup>60</sup> se reconoce que el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico tiene eficacia civil<sup>61</sup>, esta norma no se aplica desde la entrada en

55. F. W. BOSCH-C. HEGNAUER-H. HOYER, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung - sinnvoll oder überholt?...», p. 1320.

56. F. W. BOSCH-C. HEGNAUER-H. HOYER, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung - sinnvoll oder überholt?...», p. 1320. «Es steht jedermann frei, nach abgeschlossenem staatlichen Trauungsakt die Ehe auch vor dem Trauorgan einer Religionsgemeinschaft einzugehen. Die religiöse Traufeierlichkeit darf ohne Vorweis des Ehescheins nicht vorgenommen werden. Für diese religiös geschlossene Ehe gelten die von der Religionsgemeinschaft erlassenen Vorschriften. Im übrigen bleibt eine religiös geschlossene Ehe von dem Bestimmungen dieses Gesetzes unberührt».

57. F. W. BOSCH-C. HEGNAUER-H. HOYER, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung - sinnvoll oder überholt?...», p. 1320.

58. H. KALB-R. POTZ-B. SCHINKELE, *Religionsrecht*, Wien 2003, p. 449.

59. J. L. SANTOS DíEZ, «El matrimonio religioso en los países de la Unión Europea», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 15 (1999), pp. 218 y ss.

60. C. CORRAL SALVADOR-J. GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, *Concordatos vigentes*, I, Madrid 1981, p. 439.

61. B. PRIMETSHOFER, *Ehe und Konkordat. Die Grundlinien des österreichischen Konkordatsrechtes 1934 und das geltende österreichische Ehe recht*, Wien 1960; IDEM, «Zur Frage der staatlichen Wirkung kirchlicher Ehen», en *Österreichisches Archiv für Kirchen Recht*, 12 (1961), pp. 131 y ss. En la doctrina española, M. J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, *El matrimonio en los Estados de la Unión Europea...*, pp. 60 y ss.

vigor de la ley para la unificación del derecho a contraer matrimonio y del divorcio de 6 de julio de 1938<sup>62</sup>.

La prescripción del art. 67 de la ley de registro civil según la cual la celebración religiosa del matrimonio previa a la civil estaba prohibida bajo pena, fue declarada inconstitucional mediante sentencia del Tribunal constitucional en el año 1955<sup>63</sup>, argumentando el alto tribunal que la celebración del matrimonio ante un ministro religioso, incluido el momento de la celebración, formaba parte del núcleo esencial del ámbito de libertad de la autonomía eclesiástica en el sentido del art. 15 de la *Staatsgrundgesetz* (ley fundamental del Estado)<sup>64</sup>.

Actualmente en la República de Austria se considera que la fundación del matrimonio sólo tiene lugar mediante la celebración civil<sup>65</sup>. La discusión de si la celebración religiosa debe o no preceder a la civil ha ocupado a la doctrina de ese Estado menos que a los autores alemanes o suizos. La celebración religiosa y cuándo ésta se celebre (antes o después de la civil) permanece a la entera elección de los contrayentes, y al margen de la regulación del Estado<sup>66</sup>. Si unos cónyuges celebran su matrimonio sólo en forma religiosa, ante el Derecho austriaco tienen una convivencia de hecho extramatrimonial.

Sobre el estado actual del posible reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico, que como se ha dicho tiene en este Estado reconocimiento concordatario, recogemos la opinión de un sector doctrinal en Austria. A nuestro juicio, refleja bien que sus planteamientos están, al menos de momento, lejos de

62. H. KALB-R. POTZ-B. SCHINKELE, *Religionsrecht...*, p. 497.

63. H. KALB-R. POTZ-B. SCHINKELE, *Religionsrecht...*, p. 497.

64. La *Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger*, puede consultarse en I. GAMPL-R. POTZ-B. SCHINKELE, *Österreichisches Staatskirchenrecht*, vol. I, Wien 1993, pp. 16 y ss.

65. Ha permanecido el §17,1 de la *Ehegesetz (österreichische Fassung)* (ley de matrimonio, versión austriaca), en el actual §1310,1 del Código civil (BGB). Según éste, «eine Ehe kommt nur zustande, wenn die Eheschließung vor einem Standesbeamten stattgefunden hat» (un matrimonio sólo surge cuando la celebración del matrimonio ha tenido lugar ante un funcionario del registro). W. WALDSTEIN, «Zum Problem der obligatorischen Zivilehe», en H. DE WALL-M. GERMANN (hrsgs.), *Bürgerliche Freiheit und christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2003, p. 531, hace notar el valor que debe atribuirse al «sólo» (nur) que se ha introducido.

66. F. W. BOSCH-C. HEGNAUER-H. HOYER, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung - sinnvoll oder überholt?...», p. 1320.

un posible intento de vuelta a respetar lo acordado. Entiende parte de la doctrina que, aunque el concordato siga vigente, lo que ha quedado derogado es la ayuda estatal que prestaba el Derecho secular para el cumplimiento de lo pactado en el art. 7, párrafo 5 del concordato. Esta derogación entienden<sup>67</sup> que se produjo a través de los reglamentos (*Verordnungen*) que se dictaron en desarrollo de la ley de 6 de julio de 1938, la llamada *Großdeutschlandsehegesetz*. Nuestra falta de un conocimiento más profundo del Derecho austriaco no nos permite hacer una valoración de esta postura, manifestamos sólo nuestra perplejidad ante la posibilidad de que un acuerdo internacional pueda verse derogado a través de reglamentos estatales.

#### 6. Breve referencia a otros Estados centroeuropeos con influencia jurídica alemana

Otros Estados europeos, en los que hubo una notable influencia alemana, tanto política como religiosa y cultural, a través de la Reforma, son la República Checa, Eslovaquia<sup>68</sup> y Letonia. En estos tres Estados, es posible hoy elegir entre matrimonio civil y matrimonio religioso. No rige por tanto el sistema de matrimonio civil obligatorio. En Letonia, después de su independencia de la URSS se reinstauró la Ley de Derecho de familia de 1937, que permite en sus arts. 50 y ss. la libre elección de la forma de celebración de matrimonio ante el ministro sagrado o ante el funcionario del Registro civil. Ministros sagrados reconocidos son los de las distintas confesiones religiosas cristianas y los de la religión judía. En

67. H. KALB-R. POTZ-B. SCHINKELE, *Religionsrecht...*, p. 497. W. WALDSTEIN, «Zum Problem der obligatorischen Zivilehe...», p. 538, en cambio, recoge el intercambio de notas entre la Santa Sede y la Secretaría de Estado en la que la primera pide el cumplimiento de lo pactado, y la segunda manifiesta su deseo de proceder a modificar algunos aspectos.

68. M. J. ROCA, «La legislación sobre libertad religiosa en el Este de Europa. Especial referencia a Ucrania», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 13 (1997), p. 193, se resume brevemente la historia política de la República de Checoslovaquia desde su creación, a partir de los territorios de Bohemia, Moravia y la Silesia Austriaca, por un lado, y Eslovaquia y la región Carpato-Rutena por otro. También se resume el papel político de la minoría alemana. Para un tratamiento in extenso, véase por todos, A. RIBÓ SERVÁN, *El Derecho de libertad religiosa en la República Checa y en la República eslovaca*, Madrid 2005. Para el estudio de la tolerancia en Eslovaquia, desde el punto de vista histórico remitimos a J. PETRÍCK-V. GAL, «Das Toleranzpatent in der Slowakai», en P. F. BARTON (hrsg.), *Im Lichte der Toleranz. Aufsätze zur Toleranzgesetzgebung des 18 Jahrhunderts in den Reichen Joseph II. Ihren Voraussetzungen und ihren Folgen*, Wien 1981, pp. 276 y ss.

la República de Checoslovaquia se modificó en 1992 la ley de matrimonio, y en virtud de los arts. 4ª y ss., se permite la celebración del matrimonio ante los órganos eclesiásticos. Después de la división entre Chequia y Eslovaquia no hay modificación de este régimen en cuanto a la celebración del matrimonio<sup>69</sup>.

### III. CONSIDERACIONES FINALES: LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS CONTRAYENTES Y CELEBRACIÓN CIVIL OBLIGATORIA Y PREVIA

En principio, la obligación prescrita por el Estado a los cónyuges de contraer matrimonio civil con carácter previo al religioso, parece que es tan opuesta a la libertad de los contrayentes como su contraria: una pretendida vinculación a la celebración religiosa previa impuesta por el ordenamiento estatal<sup>70</sup>. Esta última se ve atenuada por parte de los ordenamientos confesionales, cuando mediante un acto formal de abandono de la confesión se deja de estar sometido a dicha obligación para contraer matrimonio válido<sup>71</sup>.

La doctrina suiza es la que permanece anclada con más fuerza (si no es la única) al mantenimiento de las garantías penales a favor del «primado» del matrimonio civil. Las leyes de matrimonio civil de Austria son contrarias a las obligaciones concordatarias vigentes desde hace casi tres cuartos de siglo, por lo que no parece probable que por la vía de la exigencia de cumplimiento de esta norma internacional se vaya a producir algún cambio próximo. De ahí que el respeto de las formas religio-

69. F. W. BOSCH-C. HEGNAUER-H. HOYER, «Ziviltrauung vor religiöser Trauung - sinnvoll oder überholt?...», p. 1320.

70. Éste fue el sistema de matrimonio vigente en España hasta la primera modificación del Código civil que se hizo con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Sobre la evolución de este sistema cfr.: I. C. IBÁN, «El término “profesar la religión católica” en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Ius Canonicum*, 40 (1980), pp. 125 y ss.; M. J. ROCA, *La declaración de la propia religión o creencias en el Derecho español*, Santiago de Compostela 1992, pp. 207-239.

71. Sobre el abandono de la Iglesia, cfr. PONTIFICIUM CONSILIVM DE LEGVM TEXTIBVS, «Litterae circulares missae omnibus Conferentiis episcopalibus (variis linguis exaratae), quoad verba *actus formalis defectionis ab Ecclesia católica* (cc. 1086 §1; 1117 e 1124 CIC) et quaedam epistulae respicientes ipsarum litterarum», en *Communications*, 38 (2006), pp. 180 y ss. Y el comentario a esta circular de H. SCHMITZ, «Kirchenaustritt als *actus formalis*», en *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 174 (2005), pp. 502 y ss. Entre la doctrina española, puede verse: M. J. ROCA, «Valoración de la salida de la Iglesia desde la perspectiva de los sujetos afectados: Estado, Iglesia y persona», en *Ius Canonicum*, 61 (1991), pp. 307 y ss.

sas de celebración del matrimonio tenga hoy más posibilidades de éxito si se fundamenta en la libertad religiosa de los contrayentes que en la vertiente institucional, aunque ésta sea del máximo rango, como lo son los concordatos.

En Alemania, se puede decir que, salvo excepciones<sup>72</sup>, a penas se dan las bases para un debate a fondo acerca del reconocimiento de los matrimonios religiosos. El debate, cuando se plantea, se reduce sólo a la posible elección entre forma de celebración religiosa y civil, y se salda con una respuesta negativa, basada en unos argumentos que contrastan con el amplio reconocimiento del que goza la libertad religiosa individual, y la autonomía de las iglesias y confesiones.

Están lejanos los tiempos en que, por un lado, las iglesias estaban obligadas a «infundir en sus miembros el temor de Dios, la obediencia a las leyes, la fidelidad al Estado y la costumbre de infundir buenos sentimientos hacia sus conciudadanos», a tenor del art. 13 del Derecho General Prusiano, y por otro lado, el Estado asumía la defensa del matrimonio y de la familia con la fuerza con que lo hizo la Constitución de Weimar. Hoy estas dos instituciones son comunidades de vida ofrecidas por el Derecho a la sociedad, de ahí que su fuerza o su debilidad dependan de la medida en que hagan uso de ellas los titulares de la autonomía privada<sup>73</sup>. Sin embargo, ni el Derecho de los Estados ni los Derechos confesionales deberían abandonar estas instituciones al juego de la libre concurrencia de los intereses individuales, pues está en juego un bien público para la sociedad: su propio futuro.

La evolución del régimen jurídico del matrimonio en todos los territorios donde triunfó la Reforma protestante está fuertemente ligada al contexto religioso y cultural. Puesto que la doctrina de Lutero considera el matrimonio una mera cuestión civil, los fieles evangélicos aceptan el régimen matrimonial establecido por la autoridad secular, siempre y cuanto se respeten los elementos estructuradores básicos del matrimonio

72. Tal es el caso de W. WALDSTEIN, «Zum Problem der obligatorischen Zivilehe...», pp. 533-543, quien considera que el matrimonio civil obligatorio supone una restricción a la libertad religiosa individual reconocida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no se justifica como una medida necesaria para el mantenimiento del orden público, y propone que se adopte un sistema similar al del Estado de Nueva Jersey.

73. P. J. TETTINGER, «Der grundgesetzlich gewährleistete besondere Schutz von Ehe und Familie...», p. 154.

natural. Quizá por ello, el Derecho civil alemán no ha regulado la convivencia de hecho entre homosexuales llamándola matrimonio<sup>74</sup>. En la medida en que la normativa civil del matrimonio se aparte de los elementos comunes con el matrimonio natural, los ciudadanos evangélico-luteranos de estos territorios se verán obligados o bien a influir más eficazmente en el régimen del matrimonio civil obligatorio o bien a impulsar un cambio hacia un sistema de matrimonio electivo entre el civil y el religioso.

74. El Tribunal Constitucional Federal en su sentencia de 17 de julio de 2002 (BVerfGE, 1 BvF 1/01 v 17.VII.2002) declaró que la introducción del instituto jurídico de «comunidad de vida registrada» para parejas del mismo sexo no lesiona el art. 6,1 de la Ley Fundamental de Bonn. La especial protección del matrimonio en este artículo no impide al legislador prever derechos y deberes para las parejas del mismo sexo, que las asemejan o igualan al matrimonio. El instituto del matrimonio no se ve amenazado por un instituto que se dirige a personas que no quieren contraer matrimonio entre sí. Como se ve, en Alemania no se ha planteado si a las parejas homosexuales se las puede llamar matrimonio. Allí el debate ha sido si los derechos y deberes reconocidos a las parejas registradas irían en detrimento de la institución matrimonial.

## RESUMEN-ABSTRACT

La discusión que se planteó en Centroeuropa acerca de la conveniencia de mantener la obligatoriedad del «primado» del matrimonio civil, ofrece nuevas reflexiones sobre la relación entre la forma del matrimonio y sus elementos estructuradores básicos, como la heterosexualidad.

Del estudio de las leyes de matrimonio civil de Austria se concluye que para el respeto de las formas religiosas de celebración del matrimonio parece mejor la fundamentación en la libertad religiosa de los contrayentes que en la vertiente institucional.

La doctrina de Lutero considera el matrimonio una cuestión civil, por ello los fieles evangélicos aceptan el régimen matrimonial establecido por la autoridad secular, si se respetan los elementos del matrimonio natural. El Derecho civil alemán no llama a las uniones homosexuales matrimonio. Si la normativa civil del matrimonio se aparta de los elementos comunes con el matrimonio natural, los ciudadanos evangélico-luteranos se verán obligados a influir más eficazmente en el régimen del matrimonio civil o a impulsar el cambio hacia un sistema de matrimonio electivo.

*Palabras clave:* Matrimonio civil obligatorio, Libertad religiosa de los contrayentes, Reforma protestante y secularización de matrimonio.

The discussion that was raised in Central Europe about the expediency of maintaining the obligatory nature of the «primado» of civil marriage, offers new reflections about the relationship between the form of marriage and its structural basic elements, like heterosexuality.

From the study of civil marriage laws of Austria, it is concluded that for the respect of the religious forms of celebration of marriage it seems better the foundation in religious liberty of the contracting parties than in the institutional point of view.

Luther's doctrine considers marriage a civil question. The evangelicals accept the marriage regulations established by the secular authority if the elements of natural marriage are respected. German civil law has not called to homosexual marriages. If the civil norms of marriage separate from the common elements of natural marriage, the Lutheran evangelicals will be obliged to influence more efficiently in the rules of civil marriage or impel a change towards a system of elective marriage.

*Keywords:* Obligatory Civil Marriage, Religious Liberty of the Contracting Parties, Protestant Reform and Secularization of Marriage.