

EL MATRIMONIO NATURAL

Andrés OLLERO

Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España)

Conferencia presentada en la XXI Asamblea Plenaria del Pontificio Consiglio per la Famiglia (Roma, 24 de Octubre de 2013)

Derecho, moral y religión. El matrimonio como institución de derecho natural o jurídicamente relevante por naturaleza. Percepción social del matrimonio: entre moral y derecho. A la espera de testigos de razón. Versiones de lo natural: la normalidad en juego.

Agradecido por la invitación recibida para participar en este interesante simposio, debo ante todo presentarme como lo que siempre he sido: un modesto jurista -ni siquiera canonista- sin particular autoridad en el ámbito de la teología moral o sacramentaria; no poseo al respecto otros conocimientos que los que cabe esperar en un laico relativamente culto y poco dado a ocultar sus convicciones personales, incluso cuando emparentan de modo más o menos directo con lo religioso. Igualmente he de hacer notar que, para evitar realizar una mera glosa de la Carta de los Derechos de la Familia de 22 de octubre de 1983, que se conmemora, he aplazado su relectura hasta ultimar mi aportación, sin perjuicio de proceder con posterioridad a confrontar su contenido con el de dicho documento en las notas a pie de página.

En mi condición de jurista, he de confesar que hay cuestiones que me preocupan aun más que la actual crisis del matrimonio natural, aunque ésta no me resulte en modo alguno indiferente. Tiendo a conceder indudable prioridad a la presencia hegemónica de un poco riguroso doble lenguaje, que trivializa los fundamentos mismos del derecho. No es la primera vez que expreso esa intranquilidad, que me suscita el comprobar que nos pasamos el día hablando encomiásticamente del *Estado de Derecho* y de sus exigencias, convertidas en quintaesencia de lo políticamente correcto; a la vez, sin embargo, acabamos siempre -de modo poco reflexivo- considerando como jurídicas solo a las exigencias derivadas del *derecho del Estado*¹, como si sus poderes pudieran ser considerados legítimos por definición.

Esto me lleva a recordar una no muy lejana afirmación pronunciada ante uno de los más prestigiados parlamentos europeos; no en vano mis primeros escaños docentes consistieron, hace ya más de nueve lustros, en desarrollar unas inmaduras lecciones sobre "Derecho Natural", asignatura por entonces incluida en mi país entre las obligatorias del *curriculum* exigible para la obtención de la licenciatura jurídica. Como sin duda se recordará, fue un prestigioso profesor alemán hoy ya pontífice emérito, Benedicto XVI, quien el 22 de septiembre de 2011 alertó en tono dolido ante el *Bundestag* sobre este fenómeno: si con "la Declaración de los Derechos Humanos, después de la Segunda Guerra mundial, y hasta la formación de nuestra Ley Fundamental, la cuestión sobre los fundamentos de la legislación parecía clara, en el último medio siglo se dio un cambio dramático de la situación. La idea del derecho natural se considera hoy una doctrina

¹ Lo puse de relieve en *Política legislativa*, en "Enciclopedia de Bioderecho y bioética" (Carlos María Romeo Casabona, dir.) Granada, Comares, 2011, t. II, pág. 1283.

católica más bien singular, sobre la que no vale la pena discutir fuera del ámbito católico, de modo que casi nos avergüenza hasta la sola mención del término”².

Tan certero diagnóstico confirma lo que, por mi parte, no dudaría en caracterizar como *eclipse del derecho*. No deja de resultar significativo que, ante la actual crisis de nuestra *economía*, se haya convertido en tópico afirmar que lo que nuestra sociedad está experimentando en realidad es una grave crisis *moral*. No comparto esa presunta tensión bipolar entre economía y moral; provoca el olvido de un elemento, a mi juicio, particularmente decisivo: el *derecho*.

DERECHO, MORAL Y RELIGIÓN.

A mi modo de ver, este llamativo tópico se asienta, entre otras razones, en lo que calificaría como *clericalismo civil*; se detecta alimentado paradójicamente por actitudes laicistas, no poco extendidas también entre los mismos creyentes. Se tiende a dar por supuesto el siguiente planteamiento: ciudadanos de cuyas convicciones religiosas derivan determinadas exigencias morales pretenden, por considerarlas de particular relieve, imponerlas a los demás recurriendo a la capacidad coactiva del derecho. Este aparece pues como el brazo armado de una moral de procedencia religiosa. Considero que la realidad de las cosas invita precisamente a establecer una correlación inversa.

Ningún solvente teórico del derecho discutiría que debe ser entendido como un *mínimo ético*, indispensable para garantizar suficientemente una convivencia que merezca considerarse humana. El derecho no pretende en efecto hacer al ciudadano, feliz, rico ni santo. Se conforma con mantener un marco normativo mínimo que le posibilite aspirar a esos o cualesquiera otros legítimos objetivos personales. Estas exigencias jurídicas no son, sin embargo, solo mínimas sino también indispensables; por ello se convierten inevitablemente en condición previa para el logro de cualquier maximalista aspiración moral.

El clericalismo civil lleva por ejemplo a olvidar que no matar, no robar o no mentir (defraudando la buena fe del prójimo) -antes que imperativos morales que, por su importancia, el derecho habría de imponer por la fuerza- son obvias exigencias jurídicas, sin cuyo respeto cualquier convivencia humana es impensable. Son tales exigencias las que, precisamente por jurídicas, generan una consiguiente obligación moral³. Por consistir en dar a cada uno su derecho, la virtud moral de la justicia ha de apoyarse en lo jurídico como punto de partida y no viceversa. No tiene sentido pues que a quien pretende tomarse en serio el no matar, robar o mentir se le acuse –como tiende a ocurrir- de pretender convertir pecados en delitos. Lo que ocurre en realidad es que hay delitos tan graves que llegan a ofender a Dios, convirtiéndose en pecados: matar o estafar, por ejemplo.

Quizá ese barullo tan poco laical arranca de precedentes tan antiguos que nos situarían en el Sinaí. El decálogo tiende a malentenderse como si consistiera en una colección de exigencias morales, fruto al parecer de las ocurrencias de un Dios

² De ello me ocupé en *Hacer entrar en razón al Estado de Derecho. Benedicto XVI aborda los fundamentos del Estado* “Acta Philosophica” (Pontificia Università della Santa Croce) 2012 (21-II), págs. 386-390; incluido con mayor amplitud en *Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Homenaje a Alberto Montoro Ballesteros* Murcia, Universidad, 2013, págs. 445-455.

³ Sobre ello he insistido, en diálogo con Juan Antonio GARCÍA AMADO y Cristina HERMIDA DEL LLANO, en *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, págs. 11-51, 117-131, 133-162 y 265-311.

todopoderoso. En realidad contiene la exigencia de unos mínimos éticos jurídicos, como los ya aludidos; sin que falte también la exhortación a perseguir maximalismos morales, como amar a Dios sobre todas las cosas o -no digamos- al prójimo como a uno mismo. Con frecuencia se tiende a olvidar que quien -en clave moral- animó a poner la otra mejilla al que se sintiera agredido, se preocupó no poco de dar ejemplo -en clave jurídica- del puntual pago de los impuestos. El derecho es pues, a mi modo de ver, un mínimo ético tan indispensable que genera una consiguiente obligación moral.

La fe religiosa, por su parte, no es ni más ni menos que una privilegiada claraboya que Dios nos abre, para que podamos percibir con particular claridad tanto las exigencias jurídicas como las morales⁴. Esto, lejos de habilitarles para dar paso a imposiciones confesionales, atribuye civiles responsabilidades argumentativas a los así privilegiados. Profesar una fe que hace suyas exigencias éticas *naturales* conlleva una doble consecuencia: disfrutar de la posibilidad de conocer con más facilidad las cosas como son y sentirse responsable de ello respecto a los demás.

La alusión a lo natural dista de resultar irrelevante. Cuando, como ya señalé, se tiende a identificar inconscientemente al derecho con la voluntad del que manda, sugerir que pueda generar una obligación moral invita a la carcajada. Hasta el siempre riguroso Bobbio abominaba de tal *positivismo ideológico*⁵. El derecho, como puro mandato apoyado en el monopolio de la fuerza, no podría generar obligación moral alguna. El problema surge porque el ciudadano tiene en su cabeza firmemente arraigada una falsa teoría jurídica, que entiende al derecho como instrumento coactivo al servicio de los poderes del Estado y no como un conjunto de exigencias de cuyo respeto derivaría su propia legitimidad. Volviendo pues al Sinaí y al posterior barullo clerical, haríamos un flaco favor convirtiendo en imposición sobrenatural al derecho natural, tras haberse mostrado hace siglos capaz de fundamentar el reconocimiento de los derechos humanos en tierras de conquista, o de impulsar un derecho internacional en la Europa desgarrada por guerras de religión.

Todo parece indicar que es esa caricatura la que fundamenta en parte la actual alergia a la verdad, alimentada por el temor de que sus afortunados propietarios acaben -como pronosticaba Kelsen⁶- dándonos con ella en la cabeza. De ahí que se haya convertido al derecho natural en mero inconfesado animal de compañía. Se defienden los derechos humanos como exigencia indeclinable de nuestra propia dignidad, pero negando a la vez que puedan servirles de fundamento unas exigencias éticas tan objetivas como racionalmente cognoscibles. Se pretende algo imposible: garantizar unos derechos fundamentales sin conocido fundamento.

⁴ Francesco D'AGOSTINO subraya con acierto que “la dottrina cristiana, secondo la quale in ognuno di noi è presente un'anima creata individualmente da Dio, rappresenta la perfetta versione teologica di una verità filosofica, che possiede un suo autonomo substrato antropologico” –*Un magistero per i giuristi. Riflessioni sugli insegnamenti di Benedetto XVI* Milano, San Paolo, 2011, pág. 57. La propia Carta, en su Introducción, considera a los derechos que recoge “impresos en la conciencia del ser humano y en los valores comunes de toda la humanidad. La visión cristiana está presente en esta Carta como luz de la revelación divina que esclarece la realidad natural de la familia”.

⁵ Norberto BOBBIO *Sul positivismo giuridico* en “Giusnaturalismo e positivismo giuridico” Milano, Comunità, 1965, págs. 105-106.

⁶ “Diesem Gegensatz der Weltanschauungen entspricht ein Gegensatz der Wertanschauungen, speziell der politischen Grundeinstellung. Der metaphysisch-absolutistischen Weltanschauung ist eine autokratische, der kritisch-relativistischen die demokratische Haltung zugeordnet” –Hans KELSEN *Von Wesen und Wert der Demokratie* Darmstadt, Scientia Verlag Aalen (reimpresión de Tübingen, Mohr, 1929 (2ª), pág. 101.

El matrimonio se ha convertido hoy en muestra elocuente de la defectuosa articulación denunciada. Es deudor, como todo lo jurídico, de una determinada antropología filosófica⁷ que nos desvela las exigencias éticas -mínimas y máximas, jurídicas y morales- derivadas de la naturaleza humana. Nos señala las indispensables para la convivencia social, si no queremos deshumanizarla, incluyéndolas en el ámbito jurídico de la justicia, merecedor de ulterior respeto moral. Cobra incluso una dimensión sobrenatural al verse por la fe católica elevado a sacramento, cuando se contrae entre creyentes. No es pues de extrañar que el clericalismo civil acabe malentendiendo que los católicos pretenden imponer a todos unas exigencias religiosas, de carácter moral, sirviéndose de la coercibilidad jurídica como instrumento.

Desde este punto de partida, si nos preguntamos si el *matrimonio* es de *derecho natural*, podemos encontrarnos quizá con más problemas de los esperados. Para que lo fuera, habría de ser ante todo considerado relevante para el *derecho*; sus exigencias deberían tener naturaleza jurídica y no reducirse a un conjunto de encomiables exhortaciones morales. Cuestión que nos llevaría a reflexionar sobre un proceso reiteradamente denunciado: su posible *desjuridización*. No poco tiene que ver con ello la interna tensión entre su reconocimiento como sólida *institución*, de relevancia pública, o como sede de la articulación de un movetizo entrelazo de *derechos*, que acabarían privatizándolo⁸ en clave individualista⁹. Se llega así incluso a favorecer su evasión hacia el brumoso ámbito de los sentimientos, destinado más bien a convertirse en objeto de loables exigencias morales¹⁰.

Lo paradójico de este proceso es que, mientras el vínculo matrimonial va quedando a disposición de la voluntad de las partes, se atraen hacia la órbita del derecho realidades que le eran ajenas. La desjuridización del matrimonio se ve pues acompañada de una juridización de la convivencia de hecho¹¹, dando paso a una paradójica desjuridificación

⁷ Francesco D'AGOSTINO resalta que "al di là delle inevitabili interazioni col contesto socio-culturale, la struttura della familia non è socio-culturale, ma antropologica, che cioè essa non atiene tanto all'assetto empírico della coesistenza, ma è un portato di un'esigenza strutturale del essere dell'uomo" -*Introduzione* a la obra colectiva "Famiglia, diritto e diritto di famiglia" por él coordinada -Milano, Jaca Book, 1985, pág. 10.

⁸ Gaetano LO CASTRO profundiza en la raíz antropológica de esta privatización del matrimonio, que lo concebiría como "uno schema vuoto, che ciascuno può liberamente riempire dei contenuti che più gli tornano graditi", y tropieza con la dificultad "d'intendere l'atto relazionale di natura amorosa come intrinsecamente giuridico, in quanto legato a valori obiettivi, per quanto personali, che trascendono il suo libero autodeterminarsi e le motivazioni ed inclinazioni individuali" -*L'idea di matrimonio*, en "Tre studi sul matrimonio", Milano, Giuffrè, 1992, págs. 46, 62 y 74.

⁹ Para Francesco D'AGOSTINO "se la concezione individualistica della familia è criticabile, ciò non va riferito ovviamente al suo carattere 'moderno', ma alla sua dimensione utilitaristica e privatistica" -*Introduzione* (cit. en nt. 7), pág.8.

¹⁰ Carlos MARTINEZ DE AGUIRRE detecta que, tras las últimas reformas, en el ordenamiento jurídico español "lo característico del consentimiento matrimonial no es la voluntad de asumir las obligaciones propias del matrimonio (insisto: porque jurídicamente no hay obligaciones susceptibles de ser asumidas), sino una cierta intención (un cierto animus) de cumplirlas voluntariamente" -*El matrimonio deconstruido*, en "El Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?", Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pág. 108.

¹¹ Cfr. Giuseppe DALLA TORRE, que detecta en su trasfondo la justificación "individualistica del matrimonio e della familia come mezzo per realizzare la piena autoespressione della personalità, di ascendenza illuministica, che nei suoi eccessi si evolve dal libertinismo libertario settecentesco

juridificadora¹². Sólo aclarado el efectivo alcance de la juridicidad del matrimonio tendría sentido preguntarse si tiene en realidad un fundamento *natural*, o si es solo una realidad jurídico-positiva configurada a su arbitrio por los poderes del Estado.

No menos *desnaturalizadora* resultaría paradójicamente una hipertrofia jurídica de su dimensión sacramental. Suscitada históricamente como estrategia ante el acoso del laicismo, puede haberse convertido más tarde en provocadora de reacciones de ese mismo signo en la vida social¹³. La misma irreprochable distinción entre contrato y sacramento acabó influida por esa deriva, al argumentarse -ya en tiempos de Luis XIV- el poder directo del príncipe sobre el contrato; al constituir la materia del sacramento, repercutiría indirectamente sobre él¹⁴. No puede pues extrañar que tanto en el Vaticano II como en el Código de 1983 se prefiera el término *foedus*¹⁵, haciendo entrar en juego más a una alianza que a un contrato¹⁶.

EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN DE DERECHO NATURAL O JURÍDICAMENTE RELEVANTE POR NATURALEZA.

Sin perder de vista este creciente cuestionamiento de la relevancia jurídica del matrimonio, resulta obvio que -aun reconociendo a sus exigencias carácter jurídico- el rechazo de lo *natural* como su posible fuente descartaría también todo tratamiento iusnaturalista de la institución o del conjunto de derechos en que se acabara viendo positivado.

Debo, como jurista, reconocerme orgulloso de sentirme romano, de los de antes de San Pedro. Considero a la *tópica* más cercana a la realidad del derecho que el *sistema*¹⁷, ya que el reconocimiento de las exigencias jurídicas tendría más que ver con la *inventio*

all'odierno libertarismo di massa" -*Motivi ideologici e contingenze storiche nell'evoluzione del diritto di famiglia*, en "Famiglia, diritto e diritto di famiglia" Milano, Jaca Book, 1985, págs. 45 y 52; así como 46.

¹² Francesco D'AGOSTINO levanta acta de que tal "giuridificazione" merece ser considerada "patologica"; la familia, travolta dalla logica della de-istituzionalizzazione, renuncia alla propria giuridicità intrinseca y si trova di fatto a dover accettare pasivamente una regolamentazione estrinseca" -*Linee di una filosofia della familia. Nella prospettiva della filosofia del diritto* Milano, Giuffrè, 1991, pág. 57.

¹³ No es pues extraño que Gaetano LO CASTRO, lejos de ver en la actualización de los pactos de Letrán un intento de suscribir un concepto homogéneo civil-canónico de matrimonio, la interprete como una muestra por parte del Estado de "sensibilità per una forma espressiva de la libertà religiosa", confluyendo con el "desiderio della Santa Sede di dare rilievo civile al 'suo' matrimonio" - *Matrimonio e scienza giuridica*, en "Tre studi sul matrimonio" Milano, Giuffrè, 1992, págs. 104 y 112.

¹⁴ "parce que le contrat étant la matière du sacrement, si le contrat est nul, le sacrement n'a plus de matière à laquelle on puisse l'appliquer" -Jean GAUDEMET *Le mariage en Occident* Paris, Éditions du Cerf, 1987, pág. 325; también 346 y 411. Como será fácil comprobar, esta obra sirve de fondo a alusiones posteriores sobre aspectos históricos.

¹⁵ Constitución *Gaudium et Spes*, 50; C.I.C. canon 1055.

¹⁶ Pedro Juan VILADRICH considera que con ello "se pone el acento en la sustancia de la relación misma, ser una íntima comunidad de vida y amor entre el varón y la mujer, más que en el modo de iniciarla" -*Matrimonio*, en "Diccionario general de derecho canónico" Cizur Menor, Aranzadi-Universidad de Navarra, 2012, vol. V, pág. 300.

¹⁷ Clásico ya al respecto Theodor VIEHWEG *Topik und Jurisprudenz* München, Beck, 1965.

que con una presunta *subsunción*. No parece, sin embargo, que los jurisconsultos romanos dispusieran de una filosofía que les permitiera superar la más grave acusación formulada contra el derecho natural: la denuncia de fundarse en una rechazable *falacia naturalista*.

El concepto moderno de *naturaleza*, que la circunscribe a una dimensión física accesible a la metodología científico-positiva, ha llevado a marginar -e incluso abandonar al olvido- la concepción metafísica de cuño aristotélico. Los romanos no superaron, en más de una ocasión, un concepto de lo natural basado en la mera constatación comparativa de la similitud de fenómenos sociales presentes en escenarios culturales y políticos diversos. Algo más cercano al luego rotulado como *ius gentium* que a un derecho natural propiamente dicho. Es obvio que ese intento de fundar las exigencias jurídicas en la captación de una facticidad social reiterada, a fin de cuentas histórica y relativa, podría ser lógicamente considerada falaz. Así pudo ocurrir al extenderse el reconocimiento de exigencias 'iusnaturalistas' más allá del ámbito humano, desbordando la ética para remitirse a la mera etología. Tal fue el caso de Ulpiano, que consideraba el matrimonio como enseñado por la naturaleza a todo ser vivo sobre la tierra, o los aires¹⁸; generosa concepción que sin duda hará hoy las delicias de fervorosos defensores de los derechos de los animales, o de la relevancia constitucional de la pachamama¹⁹ como fuente de fundamentación jurídica.

Por el contrario, lo que en la naturaleza humana metafísicamente planteada se detectaba era un programa de desarrollo capaz de orientar a un ser libre hacia su razonable perfeccionamiento, bien fuera satisfaciendo el mínimo de exigencias propio del *derecho natural* o las máximas a que le invitaba la moral. Ambos aspectos aparecen por cierto incluidos, para no poca confusión posterior, en el concepto escolástico medieval de *ley natural*. Es obvio que esta diversa apelación a la naturaleza no hacía sino desplegar las consecuencias éticas de una antropología filosófica, que perfilaba el sentido de la humana existencia y las implicaciones -jurídicas y morales- que de él derivaban en el ámbito de la interacción social. No se daba pues paso alguno desde un *ser fáctico* a una propuesta ética de *deber ser*. La existencia del hombre libre cobraba sentido en la medida en que se comportara como debía, ya que sólo vería convertido en acto su ser si desplegaba sus potencialidades del modo debido. La naturaleza humana a que nos referimos no pretendía pues en modo alguno *describir* cómo el hombre de hecho se comportaba, sino *proponer* -de modo tan discutible como poco falaz- cómo debería comportarse.

Desde este punto de partida, el matrimonio aparece vinculado a una antropología que, más allá de todo cerrado individualismo, inscribe lo humano en el ámbito de lo relacional²⁰. El hombre debe trascenderse abriéndose como *persona* rebosante de sociabilidad y no cerrándose como *individuo* que sobrevive trabajosamente entre individuos. Ahí radicará la clave de la juridicidad del *matrimonio*, que no va a responder

¹⁸ En *Digesto* 1, 1, 1, 3. Tampoco Marco Tulio CICERÓN se quedó atrás: *De Officiis* I, 40, 11.

¹⁹ Al respecto Pablo de LORA *Justicia para los animales* Madrid, Alianza, 2004, o Aurelio de PRADA *Derechos humanos y derechos de la naturaleza: el individuo y la Pachamama* "Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho" 2013 (27), págs. 43-57.

²⁰ Arthur KAUFMANN subrayó reiteradamente, dentro de su peculiar iusnaturalismo, cómo "Person ist Relation; geauer: die Struktureinheit von Relatio und Relata" -en su lección de despedida: *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit* Heidelberg, Decker & Müller, 1990, pág. 40. Por su parte, Gaetano LO CASTRO apuntará que solo con una superación del normativismo que haga del saber jurídico una "scienza dell'uomo in relazione" se alcanzará un conocimiento acabado del fenómeno conyugal -*Avvertenza preliminare* a "Tre studi sul matrimonio" Milano, Giuffrè, 1992, págs. 2-3.

sólo a un afán de goce sexual²¹, ni siquiera compartido en el marco de una cooperativa individualista²²; se diferenciará así de las ajurídicas -por meramente fácticas- *uniones de hecho* o de un paradójico reconocimiento jurídico del llamado *amor libre*.

Este marco antropológico lleva consigo un determinado sentido del ejercicio de la libertad, que no la entiende -en clave hobbesiana puramente física- como un actuar desvinculado, ajeno a todo compromiso. El *matrimonio* no expresa un mero encuentro ocasional sino que, a diferencia de otras interacciones sociales, encierra un compromiso de futuro²³; se ve así obligadamente acompañado de exigencias de *fidelidad*, que en un ser marcado por la historicidad implicarán la *indisolubilidad* de la relación. La libertad no se entiende pues como liberación de condicionamientos sino precisamente como asunción de un *vínculo* humanamente enriquecedor, en la medida en que se suscribe el compromiso por un amor prometido. Precisamente esto es lo que lo hace entrar en el jurídico ámbito de la justicia²⁴, a diferencia de lo que ocurrirá con la amistad o el mero comercio sexual.

Esto es a la vez lo que convierte al matrimonio en institución social y no en un mero derecho individual, susceptible de ir enlazando con otros. La institución facilita y consolida regularidades de conducta en la vida social, cumpliendo un papel que algún sociólogo²⁵ ha comparado al de los instintos en el mundo animal. Implica pues un obligado condicionamiento de la capacidad de autodeterminación individual. Esta inevitable tensión entre amor y familia, subjetividad y norma²⁶, exige una respuesta institucional que la haga

²¹ Pedro Juan VILADRICH detecta en ello una ‘*inclinatio naturalis*’, que marca “un nexo de continuidad natural”, no fruto de “algo impuesto desde fuera”, entre amarse y casarse; como consecuencia, entre los cónyuges el amor se eleva de ser “un hecho que ocurre entre nosotros hasta un modo de

co-ser que nos debemos en justicia” –*Matrimonio* (cit. en nt. 16), págs. 303-304.

²² Rafael NAVARRO VALLS, analizando la jurisprudencia norteamericana, no duda en afirmar que “la pareja casada ya no es contemplada como una ‘entidad independiente’, sino como la ‘asociación de dos individuos aislados’. De modo que es posible asimilar las relaciones jurídicas de los esposos a las de copropietarios no casados” –“Matrimonio y derecho” *Discurso* leído el día 28 de noviembre de 1994, en el Acto de su recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia de Legislación, publicado también luego con idéntica paginación en Madrid, Tecnos, 1995, pág. 43. Francesco D’AGOSTINO apuntará cómo “l’assolutizzazione dell’affettività si coniuga infatti efficacemente con un sistema societario che privilegia un individualismo strumental-acquisitivo” –*Linee di una filosofia della famiglia* (cit. en nt. 12), pág. 55. En esta línea la Carta señala, en su artículo 1, c), que “la situación de las parejas no casadas no debe ponerse al mismo nivel que el matrimonio debidamente contraído”.

²³ “El pacto conyugal es una relación que se configura en el orden del ser, compromete la estructura ontológica de la persona, no solamente su proceder funcional. Por tanto, no cabe un compromiso que perdure menos que las personas” - Pedro Juan VILADRICH *Matrimonio* (cit. en nt. 16), pág. 308.

²⁴ Al respecto el mismo Gaetano LO CASTRO, que no duda en apuntar que “l’amore promesso é altro nome del matrimonio” –*Matrimoniale foedus*, en “Tré studi sul matrimonio”, Milano, Giuffrè, 1992, págs. 33 y ss.; sobre todo 37.

²⁵ Arnold GEHLEN *Mensch und Institutionen*, en “Antropologische Forschung” Hamburg, Rowohlt, 1961, pág. 69.

²⁶ “El sentimiento amoroso siente la necesidad de transitar de ese ámbito de privacidad en que inicialmente germina hasta hacerse externo, público. Es decir, insensiblemente el consentimiento conyugal tiende a encarnarse en la institución” –Rafael NAVARRO VALLS –“Matrimonio y derecho” *Discurso* (cit. en nt. 22), pág. 28.

socialmente positiva²⁷. Su relevancia social deriva de la necesaria conexión entre *matrimonio* y *familia*, que añadirá a la donación al otro, brindándole plenitud, un nuevo elemento: la apertura a una *dimensión procreativa*²⁸.

Basta repasar lo expuesto para apreciar con facilidad el proceso que el matrimonio viene sufriendo al imponerse -a través de normas jurídicopositivas- una antropología desnaturalizada, que ha abandonado primero la fidelidad indisoluble, luego la heterosexualidad²⁹ capaz de procreación y puede acabar haciéndolo con el ya ocasionalmente cuestionado carácter monógamo; todo ello al servicio siempre de una autodeterminación de signo individualista. Para abrir paso a una libertad desvinculada, el matrimonio llega a reconocerse sin disimulo como una relación interindividual de problemática duración, simultaneable con otras ya no tan diversas, así como absolutamente desvinculada de la familia³⁰ y su dimensión procreadora.

Puede que en todo ello haya influido una peculiar falacia naturalista que habría llevado a confundir el *mínimo ético*, característico de lo jurídico, con su conversión en instrumento al servicio de una *ética mínima*, dictada por el consenso fácticamente en vigor en una sociedad o ámbito cultural. Que el derecho constituya un mínimo ético, en contraste con el maximalismo propio de la moral, no significa en modo alguno que sus exigencias éticas sean mínimas ni ahorren esfuerzo; el pago de impuestos no suele ser fuente de particular satisfacción ni en los ciudadanos más solidarios. Si su abono no fuera coactivamente obligatorio desaparecería todo consenso capaz de fundamentarlo.

Como ya sugerimos, el problema actual no es tanto si cabe reconocer en el matrimonio un núcleo jurídico-natural de obligado respeto, como si resulta congruente con su nuevo planteamiento seguir reconociéndole relevancia jurídica. Sus clásicas exigencias parecen haber ido quedando a disposición de los maximalismos morales que cada individuo se considere dispuesto a hacer suyos, en la medida en que considere razonable y

²⁷ Cfr. Francesco D'AGOSTINO, que constata "la necessità ermeneutica di pensare alla famiglia come a quella struttura nella quale la legge assume la modalità dell'amore e nella quale l'amore si oggettiva -si fa reale- grazie alle modalità della legge" -*Famiglia, norma società. Questioni di struttura e di antecedenza*, en "Famiglia, diritto e diritto di famiglia" Milano, Jaca Book, 1985, págs. 81 y 85. La Carta resalta, ya en su Preámbulo A), que "los derechos de la persona, aunque expresados como derechos del individuo, tienen una dimensión fundamentalmente social".

²⁸ Sergio COTTA detecta en ello "la relazionalità qui assume pienamente la sua dimensione diacronica: l'esser-nel-mondo non è caratterizzato soltanto dalla dimensione sincronica del'esser-con-l'altro, ma anche dalla dimensione, diacronica appunto, del durare-negli-altri"; este planteamiento resulta inviable cuando "si separa la relazionalità, cioè l'essere in rapporto con l'altro, dalla soggettività" -*Sacramentalità e realtà esistenziale del matrimonio*, en "Famiglia, diritto e diritto di famiglia" Milano, Jaca Book, págs. 30 y 20-21; también 22, 23 y 26. La Carta, en su Preámbulo C), pone de relieve que "el matrimonio es la institución natural a la que está exclusivamente confiada la misión de transmitir la vida".

²⁹ Rafael NAVARRO VALLS lo relaciona con la "tendencia en los últimos tiempos a concebir el matrimonio como algo que tiene que ver principalmente con las necesidades y sentimientos privados de los esposos" -*Matrimonio y derecho*, en "El Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?", Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pág. 62. La referencia al hombre y la mujer como protagonistas del matrimonio se reitera en la Carta: Preámbulo B), arts. 1 a) y 2 c) ...

³⁰ Valga como ejemplo E.ROCA TRÍAS *Libertad y familia* Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el Acto de Recepción Pública como Académica de Número. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2012, págs. 47 y 134. La antropología que sirve de base a la Carta resulta elocuentemente expresada ya en su Preámbulo, B).

proporcionado seguir aspirando a alcanzarlos. La progresiva *privatización* de tales contenidos, disociados de la vinculación social propia de la familia, apunta a una coherente *desjuridización*³¹.

El matrimonio habría dejado de constituir una institución social para limitarse a servir de contenido a un derecho individual; su principal función se habría reducido a atribuir a determinadas relaciones sexuales el *honor matrimonii*³²; se regresa así por el túnel del tiempo a su diferenciación romana respecto al concubinato o las relaciones sexuales mantenidas con quienes no eran reconocidos como ciudadanos libres. Los más recientes *avances* en la regulación jurídica del matrimonio parecen apuntar a la conversión de lo que fue institución generadora de *sociabilidad* en mero símbolo legitimador de los más variados antojos de un embarazoso *individualismo*³³. Su desjuridización y desnaturalización se dan así la mano³⁴, acompañando a una contractualización y privatización³⁵.

La respuesta adecuada ante este proceso no consistiría tanto en una defensa de las exigencias que del derecho natural deriven para el matrimonio como en argumentar por qué la relación matrimonial, a diferencia de la amistad o el mero comercio sexual, debe por naturaleza seguir siendo considerada jurídicamente relevante. A nadie puede extrañar tan llamativo cambio de escenario, al menos en una Europa que no duda en reconocer con ejemplar coherencia que no suscribe ningún modelo determinado de familia ni, en consecuencia, del papel que el matrimonio haya de asumir en relación a ella. Como es bien sabido, el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se limita, bajo la rúbrica “Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia”, a establecer: “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”; o sea -en español castizo- que a quien Dios se la dé San Pedro se la bendiga...

PERCEPCIÓN SOCIAL DEL MATRIMONIO: ENTRE MORAL Y DERECHO.

El reconocimiento jurídico-positivo de las exigencias éticas del matrimonio ha ido experimentando sucesivos cambios a lo largo de la historia. Como consecuencia, algunas de ellas -privadas de dicha positivación- han ido pasando a quedar a merced de las exigencias morales personalmente asumidas por los ciudadanos, influidos no poco por las promocionadas socialmente. En otros casos, al inhibirse el poder político de tal

³¹ He de reconocer que la primera vez que vi planteado el problema por José María ESPINAR VICENTE -*Sobre la urgente necesidad de reformar la regulación jurídica del matrimonio* “Actualidad Civil” 2003 (19), págs. 478 y 479- me sonó a ‘boutade’; pero no oculto que el tiempo parece irle dando desgraciadamente la razón.

³² Aludido por ULPIANO –en *Digesto* 24, 1, 32, 13).

³³ Lo que reduciría al matrimonio a orgulloso “instrumento de autoafirmación personal” –Rafael NAVARRO VALLS *Discurso* (cit. en nt. 22), pág. 57. Para Francesco D’AGOSTINO: “la legalizzazione del ‘matrimonio omosessuale’ apparirebbe, in questa prospettiva, come un indiretto atto di ommaggio, come una significativa riaffermazione della specificità del matrimonio eterosessuale” –*Linee di una filosofía della famiglia* (cit. en nt. 12), pág. 131.

³⁴ Rafael NAVARRO VALLS alerta sobre la tendencia “a conceptuar el matrimonio simplemente como un hecho cultural y no ético y natural”, que haciendo propia una alusión de Antonio HERNANDEZ GIL -*Metodología de la ciencia del derecho* Madrid, 1973, t. III, pág. 399- derivaría de que “la difundida idea de la desmitificación envuelve muchas veces la de la desmetafisicación” –*Matrimonio y derecho* Madrid, Tecnos, 1995, pág. 71.

³⁵ Rafael NAVARRO VALLS *Discurso* (cit. en nt. 22), pág. 41.

reconocimiento, han mantenido una particular dimensión jurídica en el marco del derecho canónico, por asumir la Iglesia Católica dicha regulación. Este fenómeno acabará provocando con posterioridad una reacción laicista³⁶, concretada en el empeño por convertir en formalmente obligatorio el matrimonio civil, relegando al religioso a privada ceremonia litúrgica carente de tales efectos.

La dimensión relacional impulsada por el fundamento antropológico del matrimonio había encontrado pronto reflejo en una estructura jurídica consensual, presente ya en el derecho romano; aunque ese carácter interpersonal no le llevara a integrarlo en rigor en el ámbito de los contratos³⁷. Cobraba sin embargo relevancia jurídica por su reconocimiento como institución. La *affectio maritalis* se entendía presente solo en aquellas relaciones interpersonales susceptibles de integrarse en ese marco institucional del matrimonio³⁸; los romanos eran juristas y no concebían la posibilidad de regular mediante el derecho el obligadamente privado ámbito de los afectos.

La consolidación jurídica del matrimonio como *contrato* sirvió de eficaz apoyo para neutralizar la arraigada intervención paterna en el establecimiento de las nupcias, incluso entre menores; concedía obvio protagonismo al probado *consentimiento* personal de los implicados. Ya en el marco del derecho canónico postridentino, este esquema contractual servirá también de instrumento para acentuar su *publicidad*, dentro del esfuerzo por evitar los riesgos planteados por matrimonios naturales -por consensuados- pero clandestinos. A la vez, sin embargo, la figura del matrimonio como contrato se irá viendo sometida a crítica al considerarse poco compatible con la exigencia de *indisolubilidad*, derivada de la relevancia social de la institución y no disponible por tanto ante una posible alteración de la voluntad de las partes.

Las peculiaridades de la normativa canónica, con su trasunto sacramental, no se prestan a una distinción tan nítida entre exigencias jurídicas y morales, lo que no deja de repercutir en su percepción social. El derecho canónico se mostrará riguroso al controlar la validez del consentimiento de los contrayentes. Se adentrará de modo particular en diversas modalidades de error que puedan viciarlo, que pueden llegar a dictaminar una originaria nulidad de las nupcias. La atención a estos extremos sólo surgirá con posterioridad en el ámbito civil, donde no dejará de plantear ocasionales conflictos el reconocimiento de efectos a dichas resoluciones jurídico-canónicas.

Socialmente, la figura de la declaración de *nulidad* canónica se verá fácilmente percibida de modo erróneo como *anulación* de un matrimonio de hecho ya efectivamente existente, habiendo no rara vez aportado hijos. Cobra en consecuencia un equívoco aire de divorcio eclesiástico, de inevitable relevancia en la mentalidad popular. Por otra parte, el repliegue en la teología moral de la doctrina sobre los fines del matrimonio, que atribuía a la procreación carácter primario, no ha dejado de favorecer indirectamente una creciente disociación social entre matrimonio y familia. Por si fuera poco, un planteamiento diacrónico de la comunidad conyugal invita a considerarla consolidada en la medida en que perdura la sintonía afectiva; tiende así a repercutir retroactivamente sobre la posible nulidad de un

³⁶ Cfr. Jean GAUDEMET *Le mariage en Occident* (cit. en nt. 14), págs. 139 ss. y 313.

³⁷ Cfr. Jean GAUDEMET *Le mariage en Occident* (cit. en nt. 14), págs. 29, 57 y, con apoyo en la pandectística de finales del siglo XVIII, pág. 342.

³⁸ Cfr. Jean GAUDEMET *Le mariage en Occident* (cit. en nt. 14), págs. 156-157 y 38. La Carta, en sus arts. 1 y 2, insistirá en una de sus más relevantes implicaciones: “las personas tienen el derecho de elegir libremente su estado de vida”; en consecuencia, “el matrimonio no puede ser contraído sin el libre y pleno consentimiento de los esposos debidamente expresado”.

consentimiento ahora evolutivamente concebido. Todo ello desdibuja la frontera entre la exigible indisolubilidad y una nulidad canónica percibida socialmente, con mayor facilidad aún, como divorcio.

A LA ESPERA DE TESTIGOS DE RAZÓN.

Este panorama invita a recordar cómo la primera visita del papa Juan Pablo II a España se realizó bajo el lema “Testigo de esperanza”, por considerarse de modo especial socialmente necesaria. La percepción actual del matrimonio como institución natural, susceptible de verse reconocida por ciudadanos creyentes o no, lleva más bien ahora a añorar la existencia de testigos de razón, capaces de argumentar sus contenidos y exigencias de modo válido para unos y otros. Si antes me he referido a un rechazable *clericalismo civil*, quizá deba ahora ocuparme de la persistencia –al menos en el caso español- de un nada escaso clericalismo eclesial.

Para empezar, creo que sería sumamente injusto culpar en exclusiva de su existencia a la actitud del clero y muy especialmente de su componente jerárquico; sin descartar con ello su particular responsabilidad en la formación doctrinal de los laicos que tienen pastoralmente encomendados. La adecuada combinación del *matrimonio natural* con su sobrenatural elevación sacramental, puesta a prueba por la inexistencia de matrimonio entre creyentes al margen del *sacramento*, parece superar con creces la formación del católico medio. No es pues de extrañar que el que quede paradójicamente rodeado de cierto halo de misterio sea el primero. Al final no quedará muy claro si el católico hace suyo el matrimonio natural³⁹ o si considera natural una determinada versión del matrimonio por ser la católica.

Esta situación deja en evidencia la notoria responsabilidad de los laicos en la existencia de un clericalismo desnaturalizador del matrimonio. Si a un fiel laico, en efecto, se le anima a dar razón de por qué ha de considerarse al matrimonio como indisoluble, o por qué un matrimonio civil entre bautizados no podría considerarse natural y por tanto indiscutible, a nadie podría sorprender encontrarse con la respuesta clerical por excelencia: doctores tiene la santa madre iglesia...

Nos encontramos así ante una variante eclesial del español “que inventen ellos”, que generó en su día una notoria polémica sobre el papel de la ciencia entre Miguel de Unamuno y el europeísta Ortega y Gasset, que lo tacharía de africano. Difícilmente se entiende la contundente incidencia de las políticas laicistas en el ámbito hispánico sin una fervorosa colaboración de los propios creyentes católicos. Un perezoso *laicismo autoasumido*⁴⁰ les lleva a ser los primeros convencidos de que intentar proyectar sus planteamientos en el ámbito público implicaría un rechazable intento de imponer sus convicciones a los demás; a la vez que paradójicamente soportan con suma placidez la posibilidad contraria.

³⁹ Para ello debería estar en condiciones de compartir con Gaetano LO CASTRO el convencimiento de que la respuesta eclesial a la cuestión de cuándo una relación entre hombre y mujer bautizados es digna de producir efectos sacramentales sería: “quando esprime una relazione fedele e esclusiva di amore promesso, aperto alla vita; quando, in breve, è matrimonio” -*Matrimonio e scienza giuridica* (cit. en nt. 13), pág. 115.

⁴⁰ De ello nos hemos ocupado en las conclusiones de *Un Estado laico. Libertad religiosa en perspectiva constitucional* Cizur Menor, Aranzadi, 2009.

Tal actitud delata que la naturaleza del matrimonio puede estar siendo desnaturalizada por una poco reflexiva incidencia de lo sobrenatural⁴¹. La evanescencia del *matrimonio natural* cuando los contrayentes bautizados no acuden a la forma sacramental no resulta fácilmente inteligible, si se la atribuye a una incidencia de lo *sobrenatural*; podría resultar quizá más comprensible si tal situación se considerara más bien *antinatural*, por su incoherencia trivializadora. Es el creyente el que no respeta al matrimonio, desnaturalizándolo, si le priva de ese carácter sacramental que -dentro de sus propias coordenadas- confirma y refuerza su dimensión natural.

El problema abocará, una vez más, al discutible enlace entre lo religioso como elemento condicionante de la moral, a la que a la vez se atribuye un papel determinante de lo jurídico. Si el católico se comporta como un pagano, a nadie puede extrañarle que -como ocurre con aquellos- su matrimonio aun siendo válido ante los hombres no lo sea ante Dios⁴². A fin de cuentas lo que en tales situaciones se desnaturaliza no es el matrimonio sino una inmadura creencia. Dicho de otro modo, la posible pre-comprensión religiosa de una institución no devalúa la natural juridicidad de lo pre-comprendido. Alguien tan poco sospechoso de devaneos jurídico-canónicos como John Rawls lo tiene bastante claro.

No le escandaliza lo más mínimo el influjo que en un Estado liberal puedan ejercer dictámenes confesionales sobre la conducta de los ciudadanos. “Whatever comprehensive religious, philosophical, or moral views we hold are also freely accepted, politically speaking; for given liberty of conscience and freedom of thought, we impose any such doctrine on ourselves”. Sería, por otra parte, poco razonable exigir que los planteamientos políticos no respondan a elementos filosóficos, morales o religiosos previos. Algunos “will think that nonpolitical and transcendent values are the true ground of political values. Does this belief make our appeal to political values insincere? It does not”, porque que “we think political values have some further backing does not mean we do not accept those values or affirm the conditions of honoring public reason, any more than our accepting the axioms of geometry means that we do not accept the theorems”. Bastaría con compartir: “Moreover, we may accept the axioms as much because of the theorems they lead to as the other way around”; todo consistiría en advertir “an important point: namely, that we must distinguish the order of deduction from the order of support”⁴³.

En resumen, nada impedirá transformar el prejuicio -no exclusivo por lo demás de los creyentes- en juicio; nada eximirá tampoco al creyente del esfuerzo por lograrlo argumentadamente, evitando que en la sociedad sus propuestas se perciban como meros tópicos heredados y convertidos luego en dogmas acriticamente defendidos. Frente al laicismo autoasumido, fruto de la impotencia derivada de un personal déficit argumental, habría que pasar a postular un nuevo lema: juristas –en su gran mayoría laicos- debe tener la santa madre iglesia...

VERSIONES DE LO NATURAL: LA NORMALIDAD EN JUEGO.

⁴¹ Olvidando que, como dictamina Rafael NAVARRO VALLS, “el matrimonio, incluso como sacramento, pertenece al orden de la creación, no al de la redención” *Discurso* (cit. en nt. 22), pág. 7.

⁴² Supondría incurrir en una confusión “fra la causa degli effetti sacramentali, che sono dovuti alla volontà salvífica di Cristo, e che si producono ‘ex opere operato’, e la causa del segno, cui quegli effetti sacramentali sono connessi, che è data, vicerversa, dalla volontà coniugale manifestata dai nubenti” –Gaetano LO CASTRO *Matrimoniale foedus* (cit. en nt. 24), pág. 19.

⁴³ John RAWLS *Political Liberalism* New York, Columbia University Press, 1993, págs. 221-222 y 241-242 con nota 31.

Que el matrimonio natural parezca haber pasado a la clandestinidad no es necesariamente fruto de una nueva sociedad, que se reconoce *posmoderna* y *posmetafísica*, aunque no parezca prestarse a aparecer tan *postsecular* como sugiere Habermas⁴⁴; quizá sea el resultado de la evidente capacidad normalizadora -más que normativa, con frecuencia- del derecho. Hay quien legisla no tanto para regular la vida social con una u otra *norma* como para dejar claramente establecido qué debe entre los ciudadanos considerarse *normal*.

Tan absurdo, no obstante, como pretender ignorar esta decisiva función normalizadora que cumple lo jurídico, sería atribuirle una absoluta omnipotencia. No es lo mismo que la sociedad considere una conducta normal a que no se moleste en cuestionarla; la indiferencia, incluso despectiva, es incapaz de alimentar consenso efectivo alguno. No estoy tan seguro de que el matrimonio natural se haya convertido en pieza de museo, aunque sí parece que, expulsado del derecho civil, va convirtiéndose socialmente en heroico maximalismo moral con visos de deporte de alto riesgo.

La propia actitud de los ciudadanos será pues la que continúe o no haciendo posible tomarse el matrimonio en serio; en la medida en que -incluso al margen de enfrentamientos polémicos- se limiten a no colaborar mansamente a la trivialización social de la institución⁴⁵. En ese aspecto parece haber aún motivo para cierto optimismo, en la medida en que la presencia jurídica de su regulación canónica mantenga su incidencia social, con la inercia consiguiente, que la ha convertido en último punto de apoyo para una salvaguarda práctica del matrimonio natural⁴⁶. Tanto más cuanto la tendencia actual a entender evolutivamente el concepto constitucional de *garantía institucional* hace depender en buena medida su contenido de la variable percepción social⁴⁷.

Para ello es preciso no olvidar que el obligado respeto a toda persona no exige considerar encomiables todas sus conductas. No veo que nadie vaya proclamando las excelencias del adulterio por miedo a ser considerado en caso contrario como adulteróforo. El futuro dependerá en buena medida de la capacidad de esquivar lo políticamente correcto y su inquisitorial catalogación de pretendidas fobias⁴⁸. Entre la exuberante floración de nuevos derechos no parece que haya cobrado aún explícita carta de naturaleza el que

⁴⁴ Lo hemos abordado en *Poder o racionalidad. La religión en el ámbito público (En diálogo con la 'sociedad postsecular' de Jürgen Habermas)* "Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas" 2012 (LXIV-89), págs. 147-156; incluido luego en *Religión, racionalidad y política* Granada, Comares, 2013.

⁴⁵ Rafael NAVARRO VALLS se muestra de acuerdo con que "las leyes que permiten el divorcio unilateral sin condiciones, tendrán una influencia en el modo en que los ciudadanos acabarán valorando o infravalorando sus compromisos personales", por lo que su influjo "no sólo altera el proceso de salida, sino que devalúa también el proceso de entrada" -*Matrimonio y derecho* (cit. en nt. 34), pág. 66.

⁴⁶ Carlos MARTINEZ DE AGUIRRE resalta cómo "el punto de conexión entre el matrimonio legal (deconstruido) y el matrimonio natural es el matrimonio social", que aunque "se rige legalmente por las reglas de un matrimonio civil deconstruido", "se presenta y funciona mayoritariamente como un matrimonio natural" -*El matrimonio deconstruido* (cit. en nt. 10), pág. 118.

⁴⁷ Andrea BETTETINI levanta acta de sus efectos en la jurisprudencia constitucional italiana generando una "deinstitutionalizzazione del matrimonio" -*La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea* Padova, Cedam, 1996, págs. 30 y ss.

⁴⁸ Ya abordé la cuestión en *Presuntas fobias como atentado a la libertad ideológica*, en "Amare nella differenza. Le forme della sessualità e il pensiero cattolico: studio interdisciplinare" (Livio Melina, Sergio Belardinelli eds.) Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2012, págs. 497-507.

confiera la capacidad de exigir patente de moralidad para toda arbitraria conducta personal. Bautizar toda discrepancia como *discurso del odio*, descartada la incitación a la violencia⁴⁹, equivaldría a generalizar fundamentalistas leyes de blasfemia y a abolir la libertad de expresión.

No menos relevante resultará no desnaturalizar la relación entre derecho y moral, evitando convertir a la caridad en indebida alternativa a la justicia. Que ésta -como expresión de lo jurídico y no de lo meramente impuesto- se reconozca como mínimo ético, no hace sino recordar que su carácter indispensable condicionará toda aspiración moral. Considero obligado resaltarlo Benedicto XVI a los miembros del Tribunal de la Rota Romana⁵⁰, hablando precisamente del matrimonio, aunque comenzara ya a flotar en el ambiente el escándalo de lamentables casos de pederastia. No han faltado tampoco -como fruto de las difíciles exigencias de la virtud de la fortaleza cuando se asumen responsabilidades de gobierno- no menos lamentables actitudes tan subjetivamente caritativas como objetivamente injustas, al estar en juego derechos de terceros. El Tribunal Constitucional español cuenta entre sus resoluciones con una que convierte en histórica la curiosa propuesta episcopal como profesor de religión de un clérigo con amplia descendencia, que no había tramitado siquiera su reducción al estado laical. Sólo cuando convocó una rueda de prensa como portavoz de un grupo defensor del celibato opcional se planteó, el pastor de turno, la posibilidad de cuestionar su idoneidad como docente; curioso modo de respetar exigencia tan jurídico-natural como la positivada en el artículo 27.3 de la Constitución española: “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”⁵¹.

Todo ello me lleva a reafirmarme en mi convencimiento de que la actual crisis del matrimonio natural refleja de modo ejemplar una de bastante mayor calado: la de una fundamentación del derecho incapaz de encuadrarlo adecuadamente en sus relaciones con la moral y con la religión.

⁴⁹ Significativa al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC, en adelante) español 235/2007, de 7 de noviembre, Fundamento Jurídico 4.

⁵⁰ El 29 de enero de 2010, tras dejar sentada la necesidad de “ser conscientes de la difundida y arraigada tendencia, aunque no siempre manifiesta, que lleva a contraponer la justicia a la caridad, casi excluyendo la una a la otra”, añadiría: “La caridad sin justicia no es tal, sino solo una falsificación, porque la misma caridad requiere esa objetividad típica de la justicia”.

⁵¹ Me refiero a la STC 128/2007, de 4 de junio. La Carta señala a su vez, en el art. 5 a) y c), que “los padres tienen el derecho de educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales y religiosas” y a que “sus hijos no sean obligados a seguir cursos que no están de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas”.