

CAPÍTULO PRIMERO

LA SECULARIZACIÓN DEL MATRIMONIO

El denominado “paradigma de la secularización” fue la perspectiva dominante en la sociología de la religión durante buena parte del siglo XX. Aunque este paradigma sufrió importantes cuestionamientos que lo llevaron a sucesivas reformulaciones, creemos que en lo sustancial sigue siendo válido como forma de entender las relaciones entre la Modernidad (y la Posmodernidad), por un lado, y la religión, por otro.

Los procesos de secularización tienen una virtud particular en el ámbito político-jurídico. La secularización produce en este campo transformaciones de gran significación. La secularización de la esfera pública estatal, uno de los aspectos de la secularización de la política y el derecho en general, se traduce jurídicamente en el principio de neutralidad religiosa estatal, como forma jurídica de la diferenciación funcional entre la esfera estatal y la religiosa. En este trabajo, y por motivos de simplificación terminológica, identificaremos la neutralidad religiosa del Estado con el concepto de laicidad, que usaremos en un sentido genérico sin referencia a un ordenamiento constitucional concreto (salvo que lo indiquemos de otra manera).

Vamos aquí a referirnos a la neutralidad religiosa del Estado en una de sus dimensiones: la creación de un derecho secular. Nos ocuparemos, primero, de la secularización del derecho en general (apartado 1), y luego, entraremos en un campo concreto de la secularización, el del derecho matrimonial (apartado 2). Finalmente, analizaremos las resistencias al proceso de secularización (apartado 3).

6 / Fernando Arlettaz

1. La secularización del derecho

Como ya hemos anunciado, en este primer apartado nos referiremos a la secularización del derecho. Sin embargo, resulta necesario, como paso previo, decir algunas palabras sobre los procesos de secularización en general.

A. *El paradigma de la secularización*

La forma en que se vinculan religión y Modernidad ha sido y es objeto de un constante debate entre los teóricos. No existe una perspectiva teórica generalmente aceptada que dé cuenta de las relaciones entre estos dos conceptos. Las divergencias se deben a diversos factores, entre los cuales no son menores las diferencias terminológicas y geográficas. En efecto, la relación entre Modernidad y religión puede entenderse de maneras muy diferentes, según el modo en que se definan los dos términos de la relación. El concepto de religión y el de Modernidad son polisémicos. Además, según la región geográfica que se enfoque en cada estudio, pueden identificarse dinámicas diferentes, que en algunos casos llegan a ser interpretadas como opuestas.

Desde los estudios de los padres de la sociología, la religión es una de las columnas vertebrales de la disciplina. En estos estudios pioneros, y en los que los han seguido a lo largo de los siglos XIX y XX, ha estado presente la idea de secularización como proceso ligado al desarrollo de la Modernidad, aunque los padres fundadores de la disciplina no hayan construido una verdadera “teoría de la secularización”, tal como sería realizada en la segunda mitad del siglo XX.

En términos generales, puede decirse que entre aquellas propuestas teóricas que aceptan que la secularización (entendida en formas diversas) está ligada a los procesos de modernización de

La secularización del matrimonio / 7

las sociedades pueden distinguirse dos corrientes:¹ teorías radicales y teorías moderadas de la secularización. Para las primeras, existiría un proceso de declinación de la religión que llevaría a su desaparición. De Auguste Comte a Karl Marx, pasando por estudiosos de la religión como Edward Tylor y James Frazer, estas teorías hunden sus raíces en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII y tuvieron gran predicamento en el siglo XIX. Las teorías moderadas de la secularización, en cambio, no pronostican la pura desaparición de la religión, sino más bien una transformación de la religiosidad ligada a su declinación. Aquí encuadran las clásicas teorías de Max Weber sobre el proceso de desencantamiento del mundo y las de Émile Durkheim sobre la transformación de las formas religiosas, o las de Peter Berger y Brian Wilson en la segunda mitad del siglo XX.

En el pensamiento durkheimiano, la religión no estaba destinada a desaparecer, aunque sí a transformarse en forma notoria. Esto tiene que ver con el hecho de que, para Durkheim, la religión está en el origen del ideal moral que provee la base para la cohesión social. El carácter débil de la conciencia colectiva en las sociedades modernas habría de llevar a la atenuación de las formas religiosas históricas. Sin embargo, y a diferencia de otras teorías de la secularización que identifican esta retirada de lo religioso con la etapa moderna, para Durkheim, la secularización de las sociedades se remonta mucho más atrás. La historia de la humanidad es la de una progresiva erosión de la religión en sus formas tradicionales. En un primer momento, de hecho, todo lo que es social es religioso. Luego se va produciendo una separación de las funciones políticas, económicas, científicas respecto de la función religiosa. Sin embargo, el rol regulativo de las religiones debe ser asumido por otras formas, que en este sentido pueden llamarse religiones, de tipo civil o político. Aunque las

¹ Mardones, José María, *Posmodernidad y cristianismo*, Santander, Sal Terrae, 1988, p. 123; Hamilton, Malcolm, *The Sociology of Religion*, Londres-Nueva York, Routledge, 1995, pp. 165 y 166.

8 / Fernando Arlettaz

religiones instituidas puedan erosionarse, la dimensión religiosa en sí misma es inherente al vínculo social.²

Weber se ha referido a los procesos de racionalización que llevan a un “desencantamiento o desmágicación” del mundo. Este desencantamiento implica que la visión del mundo como unidad cósmica es reemplazada por una visión descentrada, diferenciada en compartimentos, cada uno con su propia lógica. El mundo es considerado cada vez más como un entorno calculable y manejado por el hombre, es decir, el resultado de un plan controlado. Hay una pluralización de las esferas de valor: la ciencia, la moralidad y el arte se independizan de la religión. Además de esta fragmentación del mundo en diferentes esferas, se produce la primacía de una de ellas sobre las demás: la primacía de la racionalidad la detenta la ciencia. Desencantamiento del mundo y racionalización son las dos caras de una misma moneda.³

Hacia mediados del siglo XX se desarrollaron varias teorías que, combinando elementos durkheimnianos y weberianos, intentaron explicar el desarrollo de los procesos de secularización modernos. Siguiendo a Weber, Peter Berger⁴ enfatizó que las causas de este proceso de racionalización (y consiguientemente, de la misma secularización) han de verse precisamente en la tradición religiosa judeocristiana de occidente, en relación con las infraestructuras prácticas de la vida social. Al igual que Weber, Berger cree que el desencantamiento del mundo apareció ya en la tradición judía que, a diferencia de otras religiones de la Antigüedad, se relaciona con un Dios que actúa históricamente, y no cósmicamente. El catolicismo representaría en este esquema un reencantamiento del mundo, en el sentido de representar una vuelta a la continuidad divino-humana. El protestantismo,

² Durkheim, Émile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, París, Presses Universitaires de France [1912], 2008.

³ Weber, Max, *Sociologie des religions. Textes réunis et traduits par Jean-Pierre Grossein*, París, Gallimard, 1996.

⁴ *Para una teoría sociológica de la religión*, Barcelona, Kairós, 1981; “Secular Branches, Religious Roots”, *Society*, núm. 20-1, 1982.

La secularización del matrimonio / 9

en cambio, liberó las fuerzas de secularización, ya que es, en relación con el catolicismo, una religión mucho más despojada de elementos mágicos, misteriosos y milagrosos, lo que contribuyó, en buena medida, al proceso de desencantamiento del mundo.

El otro representante significativo de la perspectiva clásica sobre la secularización es Brian Wilson,⁵ quien analiza los procesos de secularización, entendidos como la pérdida de influencia de la religión en la sociedad occidental, desde una perspectiva algo más matizada. Wilson no niega que las fuerzas intrínsecas que pudieran existir en el propio cristianismo hayan tenido su relevancia en el proceso secularizador, pero el hecho de que existan procesos de secularización en marcha también en sociedades no cristianas lleva a pensar en otros factores. El eje pasaría entonces directamente por un proceso de racionalización del mundo, que estaría en la base de la secularización. Así, a medida que los hombres adquieren formas más racionales de vida, disminuyen los intentos de tipo emocional de dominio del mundo, como la religión. Este proceso hace que la sociedad adquiera cada vez más mecanismos de control sobre sí misma: el cambio de enfoque de la otra vida hacia ésta se encuentra asociado al desarrollo del sentido de autodirección social.

Todas estas perspectivas configuran lo que, en conjunto, puede denominarse como “paradigma de la secularización”. El paradigma ha sido criticado por un sector importante de la disciplina casi desde su nacimiento. Las críticas pueden agruparse, globalmente hablando, en dos categorías. Por un lado, están aquellas críticas que se dirigen al postulado central del paradigma, es decir, que cuestionan que exista una efectiva correlación entre Modernidad y secularización. En otras palabras, estas críticas dudan de que el ingreso de una sociedad en la fase que se conoce como Modernidad (y que, como se sabe, implica en grados diversos la industrialización, la urbanización, la racionalización y la burocratización de la vida) signifique al mismo tiempo un

⁵ *La religión en la sociedad*, Barcelona, Labor, 1969.

10 / Fernando Arlettaz

proceso de secularización. El segundo grupo de críticas no niega que en algún momento pueda haber existido una efectiva secularización asociada a la modernización de las sociedades, pero se puntualiza que ciertos fenómenos de las sociedades contemporáneas (el integrismo y el fundamentalismo religiosos, los nuevos movimientos religiosos, las nuevas formas de creencia, etcétera) mostrarían que el proceso de secularización es reversible y que efectivamente se está revirtiendo.

Buena parte de las diferencias se deben a malentendidos conceptuales y terminológicos. Quienes definen la religión en términos funcionales tienden a rechazar que se hayan producido efectivamente los procesos de secularización como decadencia de la religión. Pero sucede que en algunos casos el concepto de religión resulta tan amplio que es muy difícil ver un debilitamiento de éste.⁶

Siguiendo en este punto a Durkheim, Thomas Luckmann⁷ afirma la imposibilidad de la existencia de una sociedad sin religión. Por ello, en lugar de estudiar la secularización como declinación de la religión, se refiere a sus transformaciones en el contexto de la Modernidad. Para comprender este punto de vista resulta esencial abandonar la perspectiva que identifica a la religión con su forma tradicional eclesiástica, que es sólo una de las formas históricas de la religión. Luckmann acepta la caracterización de la Modernidad como un proceso de progresiva diferenciación de las funciones sociales que se emancipan de la lógica religiosa, así como un proceso de progresiva privatización religiosa. Sin embargo, esto no quiere decir que la religión desaparezca, sino más bien que ella se transforma.

Luckmann insiste sobre la subjetivación de las creencias, al afirmar que la segmentación propia de la diferenciación funcional moderna se reproduce a nivel de la conciencia del individuo. Para conseguir estructurar su identidad en relación con una to-

⁶ Hamilton, Malcom, *op. cit.*, p. 166.

⁷ *Invisible religion*, Estados Unidos, MacMillan, 1967.

La secularización del matrimonio / 11

talidad significativa, el individuo debe buscar nuevas formas religiosas, y las encuentra en los diversos modos de autorealización del yo, es decir, mediante un repliegue a la vida privada. Es lo que se denomina “la religión invisible”.

Dejando de lado el problema que puede plantear una definición funcional de la religión, que como vimos puede ser tan amplia que haga que el concepto mismo de declinación de la religión carezca de sentido, existe otro problema de tipo empírico. Éste es relativo a uno de los aspectos de la teoría: el de la decadencia de los niveles de pertenencia y práctica religiosas. El caso incómodo a este respecto han sido siempre los Estados Unidos. Está claro que los indicadores de práctica religiosa en los Estados Unidos están lejos de declinar. Si la sociedad más moderna del planeta (en términos de industrialización, racionalización, etcétera) está lejos de estar secularizada, puede dudarse de la teoría que postulaba que la secularización va de la mano con la Modernidad.

Las críticas al paradigma de la secularización han sido tan severas que algunos de sus antiguos promotores han revisado sus posturas. El caso más significativo es el de Peter Berger, quien en sus escritos más recientes ha abandonado totalmente la teoría de la secularización. La teoría de la secularización no puede servir de paradigma general de interpretación sociológica. Es una teoría que permite explicar ciertas transformaciones en Europa y otros pocos territorios con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, así como en una capa de intelectuales occidentales.⁸

Otros autores, en cambio, han preferido una reformulación de las teorías clásicas. Entre las versiones contemporáneas del paradigma de la secularización pueden encontrarse dos vertientes. Una corriente sociológica ha intentado mantener la perspectiva clásica y ha insistido, aunque con algunos retoques, en la idea

⁸ Berger, Peter, “Secularism in retreat”, *National Interest*, núm. 46, 1996; Berger, Peter et al., *The Desecularization of the World*, Washington, Ethics and Public Policy Center, 1999.

12 / Fernando Arlettaz

de que la Modernidad produce no sólo una diferenciación funcional creciente y la privatización de la religión, sino también la decadencia de las prácticas y creencias religiosas. Una segunda corriente ha reformulado la teoría de la secularización en términos estratificados, de modo que acepta que algunas de las consecuencias secularizadoras de la Modernidad se han producido efectivamente en ciertos niveles, pero rechaza la idea de una secularización lineal y radical.

En la primera corriente se sitúa Steve Bruce, aferrado a los modelos más clásicos de la secularización. Bruce⁹ defiende una idea de la secularización como declinación de la religión en tres aspectos: la religión se retira de ciertos ámbitos en los que antes estaba presente (como la economía y el Estado); la religión pierde prestigio social, y las creencias y prácticas religiosas, así como los patrones religiosos de conducta en la vida cotidiana, pierden peso. Para Bruce, la secularización es un fenómeno moderno, es decir, que se da, en primer lugar, en occidente, y luego, en otros lugares del planeta en la medida en que son exportadas las características de la Modernidad occidental.

La segunda corriente, como dijimos, propone analizar los procesos de secularización desde una perspectiva estratificada. A nuestro entender, este último enfoque es el que provee el marco conceptual más sólido para el análisis de los procesos de transformación de la Modernidad. Una de las principales ventajas del análisis estratificado es que permite identificar las diferentes dimensiones del concepto de secularización, y disipar de este modo algunos malentendidos terminológicos. Los teóricos europeos que describen la secularización del continente la entienden como decadencia de las prácticas y creencias religiosas, asociada a la emancipación de las esferas seculares respecto de las normas e instituciones religiosas, y concluyen que la secularización, así entendida, ha tenido lugar en Europa. Los teóricos estadounidenses, en cambio, suelen entender por secularización el primero

⁹ *God is Dead: Secularization in the West*, Londres, Blackwell, 2002.

La secularización del matrimonio / 13

de los sentidos, es decir, la decadencia de las creencias y prácticas religiosas, no porque en los Estados Unidos no se haya dado la autonomización de las diferentes esferas sociales respecto de la religión, sino todo lo contrario, porque siempre ha existido desde el propio nacimiento del Estado. Así entendida la secularización, los teóricos norteamericanos rechazan que haya tenido o esté teniendo lugar en su país.

José Casanova¹⁰ es uno de los autores que más se ha esforzado por desarrollar este análisis estratificado. La secularización implicaría, en el uso más generalizado del término, la decadencia de las prácticas y las creencias religiosas. En segundo lugar, la secularización significaría una privatización de la religión. Finalmente, la secularización sería la distinción como emancipación de diferentes esferas (Estado, economía, etcétera) respecto de la tutela religiosa.

Tal vez el aspecto más interesante de la aproximación multidimensional es que permite reconocer que las tres dimensiones de la secularización pueden evolucionar y variar independientemente una de otra, de modo que una no es necesariamente un reflejo de la otra. Si a esta multidimensionalidad conceptual se le agrega la consideración de las diferencias geográficas admitiendo que las fronteras nacionales son un factor de importancia al considerar la secularización de las sociedades, el modelo resultaría una interpretación factible de las relaciones entre Modernidad y religión.

Sin duda, los dos contextos geográficos más estudiados en relación con la secularización han sido Europa y los Estados Unidos. ¿Qué sucede más allá de estos contextos? Es todavía objeto de amplio debate si la secularización es un fenómeno propio del mundo occidental o del mundo cristiano en general, y en última instancia, también es opinable si el fenómeno está asociado a los procesos de industrialización, racionalización

¹⁰ "Reconsiderar la secularización: una perspectiva comparada mundial", *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, núm. 7, 2007.

14 / Fernando Arlettaz

u otros específicos de la Modernidad.¹¹ Es posible postular, sin embargo, que la secularización podría haberse dado, en forma variable, en la medida en que estos factores hayan existido en otros puntos del globo. Si el concepto tiene alguna aplicación a las áreas no occidentales es precisamente porque la expansión colonial europea llevó allí elementos propios de la Modernidad y permitió así ciertas dinámicas de secularización. La Modernidad exportada por los europeos no se desarrolló igual en todas partes: hay modernidades múltiples con un núcleo común y desarrollos variados según el lugar. Por eso mismo, hay secularizaciones múltiples.

B. *Modernidad y secularización en el derecho*

La secularización provocó un replanteamiento de las condiciones de legitimidad en los modos de ejercicio de la autoridad política y en las formas de producción y mantenimiento de la dominación a través del derecho. En la Modernidad, el derecho también se secularizó, tanto en su forma de producción como en el contenido de las normas. Aunque, como veremos, las bases del proceso de secularización del derecho habían sido sentadas con carácter previo (por ejemplo, en el alto grado de sutileza casuística alcanzado por el derecho romano, o en la propia distinción medieval entre el ámbito de lo espiritual y de lo terrenal), fue sólo con el desarrollo de la Modernidad que éstas adquirieron virtualidad suficiente como para producir una completa transformación en los modos de producción y en el contenido de las normas jurídicas.

Estos procesos son, en definitiva, los que ya entrevió Max Weber a comienzos del siglo XX en relación con la creciente racionalidad formal del derecho que va desplazando a la irracionalidad teocráticamente condicionada. Si seguimos la interpretación

¹¹ Hamilton, Malcom, *op. cit.*, p. 182.

La secularización del matrimonio / 15

que hace Carlos Cárcova,¹² hay que decir que el proceso descrito por la sociología weberiana es el de un progresivo paso desde el irracionalismo mágico hasta una racionalidad lógica estricta. Este proceso se vincula a un cambio en los responsables de la producción y aplicación del derecho: de profetas jurídicos carismáticos a funcionarios técnicos con formación académica que se desempeñan como juristas profesionales. En términos de Weber,

El desenvolvimiento general del derecho y del procedimiento, estructurado en “etapas teóricas” de desarrollo, conduce de la revelación carismática a través de *profetas jurídicos*, a la creación y aplicación empírica del derecho por *notables* (creación cautelar de acuerdo con los precedentes); después al “otorgamiento” del derecho por el *imperium* profano y los poderes teocráticos y, por último al “derecho sistemáticamente estatuido” y a la “aplicación” del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico-formal. Las cualidades formales del derecho se desarrollan partiendo de una combinación del formalismo mágicamente condicionado y de la irracionalidad, condicionada por la revelación, del procedimiento jurídico primitivo, eventualmente a través de una racionalidad material y anti-formalista racional con arreglo a fines condicionada teocrática y patrimonialmente, hacia la sistematización y creciente racionalidad jurídica especializada y, por tanto, lógica y, con ello —primera-mente desde un punto de vista puramente exterior— hacia una mayor sublimación lógica y una creciente fuerza deductiva del derecho, lo mismo que hacia una técnica crecientemente racional del procedimiento jurídico.¹³

Simplificando bastante los términos, el proceso de secularización del derecho permite contraponer el derecho propio de una sociedad premoderna, es decir, un derecho tradicional, y el derecho propio de una sociedad moderna, es decir, un derecho racio-

¹² *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 30.

¹³ *Economía y sociedad*, Madrid, Fondo de Cultura Económica [1922], 1993, pp. 649 y 650 (cursivas en el original).

16 / Fernando Arlettaz

nal. Esta contraposición es esquemática, y por eso pierde muchos de los matices que podrían aparecer en una explicación más detallada. Sin embargo, sirve para distinguir cuáles son los elementos fundamentales de la constitución de un derecho secular y, paralelamente, cuáles son las tensiones inherentes al proceso de transformación que va desde el derecho tradicional al racional.

Estas contraposiciones pueden mostrarse a partir de ciertos rasgos salientes del derecho tradicional en oposición al moderno.¹⁴ En primer lugar, en las sociedades tradicionales no se verifica la constitución de un campo jurídico independiente de otros mecanismos de regulación de conductas, como la moral o la religión. Posiblemente, esta ausencia pueda explicarse a partir del hecho de que las sociedades tradicionales rechazan la existencia de sanciones identificadas como sanciones propiamente jurídicas, aunque si se tiene en cuenta que la definición del derecho no ha de pasar necesariamente por la existencia de un sistema sancionatorio, tal vez la clave pueda estar en otras dinámicas. Nos alcanza aquí con constatar la ausencia de un campo jurídico independiente de otras formas de regulación social, particularmente, y en lo que más nos interesa, de la religión como forma de regulación social.

En la Modernidad, como ya sabemos, las formas de regulación social de la conducta pasaron por un proceso selectivo que desembocó en la separación del derecho respecto de otras formas de control social. Las sociedades modernas construyeron un concepto de religión como esfera separada de otras esferas sociales (las esferas seculares). Es precisamente esa definición de religión la que permitió articular al derecho como una esfera social independiente de otras formas de regulación social.

Por otra parte, y retomando la línea argumentativa que hace un momento señalamos,¹⁵ cabe encontrar otra diferenciación en el hecho de que las sociedades tradicionales intentan impedir la

¹⁴ Rouland, Norbert, 1995, pp. 48-87.

¹⁵ *Idem*.

La secularización del matrimonio / 17

uniformidad del derecho, manteniendo así las particularidades de los grupos que las constituyen. El derecho interviene de una forma discontinua, porque actúa sobre una sociedad que es ella misma discontinua. La propia sociedad se concibe a sí misma como un ensamblaje de grupos (familiares, residenciales, religiosos, etcétera), cuyos vínculos no son de oposición, sino de complementariedad. La falta de uniformidad del derecho sirve a esta visión discontinua de la sociedad.

El derecho moderno, en cambio, tiene pretensiones de uniformidad que se vinculan a su intento de responder a una construcción de tipo racional. La uniformidad es un requisito que se vincula a la sistematización que aparece en la cita de Weber, y que se dibuja como condición necesaria para permitir una aplicación lógico-deductiva del derecho.

Finalmente, y retomando una vez más la argumentación,¹⁶ la discontinuidad del derecho premoderno hace que, en general, sea mal conocido: los individuos ignoran los usos vigentes en las ciudades próximas o en otros grupos, y esto se refuerza por el carácter oral que en muchos casos asume el derecho.

El derecho moderno, en cambio, tiene pretensiones de publicidad; de hecho, pone en marcha mecanismos que buscan hacer esa publicidad efectiva; sin embargo, se encuentra con obstáculos importantes. En efecto, la racionalización del derecho lleva a éste a una apertura inflacionista, que hace de hecho imposible la publicidad pretendida. Por eso, para remediar este defecto, el derecho moderno recurre a ficciones (como que la ley se presume conocida o que la cosa juzgada es tenida por verdadera).

C. La estatalización del derecho

La transformación por secularización es paralela a los procesos de estatalización del derecho. En la Modernidad, el derecho positivo es producido por la soberanía estatal. Como indica Manuel

¹⁶ *Idem.*

18 / Fernando Arlettaz

Calvo García,¹⁷ la Modernidad jurídica alumbró la preponderancia de la ley estatal como fuente de derecho, conjuntamente con un criterio de interpretación que prioriza la voluntad racional del legislador, entendido como legislador ideal. El jurista deja de ser productor de derecho, para volverse sólo su exegeta, en el contexto de una teoría jurídico-política que construye la idea del derecho como sistema completo, coherente y autosuficiente.

La estatalización del derecho, como “cambio de manos” en la gestión de lo jurídico, tiene un correlato en el discurso político moderno que desvincula la producción y aplicación del derecho respecto de las autoridades religiosas. El rechazo de las posturas político-teológicas de corte dualista significa la afirmación de la centralidad del Estado moderno como autor y ejecutor del derecho. La autoridad religiosa, como la de cualquier otro grupo o entidad intermedia, queda sometida a la autoridad del Estado, gracias a la aparición del concepto de soberanía como *summa potestas* sobre un territorio.

Jürgen Habermas¹⁸ explica acertadamente este proceso, al referirse a la estructura trimembre del derecho premoderno y a su evolución posterior en la Modernidad. Para Habermas, en las culturas premodernas, el derecho se compone de un derecho sacro, administrado por especialistas en teología y derecho; un derecho burocrático, establecido por un rey o emperador, y un derecho consuetudinario. Las dos últimas formas de derecho son derecho profano, por oposición al derecho sacro, divino o natural. Este último está fuera del poder de disposición del príncipe, y le otorga el marco de legitimación dentro del cual puede producir derecho burocrático. Es lo que Habermas, siguiendo a Weber, llama “el doble reino de la dominación tradicional”. En palabras de Habermas:¹⁹ “Todo derecho recibe su modo de validez del origen divino de un derecho natural interpretado en términos cristianos. No puede crearse

¹⁷ *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.

¹⁸ “¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.

¹⁹ *Ibidem*, p. 23.

La secularización del matrimonio / 19

nuevo derecho si no es en nombre de la reforma o restauración del buen derecho antiguo”.

En la Modernidad, el derecho sacro fue perdiendo espacio, como consecuencia de la crisis de los fundamentos religiosos de la sociedad. Al mismo tiempo, se fue reduciendo el campo de actuación del derecho consuetudinario, por su creciente incapacidad para resolver los problemas cada día más complejos que planteaban las sociedades modernas. A medida que las imágenes religiosas del mundo dejaron de ser compartidas para volverse subjetivas y privadas, y el derecho consuetudinario fue cediendo frente al derecho de especialistas, la estructura trimembre del derecho quedó rota. El derecho se redujo al derecho del príncipe, el derecho burocrático. El poder político se liberó de la tutela del orden sacro, y se volvió entonces soberano. La legislación política se liberó del derecho natural administrado por teólogos.

Vaciado el derecho consuetudinario y desencantado el derecho sacro, fue necesario buscar una nueva legitimidad (o como dice Habermas, un “momento de incondicionalidad”) para el derecho positivo. Este espacio fue llenado por el derecho natural racional, que vinculó el derecho moderno a una racionalidad instrumental a través de un concepto tomado del derecho privado burgués: el concepto de “contrato”. Para Habermas, este derecho natural racional apareció en versiones distintas. Hobbes buscó una explicación de la discrecionalidad voluntaria del derecho. Kant construyó un derecho natural racional fundado en términos autónomos, que buscaba ocupar el lugar del antiguo derecho natural de tipo religioso y metafísico. En la doctrina alemana de Savigny, la forma misma del derecho subjetivo propia del sistema del derecho privado garantizaba por sí la moralidad. El propio Habermas formuló una teoría que busca establecer ese momento de incondicionalidad del derecho positivo, y la encuentra en la racionalidad instrumental incorporada al mismo derecho positivo.²⁰

²⁰ *Ibidem*, p. 34. Habermas lo plantea en los siguientes términos: por un lado, los fundamentos morales del derecho positivo no pueden explicarse en forma de un derecho

20 / Fernando Arlettaz

Decíamos más arriba que el proceso de estatalización implicó una centralización en la producción y aplicación normativas que desplazó al jurista de su rol de productor del derecho. Sin embargo, en la temprana Modernidad, el jurista no fue totalmente eliminado de la escena de producción del derecho. Aunque frente al derecho estatal su labor fuera la de un intérprete, la “razón” del jurista generó la teoría jurídica del iusnaturalismo racionalista que mencionamos en el párrafo anterior. Esta construcción teórica buscaba brindar al derecho una legitimidad que pudiera fundarse en la propia naturaleza humana, por encima de cualquier condicionamiento teológico.

La legitimidad no religiosa del derecho se buscó en una construcción de derecho natural traspasado por un proceso de secularización. En efecto, la secularización del derecho natural se operó claramente en esta época, con la aparición del iusnaturalismo racionalista que separa la ley humana y la ley divina. Para esta corriente, el derecho natural es algo diferente tanto de la ley humana como de la ley divina. Por lo tanto, la formulación de Grocio del derecho natural como el conjunto de principios de la recta razón permite evaluar la moralidad de las acciones y del derecho humanos, con independencia de la misma idea de Dios. Igualmente, en Pufendorf, hay una distinción expresa entre los deberes que surgen de la Sagrada Escritura y aquellos que provienen de la mera razón.²¹

La obra de Grocio, particularmente, se enmarca en los imperativos históricos de la secularización del pensamiento humanista. Su teoría tiene como marco un mundo conflictivo y caótico, convulsionado por pasiones desmedidas, conflictos religiosos y conflictos entre Estados. Para construir una ética social que brinde seguridad, Grocio tenía que buscar un principio sólido, y lo encontró en

natural racional, y por otro lado, tampoco se les puede hacer desaparecer, porque eso implicaría privar al derecho del momento de incondicionalidad que necesita. Entonces, hay que encontrar el fundamento al interior del mismo derecho positivo.

²¹ Lochak, Danièle, *Les droits de l'homme*, París, La Découverte, 2009, pp. 7-16.

La secularización del matrimonio / 21

el instinto social del hombre, que no es un mero reflejo de una ley universal, sino un principio específico de la naturaleza humana.²²

La secularización se originó en un contexto de crisis religiosa, y las respuestas políticas que se adoptaron entonces, la libertad religiosa y la neutralidad estatal, fueron formas de compromiso entre los bandos en lucha. De este modo, se evidencia que los procesos de racionalización y secularización del derecho se asocian con la búsqueda de un discurso jurídico que garantice la seguridad.²³

Queda claro así el vínculo entre racionalización, secularización y estatalización del derecho. La razón resulta el hilo conductor de una progresiva secularización y estatalización del universo jurídico moderno. La Reforma protestante, que fue seguida de luchas religiosas, contribuyó a hacer más urgentes y pragmáticos los esfuerzos por dotar de fundamentos seculares al orden social. Las disputas religiosas reforzaron el compromiso secularizador del humanismo.²⁴

D. Ley estatal y ley religiosa

La secularización del derecho moderno no se refiere sólo a los autores, al modo de producción y al fundamento de legitimidad del derecho (cuestiones a las que nos hemos referido mayormente en los párrafos precedentes), sino también a la relación entre la ley estatal y la ley religiosa, así como al contenido de la primera. La secularización del derecho quiere decir, en este contexto, al menos dos cosas. En primer lugar, que la ley religiosa y la ley secular-estatal son dos realidades diferentes. En segundo lugar, que el contenido de la ley estatal se independiza del contenido de la ley religiosa.

El sometimiento al régimen de la ley, que es simultáneamente ley religiosa y ley civil (distinción que, obviamente, podemos rea-

²² Calvo García, Manuel, *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1989, pp. 76 y 77.

²³ Calvo García, Manuel, *Los fundamentos...*, cit.

²⁴ Calvo García, Manuel, *La teoría de las pasiones...*, cit., p. 66.

22 / Fernando Arlettaz

lizar nosotros hoy, pero que de ningún modo era percibida por los actores históricos involucrados), existía ya en el Oriente Medio, y es una característica de las tres grandes religiones monoteístas. En esta categoría entran las 613 *mitzvot* y la *Mishná* de la tradición judía, el derecho canónico cristiano y el derecho civil con contenido cristiano que se desarrolla a partir de Constantino y Justiniano, así como el derecho resultante de las “raíces de la ley” islámica: el Corán, la *sunna*, el consenso de la *umma* y la *ijtihad*.²⁵

Para ilustrar este punto podemos analizar el ejemplo proporcionado por el delito de blasfemia.²⁶ La prohibición de la blasfemia aparece tanto en un precepto del Decálogo, que prohíbe tomar el nombre de Dios en vano, como en un pasaje del Levítico, que manda lapidar a los blasfemos.²⁷ La prohibición se repite en el Nuevo Testamento;²⁸ de hecho, es uno de los cargos que los judíos imputan a Jesús.²⁹ La literatura patristica, aunque sin precisar claramente los contornos de la falta, hizo del pecado de blasfemia una base para las estigmatizaciones más diversas. Con el pensamiento escolástico, la Iglesia católica definió claramente los contornos de la blasfemia.

Lo que aquí interesa destacar es la superposición que implicaba la existencia de una represión paralela tanto por el derecho canónico como por el derecho civil. Las Decretales de Gregorio IX dotaron a la blasfemia de un régimen penal propio. Al mismo tiempo, el derecho civil tomó a su cargo la represión de la blasfemia. La definición criminal apareció ya en una novela de Justiniano que condenaba a los blasfemos al suplicio. Tres siglos más tarde, varias capitulares carolingias reprodujeron la regulación represiva. Con el rey San Luis se fundó la tradición de legislación antiblasfematoria

²⁵ Sobre el concepto de ley en las religiones monoteístas, véase Peters, F. E., *Los hijos de Abraham*, Barcelona, Laertes, 2007.

²⁶ Leveleux-Teixeira, Corinne, “Entre droit et religion: le blasphème, du péché de la langue au crime sans victime”, *Revue de l'histoire des religions*, núm. 4, 2011.

²⁷ Éxodo 20: 7; Levítico 24: 10-16.

²⁸ Mateo 15: 19; Marcos 7: 21-23.

²⁹ Mateo 26: 64-66; Marcos 14: 62-64.

La secularización del matrimonio / 23

de los Capetos: a partir de entonces, prácticamente todos los reyes dictaron ordenanzas al respecto. Lo mismo hicieron los Valois. Con la Reforma Protestante, la blasfemia fue ligada a la existencia de una alteridad confesional de la que las palabras blasfematorias podían ser un signo de pertenencia.

La secularización supuso una lenta, pero clara, eliminación del delito de blasfemia de los sistemas penales modernos. La blasfemia puede seguir siendo considerada como una falta religiosa por uno o varios grupos, pero esta consideración no constriñe a un reforzamiento por parte de la autoridad civil. Más abajo nos ocuparemos, con más detalle, de otro caso de secularización del contenido del derecho: la secularización del régimen jurídico del matrimonio.

El proceso de secularización no ha sido uniforme y ha adquirido características peculiares en los distintos lugares. Éstas son el resultado de la combinación de las características de la religión dominante y de las características del poder político y eclesiástico. Así lo explica Weber³⁰ refiriéndose al hecho de que la separación entre lo religioso y lo profano se diera más o menos rápidamente:

A veces, el mandamiento sagrado, *fas*, independizase del *jus*, es decir, del derecho estatuido para la resolución de los conflictos de intereses indiferentes desde el punto de vista religioso. Entonces fue posible un desarrollo del último, orientado hacia un derecho racional y formal, de tipo más o menos lógico o empírico, según las circunstancias, cosa que realmente ocurrió en Roma, lo mismo que en la Edad Media... Otras veces no tenía lugar la desvinculación de los mandamientos sagrados, y subsistía la mezcla específicamente teocrática de pretensiones religiosas y rituales con pretensiones jurídicas. Se inició así un confuso trasiego de obligaciones éticas y jurídicas, exhortaciones morales y preceptos jurídicos, sin precisión formal ninguna, es decir, un derecho no formal. Qué alternativa había de realizarse, era algo que en parte dependía de la peculiaridad interna... de la correspondiente religión y de sus relaciones fundamentales con el derecho y el Estado; y en

³⁰ *Economía...*, cit., pp. 604 y 605.

24 / Fernando Arlettaz

parte... de la situación de poder del sacerdocio frente al poder político; o, por último, de la estructura de este poder político.

Allí donde la casta sacerdotal dominaba todos los niveles de la vida, como en la India, ella tenía bajo su control prácticamente todo el derecho. Algo parecido sucedió en el campo del Islam y del judaísmo, donde las normas santas obstruían el desarrollo del derecho profano. Como explica Weber en la cita transcrita, el modo en que se produjera (o no) la secularización del derecho dependía de cuatro factores: las peculiaridades internas propias de la religión dominante, las relaciones de esta religión con el derecho y con el Estado, de la situación de poder del sacerdocio frente al poder político, y de la estructura de éste.

Tenemos que insistir en las particulares condiciones reunidas en la Europa de fines de la Edad Media, que permitieron una transposición de los procesos de secularización a la estructura misma del derecho. Estas condiciones se relacionan con la combinación de la presencia del derecho heredado de Roma y del derecho canónico de la cristiandad.

En efecto, la Alta Edad Media occidental había visto un reforzamiento, en la época feudal, de concepciones jurídicas propias de las sociedades tradicionales. El derecho se había apoyado sobre la religión, la oralidad se había impuesto a la escritura, y se había reconocido a cada grupo social la posibilidad de producir y aplicar su propio derecho.

A partir de los siglos XI y XII, fase de crecimiento económico y demográfico, se produjo una resurrección del derecho romano. Esta resurrección fue la obra de una minoría de gobernantes, intelectuales y juristas ligados al fortalecimiento del poder central, y no se hizo sin dificultades. De hecho, las poblaciones estaban mucho más atadas a sus costumbres que al derecho romano. Por otra parte, la necesidad de adaptación del derecho romano era evidente. Además, como se trataba de un derecho pagano, había que mostrar que el derecho romano surgido de la razón era compatible con la

La secularización del matrimonio / 25

ley divina. Esta labor fue realizada por el pensamiento teológico del siglo XIII.

En cualquier caso, lo importante es señalar que en la Baja Edad Media occidental se produjo una recepción del antiguo derecho romano. Este derecho era especial en relación con otros derechos antiguos. En efecto, el derecho romano siguió una evolución que lo condujo a exteriorizar una distinción primigenia entre normas sagradas y profanas. En un primer momento histórico, el derecho estaba profundamente ligado a la religión, era secreto y su interpretación estaba reservada a los pontífices. Sin embargo, más tarde el derecho humano (*ius*) fue siendo distinguido del divino (*fas*). Este proceso se desarrolló desde la aparición de las Doce Tablas, en el siglo V antes de Cristo, hasta la imposición del derecho imperial en la Roma clásica, entre los siglos II antes de Cristo y III después de Cristo.³¹

Una evolución parecida ya se había dado en germen en algunas otras sociedades previas.³² Sin embargo, en Roma se produjo algo totalmente nuevo, que no tenía precedentes en las sociedades anteriores y que constituyó una verdadera revolución en la concepción del derecho: la aparición, en el siglo I antes de Cristo aproximadamente, de una “literatura jurídica”.

Como lo explica la palabra autorizada de Michel Villey,³³ la originalidad de Roma fue la de disponer, al servicio del aparato judicial, de un grupo social específico de jurisconsultos, los cuales eran personas de elite, cuya opinión tenía carácter de autoridad, y que debían guiar a los litigantes y dar *responsa* a los magistrados. Muchos de ellos escribieron tratados de derecho, que fueron recopilados durante el Bajo Imperio por amplios cuerpos de jurisper-

³¹ Rouland, Norbert, 1995, pp. 48-87.

³² A fines del tercer milenio antes de Cristo en Sumeria, del segundo en Egipto y del primero en China, aparecen códigos legislativos que separan en parte el derecho de otros modos de regulación. En Grecia, aunque la ley sigue fundada sobre la religión, tiende a separarse de ella para fundarse sólo en la autoridad de la ciudad-Estado.

³³ *Le droit romain. Son actualité*, París, Presses Universitaires de France [1945], 2005, pp. 36-52.

26 / Fernando Arlettaz

dencia. Estos tratados han llegado hasta nuestros días gracias a la compilación hecha por orden de Justiniano en el *Digesto*.

Los tratados no eran sistemáticos; no tenían, en este sentido, el carácter “científico” que asumirían luego los tratados de la Europa moderna. Los jurisconsultos intentaban siempre centrarse en el caso concreto sobre el que eran consultados. Ellos usaban un método polémico y controversial, comparando con casos vecinos, confrontando con tal o cual solución que podía aparecer en un precedente de otro jurisconsulto. Asimismo, los jurisconsultos discutían, cuestionaban, practicaban menos la deducción lógica que la discusión dialéctica. Sin embargo, dado que no tenían que dar su opinión sobre el conjunto del proceso (tarea que estaba en manos del juez que emitía la sentencia final), debían esforzarse por dar sólo un elemento abstracto del litigio: debían expresarse sobre un punto del derecho. Así, se veían obligados a dar una respuesta semejante a la que podrían recibir casos análogos, para que la justicia fuera igual para todos. De este modo indirecto se llegaba a la producción de reglas generales.

En esta sutil forma de intervención de los jurisconsultos podemos encontrar el origen de los procesos de racionalización del derecho. Fue luego tarea de los tratadistas de los siglos siguientes dotar de sistematicidad a un derecho disperso construido a partir de casos concretos. Pero la materia a la que podía darse esa sistematicidad ya había sido elaborada a partir de un criterio de abstracción que posibilitaba su organización en un sistema.

Esta racionalización tuvo importantes consecuencias en punto a la secularización del derecho. Lo que sucedió en Roma se debió, según Weber,³⁴ a que una refinada racionalización de la casuística mágica llevó a una ineficacia total del propio *fás*: no había ninguna norma sagrada para la que no se hubiera inventado algún modo de eludir el cumplimiento. La herencia medieval del derecho romano habría de ser fundamental en los siglos siguientes, y su peso se haría sentir al comienzo de la Modernidad.

³⁴ *Economía...*, cit., pp. 609-621.

La secularización del matrimonio / 27

El otro gran componente jurídico de la Edad Media, al lado del derecho romano, fue el derecho canónico. Se trataba claramente de un derecho teológicamente determinado. Sin embargo, como explica Weber,³⁵ el derecho canónico se encontraba en una situación especial en relación con los otros derechos sagrados, porque se hallaba más formal y racionalmente desarrollado que aquéllos. Además, aunque el derecho canónico sufría de las peculiaridades específicas de la legislación teocrática, como la mezcla de motivos materiales legislativos y fines éticos materiales con los elementos formalmente relevantes de los diversos preceptos, era de entre todos los derechos sagrados el más orientado hacia una técnica jurídico-formal estricta. Este rasgo, junto con el carácter racional de “instituto” (es decir, de asociación cuyas ordenaciones estatuidas han sido “otorgadas” y rigen de hecho con respecto a toda acción que con determinadas características dadas tenga lugar en el ámbito de su poder) propio de la Iglesia católica, hizo que el derecho canónico fuera, para el derecho profano, una guía en el camino de la racionalización.

Al mismo tiempo, el hecho de que existiera un derecho romano heredado de un tiempo anterior y que tenía una gran perfección formal frenaba las pretensiones del derecho canónico, que, como todo derecho teocrático, buscaba una dominación material de toda la vida.

Una hipervalorización del derecho existente promovió la universalización del derecho romano; es decir, su consideración como realidad intemporal independiente de las condiciones sociales en las que se había originado y en las que había persistido. Pero al mismo tiempo se situó a las sociedades de la Baja Edad Media en un camino de destradicionalización.

No obstante, al menos en parte, el derecho continuaba fundándose sobre la religión. El derecho romano era una expresión de la razón, y como tal era una expresión de una equidad natural. Por ello, se identificaba con el derecho natural, que era, a su vez, una

³⁵ *Idem.*

28 / Fernando Arlettaz

comunicación de la divinidad en la naturaleza de los hombres. En la etapa de transición había una combinación de Modernidad y sociedad tradicional. La sobredeterminación del valor del derecho es un rasgo propio de las sociedades modernas; el mantenimiento del vínculo entre derecho y religión lo es de la pervivencia de las sociedades tradicionales.

En los siglos siguientes se produjo la orientación definitiva del derecho a la modernización, rompiendo con el pasado tradicional. Lo vimos más arriba al hablar de la teoría del derecho natural racionalista. Con la Revolución francesa, el derecho fue explícitamente proclamado como laico e igual para todos. Los grupos fueron destruidos en beneficio del individuo. El derecho pretendió, a partir de entonces, fundarse en una razón universal. Las conquistas napoleónicas que impusieron el Código Civil a toda Europa, y luego la expansión colonial, fueron de hecho el intento de imponer el derecho moderno y secular a territorios todavía dominados por sus derechos tradicionales.

Después de esta panorámica general sobre los procesos de secularización en relación con el derecho, y como anunciamos más arriba, abordaremos un caso específico de secularización del contenido del derecho: la secularización del régimen jurídico del matrimonio. Veremos cómo los procesos cuyo origen describimos en este apartado se prolongan hasta nuestros días, y cuáles son las tensiones que esta continuidad pone en funcionamiento.

2. La secularización del matrimonio

El proceso de secularización del derecho, vinculado a su racionalización y a su estatalización, ha cristalizado en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico. En el caso de la regulación de la familia, esto ha sido particularmente notorio. A lo largo de varios siglos, en la transformación de las formas jurídicas familiares se ha destacado un progresivo alejamiento del molde cristiano que las había encuadrado.

La secularización del matrimonio / 29

No podemos ni queremos hacer aquí una historia general del matrimonio. Por ello, nos limitaremos a presentar las características generales del matrimonio cristiano, como punto de partida para el análisis de su secularización.³⁶ En particular, los cambios producidos por la secularización pueden descubrirse en la regulación del matrimonio en cuanto ha pasado de institución sagrada a una mera relación contractual entre dos partes.

A. *La matriz canónica del matrimonio*

Desde la antigüedad, la Iglesia católica ha afirmado que el matrimonio pertenece a un doble orden: al natural y al sobrenatural. Por un lado, el matrimonio corresponde al orden natural, pues determina su esencia, fines y propiedades. Para esta concepción, el matrimonio es una realidad inscrita en la misma naturaleza humana, que orienta al hombre y a la mujer al matrimonio. Pero, por otro lado, el matrimonio pertenece también al orden sobrenatural, que determina que todo matrimonio entre bautizados es en sí mismo sacramento.

El concepto de orden natural que aquí subyace es el propio del iusnaturalismo tomista clásico. En esta concepción, el orden sobrenatural excede al natural, y es el orden de la gracia. No se trata del orden natural del iusracionalismo moderno que mencionábamos antes, sino el de la concepción cristiana premoderna.

Como en los primeros tiempos de su existencia, la Iglesia católica carecía de regulación integral del matrimonio; en este sentido, aceptó el matrimonio romano de la sociedad en la que se insertó, en la medida en que era compatible con su visión del derecho natural y divino. El matrimonio canónico se distinguió

³⁶ Remitimos a algunas obras generales sobre la historia del matrimonio: Goody, Jack, *La evolución de la familia y el matrimonio en Europa*, Valencia, Universitat de València, 2009; Bologne, Jean-Claude, *Histoire du Mariage en Occident*, París, Jean-Claude Lattès, 1995; Beneyto Pérez, Juan, *Una historia del matrimonio*, Madrid, Eudema, 1993; Gaudemet, Jean, *Le mariage en occident: les mœurs et le droit*, París, Les éditions du Cerf, 1987.

30 / Fernando Arlettaz

así del matrimonio romano en varios puntos. El matrimonio romano era, al igual que el canónico que lo suplantó, heterosexual y monogámico; pero a diferencia del matrimonio canónico, era puramente consensual, no formal y disoluble, además de no estar sometido a un ordenamiento jurídico religioso. Cuando decimos puramente consensual queremos decir que el matrimonio romano no tenía el carácter institucional que luego tendrá el canónico. El primero no era concebido como una verdadera institución, sino como un mero hecho productor de efectos jurídicos. Para que existiera matrimonio era necesaria la *affectio maritalis*, entendida no como voluntad inicial de contraer, sino como voluntad constante y continuada de mantenerse en esa situación, manifestada por personas púberes titulares del *ius connubi*. A la *affectio maritalis* debía sumarse la *coniunctio*, o convivencia marital. Si cualquiera de ambos elementos desaparecía, el matrimonio se disolvía. Si estos elementos se daban entre dos personas que no eran titulares del *ius connubi*, el resultado no era el matrimonio, sino el concubinato.

A partir del siglo IV, con la transformación del cristianismo en la religión oficial del imperio romano, apareció el matrimonio justiniano, como resultado de la cristianización del matrimonio romano. Así, la influencia de las clásicas definiciones de los juristas romanos (en particular Ulpiano y Modestino) se aprecia en la doctrina canónica; por ejemplo, a partir de las *Sentencias* de Pedro Lombardo en el siglo XII. Desde el siglo X, el matrimonio canónico fue el único vigente en la Europa cristiana, sometido a la legislación y jurisdicción de la Iglesia católica, con alguna intervención complementaria de la autoridad civil. A partir de ese momento, el matrimonio canónico estuvo ya doctrinariamente delineado en sus aspectos fundamentales, aunque terminó de fijarse definitivamente en el siglo XIII. En muchos lugares, sin embargo, el matrimonio canónico se combinaba con la subsistencia de diversas costumbres de origen germánico.³⁷

³⁷ Las fuentes fundamentales de regulación del matrimonio canónico, que recogen y ordenan las fuentes dispersas anteriores, son las siguientes: Iglesia católica, *Sesión XXIV del Concilio de Trento: doctrina sobre el sacramento del matrimonio, cánones del sacra-*

La secularización del matrimonio / 31

Una primera característica de esta matriz cristiano-canónica del matrimonio es su íntegra regulación religiosa. La Iglesia reivindicó potestad legislativa y jurisdiccional sobre el matrimonio. En el pasado, esta potestad pretendía extenderse sin distinción de personas, lo cual era coherente con la concepción de una unidad político-religiosa católica: si todos los miembros de la comunidad cívica son y deben ser católicos, la Iglesia tiene potestad sobre todos los matrimonios. Luego de la quiebra de la unidad religiosa de Occidente, y de la resignación por parte de la Iglesia a esta situación, la potestad fue reducida al matrimonio de los católicos.

La regulación religiosa impone también una forma religiosa a la celebración del matrimonio. Dado que lo relevante para la existencia del matrimonio es el consentimiento, debería bastar la existencia de éste, sin ninguna formalidad, para la existencia del matrimonio. Por eso, en los primeros tiempos de la Iglesia se reconocía validez tanto al matrimonio celebrado *in facie ecclesiae*, es decir, ante la autoridad eclesiástica, como al matrimonio clandestino, puramente informal. Este último, sin embargo, fue prohibido por el Concilio de Trento. El problema político (y económico) que se buscaba solucionar era el de la duplicidad de matrimonios, uno público y otro clandestino. Esto se logró mediante el establecimiento, como requisito indispensable para la validez del matrimonio, de su celebración pública y del registro del consentimiento matrimonial.³⁸ De este modo se pretendía dar respuesta al acuciante problema de la titularidad y transmisión de bienes. Paralelamente, y una vez que se impuso la forma pública como requisito de validez del matrimonio, perdieron relevancia los motivos por los cuales se contrae (amor, incremento patrimonial o alianza política).

Una segunda característica de la matriz cristiana de matrimonio es su carácter consensual-institucional. El matrimonio está basado

mento del matrimonio y decreto Tametsi sobre la reforma del matrimonio, 1563; *Código de Derecho Canónico*, 1917; *Constitución Pastoral Gaudium et Spes sobre la iglesia en el mundo actual*, 1965; *Código de Derecho Canónico*, 1983.

³⁸ Iglesia católica, *Sesión XXIV del Concilio de Trento, Decreto Tametsi sobre la reforma del matrimonio*, 1563.

32 / Fernando Arlettaz

en el consentimiento de los contrayentes: es el consentimiento de presente el que hace al matrimonio. Sin embargo, a diferencia del matrimonio romano que exigía el consentimiento continuado para la permanencia del matrimonio, para el derecho cristiano sólo interesa el consentimiento inicial, que además es irrevocable.³⁹ Por lo tanto, el consentimiento matrimonial sólo tiene eficacia como acto generador de la relación matrimonial: no funciona para regular el contenido de tal relación. Hay libertad de contraer matrimonio, pero no libertad contractual para regular su contenido. Al aceptar, consensualmente, la entrada en el matrimonio, se acepta la entrada en el régimen de una institución cuyos contornos están regulados por la ley.

En tercer lugar, el matrimonio cristiano es monogámico, heterosexual (por su concepción del matrimonio como orientado a la procreación, según la doctrina medieval) e indisoluble (sólo puede ser disuelto por la muerte de uno de los cónyuges, en principio).⁴⁰ Éstos

³⁹ Según el conocido adagio *consensus facit nuptias* (adagio de Ulpiano reinterpretado por la doctrina canónica en sentido de consentimiento inicial, no continuado), el matrimonio no es causado ni por la convivencia (*nuptias non concubitus, sed consensus facit*) ni por la mera consumación (*non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*) ni por el amor (*liber consensus et non amor, facit conjugium*). Como es sabido, la controversia entre Pedro Lombardo (defensor de la teoría meramente consensual) y Graciano (defensor de la necesidad de que existiera consumación para el perfeccionamiento del matrimonio) fue saldada por el papa Inocencio III, en el sentido de que el matrimonio se perfecciona por el solo consentimiento; pero mientras no haya consumación puede, sin embargo, ser disuelto por justa causa. Por la misma razón se admite el matrimonio presunto: los esponsales de futuro seguidos de cópula equivalen al matrimonio, porque la cópula se interpreta como manifestación tácita de un consentimiento de presente.

⁴⁰ La indisolubilidad sólo se refiere al matrimonio rato y consumado, por lo que el matrimonio sólo rato puede ser disuelto por el romano pontífice si hay justa causa. Además, por el privilegio paulino, el matrimonio entre dos no bautizados se disuelve, si uno de ellos se bautiza y vuelve a casarse. Por otra parte, el varón o la mujer polígamos que se bautizan pueden decidir quedarse con un cónyuge distinto del primero, por lo que el primer matrimonio (en principio el único válido si lo que importa es el primer consentimiento inicial prestado) se disuelve. Finalmente, si un no bautizado casado se bautiza, y no le es posible restablecer la convivencia con su cónyuge no bautizado por razón de cautividad o persecución, puede contraer nuevas nupcias.

La secularización del matrimonio / 33

son, pues, los rasgos esenciales de la matriz canónico-cristiana del matrimonio,⁴¹ que irán mutando en el proceso de secularización.

B. Regulación y forma del matrimonio

El proceso de secularización del matrimonio se realizó por grados, afectando a distintos caracteres de la matriz cristiana recién esbozada.⁴²

El primer paso apareció con la reforma protestante. El carácter afectado aquí fue el primero de los señalados, la sumisión del matrimonio a la legislación y jurisdicción religiosas. Para los protestantes, el matrimonio no es sacramento. Por eso, aunque es celebrado en forma religiosa, su regulación y jurisdicción corresponden a las autoridades civiles. Esto viene a confirmar el rol del protestantismo como motor histórico de la secularización, por una vía distinta y

⁴¹ Sobre el matrimonio canónico, véanse los tratados jurídicos de López Alarcón, Mariano, *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid, Tecnos, 2010, y Fornés de la Rosa, Juan, *Derecho matrimonial canónico*, 2006. Para la evolución histórica del matrimonio cristiano, véase Navarro-Valls, Rafael, *Matrimonio y derecho*, Madrid, Tecnos, 1995.

⁴² Una vez más, no podemos aquí sino hacer una referencia muy somera a este tema, cuya evolución histórica excede este trabajo. Remitimos a otros estudios en el campo del derecho y la teoría política. Sobre la secularización del matrimonio puede verse el trabajo de Cobo Sáenz, María Inés, "La secularización del matrimonio en los países católicos: algunas referencias europeas y americanas", en Lasarte Álvarez, Carlos et al., *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Sevilla, 2004, y el de Velasco Villar, Santos, "El proceso de secularización del matrimonio canónico y su concreción técnico-jurídica", *Ius Canonicum*, núm. 25-49, 1985. Conocemos algunos estudios específicos relativos a casos nacionales, como los de Rojo Álvarez-Manzaneda, María Leticia, *El proceso de secularización del matrimonio en Portugal. 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; Fernández-Coronado González, Ana, *El proceso de secularización del matrimonio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004; Fernández-Coronado González, Ana, "La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual", *Foro*, núm. 3, 2006; Navarro Floria, Juan G., "Matrimonio civil y matrimonio religioso en Argentina", *Consejo Argentino para la Libertad Religiosa*, 2004, en <http://www.calir.org.ar>.

34 / Fernando Arlettaz

complementaria a la de la clásica afirmación de corte weberiano sobre su naturaleza desmitificadora.

En las diferentes corrientes del protestantismo, el matrimonio sigue siendo visto como una institución destinada a la procreación y al establecimiento de lazos familiares, a partir de un vínculo originariamente consensual; sin embargo, el matrimonio no es un sacramento, sino más bien un estado social. El modelo luterano de matrimonio, que se desarrolló en Alemania en el siglo XVI y se expandió en Austria, Suiza y Escandinavia, enfatizaba la idea de que el matrimonio es una realidad terrenal sujeta al Estado, y gobernado por las leyes de Dios a través de los magistrados. Para Lutero, el matrimonio es un “asunto de este mundo”. Aunque fue instituido por Dios al crear a la primera pareja humana, no ha sido objeto de una revelación especial o de una legislación divina. Para los luteranos, la Sagrada Escritura reconoce la competencia de las autoridades civiles para la regulación del matrimonio, del mismo modo que les reconoce competencias generales para velar por la justicia en las sociedades humanas.

El carácter de vínculo social fue resaltado por la tradición matrimonial calvinista, aparecida en Ginebra y expandida en la segunda mitad del siglo XVI por Europa Occidental y América del Norte a través de los grupos hugonotes, pietistas, presbiterianos y puritanos. Aunque para los calvinistas el matrimonio es algo más que un contrato, tampoco para ellos es un sacramento. Es un compromiso social resguardado por las leyes civiles.

Algo parecido sucedió con el modelo anglicano, nacido en Gran Bretaña y exportado a América del Norte. De hecho, el matrimonio anglicano está regulado por los *Canons of the Church of England* y por leyes seculares. Incluso, los *Canons* tienen carácter de leyes estatales, dado el estrecho vínculo entre la Iglesia anglicana y el Estado inglés.⁴³

⁴³ Sobre estos modelos, véase Witte, John Jr., *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition*, Westminster John Knox Press, 1997. Véanse también Greiner, Albert, “L’enseignement de Luther sur le mariage”, *Fac-Réflexion*, núm.

La secularización del matrimonio / 35

En los países católicos, en cambio, la regulación siguió siendo canónica hasta fines del siglo XVIII o principios del siglo XIX.⁴⁴ A partir de ese momento, el monopolio eclesiástico sobre la regulación y jurisdicción del matrimonio fue cediendo a favor del monopolio estatal sobre éste.⁴⁵ De este modo, a fines del siglo XVIII coexistían en Europa diferentes tradiciones jurídicas en materia familiar. Éstas resultaban del juego de las divisiones religiosas, las especificidades consuetudinarias y la oposición entre los países de derecho civil y herencia romana, por un lado, y los países del *Common Law*, por otro.⁴⁶ El elemento decisivo era, en todo caso, el religioso. A partir del siglo XIX, con la profundización del proceso de secularización del matrimonio, las diferencias entre los países europeos se fueron reduciendo.

La evolución secularizadora se manifestó también respecto de la forma del matrimonio, cuya concreción más clara fue la aparición de la forma de celebración civil. A partir de la reforma protestante se había suscitado la cuestión de la competencia para la celebración del matrimonio, hasta entonces en manos de la autoridad religiosa católica. La forma civil apareció por primera vez en Holanda, a fines del siglo XVI, para permitir a los disidentes calvinistas

16, 1990; Witte, John Jr., "John Calvin on Marriage and Family", en Selderhuis, Herman, *Brill Handbook on John Calvin*, Herman Selderhuis, Brill, 2007, y Kreiss, Wilbert, *Pastorale du mariage*, 2005, en <http://www.egliseluthérienne.org>.

⁴⁴ Incluso, al día de hoy, para la Iglesia católica, el único matrimonio válido es el contraído según las normas canónicas, sin que se reconozca la unión entre católicos según el régimen puramente civil. Esta posición se refuerza por la caracterización del matrimonio como uno de los sacramentos. De todas formas, ante la realidad de la existencia de los regímenes matrimoniales civiles, la Iglesia ha debido encontrar fórmulas de compromiso.

⁴⁵ La cuestión es mucho más compleja de lo que se puede presentar aquí, dado que en algunos ordenamientos jurídicos el derecho estatal remite a las normas religiosas para la regulación de algunos aspectos del matrimonio. Así sucede, por ejemplo, con la remisión a la forma religiosa de celebración, de la que hablamos en los párrafos siguientes, pero también con la remisión a otros aspectos del régimen matrimonial, sobre los cuales no nos explayaremos.

⁴⁶ Halpérin, Jean-Louis, "Les fondements historiques des droits de la famille en Europe", *Informations Sociales*, núm. 129-1, 2006, pp. 45 y 46.

36 / Fernando Arlettaz

celebrar su matrimonio ante el magistrado estatal. Pero el sistema no se impuso de modo general, sino hasta el siglo XIX.

Hasta el siglo XVIII, los países católicos siguieron sometidos al matrimonio-sacramento, bajo la forma de celebración del derecho canónico. Los países protestantes impusieron, en muchos casos, una bendición por parte del pastor de la Iglesia establecida. El anglicanismo estaba más próximo en este punto del derecho canónico católico que de las formas luteranas o calvinistas. Sin embargo, dado el carácter nacional y estrechamente vinculado al Estado que asumieron las iglesias protestantes, puede hablarse ya de un comienzo de secularización de la forma de celebración del matrimonio, en cuanto ésta quedó en manos de funcionarios religiosos que eran, de algún modo, también representantes del Estado. El matrimonio bajo forma estrictamente civil era todavía, a fines del siglo XVIII, marginal:⁴⁷ sólo estaba presente en los Países Bajos y en Francia, para los protestantes solamente, desde 1787.

El rol de Francia fue aquí central: la Constitución de 1791 y el Código Civil Napoleónico sometieron el matrimonio a la forma civil de celebración. De todos modos, la evolución fue gradual. La primera ola de codificación, que dio nacimiento al Código General de Prusia (1794), al Código Napoleónico (1804) y al Código Civil Austríaco (1811), y luego a otros códigos inspirados por estos modelos, realizó un compromiso variable según los países entre la tradición jurídica existente y el aporte del movimiento racionalista. Por lo tanto, el Código Napoleónico combinó la institución del matrimonio civil, único reconocido por la ley y anterior a un eventual matrimonio religioso, con instituciones más conservadoras, como un poder de corrección paterno que permitía el envío de los menores a prisión por orden del padre. Los códigos de Prusia y Austria mantuvieron el matrimonio confesional y prohibieron las uniones entre cristianos y no cristianos.

⁴⁷ En algunos lugares existía una tolerancia excepcional hacia otras formas de matrimonio. Así, en algunos lugares se aceptaba la celebración judía e, incluso, musulmana, por aplicación del derecho personal a los súbditos otomanos.

La secularización del matrimonio / 37

El matrimonio civil se expandió luego por los territorios europeos, convirtiéndose en un factor de uniformidad del derecho de familia en este aspecto. Algunos países siguieron sometidos al régimen del Código Napoleónico después de 1814;⁴⁸ otros adoptaron el régimen civil con posterioridad.⁴⁹ La secularización de la forma de celebración del matrimonio (y, *a fortiori*, de su régimen jurídico) se asocia a la secularización de la concepción del poder y a la distinción del espacio privado y el espacio público.⁵⁰ El Estado secular, que se separa de las autoridades religiosas y es imparcial respecto de las creencias, asume la regulación pública de la forma de celebración y del régimen matrimonial. Cualquier otra forma de celebración matrimonial, o cualquier otro efecto que las comunidades religiosas puedan atribuirle, corresponde al ámbito privado. Por eso, la instauración del matrimonio civil vino junto con la transferencia del registro del estado civil a las autoridades seculares, la secularización de los cementerios y la desaparición de los delitos religiosos, entre otras medidas secularizadoras.

La Revolución francesa buscó romper con el antiguo modelo de familia en un intento de regeneración humana. Los lazos a los que daba lugar el modelo de familia del Antiguo Régimen eran vistos como la representación de los vínculos entre el rey y sus súbditos. El nuevo modelo de familia fundado sobre el matrimonio civil redobló su apuesta por un derecho secular. Prueba de esto es que, haciendo caso omiso de las prescripciones canónicas, admitió el matrimonio de los sacerdotes.

Actualmente, junto con aquellos países en los que el matrimonio bajo forma civil es una opción al lado del matrimonio bajo forma

⁴⁸ Renania, Bélgica (independiente desde 1830) y los Países Bajos.

⁴⁹ El matrimonio civil apareció al lado del matrimonio religioso en Inglaterra, Noruega, Prusia y Suecia. Surgió primero como opción para quienes no practicaban la religión dominante, el matrimonio civil se volvió la única forma jurídica válida en Italia, en Prusia y luego en toda Alemania en la segunda mitad del siglo XIX. El matrimonio religioso resistió en los códigos de Portugal y España, en Polonia, en Rusia y en Grecia, y volvió a ganar terreno en Italia después de los acuerdos de Letrán en 1929.

⁵⁰ Baubérot, 1990, pp. 461 y 462.

38 / Fernando Arlettaz

religiosa, están aquellos Estados que sólo reconocen la forma civil del matrimonio,⁵¹ lo que ejemplifica el caso de mayor secularización del régimen matrimonial en este sentido. Pero, incluso, en el caso del régimen mixto existe un cierto grado de secularización de la forma, no sólo por la introducción de la forma civil como alternativa, sino porque el reconocimiento de la forma religiosa viene dado por la ley estatal, que hace una especie de “remisión” al orden interno de una confesión religiosa para determinar la forma de la celebración matrimonial. Este sistema es propio de algunos países católicos, en los que la forma civil coexiste con la forma canónica, produciéndose luego en algunos casos una apertura a los grupos minoritarios.⁵² En estos países, la posibilidad del matrimonio canónico para los católicos está además reconocida por concordatos con la Santa Sede.

Algo parecido sucede en algunos Estados protestantes, aunque el camino seguido aquí fue distinto. La secularización de la forma de celebración matrimonial se produjo mediante la asunción por la legislación estatal de la regulación de la forma religiosa del matrimonio, en razón del carácter nacional de las iglesias protestantes en esos territorios, conjuntamente con la regulación paralela de un matrimonio bajo forma civil. De este modo, el matrimonio civil fue introducido como una alternativa al matrimonio religioso, pero en un sistema en el que ambos tienen carácter inmediatamente estatal por los vínculos entre las iglesias nacionales y el Estado. Luego se aceptó también la posibilidad de la celebración bajo otras formas religiosas.⁵³

⁵¹ En Europa: Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos. En América Latina: Argentina, Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela.

⁵² En Europa: Italia, España, Irlanda, Portugal. En América Latina: Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Haití, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

⁵³ En Europa: Dinamarca, Finlandia, Suecia, Reino Unido. Sobre los diferentes sistemas matrimoniales puede verse Celis, Ana María y Domínguez, Carmen, “Celebración del matrimonio en Latinoamérica desde la perspectiva de la libertad religiosa”, en varios autores, *CELAM Académicos UC. Investigaciones para que nuestros pueblos tengan vida*, Santiago, Prensas Universitarias de la Universidad Católica de Chile, 2006, y Moreno

La secularización del matrimonio / 39

Puede resultar paradójico señalar que las raíces de la secularización del régimen legal y de la forma de celebración del matrimonio se encuentran en la propia tradición cristiana. Sin embargo, aunque paradójica, esta perspectiva parece confirmar las intuiciones de las teorías clásicas de la secularización (que en este punto conservan su vigencia) respecto del hecho que fue la propia evolución de la tradición judeocristiana la que provocó el desarrollo de la secularización. De hecho, el Concilio de Trento, al exigir un determinado procedimiento público para la celebración del matrimonio, produjo una notable racionalización de su régimen. Como luego del Concilio de Trento, las iglesias protestantes adquirieron un carácter nacional y en los países católicos el régimen matrimonial pasó a manos de la autoridad civil, el Estado asumió las funciones matrimoniales públicas antes definidas por el régimen canónico. Pero no deja de ser cierto que la secularización provocó sólo la transferencia a la autoridad estatal de unas formas matrimoniales preexistentes, definidas por las actas conciliares de Trento.⁵⁴

C. *Disolubilidad y carácter consensual-institucional del matrimonio*

La indisolubilidad del matrimonio se vio afectada por la incorporación del divorcio vincular. Éste ya se había asomado en la forma protestante, aunque en modo no unánime en las distintas corrientes. La tendencia general era a admitirlo al menos en caso de adulterio. El régimen jurídico de la Revolución francesa recono-

Botella, Gloria, "Libertad religiosa y sistemas matrimoniales en el derecho comparado", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, 2002.

⁵⁴ Una segunda afectación del carácter relativo a la forma fue, con mucha posterioridad, el reconocimiento de efectos jurídicos a la cohabitación no matrimonial que da lugar a una pareja de hecho, en el último cuarto del siglo XX. Aunque no se trata de un régimen matrimonial propiamente dicho, el reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho es un paso más en la desformalización de las relaciones de pareja.

40 / Fernando Arlettaz

ció también el divorcio.⁵⁵ En las distintas legislaciones civiles que lo incorporaron a partir de entonces, el alejamiento del patrón de indisolubilidad fue mayor o menor, según el tipo de divorcio reconocido: divorcio por justa causa, divorcio por razones meramente objetivas (no convivencia durante un determinado lapso), divorcio consensual o, incluso, divorcio unilateral sin justa causa (lo que tradicionalmente se ha conocido como *repudio*).

La progresión de la admisión del divorcio fue lenta y compleja. En este camino se opusieron habitualmente los partidarios de la estabilidad de las familias y los partidarios de la libertad individual.⁵⁶ Hasta mediados del siglo XIX su aplicación estaba limitada a una zona reducida.⁵⁷ A fines del siglo XIX y principios del XX, el divorcio se extendió en Europa occidental, y en Europa oriental después de la Primera Guerra Mundial.⁵⁸ En los países católicos fue donde el divorcio encontró fuertes resistencias de la Iglesia y su reconocimiento fue muy posterior.⁵⁹

El carácter consensual-institucional del matrimonio también se fue modificando, en lo relativo al último elemento del binomio. Las corrientes legislativas del siglo XX fueron permitiendo un mayor ámbito para la autonomía de la voluntad en cuestiones familiares, lo que dio lugar a un doble proceso de contractualización y privatización del matrimonio. El origen de la radicalización del carácter contractual del matrimonio debe verse en la Revolución

⁵⁵ El divorcio fue introducido en 1792 con el matrimonio civil. Hubo, sin embargo, un movimiento de reacción bajo la Convención y el Directorio, que llegó hasta el Código Civil. Este último redujo las causas de divorcio, entendiéndolo además como una mera separación de cuerpos. El divorcio vincular fue restablecido en 1884, durante el proceso laicizador de la III República.

⁵⁶ Dekeuer-Défossez, Françoise, 2003, p. 44.

⁵⁷ Renania y Bélgica, bajo el régimen del Código napoleónico, aunque las rupturas matrimoniales eran pocas por el predominio de la religión católica; los países escandinavos, Escocia, algunos cantones suizos (Ginebra, Vaud, Neuchâtel, Zurich), los Países Bajos y Prusia, en donde predominaba la población protestante.

⁵⁸ A mediados del siglo XIX en Inglaterra. A fines del siglo XIX y principios del XX en Alemania y Suiza.

⁵⁹ En el último tercio del siglo XX en Italia, Portugal, España e Irlanda.

La secularización del matrimonio / 41

francesa. Para los revolucionarios franceses, liberar a los ciudadanos implicaba, en primer lugar, liberarlos en el ámbito de su vida privada. Por ello, la Revolución transformó el derecho matrimonial, fortaleciendo el principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares. Sin embargo, aunque la doctrina del matrimonio-contrato se desarrolló fuertemente en esta época gracias a un contexto de creciente contractualización de las relaciones civiles en general, hay que recordar que esta doctrina provenía ya del derecho romano.⁶⁰

En definitiva, el derecho comenzó a ver a la familia como una comunidad de individuos, de modo que el interés familiar colectivo pasó por la protección de los intereses individuales de los miembros del grupo. Ejemplos directos de esta desinstitucionalización pueden verse en la retirada del derecho penal del ámbito de las relaciones familiares, así como la reducción del rol del derecho civil en su regulación. Ejemplo indirecto es el que resulta de las uniones de hecho, estructuras cuasim matrimoniales que como consecuencia de la informalidad de su origen, no se hallan sometidas al conjunto de derechos y deberes propios del régimen matrimonial.

En el capítulo siguiente nos ocuparemos del paso más reciente en la secularización del régimen matrimonial: la desaparición de su carácter heterosexual. La heterosexualidad del matrimonio resulta indispensable en cualquier concepción cristiana, no sólo por la explícita mención en las Sagradas Escrituras, sino también por la identificación de la reproducción como una de las finalidades del matrimonio.⁶¹ Por esta misma vinculación existió durante largo tiempo en las iglesias cristianas, y se mantiene hoy todavía en la Iglesia católica, una marcada hostilidad hacia las prácticas anticonceptivas.⁶²

⁶⁰ Durand, Jean-Paul, "Code civil et droit canonique", *Pouvoirs*, núm. 107, 2003, p. 71.

⁶¹ Artículo 1055.1 del Código de Derecho Canónico. Artículo B30 de los *Canons of the Church of England*. Para el luteranismo, véase Kreiss, Wilbert, *op. cit.*

⁶² Isambert, François-André, "La sécularisation interne du christianisme", *Revue Française de Sociologie*, núm. 14-4, 1976. Desde el siglo XVI, la Iglesia católica había tolerado, aunque manteniendo su oposición de principio, algunas prácticas, como el *coitus*

42 / Fernando Arlettaz

Por lo que antes de estudiar este último aspecto, analizaremos la resistencia a la secularización.

3. La resistencia a la secularización

Como hemos dicho, la tradición judeo-cristiana acarrea en sí la causa de los procesos de secularización. Esto es cierto también

interruptus. Lutero y Calvino, en la línea agustiniana, también tenían ideas severas sobre las prácticas anticonceptivas. Sin embargo, el problema apareció en toda su amplitud en el siglo XIX, cuando se desarrolló la cuestión de la compatibilidad entre el equilibrio económico-demográfico y la fe cristiana. Aunque desde el siglo XVIII ya se pudo ver un cambio de actitud entre algunos pastores protestantes, fue recién en la década de los treinta del siglo XX que la anticoncepción fue ampliamente aceptada por las iglesias protestantes. La Iglesia anglicana siguió un camino semejante, y aceptó los métodos anticonceptivos en la misma época. En cambio, la postura de la Iglesia católica se mantuvo rígida. En la encíclica *Casti Connubii* (1930), Pío XI recordaba la doctrina tradicional de la Iglesia y denunciaba el neomaltusianismo. La encíclica admitía la licitud de las relaciones sexuales durante los periodos de infecundidad, aunque dejaba abierta la pregunta de si es lícito que las relaciones se limiten "conscientemente" sólo a esa época. En la encíclica posconciliar *Humanae Vitae* (1968), Pablo VI distinguió los métodos "naturales" de regulación de los nacimientos, que son lícitos, de las prácticas ilícitas de anticoncepción.

Como indica François Isambert, en la línea del pensamiento weberiano, la aceptación de los métodos anticonceptivos por parte de las iglesias protestantes implica el paso de una moral en la que los actos están contados separadamente (cada uno de los actos conyugales tiene que ser susceptible de permitir la reproducción) a una moral de la conducta de conjunto, en la continuidad de un *habitus*. La primera forma guarda afinidad con la magia, en la medida en que lleva fácilmente a la constitución de una colección de actos favorables o prohibidos. De este modo, el carácter bondadoso o perverso de un acto se puede transformar por una práctica aislada, como un sacramento que asegura la absolución de los actos pecaminosos. La segunda posición, además de ser la de la mayor parte del protestantismo, también fue la de un sector de los estudiosos cuya actividad precedió a la encíclica *Humanae Vitae*, que proclamaba el carácter indiferente de los medios de regulación de los nacimientos, afirmando sólo de forma general la apertura matrimonial a la generación. Esta postura, como resulta obvio a partir de lo dicho, no fue finalmente adoptada por la encíclica.

La segunda posición puede considerarse como una forma de secularización, en la medida en que está atravesada por una racionalidad práctica. A medida que lo religioso se racionaliza, su especificidad parece verse reducida, a través de una aproximación entre lo religioso y lo profano. Hay además una transferencia de responsabilidad: la Iglesia ya no es juez de cada uno de los actos, sino de la orientación general de la acción, y los individuos pueden decidir cuáles son los mejores medios a utilizar para realizar los fines propuestos.

La secularización del matrimonio / 43

respecto de la secularización del derecho en general, y del derecho matrimonial en particular, como acabamos de ver. Sin embargo, cuando este proceso de secularización se ha planteado como una acción política deliberada por parte de actores que conscientemente buscaban reformar el derecho para darle una naturaleza secular, ha encontrado grandes resistencias en algunos grupos religiosos, particularmente cristianos, mayoritariamente apegados a la matriz tradicional del derecho.

Una primera interpretación de esta resistencia puede intuirse en el carácter refractario de las organizaciones religiosas a la progresiva diferenciación funcional que caracteriza a la secularización. Es la tesis de Karel Dobbelaere,⁶³ para quien la diferenciación del subsistema religioso respecto de otros subsistemas sociales está asociada a particulares conflictos derivados de la resistencia religiosa a la diferenciación funcional. Volviendo al campo concreto con el que ejemplificamos: la evolución de la regulación jurídica del matrimonio en las sociedades cristianas no es sino una manifestación concreta de la tendencia global a la diferenciación de esferas funcionales en la sociedad moderna. En nuestro ejemplo de lo que se trata es de la progresiva diferenciación del derecho de familia respecto del otrora omnicompreensivo sistema religioso, que ahora no es sino uno más de varios subsistemas sociales, lo que permite explicar la reacción de los grupos religiosos.

Al mismo tiempo que el subsistema político y jurídico se separa del religioso, se racionaliza, reduciendo el espacio de la autoridad carismática y tradicional a favor de la autoridad racional-legal. La secularización del matrimonio puede entonces leerse también en términos de declinación de la autoridad religiosa (tradicional) sobre el matrimonio, en provecho de la autoridad estatal (burocrático-racional).

Es posible una segunda interpretación, no necesariamente contradictoria con la primera. La secularización de las formas jurídicas

⁶³ "Towards an Integrated Perspective of the Processes Related to the Descriptive Concept of Secularization", *Sociology of Religion*, núm. 60-3, 1999.

44 / Fernando Arlettaz

viene de la mano de su “societalización”. La societalización es la tendencia a la asunción, por parte de los subsistemas sociales, de las características propias de la “sociedad” por oposición a la “comunidad”.⁶⁴ Esta tendencia es clara en la evolución del matrimonio que hemos trazado, en la que se ve un individualismo y una contractualización crecientes como características de la regulación familiar. Así las cosas, no parece que ambos procesos (societalización y secularización de la regulación jurídico-familiar) puedan disociarse.⁶⁵

La resistencia a la secularización sería la muestra paradójica de que el proceso de secularización de las instituciones jurídicas sigue vigente y se asocia, precisamente, con una defensa de las antiguas estructuras comunitarias. Como sostiene Jean Baubérot,⁶⁶ en un contexto de secularización social, los individuos con “necesidades religiosas” buscan en sus comunidades religiosas algo más que una mera imitación del estado de cosas vigente en la sociedad secularizada en la que viven. Por eso, es que las comunidades tienden a formar su identidad en ruptura con el mundo secular que las rodea. El éxito relativo de la contrasecularización se explicaría entonces precisamente como resistencia a una (también exitosa) secularización previa.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ Puede verse cómo la secularización, en el sentido de secularización de las conciencias, tiene correlato en la preferencia por un determinado modelo matrimonial. Estudios empíricos han mostrado que el grado de religiosidad de la población es relevante al momento de manifestar la preferencia por un determinado modelo matrimonial. Las personas más religiosas optan por el *matrimonio alianza*, forma tradicional del matrimonio correspondiente a su forma más institucionalizada. Por el contrario, las personas menos religiosas eligen preferentemente el *matrimonio asociación*, forma posmoderna del matrimonio en la que los individuos se niegan a renunciar a su libertad en pos de la unión matrimonial. En el medio, los indiferentes religiosos son favorables al *matrimonio fusión*, que favorece la negociación de las pautas de convivencia, pero que no tiene la flexibilidad del modelo anterior. El análisis comentado toma como referencia los resultados de un estudio empírico en Europa. Véase Camarero Rioja, Carmen, “Las creencias religiosas en la definición de los modelos matrimoniales”, en Bericat Alastuey, Eduardo, *El fenómeno religioso. Presencia de la religión y de la religiosidad en las sociedades avanzadas*, Sevilla, Centro de Estudios Andaluces, 2008.

⁶⁶ Baubérot, Jean, 2003, p. 455.

La secularización del matrimonio / 45

De hecho, la forma más radical de reacción contra la secularización moderna, el fundamentalismo religioso, puede comprenderse precisamente como un síntoma de la propia secularización. Aunque en la superficie puede catalogarse al fundamentalismo como un rechazo de los valores modernos, en especial de ciertas libertades públicas y de la distinción entre lo público y lo privado, en un análisis más profundo el fundamentalismo puede ser leído no simplemente en términos de reacción contra la modernización, sino más bien, y de modo paradójico, como síntoma de ella.⁶⁷ Por ejemplo, la violenta reacción de la doctrina de la Iglesia católica contra la Modernidad podría entenderse como el reconocimiento de su pérdida de influencia y su intento de recuperarla.

Puede, incluso, irse más lejos en la explicación de la relación dialéctica entre secularización moderna y reacción antiseccular. Karen Armstrong⁶⁸ ha llamado la atención sobre el hecho de aunque el fundamentalismo es una forma defensiva de espiritualidad que ha surgido como respuesta a una crisis amenazante (la de la Modernidad), los fundamentalistas religiosos que intentan la recuperación del pasado han asimilado, en sus métodos, el racionalismo pragmático de la Modernidad. Piénsese, por ejemplo, en el uso de los *mass media* por los líderes religiosos. El fundamentalismo aparece así como un “experimento moderno”. Las transformaciones de la Modernidad han sido tan grandes, que incluso la religión se vio afectada, y esto llevó a que la reacción religiosa a la Modernidad sea, paradójicamente, una reacción moderna.

En condiciones de Posmodernidad, la resistencia de los grupos religiosos se ve reducida en su fuerza. Esta tendencia está asociada a la pérdida de credibilidad general del mensaje religioso.⁶⁹ En un

⁶⁷ Bruce, Steve, *Fundamentalismo*, Madrid, Alianza, 2003.

⁶⁸ *Los orígenes del fundamentalismo en el judaísmo, el cristianismo y el islam*, trad. de Federico Villegas Tusquets, Barcelona, 2004, pp. 21-29.

⁶⁹ Voyé, Liliane, “Secularization in a Context of advanced Modernity”, *Sociology of Religion*, núm. 60-3, 1999. En una posición contraria, que cuestiona la pérdida de credibilidad del mensaje religioso, Liliane Voyé se refiere a las ambigüedades de la secularización, señalando que la autonomía recíproca entre lo político-jurídico y lo religioso no es

46 / Fernando Arlettaz

mundo de pluralización religiosa creciente, en el que se fortalece la conciencia de relatividad de los respectivos mensajes religiosos, éstos pierden su carácter objetivo y se debilitan sus pretensiones de verdad.⁷⁰

Si salimos del campo de la explicación social para entrar en el de los relatos políticos contruidos en torno de los procesos explicados, hay que recordar que la secularización jurídica y política, a la que nos estamos refiriendo aquí, es un proceso de transición de formas de legitimidad sagradas a formas democráticas o basadas en la voluntad popular que afecta globalmente al derecho y a las instituciones políticas.⁷¹ El cambio producido en la regulación del régimen del matrimonio es, precisamente, una muestra de este giro en la fuente de la legitimidad de la unión familiar: de una legitimidad religiosa a una legitimidad estatal o, para retomar la terminología que usamos más arriba, de una legitimidad tradicional a una legitimidad racional.

En términos políticos, la reacción frente a la secularización de las instituciones viene de la mano de una postura que Martha Nussbaum⁷² ha calificado como *establishmentarian*. Para esta posición, el buen orden y la seguridad pública requieren un compro-

tan radical como habría podido creerse en una primera interpretación de la Modernidad. Antes de la Modernidad, las cuestiones éticas eran de competencia exclusiva del sistema religioso. Esto cambió con la Modernidad. Pero hoy se verificaría, sin embargo, una tendencia a escuchar la opinión de las autoridades religiosas en los temas éticos que generan controversia (como la clonación o la eutanasia). Voyé dice que a los actores religiosos se les pide opinión en estos temas (por ejemplo, a través de la conformación de comités de ética con representantes religiosos). En cualquier caso, la indicación que hace sobre el lenguaje utilizado resulta de utilidad. En efecto, la autora sostiene que la intervención de los representantes religiosos, en particular se refiere a los de la Iglesia católica, en estos debates se hace en términos desdogmatizados y desconfesionalizados. El lenguaje no es el de la voluntad de Dios, sino el de los derechos humanos y los valores humanos compartidos. Como veremos más abajo, esta descripción puede ser discutida.

⁷⁰ Dobbelaere, Karel, *op. cit.*

⁷¹ Blancarte, Roberto, "Definir la laicidad (desde una perspectiva mexicana)", *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 24, 2004, p. 17.

⁷² *Liberty of conscience. In defense of America's traditions of religious equality*, Nueva York, Basic Books, 2009, pp. 48-57.

La secularización del matrimonio / 47

miso con una ortodoxia religiosa, es decir, con una tradición religiosa dominante. Es necesario afirmar qué es realmente la nación, de modo que cualquiera que quiera vivir en ella debe reconocer determinados valores y asimilarse a ellos. La postura *establishmentarian* es dura, y persigue y encarcela a quien no comparte la verdad religiosa oficial, lo que no se da hoy en los Estados democráticos. Pero sí se da una forma más débil, que admite la necesidad de que la nación adopte unos valores sustanciales principales, y tolera de mala gana a los que sean diferentes. Es la posición, por ejemplo, de quienes creen que la Unión Europea debe ser explícitamente cristiana, y en Estados Unidos, la posición de la derecha religiosa.

Para esta corriente, la religión puede proporcionar una base para la moralidad compartida mucho más sólida que las posibles alternativas seculares. Así, los valores religiosos podrían servir como fuentes de sentido para la deliberación pública y las decisiones colectivas plasmadas en el derecho. Esta postura no implica necesariamente que las políticas públicas deban apoyarse en doctrinas teológicas concretas, pero sí en ciertos principios básicos de una ética religiosa que puede, incluso, ser compartida por varias comunidades religiosas. En la raíz de este razonamiento se encuentra la idea de que existe un cierto consenso en la mayoría de la sociedad sobre tales principios, y que ellos son dignos de ser promovidos.⁷³

⁷³ Jelen, Ted G., "In Defense of Religious Minimalism", en Segers, Mary C. y Jelen, Ted G., *Wall of Separation? Debating the Public Role of Religion*, Maryland, Rowman and Littlefield Publishers, 1998, pp. 11-26.