

EL «CONTENIDO ESENCIAL» DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL MATRIMONIO

EDUARDO BAURA DE LA PEÑA
Universidad de Navarra

SUMARIO

Introducción.—I. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—1. *Antecedentes.*—2. *Estado de la cuestión en la República Federal Alemana.*—3. *La garantía del respeto al contenido esencial de los derechos en la Constitución española.*—a) Diferencias entre el alcance de la garantía en la Constitución española y en la Ley Fundamental de Bonn.—b) Posiciones de la doctrina española respecto a la garantía del contenido esencial.—c) Doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la garantía del contenido esencial.—II. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO AL MATRIMONIO. CONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN OPCIONAL.—1. *Concepciones generalizadas en torno al matrimonio.*—2. *Configuración del contenido esencial del «ius connubii».*—3. *El régimen matrimonial opcionalmente indisoluble.*—4. *Marco constitucional de la normativa matrimonial.*—a) El orden público constitucional.—b) El principio constitucional de igualdad jurídica.

Introducción

La copiosa literatura que se ha producido en estos últimos años acerca del sistema matrimonial español —materia extremadamente compleja, tanto por el tema en sí como por sus fuentes normativas— pone de manifiesto la importancia de la cuestión, así como la dificultad para superar las discrepancias doctrinales; todo esto cobra mayor relieve a raíz de la posibilidad legal del divorcio vincular. Pensamos que estos problemas sólo podrán obtener cabal respuesta si se acude previamente al Derecho Constitucional y,

dentro de este ámbito, a algo anterior al tema de los sistemas matrimoniales: nos referimos al alcance jurídico del derecho constitucional al matrimonio.

A estos efectos, se presenta de especial interés el mandato del artículo 53, 1, de la Constitución, que obliga al legislador a respetar el contenido esencial de los derechos reconocidos en el capítulo II del Título I (entre los que se encuentra el *ius connubii*). Así, en el presente trabajo intentamos clarificar —con el debido rigor, pero sin ninguna pretensión de exhaustividad— el significado de esta norma, aún poco estudiada por la doctrina española, a pesar de que es invocada por el Tribunal Constitucional con progresiva frecuencia. A la luz de la consideración del contenido esencial del derecho al matrimonio, y habida cuenta de la realidad social española, sugerimos una posible fórmula para el régimen jurídico matrimonial en consonancia con nuestra Ley fundamental. Confiamos en que estos presupuestos de Derecho Constitucional tengan la utilidad de servir de base para solucionar los problemas más concretos relativos a los posibles sistemas matrimoniales que tienen cabida dentro del marco constitucional español.

I. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *Antecedentes*

La actual redacción del artículo 53, 1, de la Constitución («Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. *Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...») ya se encontraba en el artículo 45 del Anteproyecto de la Constitución presentado al Congreso de los Diputados¹, sin que a lo largo del proceso de elaboración se registrasen variaciones respecto a la cláusula del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales².

No obstante, los trabajos parlamentarios no fueron totalmente pacíficos respecto a la tutela objeto de nuestro trabajo: unos propusieron ampliar su

¹ Cfr. B.O.C. de 5 de enero de 1978, núm. 44, pág. 676. En las enmiendas presentadas a ese texto también se recogía esta particular cláusula: cfr. enmiendas núms. 389, 497 y 779, en *Constitución española. Trabajos parlamentarios, Cortes Generales. Servicio de Publicaciones*, edición preparada por F. SAINZ MORENO, vol. I, págs. 294, 329 y 489, respectivamente.

² Cfr. B.O.C. de 17 de abril de 1978, núm. 82, pág. 1624 (redacción formulada por la Ponencia designada para estudiar las enmiendas al Anteproyecto); B.O.C. de 1 de julio de 1978, núm. 121, pág. 2599 (dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados); B.O.C. de 24 de julio de 1978, núm. 135, página 2953 (texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados); B.O.C. de 6 de octubre de 1978, núm. 157, pág. 3423 (dictamen de la Comisión de Constitución del Senado, que fue aprobada por el Pleno del Senado, según consta en el D.S.S. de 29 de septiembre de 1978, núm. 62, pág. 3089).

campo de acción a otros derechos que no estuvieran recogidos en el capítulo II del Título I³; otros, restringirlo a los previstos en la sección primera de los mismos capítulo y Título, por razones de sistemática⁴. Sin entrar a examinar esas propuestas, queremos fijarnos en una enmienda en la que se aborda directamente la cuestión que tenemos planteada.

Se trata de la firmada por los Progresistas y Socialistas Independientes que postulaba la supresión del precepto que estamos estudiando «por ser reiterativo y, por tanto, innecesario. El único mandato que contiene —se lee en la justificación de la enmienda— es el reenvío de la tutela de los derechos y de las libertades del capítulo II de este Título al Tribunal de Garantías Constitucionales. Pero debe entenderse que el Tribunal de Garantías Constitucionales, en el recurso de inconstitucionalidad, habrá de aplicar el contenido íntegro de la Constitución. En este sentido, ese reenvío en vez de esclarecer puede constituir un problema interpretativo para el Tribunal Constitucional»⁵.

Nos encontramos así con el primer punto verdaderamente polémico de esta garantía. La discusión trascenderá el momento de *lege ferenda* y la doctrina se dividirá entre partidarios de la inclusión de este particular modo de tutelar los derechos fundamentales y entre los que consideran este precepto inútil e incluso pernicioso. Desde luego, esta cláusula constituirá un problema para nuestro Tribunal Constitucional —al igual que otras normas constitucionales—, pero entendemos que sólo por esto no puede abogarse por su supresión; más adelante volveremos sobre esta cuestión.

En resumen, durante el proceso de elaboración del artículo 53, 1, si bien fue aceptada por abrumadora mayoría la actual redacción⁶, fueron, principalmente, dos los extremos discutidos sobre la garantía del contenido esencial: la amplitud de su eficacia y la conveniencia misma de su existencia.

Importa ahora ver cuál ha sido la fuente que ha servido de inspiración al legislador constituyente para incluir esta tutela —«muy alejada de nuestras tradiciones»⁷— en nuestra Carta. Y es de decir que la doctrina es unánime al remitirse al artículo 19, II, de la Ley Fundamental de Bonn⁸.

³ Cfr. enmienda núm. 481 al Proyecto de la Constitución firmada por Lluís María Xirinacs i Damians (del Grupo Mixto), en *Constitución...*, vol. III, pág. 2866.

⁴ Cfr. enmienda núm. 885 al Proyecto de la Constitución firmada por David Pérez Puga (de Unión de Centro Democrático), en *Constitución...*, vol. III, pág. 2950.

⁵ Enmienda núm. 38 al Proyecto de la Constitución, en *Constitución española...*, vol. III, páginas 2684 y 2685.

⁶ En el Congreso fue aprobado por 325 votos a favor, 6 en contra y 14 abstenciones (cfr. B.O.C. de 13 de octubre de 1978), y en el Senado por mayoría absoluta (cfr. B.O.C. de 31 de octubre de 1978).

⁷ F. RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid 1979, pág. 67.

⁸ Cfr., entre otros, L. SÁNCHEZ AGESTA, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid 1980, pág. 174; F. RUBIO LLORENTE, *ob. cit.*, pág. 67; M. A. GARCÍA HERRERA, «Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 2 (mono-

Así, pues, haremos un breve balance del estado de la cuestión en la República Federal Alemana —de modo sumario, ya que, como veremos, no todo es aplicable a la situación española— y, a continuación, estudiaremos la doctrina española y la jurisprudencia constitucional —que ya se ha pronunciado sobre el tema—.

2. Estado de la cuestión en la República Federal Alemana

La *Grundgesetz* de 1949 es la primera Constitución que recoge la garantía de la intangibilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales. Esto es así porque la gran preocupación de la Ley Fundamental de Bonn es ofrecer el máximo de tutelas jurídicas posibles a los *Grundrechten*, habida cuenta de la experiencia tristemente negativa que supuso la ineficacia de la Constitución de Weimar en esta materia⁹.

Así, el artículo 19, II, de la Ley Fundamental de Bonn dispone que en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial («*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*»). A pesar de constituir un número independiente dentro de un artículo tan importante como el 19, la doctrina mostró inicialmente poco interés sobre él¹⁰. Pero más tarde fue creciendo la atención sobre este precepto, hasta el punto de crearse una polémica y, por ende, una abundante literatura. No obstante el largo estudio realizado acerca de esta garantía, pocos han sido los resultados definitivos, lo que ha provocado últimamente una actitud escéptica por parte de algunos autores en orden a dar una respuesta satisfactoria al tema que nos ocupa¹¹.

Pero ¿cuáles son los puntos más debatidos? Además de ponerse en tela de juicio la conveniencia de la existencia misma de esta disposición¹², se

gráfico), 1979, pág. 112; F. GARRIDO FALLA, en la obra colectiva dirigida por este mismo autor, *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1980, pág. 578; E. GÓMEZ REINO, «Las libertades públicas en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, I, Madrid 1978, pág. 58; S. VARELA DÍEZ, «La Constitución española en el marco del Derecho constitucional comparado», en *Lecturas sobre la Constitución*, I, cit., pág. 19; P. LUCAS VERDÚ, «Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 2 (monográfico), 1979, pág. 23; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid 1981, página 128.

⁹ Cfr. L. PAREJO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista española de Derecho constitucional*, 3, 1981, pág. 170.

¹⁰ Cfr. G. MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno. La Legge Fondamentale di Bonn comparato con le Costituzioni francese e italiana*, Milán 1966, páginas 125 y 126.

¹¹ A. KAUFMANN, «Über den Wesengehalt der Grundund Menschenrechte», en *A.R.S.P.*, 84, 390 a 394, *passim*.

¹² Algunos sostienen que, desde una perspectiva teórica, es superflua, toda vez que afirma un principio evidente, pues si la Ley Fundamental garantiza los derechos fundamentales, necesariamente queda tutelado su contenido esencial; y, desde el punto de vista práctico,

discute, de una parte, el alcance de esta garantía, es decir, si supone un límite absoluto o relativo en el momento de coartar un derecho; de otro, se duda si protege el derecho subjetivo de cada individuo o solamente el derecho fundamental en su aspecto institucional. Y, sobre todo, el problema reside en determinar *qué es* el contenido esencial de un derecho fundamental.

Para unos, los partidarios de la llamada teoría relativa, se llega al concepto del contenido esencial por la vía de la ponderación de bienes («*Güterabwägung*»), es decir, sopesando los valores e intereses que concurren en el caso concreto. El contenido esencial sería, por tanto, un concepto relativo que depende de las circunstancias del momento. Según esta teoría, la tutela del derecho fundamental debe ceder cuando valores superiores así lo exigen, aunque del derecho no quede nada¹³, equiparando de este modo la garantía del contenido esencial con el principio de proporcionalidad entre el medio y el fin. En consecuencia, la doctrina relativa reduce el artículo 19, II, a una eficacia declarativa del criterio de proporcionalidad e interdicción de excesos en la ponderación de bienes jurídicos.

La posición doctrinal apuntada ha sido mantenida por algunos autores y avalada por algunas decisiones judiciales¹⁴. Pero la doctrina hoy día dominante es otra y las críticas de las que ha sido objeto la teoría relativa son, en nuestra opinión, definitivas.

En efecto, se ha dicho que sería vaciar de contenido el artículo 19, II, por cuanto no haría más que regular expresamente algo que en sí mismo es evidente¹⁵. De otro lado, se ha hecho notar la contradicción que entraña presentar la garantía constitucional del respeto al contenido esencial de los derechos como declaración del principio de proporcionalidad, con la pre-

puede ser incluso pernicioso. En este sentido, cfr. E. v. HIPPEL, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlín 1965, pág. 19, y MANGOLDT-KLEIN, en *Kommentar zum Grundgesetz*, artículo 19. En contra, se ha dicho que el hecho mismo de la controversia suscitada pone de manifiesto la importancia de la norma; además, el concepto del contenido esencial de los derechos, lejos de ser evidente, no es pacífico, y sólo en caso de serlo, tal precepto sería superfluo (cfr. G. MORELLI, *ob. cit.*, pág. 127).

¹³ Así se pronuncia el principal representante de la doctrina relativa, E. HIPPEL (cfr., por ejemplo, MAUNZ, en *Grundgesetz-Kommentar*, Munich 1979, tomo II, artículo 19, II, número marginal 20).

¹⁴ «Una ley afecta al contenido esencial de un derecho fundamental cuando limita la vigencia de ese derecho más allá de lo que exige el motivo objetivo o fundamento de la intervención», sentencia de 25 de enero de 1953 del Tribunal Supremo Federal. En este sentido, citadas por MORELLI, *ob. cit.*, pág. 131, las sentencias del Tribunal Administrativo regional de Lüneburg de 19 de enero de 1955 y del Tribunal regional de Colonia de 10 de julio de 1953.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Federal, en sentencia de 15 de diciembre de 1953, partía del reconocimiento de un límite absoluto impuesto al legislador, pero añadiendo que pertenece a la esencia de los derechos que éstos no se tomen en consideración cuando bienes constitucionales necesarios para la sociedad estén en peligro. En rigor, es una versión matizada de la teoría relativa.

¹⁵ Cfr. E. STEIN, *Derecho político*, traducción de F. SAINZ MORENO, Madrid 1973, página 248.

sencia, en el mismo artículo 19, II, de la expresión «en ningún caso». Y si se examina con detenimiento el precepto, fácilmente se observa que hace referencia al *objeto* de la actividad del Estado, mientras que el principio de proporcionalidad tiene que ver con los *medios* de la actividad estatal.

Al contrario de la teoría expuesta, se sostiene mayoritariamente que el contenido esencial es un *límite de los límites* que pueden afectar a los derechos fundamentales. Supone asegurar un contenido mínimo que debe ser respetado a toda costa, independientemente de las contingencias históricas del momento. En consecuencia, para esta segunda postura —denominada teoría absoluta—, se incurriría en inconstitucionalidad a tenor del artículo 19, II, cuando una sola de las características esenciales fuese afectada de algún modo. Por tanto, para llegar al concepto de contenido esencial, no se atiende al fundamento o a la finalidad de la limitación del derecho —como hace la teoría relativa—, sino que se examina lo que ha quedado de tal derecho fundamental¹⁶.

A favor de esta tesis parece inclinarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal¹⁷, si bien ha procurado cautelosamente no invocar el artículo 19, II, y utilizar el principio de proporcionalidad para defender los derechos fundamentales¹⁸, pero, insistimos, sin confundir ambos preceptos.

Ante estas discrepancias, no han faltado autores que hayan buscado los puntos comunes de las diversas soluciones propuestas, o, al menos, saber cuál es la raíz de las divergencias¹⁹. Por nuestra parte, entendemos que desde todas las distintas posiciones, de un lado, se pretende poner un límite a las restricciones de que puedan ser objeto las libertades fundamentales, pero, de otro, se teme que esto, llevado a sus últimos extremos, pueda acarrear situaciones injustas y perjuicios a otros bienes constitucionales. Y para solucionar el dilema, pensamos, es de tener muy en cuenta las dos siguientes consideraciones.

La primera de ellas hace referencia a si el respeto al contenido esencial ha de aplicarse a cada derecho subjetivo *individual* o *abstractamente* consi-

¹⁶ Cfr. G. MORELLI, *ob. cit.*, pág. 132.

¹⁷ Cfr., por ejemplo, L. PAREJO, *ob. cit.*, pág. 183. La resolución del Tribunal Constitucional Federal, 16, 194 y sigs., 201, dijo: «Además, en relación a los ataques contra la inviolabilidad corporal protegida por el texto de la ley, existe un límite absoluto, que si se sobrepasa se comete una infracción del contenido esencial del derecho fundamental» (citada por E. STEIN, *ob. cit.* pág. 247).

¹⁸ Cfr. A. KAUFMANN, *ob. cit.*, pág. 387.

¹⁹ Esto último lo ha intentado MORELLI y llega a la siguiente conclusión: «Le richiamate teorie, d'altronde, arrivano a conclusioni alquanto diverse perché seguono metodi diversi: mentre infatti il Tribunale Federale tenta di definire l'"essenza" partendo dalla lesione del diritto e tale lesione valuta soprattutto in base alla sua necessità, la Corte costituzionale e il Tribunale amministrativo federale attendono soprattutto alle conseguenze della lesione. La diversità di impostazione tuttavia non toglie tra le varie teorie dei punti comuni: identico può dirsi il fine, a cioè l'assoluta garanzia di un minimo di libertà contro gli eventuali abusi del legislatore; e comune può dirsi anche se esso é detto assoluto da una teoria, relativo dall'altra, e cioè che bisogna attendere all'"elemento materiale" del diritto in esame.» G. MORELLI, *ob. cit.* pág. 134.

derado. A estos efectos, son muy ilustrativas estas palabras de PAREJO: «Probablemente haya que convenir con S. HENDRICHS en que la dificultad radica en que el problema se encuentra mal formulado. El concepto de derecho fundamental de que parte el artículo 19, 2, G.G. no es igual a derecho de los diferentes ciudadanos individualmente considerados, sino a derecho fundamental como categoría general. Dicho de otro modo, aquel precepto no garantiza los derechos de cada individuo (derechos subjetivos públicos), sino las disposiciones constitucionales que los reconocen (el Derecho objetivo público). Esta perspectiva supera, en efecto, la tensión más arriba aludida y hace superflua la tesis del carácter relativo del contenido esencial. Ello no significa, empero, que los derechos subjetivos individuales queden expuestos a cualquier afectación, puesto que en favor de la protección de su integridad juegan en todo caso los principios de interdicción de la arbitrariedad y de proporcionalidad»²⁰.

La otra consideración que decíamos era de tener presente, consiste en que los derechos y libertades fundamentales han de ser contemplados desde la perspectiva del sistema constitucional en su conjunto, es decir, sin prescindir de las interrelaciones —y, por ende, recíprocas limitaciones— habidas entre unos y otros²¹. Y es que, si bien es cierto que la ley regula derechos abstractamente considerados, el legislador debe prever que no puede ser real la situación en la que esté en juego sólo uno de ellos²².

Si hasta aquí hemos ido apuntando los perfiles del contenido esencial en cuanto garantía constitucional, es llegado el momento de preguntarnos qué respuesta ofrece la doctrina alemana sobre el interrogante clave: *qué es el contenido esencial de los derechos o qué criterios pueden utilizarse para delimitarlo*. Y hemos de decir que, a pesar de los largos esfuerzos realizados, no se ha llegado a conclusiones satisfactorias ni pacíficas. Resumidamente expondremos las propuestas más significativas.

Algunos autores han hecho hincapié en el elemento teleológico de los derechos. Así, KRÜGER sostiene que se viola el contenido esencial cuando no puede lograrse la finalidad del derecho²³. Semejante postura es también la de STEIN, para quien el contenido esencial es afectado cuando los particulares no pueden alcanzar los intereses derivados del derecho fundamental protegido constitucionalmente²⁴.

Otro sector doctrinal se fija principalmente en la dignidad de la persona

²⁰ L. PAREJO, *ob. cit.*, pág. 184.

²¹ Cfr. L. SÁNCHEZ AGESTA, *ob. cit.*, pág. 174.

²² «*Oltre tutto, ogni diritto va visto in un sistema e alla luce del sistema va definita la sua "essenza". Ogni diritto, conseguentemente, nella sua essenza è relativizzato dal sistema; che anzi, poiché ogni sistema è soggetto ad evoluzione, lo stesso diritto, anche al di là di un'indifferenziata formulazione, può nel tempo essere diversamente definito nella sua essenza.*» G. MORELLI, *ob. cit.*, pág. 133.

²³ Cfr. G. KRÜGER, «Der Wesensgehalt der Grundrechte in Sinn des Art. 19 GG», en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1955, págs. 597 a 601.

²⁴ Cfr. E. STEIN, *ob. cit.*, págs. 249 y 250.

humana. Así, para DÜRIG, se vulnera el artículo 19, II, cuando el individuo pasa a ser un mero objeto de la actividad estatal o cuando el ejercicio de un derecho fundamental está supeditado a ciertas condiciones que, en realidad, lo impiden²⁵. También el ya citado autor italiano, estudioso de la doctrina alemana sobre el tema, se sitúa en esta línea, al sostener que existe una íntima relación entre el artículo 19, II, y el 1, I²⁶, de suerte que el contenido esencial de un derecho fundamental viene determinado, desde una perspectiva fundamental, por la dignidad humana, y, desde un punto de vista positivo, por la definición que sobre el derecho fundamental da el ordenamiento jurídico²⁷.

Citemos, por último, una teoría expuesta recientemente por KAUFMANN. Parte este autor de la concepción de los derechos como relaciones (y no sustancias) existentes entre las personas, de manera que el contenido esencial será el que resulte de cada proyección relacional o funcional de la persona. En consecuencia, niega la posibilidad de determinar en abstracto la esencia de los derechos; habrá que estar, por tanto, a la realidad histórica, quedando únicamente, como criterio general, la idea de preservar aquello con que el hombre ha de contar en su existir histórico para ser y hacerse persona, lo que, según el autor, es decir algo más que «dignidad humana»²⁸.

Como corolario, podemos decir que son principalmente dos los criterios que se ofrecen para la determinación del contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales: su finalidad y la dignidad de la persona humana. Esto último no es de extrañar, pues en el ambiente en que nació la Ley Fundamental de Bonn se respiraba un cierto renacimiento del iusnaturalismo; el problema surge precisamente cuando la fe en un Derecho natural objetivo se ha apagado²⁹.

Con estos someros datos del estado de la cuestión en la República Federal Alemana, que si en algunos aspectos son ciertamente confusos, en su conjunto arrojan la suficiente luz para nuestro propósito, nos disponemos a abordar el estudio de esta garantía en el ordenamiento jurídico español.

3. *La garantía del respeto al contenido esencial de los derechos en la Constitución española*

La incorporación a nuestra Constitución de la garantía de que venimos tratando no ha provocado aún la atención que cabría esperar, sobre todo si

²⁵ Cfr. G. DÜRIG, «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 81 (1956), págs. 117 y sigs.

²⁶ El artículo 1, I, dice así: «Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.» («La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.»)

²⁷ Cfr. G. MORELLI, *ob. cit.*, págs. 134 y 135.

²⁸ Cfr. A. KAUFMANN, *ob. cit.*, págs. 395 y sigs.

²⁹ Cfr. *idem*, 384.

se compara con el estudio realizado en su patria de origen. Ya hemos tenido ocasión de comprobar que las discusiones parlamentarias fueron muy parcas sobre la materia y, pensamos, los constituyentes no llegaron a tratar el fondo del problema, limitándose a debatir la amplitud del campo de acción de esta tutela y la conveniencia de su existencia.

Para proceder con orden, veamos en primer lugar hasta qué punto es aplicable al caso español lo que hemos dicho sobre el respeto al contenido esencial de los derechos en el ámbito de la Constitución alemana, lo cual no carece de importancia, ya que es preciso extremar la cautela a la hora de transplantar figuras jurídicas de un ordenamiento a otro. Pero antes de analizar las diferencias que encontramos entre el artículo 19, II, de la Ley Fundamental de Bonn y el artículo 53, 1, de la Constitución española, hemos de señalar que, sin lugar a dudas, la *voluntas legislatoris* es coincidente en uno y otro caso: se trata de ofrecer a los derechos y libertades fundamentales la mayor tutela posible, defendiéndolos incluso frente a eventuales ataques del poder legislativo. Dicho con otras palabras, ambos constituyentes estiman que la tarea más importante que ha de desempeñar una Carta es amparar los derechos fundamentales del ciudadano, y esto es tan trascendental que ni siquiera puede dejarse esta materia a la libre disposición del legislador, sino que, por el contrario, es preciso garantizar tales derechos de modo que no queden desfigurados en la ulterior regulación legislativa; se supera, pues, la convicción de que la ley es la suprema garante de la libertad³⁰ y se invoca una realidad —la de «los valores superiores del ordenamiento jurídico», manifestaciones de los cuales son los derechos y libertades fundamentales— que se sitúa en un plano superior al de los cambios legislativos y que ha de subsistir en todos éstos.

a) *Diferencias entre el alcance de la garantía en la Constitución española y en la Ley Fundamental de Bonn*

Parte de la discusión doctrinal alemana ha girado en torno a cómo hay que entender los *Grundrechten* de que habla el artículo 19, II: como derechos subjetivos individuales o considerados en su generalidad. En rigor, esta cuestión depende de otra anterior: si se ha de relacionar el número II del artículo 19 con el I, que hace referencia a las leyes limitadoras de los derechos. En caso afirmativo, el mandato de respetar el contenido esencial está dirigido al legislador y, por tanto, se toman en consideración los derechos

³⁰ Vid. sobre esto E. GÓMEZ REINO, «Las libertades públicas en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, I, Madrid 1978, págs. 59 y 60. Con acierto se dijo por un diputado durante el proceso de elaboración de la Constitución que en ésta «se está produciendo un cambio muy importante que puede resultar de una tremenda trascendencia en la aplicación del Derecho: me refiero a que si tradicionalmente se afirmaba que los derechos se ejercitaban de acuerdo con las leyes, ahora las leyes tendrán que estar de acuerdo con los derechos fundamentales» (J. L. MEILÁN GIL, D.S.C. de 19 de mayo de 1978, número 70, pág. 2555).

fundamentales en su aspecto general, mientras que en el supuesto contrario se trataría de los derechos individuales (pues el mandato de respetar el contenido esencial no sólo obligaría al legislador, sino a todos los poderes públicos).

Tal problema, en nuestra Constitución, es im planteable, pues el artículo 53, 1, indica claramente el destinatario de la obligación de respetar el contenido esencial de los derechos: las leyes reguladoras de los derechos y libertades fundamentales del capítulo II del Título I³¹.

Hemos señalado que el punto más crítico del debate doctrinal alemán se encontraba allá donde chocaban las dos principales teorías: la absoluta y la relativa. Pues bien, pensamos que en la Constitución española no cabe esa discusión porque la teoría relativa —que en la propia República Federal Alemana goza de menos respaldo, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, que la absoluta— no puede defenderse para la correcta interpretación del artículo 53, 1, de nuestro texto constitucional. Dicho artículo establece taxativamente que *en todo caso* la ley deberá respetar el contenido esencial. La doctrina relativa se apoya, en última instancia, en considerar que el artículo 19, II, hace referencia a los casos individuales, por lo que necesita temperar el precepto —aun violentando su tenor literal— en el sentido ya conocido. En el caso español —lo acabamos de decir—, el destinatario de la disposición comentada es el legislador y, por tanto, se tiene en cuenta el derecho fundamental en su generalidad, por lo que el mandato de respetar el contenido esencial sólo puede entenderse como un límite *absoluto* impuesto *en todo caso* a la tarea legislativa³².

Además, si la teoría relativa lo que hace es identificar la garantía del contenido esencial con el principio de proporcionalidad (es decir, confundir el plano del objeto de la actividad estatal con las formas de dicha actividad, respectivamente), hay que decir que en la Constitución española viene, ya en su artículo 9, 3, expresamente garantizada «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». En consecuencia, el principio de proporcionalidad es más amplio —se refiere a la actuación de todos los poderes públicos— y diverso del límite del contenido esencial.

³¹ PAREJO afirma que el Tribunal Constitucional español «refiere la garantía del contenido esencial a los distintos derechos fundamentales en cuanto categorías jurídicas generales consagradas para la Constitución (y no, por tanto, a las posiciones individuales o derechos subjetivos públicos concretos)». *Ob. cit.*, pág. 185. En contra, M. JIMÉNEZ DE PARGA, «El “contenido esencial” de los derechos y libertades. Asunción por el legislador de una norma preconstitucional», en *Actualidad jurídica*, IV (1981), pág. 32.

³² En este sentido afirma JIMÉNEZ DE PARGA: «Como en nuestra Constitución, igual que en la Ley Fundamental de Bonn, se establece que la ley, *en todo caso*, deberá respetar el contenido esencial, tendremos que desechar el concepto relativo. La sentencia de 8 de abril hace una referencia expresa a “aquella parte del contenido del derecho que es *absolutamente* necesaria.» *Ob. cit.*, págs. 31 y 32. También L. PAREJO (*ob. cit.*, págs. 184 a 196) y L. PRIETO SANCHÍS («Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, IV, Madrid 1984, págs. 468 y sigs.) sostienen la misma opinión.

Otro extremo discutido por la doctrina alemana, que no cabe ser planteado en el ámbito español, estriba en determinar si la garantía comentada afecta a todos los preceptos constitucionales referentes a los derechos fundamentales o no³³. En efecto, el artículo 53, 1, de la Constitución española —a diferencia del artículo 19, I, de la *Grundgesetz*³⁴— establece la reserva de ley para todos los derechos y libertades fundamentales (contenidos en el capítulo II del Título I) y relaciona expresamente esa reserva general con el mandato de respetar el contenido esencial.

b) *Posiciones de la doctrina española respecto a la garantía del contenido esencial*

Dejando ya la comparación del tratamiento de la garantía comentada en el ordenamiento español y en el alemán, abordemos más directamente el estudio del estado de la cuestión en España, si bien hay que decir que las producciones doctrinales sobre el particulares son todavía escasas en número.

En primer lugar, se nos ofrece a nuestra consideración el punto más discutido: la necesidad y conveniencia del establecimiento de esta tutela. Efectivamente, un sector doctrinal ha acogido la garantía implantada por el artículo 53, 1, con escepticismo y perplejidad, planteándose una serie de interrogantes que pueden ser concretados en los siguientes: a) si se habla de un contenido «esencial» quiere decirse que hay otro, «accidental», que quedaría desprovisto de tutela³⁵; b) ¿qué sucede con los derechos que no gozan de la garantía?, ¿la ley no está obligada a respetar su contenido esencial?; c) recogido el principio de constitucionalidad en el artículo 9, ¿no es

³³ Algún sector de la doctrina alemana ha distinguido entre preceptos constitucionales que, al reconocer un derecho fundamental, se remiten al legislador para que éste delimite su contenido y los que no lo hacen. La garantía del contenido esencial sólo afectaría a los últimos, pues sería contradictorio imponer un límite constitucional al legislador que delimita el contenido por mandato constitucional.

Esta tesis ha sido duramente criticada (cfr., por ejemplo, MAUNZ, *ob. cit.*, núm. 20 del comentario al art. 19) y no goza de respaldo jurisprudencial. Sobre esta materia, vid. L. PAREJO, *ob. cit.*, págs. 178 a 180.

³⁴ Establece el artículo 19, I, de la *Grundgesetz*: «*Sowiet nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden Kann, muss das Gesetz aleggemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Ansserdem muss das Gesetz das Grundrecht unter Augabe des Artikels nermen.*» («Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además deberá citar el derecho fundamental, indicando el artículo correspondiente.»)

³⁵ «... si en el seno de los derechos y libertades puede hallarse un núcleo de esencialidad y puede encontrarse también una parte de accidentalidad; y si aquél debe respetarse en todo caso, de éste nada se dice. Como se ve, las consecuencias de este planteamiento, que luego rechazamos en base a una interpretación sistemática, no sólo no ofrece ese "plus" de protección que inspira el artículo 53, sino que por el contrario dificultan la tutela de los derechos fundamentales.» L. PRIETO SANCHÍS, *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid 1982, pág. 547. Este autor defiende la conveniencia de la garantía en la Ley Fundamental de Bonn, ya que la entiende como referida exclusivamente a los supuestos en los que la Constitución permite a la ley limitar los derechos fundamentales.

una reiteración la cláusula del respeto al contenido esencial?; *d*) ¿por qué se restringe la aplicabilidad de la garantía a los derechos contenidos en el capítulo II del Título I?; *e*) ¿existe la posibilidad de llegar a un concepto pacífico sobre el contenido esencial de los derechos? Intentemos, pues, aclarar estos extremos.

Ciertamente, la expresión «contenido esencial» hace referencia a una parte del contenido total³⁶. Y proteger el contenido esencial de modo expreso implica, en principio, privar de tutela el contenido «accidental»; cabría decir asimismo que queda sin defensa el contenido «total» de los derechos constitucionales reconocidos en lugares distintos del capítulo II del Título I, en el sentido de que la ley no está obligada a respetarlo.

Pero estas dos cuestiones, y el interrogante sobre si no estamos ante una versión reiterativa del principio de constitucionalidad, se reducen en el fondo al mismo problema. En rigor, lo que se está planteando aquí es el alcance mismo de la cláusula del respeto al contenido esencial, es decir, qué añade al mandato de sujeción a la Constitución. Se quiere decir con esto que es el principio de constitucionalidad el que protege todo de todos los derechos constitucionales; el contenido esencial de los derechos fundamentales viene tutelado además por la cláusula en cuestión del artículo 53, 1³⁷.

Lo cierto es que algunos autores consideran esta garantía como un añadido superfluo al principio de constitucionalidad³⁸. Y recordemos que este punto fue ya debatido en el proceso de elaboración del artículo 53, 1; algunas enmiendas postulaban su supresión o, al menos, la de esta garantía. Las razones para sostener esta postura vienen recogidas en la defensa que hizo VILLAR ARREGUI de la enmienda al Proyecto de la Constitución, presentada por el Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes, ante la Comisión del Senado³⁹. En ella se afirmaba que el contenido esencial «viene definido

³⁶ Así lo dice expresamente el Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de abril de 1981 (fundamento jurídico octavo), que más adelante comentaremos.

³⁷ Así, PRIETO SANCHÍS acepta que «ni los derechos reconocidos fuera del capítulo II se hallan mal protegidos por no gozar del amparo que ofrece el artículo 53, 1, en orden a la defensa del contenido esencial, ni existe un contenido accidental inmune al control de constitucionalidad de las leyes». Invoca una interpretación sistemática, acorde con el espíritu constitucional, para solucionar los interrogantes más arriba formulados; concretamente, los artículos 10, 1, y 9, 1, y los principios recogidos en el encabezamiento de los números 1 y 3 del artículo 53 tutelan lo que no alcanza la garantía del contenido esencial. Esta «se orienta a reforzar la obligación del legislador de someterse a la preceptiva constitucional». L. PRIETO SANCHÍS, *Los derechos fundamentales...*, págs. 549 y 550.

³⁸ PRIETO SANCHÍS únicamente reconoce un valor de orientación a la labor del Tribunal Constitucional (cfr. *Los derechos fundamentales...*, págs. 574 a 577). Otra crítica a la eficacia de este límite puede encontrarse en M. ATIENZA, «Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2 (1979), pág. 127.

³⁹ La defensa se pronunció en los siguientes términos:

«... Si se lee el texto del Congreso, pronto se ve que consta de dos incisos, el primero —“Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos”— es rigurosamente innecesario, puesto que des-

y limitado por la propia Constitución», lo que en nuestra opinión debe ser rechazado; precisamente, la dificultad de definir y limitar el contenido esencial de los derechos es el mayor inconveniente que alega la doctrina en contra de esta garantía⁴⁰. Pero queda por resolver si esta tutela supone un *plus* al principio de constitucionalidad, es decir, si se trata o no de una reiteración.

Señala GARRIDO FALLA que el artículo 53, 1, no pretende proclamar de nuevo el principio de constitucionalidad, sino el del respeto al contenido esencial (además de la reserva de ley, habría que añadir), y apunta que el valor de esta garantía reside en ofrecer al juez constitucional un criterio para fiscalizar las leyes de desarrollo⁴¹. Ahora bien, no obstante ser esto cierto, sigue latente la pregunta que nos estamos formulando —qué añade esta cláusula al principio de constitucionalidad—, ya que se trata de una *garantía* y no de una mera ayuda a la labor judicial; más aún, es un punto de referencia para el Tribunal Constitucional porque antes es una prohibición al legislador.

Para resolver la cuestión planteada hay que reconducirla a sus justos términos. La garantía del contenido esencial es un complemento a la reserva de ley, y «la reserva de ley —escribe PAREJO— no debe entenderse como un mecanismo de simple habilitación de la “restricción” de la capacidad de afirmación de los derechos fundamentales (a virtud del apoderamiento al legislador ordinario para regularlos, fijando límites y condiciones a su ejercicio). Antes, al contrario, entre derechos fundamentales y reserva de ley surge una recíproca influencia e interacción en cuanto aquella concepción de la reserva de ley se complementa con el reconocimiento del papel decisivo de los derechos fundamentales en la determinación del orden básico de valores constitucionales, ya que es evidente entonces que esta significación de los derechos fundamentales ha de operar por sí misma, a su vez, un primario efecto limitador de las leyes reguladoras de los mismos»⁴².

de el artículo 9.º de la Constitución, emplazado en su título preliminar, ya ha quedado dicho que los poderes públicos están sujetos a la Constitución. Consiguientemente aquí hay una reiteración inútil y, por inútil, perniciosa.

El segundo inciso de este mismo apartado 1 también se reputa innecesario, puesto que la ley a la que aquí se refiere es una ley que, repetidamente, se ha invocado en relación con cada uno de los derechos y libertades fundamentales del capítulo III, sin que parezca conveniente que en un texto constitucional se indique que la ley ordinaria habrá de respetar el contenido esencial del derecho tal y como éste viene definido y limitado por la propia Constitución.

Con base, pues, en estos motivos, y por el prestigio del texto constitucional, nuestro Grupo entiende que el apartado 1 del artículo 48 (hoy 53) debería suprimirse...» (D.S.S. de 30 de agosto de 1978, núm. 46, pág. 2112).

⁴⁰ Cfr., por ejemplo, M. ATIENZA, *ob. cit.*, pág. 127; J. BELMONTE, *La Constitución. Texto y contexto*, Madrid 1979, pág. 180, además de algunas opiniones de autores alemanes, de las que ya hemos dejado constancia.

⁴¹ Cfr. F. GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, pág. 179.

⁴² L. PAREJO, *ob. cit.*, pág. 176.

Por tanto, continúa este autor, «todos los derechos fundamentales, por el solo hecho de su reconocimiento por la norma fundamental, son resistentes, en su contenido esencial, frente a cualquier disposición legal o acto aplicativo que pretendiera desconocer dicho contenido. En este sentido puede hablarse del carácter puramente declarativo de la prohibición de lesión del contenido esencial (...) [pero sin negar su eficacia jurídica, pues] tiene en todo caso *la eficacia consistente en imponer la medición de la validez de toda regulación limitadora de los derechos fundamentales en función del contenido de éstos, al resaltar la interdicción de cualquier exceso en la afectación de dicho contenido*»⁴³. (El subrayado es nuestro.)

En consecuencia, entendemos que el principio de constitucionalidad y la cláusula del respeto al contenido esencial son dos garantías distintas —o, al menos, la segunda es una valiosa concreción de la primera— que son exigibles en última instancia por el procedimiento del recurso de inconstitucionalidad. Y la diferencia del distinto tratamiento que se dispensa al contenido esencial con respecto al contenido no esencial es la prevalencia de aquél *en todo caso* frente a otros bienes constitucionales; o sea, el contenido accidental vendría protegido por el principio de constitucionalidad, matizado por el de proporcionalidad. Por lo demás, la cláusula en cuestión viene formulada expresamente, de suerte que la tarea del intérprete no puede consistir en derogarla, sino en descubrir su sentido.

Respecto a la amplitud del objeto de la garantía, poco hay que decir. El criterio del constituyente ha sido estimar que los derechos recogidos en el capítulo II del primer Título son los más fundamentales, o sea, los que merecen que su contenido esencial prevalezca en todo caso. Otro problema, cuyo estudio se escapa de la pretensión de este trabajo, es si la sistematización de los derechos y libertades se ha realizado correctamente⁴⁴.

El último de los interrogantes en los que decíamos se podría concretar la actitud de la doctrina acerca del tema que nos ocupa es el referente a la posibilidad de determinar lo que constituye el contenido esencial de los derechos. Una vez examinado cómo opera la cláusula del artículo 53, 1, en cuanto que es garantía constitucional, la cuestión ahora planteada se nos presenta de primera importancia, si bien es patente su dificultad, pues la Constitución no ofrece, al menos directamente, criterios para resolverla. Y en este punto, el Tribunal Constitucional ejerce un papel decisivo.

Algunos autores españoles —pocos—, al igual que lo hiciera la doctrina alemana, han intentado aportar criterios para la delimitación de este concepto. Indudablemente la tarea es ardua. Se ha afirmado que es un

⁴³ *Idem*, págs. 180 y 181.

⁴⁴ Sobre esto, vid. F. GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, pág. 582; E. GÓMEZ REINO, *ob. cit.*, página 42; J. L. ALBÁCAR, *La protección de los derechos fundamentales en la nueva Constitución española*, texto de la Ponencia española en la IV Conferencia de Tribunales Constitucionales, Viena 1978, pág. 73.

concepto jurídico indeterminado⁴⁵, y alguno ha llegado a expresar que es imposible dar una definición satisfactoria del contenido esencial de los derechos⁴⁶. Lo cierto es que su dificultad, a nuestro modo de ver, estriba, de un lado, en pretender concretar al máximo este concepto en aras de la seguridad jurídica y, de otro, desear que la definición sea válida para todos los derechos fundamentales. Es el momento de advertir que el artículo 53, 1, al proteger el contenido esencial, no lo refiere a la categoría general de los derechos fundamentales, sino a los concretos derechos —de asociación, de huelga, a la propiedad privada, etc.— en su aspecto de generalidad⁴⁷. Por esto, los criterios que aporte la doctrina acerca de este concepto siempre serán líneas generales que esperan una posterior concreción cuando se trata de un derecho particular.

Unas primeras aproximaciones a esta noción se han expresado al decir que se vulnera el contenido esencial cuando la regulación legal desvirtúa el derecho de tal manera que ya no es proclamado por la Constitución⁴⁸, o bien, que no merece el calificativo de fundamental⁴⁹. Otro criterio, propugnado por GÓMEZ REINO, consiste en atender a la finalidad de la libertad, de suerte que «cuando no se pueden satisfacer los intereses protegidos por el derecho se ataca su contenido esencial»⁵⁰.

Algunas aportaciones doctrinales se han centrado en la consideración de los valores superiores del ordenamiento, entendiendo que a ellos se refiere en última instancia el contenido esencial de los derechos fundamentales, ya que éstos son manifestaciones de dichos valores⁵¹. Así, GARRIDO FALLA se ha fijado en la libertad, afirmando que constituye el contenido de los derechos subjetivos⁵². En esta misma línea, LUCAS VERDÚ hace hincapié en la dignidad de la persona humana y en su libre y pleno desarrollo⁵³, al igual que GARCÍA HERRERA, que insiste en la consideración global de los valores superiores, relacionándolos también con la dignidad de la persona⁵⁴.

⁴⁵ Cfr. F. RUBIO LORENTE, *ob. cit.*, pág. 67.

⁴⁶ Cfr. M. ATIENZA, *ob. cit.*, pág. 127.

⁴⁷ Cfr., en este sentido, L. PRIETO SANCHÍS, *Los derechos fundamentales...*, págs. 553 a 555.

⁴⁸ Cfr. *idem*, pág. 574. En este mismo sentido, L. PAREJO, *ob. cit.*, pág. 180.

⁴⁹ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Los derechos fundamentales...*, pág. 574.

⁵⁰ E. GÓMEZ REINO, *ob. cit.*, pág. 58.

⁵¹ Cfr. L. PAREJO, *ob. cit.*, pág. 170.

⁵² Escribe este autor: «El derecho público subjetivo constituye la instrumentación jurídica de la libertad; la técnica jurídica utilizada para su defensa y garantía frente a la actividad estatal.» F. GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, pág. 129.

⁵³ Cfr. P. LUCAS VERDÚ, *op. cit.*, pág. 25. Este autor propone que este argumento se extienda a todos los derechos y libertades articulados en los demás capítulos del Título I, pero hay que advertir que la garantía sólo se aplica a los del capítulo II. Señalemos también que PRIETO SANCHÍS ha criticado esta posición por entender que está hablando de la finalidad de los derechos, no de su esencia, y que ésta no puede ser su plenitud (cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Los derechos...*, pág. 552).

⁵⁴ Cfr. M. A. GARCÍA HERRERA, «Principios generales de la tutela de los derechos y liber-

A la vista de las técnicas de identificación del contenido esencial, ofrecidas por la doctrina, se nos presenta una cuestión muy espinosa y de capital importancia: ¿el contenido esencial de un derecho fundamental hay que buscarlo exclusivamente en los preceptos de la Constitución o, más bien, la cláusula comentada está remitiendo a ideas «extraconstitucionales»?; en caso de ser esto último, ¿hay que acudir a conceptos «históricos» o se está consagrando ideas «trascendentes»?

En primer lugar, es de advertir que la Constitución española habla del contenido esencial *de los derechos fundamentales*, a diferencia de la portuguesa —que en este punto guarda gran similitud con el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn— que manda respetar el contenido esencial *de los preceptos constitucionales* relativos a los derechos y libertades⁵⁵. Pero los derechos fundamentales de los que habla el artículo 53, 1, son los recogidos taxativamente en el capítulo II del Título I de la Constitución, por lo que, en principio, no hay por qué acudir a otras fuentes: a las leyes, de ninguna manera, pues de lo que se trata es de imponer un límite al poder legislativo y es claro que si fuese la ley la que determinase el contenido esencial se cometería un fraude a la Constitución; y otras normas más trascendentales no parecen haber sido expresamente invocadas en nuestro texto constitucional. Sin embargo, la Constitución únicamente enuncia esos derechos y, en ocasiones, sin la más mínima descripción; ¿cómo definir, por ejemplo, el contenido esencial del derecho a la herencia con los solos datos proporcionados por el artículo 33?⁵⁶

Pero llegados a este punto, debemos atender a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca de la garantía del contenido esencial. A la luz de las doctrinas científica y jurisprudencial, intentaremos dar respuesta a los interrogantes que suscita la tutela que estudiamos, al menos a los efectos que interesan al presente trabajo.

tades en la Constitución española», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 2 (1979), pág. 113, de donde extraemos las siguientes palabras: «Hemos sustentado la tesis de la interrelación de los derechos y libertades articulados en última instancia en referencia a los principios básicos de la constitución material. Por tanto, el contenido esencial se extrae de la conexión con los principios materiales del ordenamiento jurídico y de la funcionalización de los derechos respecto a la dignidad de la persona humana.»

⁵⁵ El artículo 18, 3, de la Constitución portuguesa dice así: «*As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.*»

⁵⁶ Por esto, PRIETO SANCHÍS, quizá uno de los más reacios a acudir a fuentes ajenas a la Constitución, reconoce que es necesario recurrir a algunos conceptos preexistentes. Cfr. *Los derechos fundamentales...*, pág. 568.

c) *Doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la garantía del contenido esencial*

Hicimos notar en su momento que el Tribunal Constitucional alemán ha procurado evitar tratar de la garantía del contenido esencial, protegiendo los derechos y libertades por medio de otros mecanismos jurídicos, y, cuando se ha visto obligado a pronunciarse expresamente sobre el contenido esencial, se ha limitado a trazar líneas muy generales. La actitud de nuestro Tribunal Constitucional sobre este particular ha sido muy distinta: pronto se ha enfrentado directamente con el problema —lo que hace pensar que este Tribunal concede una gran importancia a esta cláusula—, estudiando con profundidad el contenido esencial de los derechos y sentando una doctrina que ha sido objeto de encomio.

En primer lugar, hay que destacar la constante consideración del contenido esencial de los derechos fundamentales como un límite absoluto al legislador. Así aunque se señale la amplia libertad de que goza el legislador al regular los derechos⁵⁷ y se deja bien claro —como veremos más adelante— que no es misión del Tribunal Constitucional el enjuiciamiento político de las leyes, sino el jurídico-constitucional, se indica que el legislador tiene un *límite*: el respeto al contenido esencial⁵⁸. Límite que es calificado como «barrera infranqueable»⁵⁹. En consecuencia se observa cómo la jurisprudencia

⁵⁷ Cfr. sentencia 5/1981, de 13 de febrero (B.O.E. núm. 47, de 22 de febrero de 1981), fundamento jurídico (en adelante, f. j.) 7. Allí se lee que esa amplísima libertad del legislador está «limitada sólo por la necesidad de respetar el “contenido esencial” del derecho garantizado».

⁵⁸ Además del fallo citado en la nota anterior, véanse las siguientes sentencias: a) 6/1981, de 16 de marzo (B.O.E. núm. 89, de 14 de abril de 1981), f. j. 4; b) 37/1981, de 16 de noviembre (B.O.E. núm. 285, de 28 de noviembre de 1981), en cuyo f. j. 2 se dice que los derechos y libertades consagrados en el capítulo II del Título I de la Constitución están asegurados «por una doble garantía, la de la reserva de Ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial» (el subrayado es nuestro); c) 36/1982, de 16 de junio (B.O.E. número 169, de 16 de julio de 1982), f. j. 7; d) 62/1983, de 11 de julio (B.O.E. núm. 189, de 9 de agosto de 1983), f. j. 3, donde se dice que la legislación debe «promover el ejercicio del derecho fundamental, para su mejor ajuste a la Constitución, aunque sólo será inconstitucional si no se respeta el contenido esencial del derecho»; e) 111/1983, de 2 de diciembre (B.O.E. núm. 298, de 14 de diciembre de 1983), f. j. 8, donde, defendiendo que no puede interpretarse la norma del artículo 86, 1, de la Constitución de tal manera que se haga imposible la existencia de un Decreto-Ley —ya que fácilmente éste afectará a los derechos fundamentales—, pone como límite de los Decretos-Leyes, aun dictados con urgencia y por razones excepcionales, el respeto al «contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos»; f) 13/1984, de 3 de febrero (B.O.E. núm. 42, de 18 de febrero de 1984), f. j. 3; g) 83/1984, de 24 de junio (B.O.E. núm. 203, de 24 de agosto de 1984), f. j. 3; h) 124/1984, de 18 de diciembre (B.O.E. núm. 10, de 11 de enero de 1985), f. j. 8; i) 67/1985, de 24 de mayo (B.O.E. núm. 153, de 27 de junio de 1985), f. j. 3; j) 77/1985, de 27 de junio (B.O.E. número 170, de 17 de julio de 1985), f. j. 9, donde se estudia el juego de límites y se dice que siempre ha de ser salvado el contenido esencial, a fin de que el derecho fundamental no quede privado de «contenido real»; k) 99/1985, de 30 de septiembre (B.O.E. núm. 265, de 5 de noviembre de 1985), f. j. 4; l) 110/1985, de 8 de octubre (B.O.E. núm. 265, de 5 de noviembre de 1985), f. j. 3.

⁵⁹ Sentencia 6/1981, citada en la nota anterior.

cia española se pronuncia tajantemente a favor de esa concepción del contenido esencial que ve a éste como un *límite absoluto*, infranqueable, que dista mucho de la idea, auspiciada por la teoría relativa alemana, de identificar la garantía del contenido esencial con el principio de proporcionalidad.

Pero pasemos ya al estudio de la sentencia 11/1981, de 8 de abril, en la que se fallaba sobre el recurso de inconstitucionalidad número 192/1980, promovido por un grupo de diputados, contra diversos preceptos del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga, siendo el ponente don LUIS DíEZ-PICAZO⁶⁰. Apuntemos, ante todo, que la doctrina sentada acerca del contenido esencial del derecho fundamental a la huelga se propone ser aplicable al contenido esencial de los demás derechos y libertades fundamentales⁶¹ y ha sido explícitamente confirmada por otras sentencias⁶².

Ya en el número 2 de los antecedentes de la sentencia, reconociendo que las normas reguladoras de los derechos deben contemplarse como una concreción de las normas constitucionales, se dice que «en este punto entra en juego el artículo 53 de la Constitución, en la medida en que pone una cortapisa al legislador que desarrolla los derechos fundamentales, consistente en que en ningún caso puede llegar más allá de lo que constituye el contenido esencial de tales derechos. Hay por ello que examinar la medida en que la normativa impugnada significa desbordamiento del contenido esencial del derecho de huelga».

De esta manera, se indica que el límite impuesto al legislador sirve además como criterio de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes, excluyendo otro tipo de parámetros de naturaleza ajena a la jurídica. Por eso, se lee en el argumento jurídico número siete de la sentencia que «el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción vuelve a ser una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límites que los que el derecho fundamental tenga, pues ningún derecho, ni aun los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse ilimitados».

Si, pues, la regulación normativa de los derechos exige imponer algunos límites a los derechos, corresponde al propio poder legislativo; teniendo en cuenta las diversas circunstancias históricas en que se desenvuelve, juz-

⁶⁰ Sentencia publicada en B.O.E. núm. 99, de 25 de abril de 1981.

⁶¹ La sentencia dice expresamente que la noción de contenido esencial es válida para cualquier derecho. Ahora bien, la prohibición de afectarlo sólo se refiere a los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del Título I de la Constitución (cfr. sentencia 6/1981, ya citada).

⁶² La sentencia 13/1984, ya citada, califica a la que ahora comentamos como «necesario antecedente y fundamento» y repite sus criterios para fijar el contenido esencial de los derechos. Cfr. también las sentencias del Tribunal Constitucional 53/1986, de 5 de mayo (B.O.E. núm. 120, de 20 de mayo de 1986), f. j. 3, y 13/1986, de 21 de febrero (B.O.E. número 37, de 12 de febrero de 1986), f. j. 1.

gar con qué límites y con qué intensidad va a afectar un determinado derecho, ya que, según afirma esta sentencia en el mismo número siete de sus argumentos jurídicos, no puede aceptarse la tesis que sostiene que los derechos constitucionales sólo pueden acotarse en virtud de límites de la propia Constitución, puesto que «la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos en algunas ocasiones», pero en otras «el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta». Pero, a su vez, la discrecionalidad del legislador encuentra una barrera que es el respeto al contenido esencial: juzgar si éste ha sido respetado o no, corresponde al Tribunal Constitucional.

Así las cosas, tratar de fijar el concepto de contenido esencial, como afirma esta resolución, constituye el «centro de gravedad» de la cuestión, por lo que a continuación transcribimos el fundamento jurídico octavo en su integridad:

«Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de “contenido esencial”, que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del Derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otros, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses, jurídicamente protegidos como núcleo y mé-

dula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse. De este modo, en nuestro caso lo que habrá que decidir es la medida en que la normativa contenida en el Real Decreto-Ley 17/1977 permite que las situaciones de derecho que allí se regulan puedan ser reconocidas como un derecho de huelga en el sentido que actualmente se atribuye con carácter general a esta expresión, decidiendo al mismo tiempo si con las normas en cuestión se garantiza suficientemente la debida protección de los intereses que a través del otorgamiento de un derecho de huelga se trata de satisfacer.»

Uno de los aspectos de la doctrina contenida en el fragmento transcrito, sobre el que se ha llamado la atención, es el referente al sentido que la sentencia da a la noción de «contenido» de los derechos subjetivos; sentido que coincide con la doctrina civilista⁶³, según la cual comprende el contenido de los derechos, el haz de facultades o ámbito de poder sobre el objeto—realidad social a la que se refiere el poder— y el goce, la ganancia o la ventaja en que se materializa la situación de poder, o sea, los intereses jurídicamente protegibles⁶⁴. Sin embargo, en nuestra opinión esto debe ser matizado.

Naturalmente, siendo la Constitución un texto legal, las palabras que utilice deben ser entendidas en el contexto de un lenguaje jurídico. Pero recordemos que la expresión «contenido esencial» no es recogida de la doc-

⁶³ Cfr. L. PAREJO, *ob. cit.*, pág. 187. En opinión de este autor, la sentencia recoge la doctrina de DE CASTRO sobre esta materia.

⁶⁴ Es clásico entre los civilistas estructurar el derecho subjetivo en los siguientes elementos: sujeto, contenido y objeto. El contenido sería la sustancia del derecho, «el que distingue unos derechos de otros; así, el mismo sujeto, A, tiene sobre el mismo objeto, X, bien un derecho de propiedad, bien uno de usufructo, según le corresponda sobre él un poder más o menos amplio» (M. ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil, I, Parte General y Derecho de obligaciones*, Barcelona 1960, pág. 251).

trina civilista española, sino de la Ley Fundamental de Bonn. Por otra parte, el nivel de abstracción en el que se mueven los tratados de Derecho Civil es distinto al de la Constitución. Así, por ejemplo, entendemos que el *objeto* del derecho proclamado en el artículo 33 de la Constitución coincide con el *contenido* del derecho en el artículo 348 del Código Civil. Téngase en cuenta, además, que el artículo 53, 1, habla del contenido esencial de los derechos y *libertades* fundamentales: ¿podría aplicarse la noción iusprivatista de contenido (de un derecho) a una libertad?

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional establece en primer término un criterio general para llegar a la noción de contenido esencial: la *recognoscibilidad* del derecho regulado legalmente como pertinente al tipo abstracto preexistente conceptualmente⁶⁵. Para emitir este juicio comparativo hay que acudir a las ideas generalmente admitidas por los juristas⁶⁶, lo que supone afirmar que el contenido de los derechos no se circunscribe al constitucionalmente declarado, aunque, por supuesto, ha de estar conforme con él⁶⁷, quedando así en evidencia la voluntad del constituyente, que busca «la permanencia en el ordenamiento jurídico de los distintos derechos fundamentales como instituciones jurídicas vertebrantes del mismo»⁶⁸.

En efecto, a nuestro juicio, el mandato constitucional de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales es, en última instancia, la formalización de la intangibilidad debida a la Constitución material o sustancial del Estado, en su vertiente relativa a los derechos fundamentales de la persona. Estos derechos y libertades se nos presentan entonces como «instituciones vertebrantes del ordenamiento jurídico»: la violación de su contenido esencial comportaría la pérdida de identidad del propio ordenamiento constitucional. De aquí, su prevalencia absoluta —en todo caso— sobre la ley, incluso cuando ésta se haya elaborado con el *quorum* exigido para las de carácter orgánico (cfr. art. 81, 1, de la Constitución).

Volviendo sobre lo dicho anteriormente, el contenido esencial de los derechos fundamentales aparece ahora no sólo como un ámbito de poder, sino como el contenido esencial de una «institución». Es decir, lo que se requiere es que en la regulación legal se *reconozca* la naturaleza jurídica de la institución de que se trate⁶⁹ y que se encuentren satisfechos los intereses

⁶⁵ Vid. M. JIMÉNEZ DE PARGA, *ob. cit.*, pág. 32.

⁶⁶ «Y las “ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas”, que evoca nuestro Tribunal Constitucional, recuerdan la *Rechtsbewusstsein*, aquella “conciencia del Derecho” ...» *Ibid.*

⁶⁷ En este sentido, L. PRIETO SANCHÍS, *Artículo 53...*, pág. 468.

⁶⁸ L. PAREJO, *ob. cit.*, pág. 188. Califica este autor la tutela del contenido esencial como «garantía institucional».

⁶⁹ Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 39/1986, de 31 de marzo (B.O.E. núm. 94, de 19 de abril de 1986), en cuyo fundamento jurídico 3 se insiste en que el contenido esencial es un «núcleo mínimo e indisponible», sin el cual no sería *recognoscible* un derecho fundamental.

jurídicamente protegibles. Esta exigencia es, en nuestra opinión, más amplia que la intangibilidad del «contenido» (en el sentido tradicional iusprivatista de la palabra) de un derecho subjetivo: también quedaría vulnerado el contenido esencial de un derecho fundamental cuando, por ejemplo, se limitase su objeto (v. gr., si se redujese el derecho de propiedad a las cosas muebles).

Así las cosas, lo que importa es «la permanencia en el ordenamiento jurídico de los distintos derechos fundamentales» y éste es el fin que persigue la cláusula que estudiamos. De esta manera, se consigue que el reconocimiento de unos derechos y libertades fundamentales no se quede en una mera declaración enfática —puramente formal, vacía de contenido—, sino que tales derechos y libertades serán exigibles en el momento legislativo por remisión a su contenido esencial. A nuestro entender, es aquí donde se pone de manifiesto con mayor claridad la utilidad de la garantía y el refuerzo que supone al principio general de constitucionalidad, pues la sola declaración formal de unos derechos puede degenerar *de facto* en su desconocimiento o, al menos, en un importante desvirtuamiento, como repetidas veces ha enseñado la historia ⁷⁰.

Ahora bien, todo esto se logra acudiendo a datos exógenos al texto constitucional. Nos enfrentamos, pues, con la espinosa cuestión, planteada más arriba, de si el contenido esencial hace referencia a una idea «metahistórica» o, más concretamente, a un Derecho natural inmutable ⁷¹.

Se ha dicho que el límite impuesto al legislador no lo constituyen las nociones u opiniones acerca de un derecho, sino la «naturaleza» jurídica del derecho que inhiere en la dignidad de la persona ⁷². Pero como quiera que «la naturaleza humana se ofrece como un *texto* necesitado de interpretación» ⁷³, el problema reside en decidir quién ha de realizar la labor hermenéutica de fijar el contenido esencial o la naturaleza de un derecho fundamental ⁷⁴. Es claro —como ya dijimos— que no lo puede hacer el legis-

⁷⁰ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, pág. 128.

⁷¹ Se han planteado esta cuestión M. M. ZORRILLA, en *Materiales para el estudio y la aplicación de la Constitución española de 1978* (1978-1982), t. II, vol. 1, Pamplona 1984, y A. PREDIERI, «El sistema de las fuentes del Derecho», en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid 1980, págs. 204 y 205.

⁷² Cfr. J. CALVO ALVAREZ, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona 1983, pág. 202.

⁷³ A. OLLERO, «Derecho natural y jurisprudencia de principios (Con referencia a la Constitución española de 1978)», en *Persona y Derecho*, 8 (1981), pág. 179.

⁷⁴ Obviamos la posible polémica que pueda suscitarse acerca de si la mención del contenido esencial de los derechos fundamentales remite al Derecho natural. Ciertamente, se introdujo esta garantía en la Ley Fundamental de Bonn porque en el momento de su elaboración estaban en auge las convicciones iusnaturalistas —reaccionando contra la ineficacia de la Constitución de Weimar y la triste experiencia entonces reciente— (cfr. *supra*). En cuanto a la Constitución española, puede tenerse en cuenta este antecedente, pero no debe caerse, a nuestro juicio, en la disyuntiva de si es una carta «positivista» o «iusnaturalista»; en rigor, es un texto *positivo* que podrá leerse en clave iusnaturalista o positivista. En cualquier caso, la cuestión está en cómo resolver las discrepancias que eventualmente surjan a la hora de determinar el contenido esencial de un derecho (discrepancias que pueden presentarse aun en el supuesto de acudir al «Derecho natural»).

lador, pues su discrecionalidad se encuentra limitada precisamente por el contenido esencial. Resulta patente en este punto la importante y delicada misión del Tribunal Constitucional; se lee en un pronunciamiento suyo: «No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal, al que, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), corresponde en último término y para cada caso concreto llevar a cabo esa determinación»⁷⁵.

No obstante, es necesario precisar más la función jurisprudencial en esta materia. Recordemos a estos efectos la doble finalidad de esta garantía: *ayudar* al Tribunal Constitucional y proteger los derechos fundamentales ante el riesgo de la arbitrariedad que pueda darse en los criterios prudentiales de política legislativa —inspirada en una determinada ideología—. Ahora bien, sería absurdo —por ser contrario al fin de la garantía— que el peligro de arbitrariedad se trasladase del momento legislativo al judicial, otorgando al Tribunal Constitucional el poder de diagnosticar con su solo criterio el contenido esencial de un derecho⁷⁶. Por el contrario, el hecho de acudir a las convicciones generalmente admitidas por los especialistas en Derecho supone un límite al Tribunal Constitucional; es decir, este órgano ha de juzgar si lo regulado por la ley se ajusta a un *prius* existente en la conciencia jurídica y, en su caso, la generalidad de la convicción de que se trate, sin entrar a dictaminar la corrección del tipo preexistente.

Esta tarea judicial ha de referirse, como dice la sentencia 11/1981, «al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas». Esto, de un lado, recuerda el criterio hermenéutico del artículo 3, 1, del Código Civil (la realidad social), que algunos han visto como precepto cuasi constitucional⁷⁷; de otra parte, parece que esas condiciones no pueden ser otra cosa que los valores superiores del artículo 1, 1, de la Constitución⁷⁸. En efecto, siendo los derechos fundamentales concreciones de esos valores⁷⁹, lo esencial será que en la normativa que regule dichos derechos queden en pie los valores superiores del ordenamiento jurídico. En este sentido, resulta acertado acudir, como han

⁷⁵ Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre (B.O.E. núm. 285, de 28 de noviembre de 1981), f. j. 2.

⁷⁶ Discrepamos, por tanto, de la opinión de PREDIERI, quien considera los pronunciamientos del Tribunal Constitucional como *constitutivos* del contenido esencial de los derechos fundamentales (cfr. A. PREDIERI, *ob. cit.*, págs. 205 y 206). En nuestra opinión, los fallos de este Tribunal han de ser *declarativos*; son fuentes materiales del Derecho los contenidos esenciales de los derechos, no las sentencias que se dicten a tenor de ellos.

⁷⁷ Cfr. E. FOSAR, *Estudios de Derecho de familia*, I, *La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Barcelona 1981, pág. 107 y la bibliografía allí citada.

⁷⁸ En este sentido, L. PAREJO, *ob. cit.*, págs. 176 y 177.

⁷⁹ Cfr., por ejemplo, F. GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, pág. 29.

hecho algunos, a la dignidad de la persona, lo que en última instancia está en consonancia con los orígenes remotos de la tutela que estudiamos.

II. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO AL MATRIMONIO. CONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN OPCIONAL

En el apartado anterior hemos anotado algunas ideas generales acerca del alcance de la obligación impuesta al legislador de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales. Nos proponemos ahora aplicar esas nociones generales al derecho reconocido en el artículo 32 de la Constitución. En primer lugar, es necesario concretar el concepto de contenido esencial del derecho al matrimonio, pues lo que la Constitución protege no es el contenido esencial de la categoría general de los derechos fundamentales, sino el de cada uno de ellos. Y teniendo en cuenta, de una parte, que estamos tratando de una garantía institucional —en el sentido ya explicado—, y, de otra, que es la «recognoscibilidad» el criterio básico para la tarea que hemos de acometer, es preciso que en primer término tratemos de las convicciones generalmente admitidas por los juristas en torno a las características esenciales del matrimonio, pues éstas forman parte indudablemente del *ius connubii*.

1. Concepciones generalizadas en torno al matrimonio

Es claro que por matrimonio se entiende la unión entre varón y mujer que crea una relación jurídica y que resulta ser la base de la familia. En el mismo lenguaje espontáneo están presentes estas notas específicas: unidad, heterosexualidad, carácter jurídico del vínculo⁸⁰. Y en el ámbito de la ciencia jurídica es clásica la definición de MODESTINO, que dice así: «*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, humani et divini communicatio*»⁸¹. Esta noción del matrimonio ha sido constantemente consagrada por la legislación española a lo largo de la historia.

Asimismo, en nuestra área cultural es pacífico entender el vínculo matrimonial con la característica de la estabilidad, hasta el punto de no considerar matrimonio a las relaciones heterosexuales meramente esporádicas⁸².

⁸⁰ La sentencia de 8 de abril de 1981 acude al *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* para acercarse al concepto de huelga. Dicho diccionario dice que el matrimonio es «unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales (cfr. 9.ª ed., Madrid 1970, pág. 855; vid. también MARÍA MOLINER, *Diccionario de uso del español*, Madrid 1984, pág. 366).

⁸¹ Citado por R. NAVARRO VALLS, «El matrimonio», en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona 1980, pág. 408.

⁸² Cfr., por ejemplo, L. DíEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid 1982, pág. 70.

Sin embargo, existen dos corrientes jurídicas discrepantes, postulando una de ellas la indisolubilidad del vínculo (salvo por muerte de uno de los cónyuges), y la otra, la posibilidad de producirse el divorcio vincular cuando sobrevienen determinadas causas previstas en la ley. Por consiguiente, procede analizar ambas posturas.

Sin ánimo de ser exhaustivos en este tema, conviene tener presente que el divorcio, aparte de lo que sucede en el área protestante, se introduce entre nosotros como consecuencia de la Revolución Francesa, sin perjuicio de que de hecho en nuestro ordenamiento jurídico se planteara más de un siglo después. Es del espíritu revolucionario considerar que la libertad individual es un bien tan excelente que no puede el hombre despojarse de él comprometiéndose irrevocablemente. En el fondo de esta concepción subyace, como es sabido, una filosofía centrada en el individuo. Fácilmente puede verse que, desde esta postura, el principio de revocabilidad es tan absoluto que el compromiso irrevocable se tiene como acto contrario a la dignidad de la persona.

Tal postulado llevado al matrimonio hace que éste no se considere como un contrato ordinario en el que se permite una disposición definitiva del objeto. En el caso del matrimonio, el objeto es el individuo mismo y atendería contra su dignidad la enajenación de un ámbito tan importante de su libertad.

Pero estamos hablando de matrimonio, y no de unión libre, a pesar de que parece ser que el proceso lógico de una ideología divorcista desemboca en el «amor libre»⁸³. Lo que sucede es que, no obstante ser el individualismo el principio fundamental sobre el que se sustenta una legislación divorcista, en torno a la cuestión del divorcio confluyen diversos factores que frenan dicho proceso lógico. Uno de esos factores es el hecho histórico de la vigencia en toda la Comunidad cristiana medieval de un único modelo matrimonial, el canónico. De otra parte, es de tener en cuenta las costumbres sociales, los intereses de los hijos y de la familia en general, etc. Todo esto hace que, a pesar de partir la institución del divorcio de principios tan diversos de los inspiradores del matrimonio canónico, guarden cierta semejanza el matrimonio indisoluble y el que no lo es, ya que este último procura ser «estable».

Ahora bien, no es lo mismo la estabilidad del vínculo que su indisolubilidad. La posibilidad de ser disuelta la unión conyugal por causas distintas de la muerte de uno de los esposos convierte al matrimonio en *esencialmente disoluble*, sin perjuicio de su tendencial estabilidad. Y la característica esencial de la disolubilidad se apoyaría en la libertad —en una determinada concepción de la libertad— del individuo.

⁸³ Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *La crisis del matrimonio*, Madrid 1914, pág. 144. En esta obra pueden verse citas de grandes defensores del divorcio que declaran ser la unión libre el resultado ideal (cfr., por ejemplo, págs. 145 y 146).

Junto a esta concepción del hombre, de su libertad y del matrimonio, existe la convicción —entre los especialistas en Derecho y en la sociedad en general— que postula la indisolubilidad como nota esencial del matrimonio. Al margen de consideraciones de índole religiosa, esta segunda postura se basa en la naturaleza humana y, asimismo, en la libertad que corresponde a la dignidad de la persona⁸⁴. Importa marcar el acento en la esencialidad de la característica que estamos tratando, sea ésta la indisolubilidad o la disolubilidad, según la convicción que se tome en cuenta. Concretamente, conviene hacer hincapié en que ambas concepciones fundamentan su posición en la dignidad de la persona, según sus respectivos puntos de vista. En consecuencia, entre las dos corrientes del pensamiento jurídico existe una diferencia insalvable, por tratarse de algo esencial.

A la vista de esta dualidad de convicciones en torno al matrimonio, intentaremos aproximarnos al contenido esencial del *ius connubii* protegido por nuestra Constitución.

2. Configuración del contenido esencial del «*ius connubii*»

El Tribunal Constitucional, en el argumento jurídico décimo de la sentencia de 8 de abril de 1981, realiza un resumen de su propia doctrina acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales que nos puede ser de utilidad: «entendemos por “contenido esencial” aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho pertinente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga».

Por esto, puede decirse con MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ que «si la ley garantizase un derecho a vincularse hombre y mujer de un modo que excluyera absolutamente alguno de los elementos esenciales del matrimonio, habría que concluir que no estaría respetando el contenido esencial del derecho al matrimonio y que, por ende, éste estaría privado de la protección que la Constitución, sin embargo, exige, vulnerándose a la vez los artículos 32, 1, y 53, 1, de dicha Ley fundamental»⁸⁵.

⁸⁴ «Esta es la dimensión más profunda y grande de la libertad del hombre: que por ser libre, en el sentido de dueño de sí, puede mediante una decisión de su voluntad dar todo su futuro a algo o alguien. Eso es comprometerse: decidir libremente darse. De ahí que el compromiso sea siempre un acto de entrega del propio futuro y un acto máximo de libertad: porque sólo quien es soberano de sí, puede disponer darse (...). Sólo este compromiso —acto de voluntad de presente, sobre la totalidad futura— funda realmente la unión conyugal.» P. J. VILADRICH, «La familia de fundación matrimonial», en *Cuestiones fundamentales sobre matrimonio y familia*, II Simposio Internacional de Teología, Pamplona 1980, págs. 395 a 397.

⁸⁵ J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Inconstitucionalidad parcial de la Ley de Divorcio de 1981», en *Persona y Derecho*, 11 (1984), pág. 177.

Siendo así que existen ciertos elementos esenciales del matrimonio que están presentes en las dos distintas concepciones generalmente admitidas —la unidad, la heterosexualidad, etc.—, fijaremos nuestra atención en aquél en que existe la discrepancia, esto es, en la disolubilidad e indisolubilidad del vínculo.

Para los defensores de la disolubilidad, una regulación legal del matrimonio en que no quepa la posibilidad de romper el vínculo conyugal por causas sobrevenidas, distintas de la muerte de uno de los cónyuges, es un atentado contra la libertad inalienable del individuo. Naturalmente, la ley puede establecer determinados impedimentos para contraer matrimonio, siendo uno de ellos —de los más claros, pues de no imponerlo quebraría la nota esencial de la unidad del matrimonio, comúnmente admitida en nuestra área cultural— el impedimento del vínculo. Ahora bien, según la tesis divorcista, el vínculo matrimonial ha de disolverse cuando la vida matrimonial resulte inviable y así habría de considerarlo la ley, contemplando determinados supuestos de divorcio vincular a fin de facultar a los cónyuges a contraer ulterior matrimonio. Otro modo de contraer matrimonio iría contra la dignidad de la persona —según ya se ha visto—, lo que equivale a decir que no se tendrían en cuenta «las condiciones inherentes en las sociedades democráticas».

Ahora bien, la regulación legal del matrimonio que contenga la posibilidad del divorcio supone la consagración legal del matrimonio disoluble; tomando ahora en cuenta la convicción que considera el matrimonio como indisoluble, ¿respeto esta normativa el contenido esencial del *ius connubii*? A esta pregunta le prestaremos mayor atención, entre otras razones, porque, si bien nos movemos en el nivel de la ley fundamental, ésta es la legislación vigente.

Quizá no se haya planteado el interrogante en esos términos, pero los que abogan por el divorcio vincular, ante la consideración de que hay quienes desean un matrimonio indisoluble, suelen alegar en favor de su postura que «no se divorcian los que no quieren»⁸⁶. Ahora bien, desde la perspectiva del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, el argumento no es válido, por las razones que pasamos a exponer.

En primer lugar, el tipo abstracto acogido por la ley es el del matrimonio disoluble, ignorando, por tanto, el otro modo de concebir el vínculo matrimonial. En segundo lugar, apelar a que «no se divorcian los que no quieren» equivale a reducir la indisolubilidad al plano de la conciencia y de lo que aquí se trata no es de otorgar libertad a la conciencia, sino eficacia

⁸⁶ Cfr. A. FUENMAYOR, «Los “slogans” divorcistas», en *Divorcio*, Pamplona 1977, páginas 173 y sigs. En el fondo, este argumento era el que estaba latente en las discusiones parlamentarias habidas a propósito de la reforma del Código Civil en 1981; vid., por ejemplo, la intervención del señor ESCARTÍN IPIÉNS (*D.S.C.* núm. 151, 18 de marzo de 1981, especialmente pág. 9437).

jurídica a la naturaleza de la institución de acuerdo con la conciencia de un sector social considerable y de una corriente del pensamiento jurídico digno de ser tenido en cuenta. Por último, para quien defiende un matrimonio indisoluble, la indisolubilidad, insistimos, viene también exigida por la dignidad de la persona.

Abundando en estos aspectos, cabe decir que en un sistema matrimonial en el que se contempla la posibilidad del divorcio, el matrimonio regulado es *irrecognoscible* como pertinente al tipo abstracto preestablecido conceptualmente por la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio⁸⁷. Es preciso distinguir «aquel tipo sociológico de relaciones varón-mujer que se admite como socialmente no desviado y, en consecuencia, es objeto de reconocimiento jurídico» del instituto nacido del compromiso mutuo de entregarse de por vida⁸⁸. No es, por tanto, un problema de grado; a tenor de esta concepción, es irrelevante que sea más o menos difícil conseguir el divorcio, sino lo que importa es que el tipo legal no se acomoda a la esencia del instituto natural matrimonial. La consecuencia es, pues, desde esta perspectiva, radical: se trata de reconocer o no el derecho al matrimonio.

Lo mismo cabe decir de la indisolubilidad como interés jurídicamente protegible. Relegar esta característica al plano de la conciencia significa desconocerla en el nivel jurídico y es en este nivel donde el legislador ha de reconocer el *derecho* al matrimonio, pudiendo limitarlo, pero *respetando en todo caso su contenido esencial*. Una legislación divorcista no niega que *pueda* haber fidelidad; más aún, puede considerarla como un ideal. Pero no admite que la fidelidad conyugal pueda ser objeto de *derecho-deber*, parte de la justicia que informa la relación jurídica matrimonial. Y para la postura contraria, la fidelidad conyugal es un deber básico, *esencial*, del matrimonio, perpetuo hasta la muerte de uno de los cónyuges. Esto explica que a la proposición «no se divorcian los que no quieren» se conteste que «no contraen matrimonio (indisoluble) los que así lo desean»⁸⁹.

⁸⁷ Sobre el matrimonio como instituto jurídico distinto de la mera legalización de una situación de hecho, vid. P. J. VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales del matrimonio*, Pamplona 1984.

⁸⁸ J. HERVADA, «La identidad del matrimonio», en *Persona y Derecho*, 8 (1981), pág. 302. Escribe este autor: «Desde el punto de vista del Derecho natural es claro que ese tipo legal, al que se llama matrimonio, no es el matrimonio, sino una pauta sociológica de comportamiento reconocida por la ley. Respecto a ese tipo legal puede desde luego decirse que es una legalidad y una legalización, que caben nuevas formas de relación varón-mujer —¿por qué no iba a haberlas?—, que debe admitir el divorcio —¿qué razón puede haber para conformar como indisoluble lo que el Derecho natural está pidiendo a gritos que se disuelva cuanto antes?—, que es un producto burgués —es resultado de la burguesía de fines del siglo XVIII y sobre todo del siglo XIX— o que es una hipocresía social (¿qué otro nombre tiene la actitud de horror al nombre del vicio, pero no al vicio mismo?), y tantas otras cosas más. Pero, al oír y decir estas cosas, es de capital importancia saber de qué estamos hablando. Desde luego no del matrimonio, sino de un tipo legal que es conocido con ese nombre. La identidad de nombres no debe inducir a la confusión de realidades.» *Ibidem*.

⁸⁹ Escribe MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: «Es mayor la lesión que se produce cuando no se protege la indisolubilidad que cuando no se permite el divorcio vincular en el matrimonio,

Finalmente, si todos los derechos fundamentales hacen referencia a la dignidad de la persona, en el caso del *ius connubii* quizá pueda verse aún con más claridad, no sólo por la propia entidad de este derecho, sino también porque está íntimamente ligado con otros de carácter también fundamental: «el *ius nubendi* es uno de los derechos inviolables del hombre y no puede separarse de la *Weltanschauung* o cosmovisión de cada persona humana, lo que se relaciona con las más íntimas convicciones ética y religiosas»⁹⁰. Así, el derecho a contraer matrimonio está profundamente relacionado con la libertad religiosa, que no sólo se manifiesta en el momento de la celebración; tiene particular importancia, a estos efectos, la doctrina católica de la inseparabilidad entre contrato y sacramento, ya que para un católico cobra especial relieve que se reconozca eficacia civil a los elementos esenciales del matrimonio. Y además del derecho a la libertad religiosa, «el *ius connubii* que reconoce el artículo 32, 1, de la Constitución se complementa con el *ius familiae* que establece el artículo 16 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 a que se remite el artículo 10, 1, de nuestra Constitución»⁹¹; como es fácil de comprender, la configuración de un determinado modelo matrimonial incide en el tipo familiar⁹² y, por ende, en la manera de desarrollarse la personalidad humana.

3. El régimen matrimonial opcionalmente indisoluble

En las páginas precedentes hemos intentado poner de manifiesto que en torno al instituto matrimonial, las convicciones generalmente admitidas por los especialistas en Derecho son dos —lo que es tan notorio que no necesita ser demostrado—, que ambas se fundamentan en la dignidad de la persona —según sus distintas concepciones— y que no son reducibles a un «mínimo común», pues reclama el reconocimiento legal de todas las características esenciales del instituto que conciben para que queden satisfechos sus intereses jurídicamente protegibles, ya que de lo contrario se vería frustrado el derecho a contraer matrimonio. Así las cosas, si se considera que el contenido esencial de un derecho fundamental se determina por las convicciones generalmente admitidas por los juristas, el legislador, a fin de no rebasar

ya que, mientras los fines propios del matrimonio indisoluble sólo puede lograrse adecuadamente mediante una institucionalización propiamente jurídica como tal, los fines del llamado matrimonio disoluble pueden alcanzarse sin una institucionalización jurídica, como se demuestra en alguna medida por la tendencia actual de los países de régimen divorcista generalizado y suficiente protección de los hijos de cualquier tipo de filiación a no utilizar la institución matrimonial disoluble.» *Ob. cit.*, pág. 187, nota 5.

⁹⁰ G. GARCÍA CANTERO, «Familia y Constitución», en *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Zaragoza 1982, pág. 195. Cfr. también, por ejemplo, J. GÁLVEZ, «Artículo 32», en *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1980, pág. 411.

⁹¹ G. GARCÍA CANTERO, «Sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley de Divorcio», en *Estudio de Derecho civil en homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca 1984, pág. 204.

⁹² Cfr. NAVARRO VALLS, «Divorcio y Derecho», en *Divorcio*, Pamplona 1977, pág. 67.

el límite que le viene impuesto por el artículo 53, 1, de la Constitución, deberá arbitrar un régimen que permita optar a los contrayentes entre un matrimonio indisoluble y otro disoluble. Dicho de otra manera, la legislación matrimonial que, como sucede en la actual española, consagra el divorcio, habrá de prever también, a tenor de la garantía constitucional del respeto al contenido esencial del derecho al matrimonio, la existencia de un tipo matrimonial que no sea susceptible de ser disuelto en virtud de la posibilidad legal del divorcio vincular⁹³.

Un sistema opcional entre un matrimonio indisoluble y otro que no lo es fue defendido hace más de cuarenta años por LEÓN MAZEAUD, basándose en el principio de libertad: que cada cual elija el modelo matrimonial que estime oportuno⁹⁴. Idéntica solución ha sido abogada por otros autores, fundamentándola en el pluralismo ideológico⁹⁵ y en la igualdad jurídica⁹⁶. Es de hacer notar que no se apoya en razones confesionales, a pesar de que *de facto* un sistema de esta naturaleza sólo ha existido por virtud del pleno reconocimiento civil del matrimonio canónico⁹⁷.

Un sector doctrinal ha visto la solución al problema del divorcio en el régimen opcional, pero con distinto planteamiento al apuntado, aunque la

⁹³ Al mismo resultado llega MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ basándose también en los artículos 32 y 53, 1, de la Constitución, y tras citar la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (cfr. *ob. cit.*, págs. 186 y 187).

⁹⁴ «Unos quieren un matrimonio que sea disuelto por el divorcio; otros, un matrimonio indisoluble. Entonces, ¡que cada cual elija! Nuestras leyes han decretado sucesivamente el matrimonio indisoluble, luego disoluble. ¡Que lo decreten disoluble o indisoluble a elección de los futuros esposos! (...). Así, pues, ¡que cada cual elija! Dos matrimonios se ofrecen: uno de ellos, que podrá romper el divorcio; el otro, que sólo romperá la muerte (...). Tal es la solución del problema del divorcio: el matrimonio facultativamente indisoluble. Nadie puede protestar, porque cada cual continúa siendo libre para unirse hasta la muerte o tan sólo hasta el divorcio.» L. MAZEAUD, *Solution au problème du divorce*, Dijon 1945, citado por A. FUENMAYOR, *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, Pamplona 1981, págs. 128 y 129. La misma idea fue mantenida por HENRI MAZEAUD en el Primer Congreso Internacional de Juristas Católicos de 1953 (donde fue aprobada por unanimidad, al sopesar las doctrinas católicas de la indisolubilidad del vínculo conyugal y de la tolerancia) y en el seno de la Comisión de Reforma del Código Civil francés, en 1947. (Hemos recogido estos datos de la tesis doctoral inédita de J. P. GILBERT, *La opción conyugal al matrimonio civilmente indisoluble*, Pamplona 1983, en la que se recoge la bibliografía de los hermanos MAZEAUD y el proceso de reforma del Código Civil francés.)

⁹⁵ Cfr. H. TAPIA, «Aspectos del matrimonio en el Derecho civil de Chile referidos especialmente a su disolución», en *Estudios Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, III, Pamplona 1969, especialmente pág. 616.

⁹⁶ Sin excluir la libertad ni el pluralismo, se apoya principalmente en este valor A. FUENMAYOR, *Divorcio...*, pág. 130. Por estas mismas razones, pero refiriendo la inaplicabilidad del divorcio a la eficacia civil del matrimonio canónico, se ha pronunciado a favor de este sistema G. GARCÍA CANTERO, *Sobre la posible...*, pág. 204.

⁹⁷ Así ocurrió en Austria desde 1788 a 1938 (cfr. A. FUENMAYOR, *Divorcio...*, págs. 116 y 117) y en Portugal, a tenor del Concordato de 1940 con la Santa Sede, hasta que se reformó su artículo XXIV en 1975 (vid. A. LEITE, «El matrimonio civil y el divorcio en Portugal», en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca 1979, págs. 235 y sigs.). Desde 1976 es el régimen que rige en Colombia, ya que la ley que introdujo el divorcio hubo de tener en cuenta el Concordato de 1973 (cfr. A. TOBÓN, «Legislación colombiana sobre el divorcio», en *El hecho...*, págs. 579 y sigs.).

idea de fondo —no imponer una concepción matrimonial— siga estando presente. Se parte ahora del fenómeno de privatización del Derecho matrimonial que tiende a imponerse en la generalidad de los ordenamientos jurídicos de nuestra área cultural⁹⁸; despojando el matrimonio del carácter institucional, su contenido quedaría a merced de la autonomía de la voluntad. Se defiende entonces, no la libertad de *optar* por uno u otro tipo matrimonial, sino la libertad de *constituir* el núcleo jurídico del matrimonio; así, se habla de la posibilidad de interponer una cláusula de indisolubilidad en el momento de celebrar las nupcias⁹⁹.

En esta línea, PORTERO SÁNCHEZ defiende que, en un régimen de matrimonio disoluble, debería tener eficacia la *renuncia* al divorcio, a tenor del artículo 6, 2, del Código Civil¹⁰⁰, argumentando que la renuncia a un derecho contraría el orden público cuando se opone a los fines que la ley persigue, y es claro que la ley no desea que haya muchos divorcios¹⁰¹. Razonamientos muy similares fueron esgrimidos por DE LA VALLINA durante los debates parlamentarios que precedieron a la Ley 30/1981, de 7 de julio¹⁰².

Tal postura ha sido criticada por entender que la renuncia al divorcio quedaría dentro del ámbito prohibido por el artículo 6, 2, del Código Civil. Pero no pudiéndose alegar que el divorcio sea de orden público¹⁰³ —la ley no persigue que haya muchos—, se ha dicho que la renuncia se haría en virtud de la libertad religiosa, y es propio de ésta la facultad de cambiar de religión¹⁰⁴, de manera que es la misma libertad religiosa lo que impide dicha renuncia¹⁰⁵. IBÁN, sin embargo, ha afirmado que la ineficacia de la renuncia se debe precisamente al orden público: «lo que ocurre es que no

⁹⁸ Cfr., entre otros, A. FUENMAYOR, *Divorcio...*, págs. 102 y 103; M. ALONSO PÉREZ, «Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca 1984, págs. 11 a 15, donde se citan a otros autores. Es especialmente interesante a estos efectos el estudio de L. Díez-PICAZO, «El negocio jurídico del Derecho de familia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1962), págs. 771 a 775.

⁹⁹ Cfr. J. PÉREZ-LLANTADA, «Matrimonio-familia en la nueva Constitución española», en *Lecturas sobre la Constitución española*, I, Madrid 1978, pág. 91. Asimismo, SÁNCHEZ MEDAL, después de describir el régimen matrimonial mexicano en el que se otorga una gran amplitud de poder a la autonomía de los esposos, defendía la eficacia jurídica de la cláusula de indisolubilidad (cfr. *El divorcio opcional*, México 1974, especialmente págs. 72 a 79, y *Un nuevo matrimonio civil y el pacto de indisolubilidad*, México 1975, págs. 26 y sigs.).

¹⁰⁰ El artículo 6, 2, del Código Civil dispone: «La exclusión voluntaria a la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.»

¹⁰¹ Cfr. L. PORTERO SÁNCHEZ, «Constitución y política familiar», en *El hecho religioso...*, páginas 305 y 306.

¹⁰² Cfr. D.S.C. núm. 151, de 18 de marzo de 1981, págs. 9430 y 9431.

¹⁰³ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, «Relaciones Iglesia-Estado y Constitución», en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid 1980, pág. 352.

¹⁰⁴ Como es sabido, esto no lo dice expresamente el artículo 16 de la Constitución, pero hay que tener en cuenta el artículo 10, 2, de esta norma, que remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 18 se reconoce el derecho al cambio de religión, al igual que hace el artículo 2, a), de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio.

¹⁰⁵ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Relaciones...*, pág. 352, y E. FOSAR, *ob. cit.*, pág. 359.

se considera el divorcio de orden público, lo que se considera de orden público es la libertad religiosa»¹⁰⁶.

Todo esto nos llevaría a revisar la polémica —existente desde hace siglos— habida en torno al divorcio, pero baste ahora con indicar la paradoja que supone que, por respetar la libertad religiosa, no se permita contraer matrimonio indisoluble a quien así se lo pida su religión¹⁰⁷. A nuestro entender, lo que acontece es que se está confundiendo el papel de la autonomía de la voluntad con el derecho a la libertad religiosa (¿qué decir en el supuesto de desear contraer matrimonio indisoluble —o de renunciar a la facultad de divorcio— al margen de motivos religiosos?); pensamos que es en la consideración del poder de la autonomía de la voluntad donde está la clave del problema.

Ya hicimos referencia a la tendencia privatizadora del Derecho matrimonial, con la consiguiente ampliación del ámbito de la autonomía privada en esta materia —el propio divorcio es manifestación de este fenómeno—. Sin que podamos entrar ahora en el debate de si el matrimonio es una institución o un mero contrato, nos parece claro que dentro del Derecho de familia existen ámbitos de *ius cogens* entre los que se encuentra el contenido de la relación jurídico-matrimonial que constituye un núcleo mínimo —sin el cual es impensable un auténtico Derecho de familia— resistente al poder autonómico de los contrayentes¹⁰⁸. Y forma parte de ese núcleo la característica de la indisolubilidad o disolubilidad —que responde a las distintas concepciones de la dignidad del hombre—; el divorcio no es una mera facultad —que sería renunciable—, sino una nota esencial del matrimonio disoluble: «hay en todo ello como una nueva sacralización, de carácter laico»¹⁰⁹. Por esto, «no es pensable un pacto sobre la disolubilidad o indisolubilidad

¹⁰⁶ I. C. IBÁN, «El matrimonio en la Constitución», en *Revista de Derecho Privado*, LXIV (1980), pág. 144.

¹⁰⁷ Siendo coherentes con ese respeto al cambio de religión, la solución no sería el divorcio, sino la «anulación» del anterior matrimonio, con lo que esto llevaría consigo: inseguridad absoluta en el tráfico jurídico, ilegitimidad «sobrevenida» de la prole, etc., lo cual es, a todas luces, un absurdo jurídico. Además, habría que contemplar la posibilidad de un segundo cambio que produjese el retorno a la primitiva religión; no bastaría unas segundas o terceras nupcias entre los primeros esposos —que iría contra su originaria y nueva religión—, sino el renacimiento del primer matrimonio. Se llegaría entonces a un matrimonio revocable con un divorcio revocable, o sea, no habría ni matrimonio ni divorcio.

En efecto, desde estos planteamientos habría que reconsiderar la función del Estado respecto al matrimonio; difícil justificación encontraría, desde esta perspectiva, un régimen legal matrimonial [vid. C. LARRAINZAR, «Matrimonio y Estado democrático. Aspectos de la libertad ideológica en el sistema matrimonial vigente en España», en *Persona y Derecho*, 11 (1984), páginas 169 y 170; J. A. SOUTO, «Matrimonio y experiencia jurídica», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1 (1985), pág. 390]. Ahora bien, ¿dónde quedaría entonces el derecho al matrimonio?, ¿dónde los intereses jurídicamente protegibles, derivados de los derechos a contraer matrimonio, a fundar una familia, etc?

¹⁰⁸ En este sentido, cfr. L. Díez-PICAZO, *El negocio jurídico...*, págs. 772 y 773, y S. PAINZO, «Mentalidad divorcista y simulación conyugal», en *Revista de Derecho Privado*, LXIV (1980), pág. 359.

¹⁰⁹ L. Díez-PICAZO, *Familia y Derecho*, Madrid 1984, pág. 84.

del matrimonio (...), son pactos que no generan acción»¹¹⁰, es decir, carentes de relevancia jurídica.

En consecuencia, si se quiere un régimen jurídico del matrimonio, respetuoso con las convicciones generalmente admitidas acerca de este instituto, hay que retornar, en nuestra opinión, a lo que ya fue propugnado por los hermanos MAZEAUD: que los contrayentes *opten* por uno de los dos modelos matrimoniales que la ley ofrece¹¹¹. Y a partir de la consideración de la cláusula del contenido esencial, habida cuenta de la realidad social española del presente momento histórico, pensamos que el legislador debería asumir las dos concepciones del matrimonio, lo que parece acorde con el pluralismo, la libertad y la igualdad jurídica («las condiciones inherentes en las sociedades democráticas»). Esto es, en atención a la garantía institucional del derecho fundamental al matrimonio, habría de tenerse en cuenta la dualidad de tipos conceptualmente preexistentes para que el *ius connubii* permanezca en el ordenamiento jurídico de modo reconocible por dicha dualidad. No se trata, por tanto, de prohibir el cambio de religión, sino de no imponer una determinada noción de libertad en lo relativo al instituto matrimonial¹¹².

4. Marco constitucional de la normativa matrimonial

Hemos propugnado que, en virtud del mandato constitucional del respeto al contenido esencial del derecho al matrimonio, la ley asuma simultáneamente los dos tipos matrimoniales conceptualmente preexistentes en la conciencia jurídica. Ciertamente, entre los distintos modelos del objeto de un derecho fundamental, corresponde al legislador decidir cuáles ha de admitir, pero ante esa elección, recordemos, tiene el límite absoluto de respetar en todo caso el contenido esencial del derecho que haya de regular: los tipos o modalidades matrimoniales que el legislador admita han de ser bastantes por sí solos para reconocer que el derecho existe como tal y eficaces para obtener las finalidades del *ius connubii*¹¹³.

¹¹⁰ *Idem*, pág. 78.

¹¹¹ La crítica que hace MARC ANCEL a la tesis de los hermanos MAZEAUD va dirigida, en rigor, al régimen basado en la autonomía de la voluntad (cfr. M. ANCEL, *Le divorce a l'étranger*, cit., por E. FOSAR, *ob. cit.*, pág. 358).

¹¹² Es decir, en el vigente régimen matrimonial español no se reconoce la eficacia de una cláusula de indisolubilidad o la renuncia al divorcio porque es contrario al orden público. No quiere esto decir que el Código Civil persiga la existencia de muchos divorcios, sino que en el ideario de la actual normativa se ha consagrado una determinada concepción del matrimonio, cuyo núcleo esencial no puede ser afectado por los contrayentes.

Por otra parte, cabría preguntarse si se respetaría el contenido esencial del *ius connubii* si para la eficacia de la indisolubilidad fuese necesario celebrar un negocio jurídico normativo. Pensamos que es diferente contraer matrimonio indisoluble que renunciar al divorcio (contrayendo matrimonio disoluble).

¹¹³ Casi con las mismas palabras se expresa el Tribunal Constitucional con referencia al derecho a la huelga (cfr. sentencia 11/1981, cit., f. j. 10).

Por otra parte, pensamos que, al igual que sucede con otros preceptos, la Constitución no ha tratado de definir el derecho al matrimonio, sino que más bien el artículo 32 ofrece una redacción «consensuada» y, por lo que se refiere a la cuestión del divorcio, permite que la ley lo regule, sin que por esto prohíba el matrimonio indisoluble¹¹⁴. Dicho de otro modo, la vía hermenéutica que ha de seguirse en esta materia no es el análisis lingüístico de la norma citada —aunque, por supuesto, haya de tenerse en cuenta—, sino tratar de configurar el contenido esencial del *ius connubii*.

En consecuencia, entendemos que la Constitución no protege el matrimonio considerado como una realidad de perfiles objetivos, sino el derecho al matrimonio. La garantía del contenido esencial así lo pone de manifiesto: pretende que permanezca como institución vertebrante de nuestro ordenamiento jurídico, no tanto el matrimonio como el derecho a contraerlo¹¹⁵, remitiéndose para su concreta configuración al momento histórico de que se trate, teniendo en cuenta los valores superiores del ordenamiento. En el momento constituyente, deseándose elaborar una Ley fundamental pluralista y no habiendo unanimidad de criterio acerca de la indisolubilidad del víncu-

No obstante, nos parece que sí puede justificarse el hecho de no acoger un modelo matrimonial que suponga una gran divergencia con las convicciones *generalmente* admitidas por los juristas —porque suponga la creación de una clase de familia absolutamente diferente con la concebida en nuestra área cultural o porque no se respete la igualdad jurídica entre el varón y la mujer, etc.— o, con otras palabras, porque de hacerlo se iría en contra del orden público; sería el caso, v. gr., de la poligamia, sin perjuicio del reconocimiento de formas de celebración de religiones minoritarias.

¹¹⁴ Como es sabido, el artículo 32 fue uno de los más discutidos en el momento de la elaboración de la Constitución y objeto de minucioso estudio por parte de la doctrina; principalmente se ha fijado la atención en «las causas de separación y disolución» [cfr., entre la abundantísima literatura, R. NAVARRO VALLS, «El sistema matrimonial y la Constitución española de 1978», en *El hecho religioso...*, págs. 152 y sigs.; I. C. IBÁN, *ob. cit.*, págs. 140 y sigs.; G. SUÁREZ PERTIERRA, «Matrimonio religioso y divorcio en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, LXV (1981), págs. 988 y sigs.; D. ESPÍN, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, III, Madrid 1983, págs. 374 y sigs., etc.]. En cuanto a las discusiones parlamentarias, hay que destacar que los encargados de la redacción del texto constitucional insistían en que la Ley Fundamental no prejuzgaba el tema del divorcio (cfr., por ejemplo, en D.S.C. de 23 de mayo de 1978, núm. 72, págs. 2616 y 2617, la intervención de ROCA JUNYENT en nombre de la Ponencia del Anteproyecto); asimismo, en los debates previos a la Ley 30/1981, tanto los que se oponían a ella como los que la defendieron, opinaban igual al respecto (cfr., por ejemplo, D.S.C. de 17 de marzo de 1981, número 150, pág. 9416). De otro lado, en nuestra opinión, no añade nada sobre nuestro tema el acudir, por la vía del artículo 10, 2, de la Constitución, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a otros tratados internacionales ratificados por España.

¹¹⁵ Conforme con lo que dijimos más arriba acerca de la estructura de los derechos constitucionales —diferente de la elaborada por los privatistas— el contenido del derecho reconocido en el artículo 32 no puede circunscribirse al ámbito de la celebración del pacto conyugal; el contenido esencial del derecho constitucional a contraer matrimonio no hace referencia únicamente a contraer, sino a *contraer matrimonio*. Cfr., en el mismo sentido, J. GÁLVEZ, en *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1980, pág. 412.

De otro lado, advertimos que no queremos decir con esto que el matrimonio en sí mismo considerado carezca de valor constitucional (téngase en cuenta la protección de la familia como principio rector de la política social y económica: capítulo III del Título I de la Constitución).

lo conyugal, se dejó la decisión sobre este punto a la ley ordinaria, siempre que ésta respetase el contenido esencial del *ius connubii*. Pues bien, nos parece congruente con el pluralismo que, allá donde sea posible, se acojan las distintas posturas *simultáneamente*; que hoy se consagre una concepción y mañana otra diversa —estando las dos presentes en los dos momentos—, más que pluralismo es monismo alternativo e inseguridad jurídica.

Pero llegados a este punto, debemos plantearnos si nuestra propuesta cabe dentro del orden público tutelado por la Constitución, así como reconsiderar el alcance del principio de igualdad jurídica, ya que ante una forma similar se objetó precisamente este valor ¹¹⁶. Naturalmente, abordaremos ambas cuestiones —tratadas muy extensamente por las doctrinas científica y jurisprudencial— muy sucintamente, limitándonos a algunas reflexiones básicas.

a) *El orden público constitucional*

En las últimas décadas, la doctrina ha insistido en la necesidad de abandonar la noción de orden público como mero instrumento de defensa de las instituciones fundamentales del Estado y, por ende, con efectos limitadores de las libertades ¹¹⁷. Tal noción tiene su parte de verdad, pero no es más que una visión parcial del instituto que estamos tratando. Junto a este carácter defensivo es preciso subrayar la vertiente positiva de promoción de los derechos ¹¹⁸. Y teniendo en cuenta que el contenido del orden público se conecta con los fines más elevados del orden jurídico —aunque sin confundirse con éstos— ¹¹⁹, este aspecto positivo adquiere aún mayor importancia a partir de la vigencia de la Constitución que se presenta como un texto normativo cuyo interés más primordial es la defensa de los derechos y libertades fundamentales.

En concreto, a la luz de la Constitución española, cabe decir que el concepto de orden público está integrado principalmente por los principios de justicia y de igualdad y apoyado en el reconocimiento de la dignidad de la persona y orientado a su servicio, a fin de conseguir el pleno desarrollo de los derechos humanos (cfr. el Preámbulo y los artículos 1, 1; 9, 2, y 10, 1, de la Constitución) ¹²⁰. Por esto, es parte del orden público y es, *además*, una

¹¹⁶ Cfr. D.S.C. de 18 de marzo de 1981, núm. 151, págs. 9436 y 9439. Sin embargo, aquí se ventilaron cuestiones más complejas relativas a la recepción de normativas religiosas sobre el matrimonio.

¹¹⁷ Sobre esta materia, vid. J. A. DORAL, *La noción del orden público en el Derecho civil español*, Pamplona 1967.

¹¹⁸ Cfr. R. NAVARRO VALLS, *Divorcio: orden público y matrimonio canónico. Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio*, Madrid 1972, pág. 79, y J. CALVO ALVAREZ, *ob. cit.*, págs. 131 a 135.

¹¹⁹ Cfr. R. NAVARRO VALLS, *Divorcio: orden público...*, pág. 93.

¹²⁰ Cfr. J. CALVO ALVAREZ, *ob. cit.*, pág. 280.

obligación del legislador por mandato expreso de la Constitución, el respeto en todo caso al contenido esencial de los derechos fundamentales.

El hecho de que coexistan dos modelos matrimoniales no será, pues, obstáculo para el cumplimiento del fin del orden público, ya que éste no es un orden «material o de resultado»¹²¹, sino que es una noción estrictamente jurídica; a los efectos del tema que nos ocupa, cabe decir que está integrada por las convicciones existentes acerca del *ius connubii*. En nuestra opinión, es preciso superar la noción que reduce la funcionalidad de la institución jurídica matrimonial al control estatal del estado civil de las personas¹²². Pensamos, por el contrario, que el orden público constitucional, en materia matrimonial, tiene como finalidad la protección y promoción del derecho fundamental al matrimonio —en coherencia con los demás valores del ordenamiento jurídico—, y nunca la de ahogarlo¹²³.

Por otra parte, al no haber sido ni prohibida ni obligada expresamente una legislación divorcista por la Constitución, el orden público informado por la norma fundamental no rechaza la existencia de la indisolubilidad o disolubilidad en nuestro ordenamiento jurídico¹²⁴, pues lo que persigue no es un modelo matrimonial explícitamente configurado, sino la permanencia del *ius connubii*. El orden público puede suponer un límite a la eficacia configuradora de la autonomía privada —por virtud del artículo 39 de la Constitución, por el respeto debido a otros derechos fundamentales de la persona, etc.—, pero no al derecho fundamental al matrimonio hasta el punto de desbordar su contenido esencial; como ya hemos dicho, es precisamente de orden público el respeto en todo caso a los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del Título I de la Carta.

¹²¹ *Idem*, pág. 278.

¹²² En sentido contrario se ha dicho: «... hay que pensar que desde un punto de vista jurídico no hay razones que justifiquen la dualidad de tipos institucionales. Con independencia de los valores religiosos que los individuos profesen y de los sentimientos religiosos presentes en su conciencia la función social del matrimonio, para la legislación del Estado, es una sola.» L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid 1982, pág. 75.

¹²³ Con razón se ha escrito: «Decir que el pluralismo en tema matrimonial es inviable porque exigiría fórmulas complicadas para salvaguardar el orden público, equivale a proclamar como supremo criterio de política legislativa el criterio de la comodidad. Si existen dificultades, examínense con el estudio y la ponderación necesarias. Por este camino —el camino de la comodidad— no lograría amparo legal ninguna libertad; todas serían suprimidas con la fácil excusa de evitar posibles e hipotéticas lesiones de orden público.» A. FUENMAYOR, «Marco del sistema matrimonial español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LXXIX (1979), pág. 298.

¹²⁴ Sobre esta base, el Tribunal Supremo, en auto de 24 de octubre de 1979, concedía el *exequatur* de una sentencia extranjera de divorcio, entendiendo que el orden público es un instituto de naturaleza flexible y de contenido variable y que, a tenor de la Constitución, no había lugar a denegarlo. Conviene resaltar la fecha de este pronunciamiento: posterior a la promulgación de la Constitución y estando en vigor la redacción del Código Civil anterior a la Ley 30/1981, de 7 de julio. [Vid. el texto del auto citado y un comentario a su doctrina en el trabajo de J. A. TOMÁS, «Primera Sentencia de Divorcio exequaturada en España», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LXXIX (1979), págs. 539 y sigs.]

b) *El principio constitucional de igualdad jurídica*

El Tribunal Constitucional, a pesar de su corta existencia, ha debido pronunciarse en muchas ocasiones sobre este principio constitucional, sentando así una doctrina jurisprudencial cuyos argumentos de fondo se han expuesto reiteradas veces. También la doctrina científica se ha ocupado del principio de igualdad coincidiendo en los criterios básicos con el Tribunal Constitucional, ya que es evidente que ambas doctrinas se han influido mutuamente. Lo cierto es que pueden delinearse determinadas premisas que son compartidas unánimemente, y esto es lo que intentaremos realizar seguidamente.

En primer lugar, hay que decir que, «como ha declarado innumerables veces el Tribunal Constitucional, no toda desigualdad constituye una discriminación (desigualdad constitucionalmente prohibida), sino sólo aquella que no está razonablemente justificada»¹²⁵.

En la actualidad, el principio de igualdad no se limita a la igualdad de los individuos *ante la ley* (aspecto formal del principio que exige la generalidad de la norma), sino que reclama la igualdad *en la ley*¹²⁶, es decir, hace referencia a la sustantividad de la ley. El principio de igualdad así concebido vincula principalmente al legislador¹²⁷ y, a pesar de que no esté expresamente proclamado, surge un auténtico derecho subjetivo de los ciudadanos a recibir un trato análogo por la ley¹²⁸.

Lo decisivo es, pues, la correcta contemplación del supuesto de hecho¹²⁹. Aplicando estas máximas al problema que tenemos planteado, hay que decir que el legislador, a la hora de regular el derecho fundamental al matrimonio, lo que ha de considerar son las convicciones generalmente admitidas por los juristas sobre la naturaleza jurídica de este derecho, a fin de no rebasar el límite que tiene impuesto de respetar su contenido esencial, desfigurando el tipo abstracto preexistente —o los tipos abstractos preexistentes— a la regulación legal. Resultando ser dual ese tipo abstracto, debe establecer una normativa que consagre los dos distintos modelos matrimoniales, previendo unos efectos para quienes quieran contraer un ma-

¹²⁵ E. ALONSO GARCÍA, «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I, enero-diciembre 1983, página 23.

¹²⁶ Vid. sobre la evolución del significado del principio de igualdad, A. FUENMAYOR, «Alcance del principio constitucional de igualdad», en *Anuario de Derecho Civil*, XXXVI (1983), páginas 1327 y sigs.

¹²⁷ Cfr. L. LÓPEZ RODÓ, «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I, enero-diciembre 1983, págs. 334 y 335.

¹²⁸ Cfr. *idem*, pág. 333; A. CANO MATA, *Doctrina civil del Tribunal Constitucional*, tomo I (años 1980 a 1982), Madrid 1985, pág. 103, y A. VIANA, *Los acuerdos con las confesiones religiosas y el principio de igualdad*, Pamplona 1985, págs. 100 y 101, y las sentencias del Tribunal Constitucional en estos trabajos citados.

¹²⁹ Cfr. A. CANO, *ob. cit.*, pág. 103.

rimonio indisoluble y otros distintos para los que desean contraerlo disoluble: «Toda razón o motivación tendente a hacer efectivo un valor constitucional tiene suficiente peso específico para hacer razonable una desigualdad de trato»¹³⁰. Por todo esto, el principio de igualdad, lejos de ser un obstáculo para el sistema opcional, es, como ya vimos, un elemento de su fundamento: que las concepciones de libertad se reconozcan en condición de igualdad, no impidiendo el pluralismo; tal pluralismo matrimonial hará efectivo, a nuestro entender, el valor de la justicia.

¹³⁰ E. ALONSO GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 51.