



POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE LA LEY ESPAÑOLA DE DIVORCIO DE 1981

José Luis Martínez López-Muñiz

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Vulneración del contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio. 3. Posible lesión de la libertad religiosa constitucional. 4. Quiebra del obligado respeto a los acuerdos internacionales. 5. El principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. 6. Conclusiones.

1. *Introducción*

La institución matrimonial viene siendo considerada en su relevancia jurídica como algo perteneciente al campo de trabajo de civilistas y canonistas, aparte naturalmente de ocupar también la atención de quienes se dedican más directamente al estudio del Derecho natural y a la Filosofía del Derecho. No es frecuente ni muy usual que los cultivadores del Derecho público entren en este tema, si bien es cierto que nunca han faltado publicistas que se hayan aproximado en alguna forma a él. Cabe recordar en este momento las consideraciones al respecto de Maurice Hauriou en sus conocidos *Principios de derecho público y constitucional* que tradujera al español el profesor Carlos Ruiz del Castillo y publicó Reus en 1927. Pero es indudable que desde el momento en que la institución matrimonial se inscribe en el ordenamiento constitucional del Estado al reconocerse y garantizarse en él un derecho fundamental al matrimonio, los publicistas no podemos permanecer indiferentes ante lo que ocurra en el ordenamiento subconstitucional de ese derecho y de la institución correspondiente. Está en juego el sistema de apoderamientos y límites establecido por la Constitución en relación con los Poderes públicos y, por ende, el Derecho público. Como lo está asimismo por la relevancia que la regulación estatal del matrimonio pueda tener para otro derecho fundamental cual es la libertad religiosa, y aun

para la salvaguarda constitucional de los compromisos internacionales del Estado o, en fin, de otros principios constitucionales.

Por lo demás, no es el momento de justificar la marcada tendencia de los administrativistas al estudio de temas constitucionales, que ha dado lugar a alguna controversia reciente sobre el reparto de parcelas científicas, pero que no parece oportuno en este momento detenerse a reproducir. Baste considerar que el objeto propio del Derecho administrativo forma en sus cultivadores unos hábitos mentales de gran familiarización con las técnicas jurídicas de sometimiento del Poder público al Derecho, y que, desde luego, en el ordenamiento constitucional se encuentran, como ya se dijo hace muchos años, *les têtes de chapitre* del administrativo.

Sirvan las anteriores reflexiones como explicación abreviada de mi decisión de abordar el tema de esta colaboración en mi condición de administrativista, y permitan estas páginas corroborar la convicción de que el Derecho, como ciencia y como arte, tiene en todo caso una unidad fundamental inescindible, y, como realidad humana y social, tiene en todos los campos, un mismo fundamento y unos mismos fines.

Como es bien sabido, la Ley española de 7 de julio de 1981 núm. 30/81, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 20 del mismo mes, modifica la regulación del matrimonio contenida en el Código civil, sustituyéndola por un nuevo articulado que establece un régimen jurídico uniforme para el matrimonio a efectos civiles¹.

En lo que al objeto de este trabajo interesa es de resaltar la nueva redacción que de la mencionada Ley resulta para el artículo 85 del Código civil:

«El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio».

1. La expresión *efectos civiles* referida al matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el exclusivamente interno como en el concordado con la Iglesia Católica, significa no solamente el conjunto de derechos y deberes que integran el contenido del vínculo matrimonial entendido técnica y estrictamente, en cuanto regulado por el Derecho civil del Estado, sino mucho más ampliamente la eficacia que en el Ordenamiento estatal se le reconoce al contrato matrimonial. *Efectos civiles* es, para nosotros, tanto como decir régimen jurídico amparado por el Derecho español. En cuanto a las discusiones a que el tema ha dado lugar en Italia, que no son trasladables sin más al lenguaje jurídico y a la doctrina españoles, vid. Raffaele COPPOLA, *Introduzione nel divorzio e sue conseguenze in Italia*, Revista Española de Derecho Canónico, mayo-diciembre, 1980, pp. 327 y ss., y, con tesis diversa, FINOCCHIARO, F., *Matrimonio*, en «Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca», Zanichelli ed., Bologna 1971, p. 208.

Este nuevo precepto muestra con evidencia que la Ley de 1981 ha operado una alteración fundamental en el régimen jurídico que el Estado español reconocía hasta entonces al matrimonio. De un sistema de doble régimen jurídico matrimonial —civil y canónico— que en la práctica de los últimos años resultaba facultativo, se ha pasado a un sistema matrimonial estatal único, aunque admitiendo la posibilidad de diversas *formas* en la celebración del negocio matrimonial (arts. 49 a 60), civil, una, ante el Juez o funcionario señalado por el Código civil, y religiosas, otras, del modo previsto por las confesiones religiosas inscritas. Se admite incluso una tercera forma de celebración, que sería la establecida por la ley del lugar cuando el matrimonio se contraiga fuera de España (art. 49 *in fine*).

Por otra parte, de un sistema de matrimonio civil que sólo admitía como causa de su disolución la muerte de uno de los cónyuges (art. 52, incluido en una sección, además, relativa a disposiciones comunes a las dos clases o formas de matrimonio), se ha pasado ahora a un sistema de matrimonio —único— que admite la disolución *por divorcio*.

En resumidas cuentas, la innovación representa que ante los Poderes públicos españoles no hay más matrimonio que el disoluble por divorcio y que, en consecuencia, se suprime toda protección jurídico-positiva a la indisolubilidad del matrimonio, aunque los contrayentes incluyan esa condición entre las determinantes esenciales de su vínculo conyugal.

Además, esta profunda modificación del régimen jurídico matrimonial no va a operar solamente sobre los matrimonios que se constituyan a partir de su entrada en vigor, sino que sus efectos se retrotraen a todos los matrimonios celebrados con anterioridad, lo que plantea problemas específicos relativos a la aplicación de las leyes en el tiempo.

Pues bien, consideramos que la unificación de régimen jurídico matrimonial que, en concreto, en punto a la disolución efectúa el nuevo artículo 85 es inconstitucional por atentar al contenido esencial del derecho al matrimonio proclamado en el artículo 32 del texto constitucional de 1978, a la libertad religiosa reconocida en el artículo 16 de la misma Constitución, a la obligación del legislador de respetar los compromisos internacionalmente adquiridos por el Estado que deriva del artículo 96 de la Constitución, y, quizás, al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales proclamado en el artículo 9.3.

Quien no conozca suficientemente nuestro ordenamiento constitucional actual podría pensar que el tratar a estas alturas de la posible inconstitucionalidad —siquiera sea parcial— de la Ley del divorcio

de 1981, es cuestión teórica y sin otro interés que el exclusivamente académico, o bien un tema de pura relevancia política. Pero ello no es en modo alguno así, habida cuenta de que el artículo 163 de la Constitución impone a los órganos judiciales *el deber* de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando consideran, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, *pueda ser* contraria a la Constitución. El precepto se encuentra desarrollado por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, artículos 35 y ss.

Por otra parte, en la medida en que quede afectada una libertad pública cual es la libertad religiosa configurada en el artículo 16, cualquier ciudadano puede acudir en su defensa ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, tras agotar las vías judiciales en su caso procedentes (artículo 53.2 de la Constitución y 41 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Incluso apelando a otro derecho fundamental, el consagrado en el art. 24.1, relativo a la efectiva tutela judicial de todo derecho, podría provocarse una intervención del Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.

Existen, pues, medios jurídicos para hacer valer la pretensión de la posible nulidad parcial del artículo 85 del Código civil ante el Tribunal Constitucional o para obtener, al menos, una sentencia de este alto Tribunal que obligue a interpretar la nueva regulación matrimonial del Código civil sin perjuicio del derecho a la protección jurídica del Estado de los matrimonios queridos por las partes como indisolubles.

Veamos a continuación, por orden, las razones que pueden fundamentar la tesis que sostenemos y que, naturalmente, sometemos desde ahora gustosos a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

2. VULNERACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL MATRIMONIO

El artículo 53.1 de la Constitución española impone a las leyes reguladoras del ejercicio de los *derechos y libertades reconocidas en el Capítulo II del Título I* el deber de respetar en todo caso *su contenido esencial*. Tal trascendental precepto se inspira, sin duda, en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn (23 mayo 1949), en virtud del cual «en ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental», que ha dado lugar a interesantes desarrollos jurisprudenciales y análisis doctrinales en la República Federal de Alemania.

Uno de los derechos reconocidos en el capítulo II del Título I de nuestro código fundamental es, como se sabe, el *derecho a contraer matrimonio*, que el artículo 32.1 reconoce al hombre y la mujer con plena igualdad jurídica. Ello plantea de inmediato la necesidad de determinar qué deba entenderse por contenido esencial de este derecho constitucional, intangible para el legislador y acreedor a la garantía del Estado, conforme a lo que dispone el mismo artículo 53.1 antes citado y el artículo 24.1 de la misma Constitución.

El Tribunal Constitucional ya ha dicho con carácter general al respecto que «para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de 'contenido esencial', que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y 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 otro, 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 —continúa diciendo el Alto Tribunal— 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 médula 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 —concluye el Tribunal— 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 (los artículos 42 y ss. del Código civil reformado por la Ley 30/81, de 7 de julio, y específicamente el artículo 85 y concordantes) permite que las situaciones de derecho que allí se regulan pueden ser reconocidas como un derecho (al matrimonio) 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 (al matrimonio) se trata de satisfacer».

En estos literales términos se ha pronunciado, en efecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 8 de abril de 1981 n.º 11/81 (BOE núm. 99, del 25 de abril), recaída en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta y dos Diputados socialistas contra el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, relativo al derecho de huelga. Tan solo hemos sustituido entre paréntesis en el último párrafo las referencias específicas al derecho de huelga y al citado Real Decreto-Ley impugnado en la ocasión por las que aquí nos interesan, que son el derecho al matrimonio y la nueva normativa legislativa que ha venido a regular su ejercicio. Los textos citados pertenecen al fundamento jurídico octavo de la Sentencia, que, por cierto, tuvo como ponente al Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, destacado civilista.

Es general el acuerdo en entender por derecho al matrimonio o *ius connubii* —derecho a contraer matrimonio, en los literales términos de nuestro texto constitucional— el derecho fundamental que tienen todo hombre y mujer de constituir entre ellos una relación jurídica bilateral, recíproca, sinalagmática y de tracto sucesivo, dotada de ciertas características esenciales específicas, que son las que permiten cabalmente identificarla como vínculo *matrimonial* o *conyugal* o, en fin, como contrato o institución *matrimonial*, netamente diferenciado de cualesquiera otras relaciones jurídicas bilaterales con-

dables. Nuestra Constitución es precisa al emplear los términos de *contraer matrimonio*, que indudablemente remiten a la idea de un pacto o de una alianza constitutivos del matrimonio, revelando la realidad sustancial de que el matrimonio se origina en el libre consentimiento de los contrayentes en la mutua decisión de establecer entre ellos un vínculo jurídico de las características específicas que permitan reconocerlo precisamente como matrimonio y no como otra cosa.

Obvio es, por lo demás, que el derecho al matrimonio incluirá no sólo la facultad de constituirlo sino el derecho a vivirlo y mantenerlo de acuerdo con sus características esenciales propias. Como afirma Gálvez «el ámbito material de este derecho no puede limitarse al negocio jurídico de la celebración del matrimonio, sino que ha de extenderse también a la permanencia en la comunidad de vida que origina la institución matrimonial. Este aspecto del derecho considerado supone las correspondientes obligaciones negativas del otro cónyuge (prohibición de abandonar o quebrantar la comunidad por su mero interés) y del resto de la sociedad (no interferir la comunidad), así como la exigencia de una actividad tutelar del matrimonio por el Estado»² Es claro que la garantía debida por el Ordenamiento jurídico al derecho al matrimonio incluirá inseparablemente la debida protección jurídica al libre ejercicio del derecho a constituir matrimonio y a los derechos que de él surgen y que le configuran cabalmente como tal. Todos estos derechos, las recíprocas obligaciones, e incluso los intereses legítimos a ellos directamente vinculados, quedan, por lo tanto, obligadamente, bajo la garantía constitucional de protección judicial establecida en el artículo 24 de nuestra Constitución. De otro modo, ni el matrimonio sería una institución o contrato específico, ni podría hablarse de verdadero y propio derecho al matrimonio.

Lo realmente decisivo aquí es, en consecuencia, determinar qué es lo que esencialmente configura al matrimonio como tal. *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.*

Es ciertamente en este trascendental problema donde procede aplicar los criterios que hemos visto señala el Tribunal Constitucio-

2. Cfr. en GARRIDO FALLA, F. et alii, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1980, p. 412. Ver también pp. 414 y 418.

nal como adecuados a la hermenéutica del contenido esencial de los derechos subjetivos en general y de los constitucionales en particular. Criterios, por cierto, que suponen una cierta explicitación y complemento de los que el artículo 3.º del Código civil señala como preceptivos en la interpretación de las normas jurídicas, las cuales —dice— «se interpretarán *según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*».

Subrayando la importancia prioritaria del sentido propio que las palabras empleadas en las normas tengan, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico décimo de la misma Sentencia 11/81 antes citada, ha dicho que cuando la Constitución proclama un derecho fundamental pero no lo define, ni lo describe, deja esta materia a las concepciones existentes en la comunidad y a las inherentes al Ordenamiento jurídico, para cuya identificación «una primera aproximación podría hacerse a través de los significados que a la palabra se le atribuyen en el lenguaje espontáneo, tal y como aparecen por ejemplo fijados en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (cfr. 19.ª ed., Madrid, 1970)».

Si, siguiendo esta pauta, vamos a lo que el citado *Diccionario* nos dice en la pág. 855 sobre la significación de la voz *matrimonio*, leemos lo siguiente: «*unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales*». Es la significación primaria que la Real Academia reconoce como propia del matrimonio. Junto a ella el *Diccionario* alude a la significación sacramental del matrimonio, que no nos interesa aquí.

Comprobamos entonces que, inicialmente, conforme a la significación general que se le reconoce en el *Diccionario* citado, tres son los elementos esenciales definitorios del matrimonio: la heterosexualidad de los contrayentes configuradora de su *unidad*, la concertación *formal* de la unión y el carácter *vitalicio* de ésta en el sentido de su constitución para mientras vivan ambos contrayentes. La *indisolubilidad* matrimonial, entendida como imposibilidad de disolución del vínculo por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges, se nos aparece así inicialmente como inseparable de la idea vulgar y general entrañada en el término de matrimonio en la lengua castellana.

Esta primera aproximación a lo que deba considerarse esencial en el matrimonio, que permite incluir en ese núcleo su indisolubilidad, en el sentido expresado, encuentra una confirmación mucho más amplia y sólida analizando la tradición jurídica española, en la que, como se sabe, desde hace siglos, el matrimonio se ha tenido por esencialmente indisoluble, no sólo ni principalmente en cuanto institución

religiosa sacramental, sino básicamente en su condición de institución civil, reclamada por la naturaleza misma del ser humano. Es muy ilustrativo a ese respecto recordar que la ley que introdujo en España la primera regulación exclusivamente civil del matrimonio, atrayendo al ordenamiento del Estado el régimen entero de esta institución —la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870— afirmó paladinamente en su artículo 1.º que «*el matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble*». La tradición jurídica que este texto también expresa sólo habría de quebrarse por breve tiempo y por expreso mandato constitucional —nótese bien— con la Constitución de 1931 (artículo 43) y la consiguiente Ley que la desarrolló en esta materia en 1932. A este breve paréntesis sucedería un retorno del ordenamiento jurídico a sus principios multiseculares, llegándose incluso a incorporar el principio de la indisolubilidad a una norma de rango constitucional cual fue el Fuero de los Españoles, que en su artículo 22 afirmaba que «*el matrimonio será uno e indisoluble*».

La nueva Constitución de 1978, al derogar las Leyes Fundamentales anteriores y entre ellas el citado Fuero de los Españoles de 1945, *no ha querido pronunciarse* sobre la esencialidad o no de la indisolubilidad, siguiendo, por lo demás, en este punto, un criterio muy generalizado en el Derecho constitucional comparado.

No puede entenderse que la Constitución, por su simple efecto derogatorio del artículo 22 del Fuero de los Españoles —disposición derogatoria, apartado 1—, haya querido suprimir la garantía constitucional de la indisolubilidad matrimonial; en otro caso, por idéntica razón, habría entonces que afirmar igualmente que la nueva Constitución ha querido abrir las puertas a la poligamia o la poliandría, ya que no ha incorporado a ninguno de sus preceptos expresamente la exigencia de *unidad* en el matrimonio, antes establecida en el artículo 22 del Fuero de los Españoles derogado.

Tampoco supone pronunciamiento sobre el tema de la indisolubilidad el hecho de que el apartado segundo del artículo 32 disponga que «*la ley regulará (...) las causas de separación y disolución y sus efectos*». Si la ley está limitada por el deber de respetar el contenido esencial del derecho al matrimonio y se considera que la indisolubilidad del vínculo salvo por muerte (o equivalente) de uno de los cónyuges forma parte del constitutivo esencial del matrimonio, es claro que la remisión a la ley del 32.2 que hemos transcrito no supondría legitimación para introducir causas de disolución distintas de la mencionada. La regulación al efecto contenida en el artículo 52 del Código civil derogado por la Ley de 1981, sería entonces la correcta³.

3. PRIETO SANCHÍS, comentando la tesis que defendí en *La Constitución no*

No hay, por tanto, repetimos, pronunciamiento explícito alguno en el texto de la nueva Constitución española que permita fundar en él la posible tesis de que la indisolubilidad del vínculo matrimonial en el sentido indicado no es ya para ella parte integrante de ese contenido esencial del matrimonio —y, por ende, del derecho al matrimonio— que debe protegerse legalmente.

Sin embargo, el consenso mayoritario que en el Congreso de los Diputados decidió la redacción casi definitiva del artículo 32 lo hizo con la intención que manifestaba el Sr. Roca Junyent, en nombre de la Ponencia, en la sesión del 23 de mayo de 1978 de la Comisión de Asuntos Constitucionales: «en la Constitución española *no se ha prejuzgado este tema y se ha dejado abierta la puerta para que el legislador ordinario pueda resolver esta cuestión de acuerdo con lo que pueda entender como más adecuado a la realidad social a la que pretende dirigirse*».

En confirmación de tal *animus legislatoris*, el representante socialista en el debate ante el Pleno del Congreso del 11 de junio, Sr. Sotillo Marti, reiteró que «la Constitución se ha limitado a reconocer una norma que permite decir que la legislación ordinaria va a resolver esta cuestión» y que «las cuestiones de fondo, con toda la

introduce el divorcio (en ABC, 15 julio 1978, p. 13), escribe: «ciertamente, en pureza de conceptos, esta tesis es muy razonable, ya que la Constitución sólo obliga a regular las causas de separación y disolución, de manera que el futuro legislador podría limitarse a recoger la única causa de disolución que hoy reconoce nuestro Derecho Civil: la muerte de uno de los cónyuges». Pero añade: «Digamos, sin embargo, que en nuestra opinión el texto constitucional sí acoge el divorcio y, por lo tanto, deberá dictarse una ley que lo reglamente». Y como razones para esa interpretación da dos: el que el plural *causas* debe suponer la admisibilidad de más de una causa de disolución y que si el constituyente pensara sólo en la muerte de uno de los cónyuges como causa única de disolución sería absurdo que hubiera querido constitucionalizarlo. Pero tales razones no me parecen de recibo: porque el plural *causas* se refiere a la vez a la separación y a la disolución y con la tesis por mí defendida no me opongo a la *admisibilidad* de que el legislador admita *causas* de disolución en ciertos matrimonios; y porque la referencia a la disolución en el art. 32 se hace para decir que la ley regulará no sólo su causa o causas sino también sus efectos, que no son menciones irrelevantes cuando lo que se quiere es destacar la competencia de la ley estatal en la materia. Y además el que no se haya querido constitucionalizar la muerte de uno de los cónyuges como única causa de disolución del matrimonio no permite en modo alguno sostener fundadamente la tesis de que se ha constitucionalizado o introducido el divorcio. Deducir del texto constitucional español una especie de derecho al divorcio o una obligación para el legislador de regular y admitir el divorcio, me parece hacer una interpretación excesivamente voluntarista del texto constitucional, prescindiendo del temor literal del mismo y de sus antecedentes legislativos. El comentario de PRIETO SANCHÍS se encuentra en su trabajo sobre *Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales*, en «La Constitución Española de 1978 (Estudio sistemático dirigido por los Profs. Alberto Prieteri y E. García de Enterría)», Ed. Civitas, Madrid 1980, p. 344. Sobre el tema puede verse también SUÁREZ PERTIERRA, G., *Matrimonio religioso y divorcio en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, 1981, pp. 989 y ss., y notas 7 y 8.

amplitud necesaria, se deberán plantear en su momento». «Limitémonos —dijo— a aprobar un artículo que no impone nada a nadie y que *permite que volvamos a discutir sobre el tema en toda su amplitud, en el futuro, por una legislación ordinaria*». Y en análogo sentido fueron las explicaciones de voto, tras aprobarse el precepto en la misma Sesión, de los representantes comunista —Sr. Solé Tura— y de U.C.D.— Sr. Herrero de Miñón.

Para valorar de modo mejor y más completo la intención de los constituyentes en el seno del Congreso, debe también tenerse en cuenta que en el mismo párrafo segundo del artículo 32 definitivo, al tiempo que se aprobó la fórmula de remisión a la ley en cuanto a la regulación de las causas de separación y disolución y sus efectos, se aprobó similar remisión en cuanto a la regulación de las *formas del matrimonio*. Y en las referencias que en el citado Pleno del 11 de julio de 1978 se hicieron a ellas por parte de los representantes de los grupos comunista y de U.C.D. se comprueba la intención de plasmar en su día en la legislación una *pluralidad de regímenes matrimoniales* como puede verse leyendo respectivamente las páginas 4085 y 4086 del Diario de Sesiones núm. 107 correspondiente a la fecha antes referida.

La conclusión que se extrae, por tanto, de los antecedentes legislativos del artículo 32 —tanto de los citados del Congreso como de los que pueden examinarse del Senado— puede resumirse en los siguientes términos: el derecho al matrimonio constitucionalmente garantizado no incluye necesariamente un derecho derivado al divorcio del matrimonio válidamente constituido, ni es incompatible con que la regulación legal del matrimonio abra éste, en alguna de sus formas, a algún tipo de divorcio; la indisolubilidad *de todo matrimonio*, tradicional principio de nuestro ordenamiento jurídico, habría así quedado, en consecuencia, desprovista de garantía constitucional por cuanto se admite *in mente legislatoris* que la ley regule el matrimonio con posibilidades de divorcio; sin embargo, la previsión constitucional de pluralidad de formas o regímenes legales del matrimonio refuerza, si falta hiciese, la conclusión de que la admisibilidad constitucional de matrimonios abiertos al divorcio no excluye afirmar que *la garantía constitucional del derecho al matrimonio en su contenido esencial puede exigir la protección legal de la indisolubilidad de ciertos matrimonios*. Si nos atenemos a la mente de los constituyentes, repetimos, es indiscutible que se ha desconstitucionalizado la indisolubilidad —salvo *ex morte*— de *todo matrimonio*: ese elemento ha dejado de ser para la Constitución española elemento esencial *de todo matrimonio*. Pero *no se ha desconstitucionalizado necesariamente la indisolubilidad de algunos matrimonios*: puede muy bien ocurrir que el

contenido esencial del derecho al matrimonio determine un límite al legislador ordinario al imponerle el deber de respetar la indisolubilidad de ciertos matrimonios y de prestarla la correspondiente tutela jurídica.

El tema no fue tratado en toda su amplitud al elaborarse la Constitución, como hemos visto, por expresa voluntad de quienes formaban las Constituyentes, remitiéndose al momento en que habría de elaborarse la legislación ordinaria atendiendo, como dijera Roca, a lo que entonces pudiera considerarse como más adecuado *a la realidad social regulable*. Y al aceptarse la pluralidad de formas, se aceptaba la diversidad de regímenes. En todo caso, es claro que con la remisión a la ley ordinaria de la regulación de la disolución del vínculo no se quería autorizar nada que pudiera suponer lesión del contenido esencial del derecho al matrimonio, ya que, en ese caso, dejaría de regularse el matrimonio y su disolución y se estaría procediendo a regular otra cosa. Todo quedaría al legislador ordinario, ciertamente, pero todo lo que encajara dentro de lo que puede reconocerse como matrimonio. Y si a la hora de hacer esa legislación ordinaria surgiera una discrepancia importante, el Tribunal Constitucional —en éste como en otros temas— sería el llamado a dilucidar el ámbito y los límites del contenido esencial del matrimonio y del derecho a contraerlo. De los antecedentes legislativos no creo se puedan extraer más consecuencias a los efectos que aquí importan. La apertura de los constituyentes —del consenso constituyente— a la admisión de una legislación divorcista no implica negación de exigencia alguna relativa a la duración y disolución del vínculo en la configuración del contenido esencial del matrimonio y del derecho a contraerlo. Y los debates parlamentarios no proporcionan más puntos de referencia hermenéuticos en orden a determinar cuál pudiera ser para el consenso constituyente el ámbito del contenido esencial del derecho al matrimonio que, con expresiones plurales posibles, garantizaría en adelante el artículo 32.

La reflexión que antecede sobre el posible sentido de la mente del constituyente no deja, en cualquier caso, de tener una importancia limitada en orden al problema que aquí nos ocupa de determinar qué haya de entenderse por contenido esencial del derecho al matrimonio. A la postre lo decisivo y permanente es el texto de la norma constitucional y lo que de ella la hermenéutica jurídica pueda deducir, que no sin frecuencia llega a hacer a *la ley más inteligente que el legislador*, como se ha dicho. Y en esa tarea interpretativa, los antecedentes legislativos no son más que uno de los elementos a considerar.

Y lo cierto es que, a diferencia de lo que hizo la Constitución de

1931, la de 1978 no ha introducido el divorcio como causa de disolución ni ha alterado el ordenamiento legal vigente en el momento de su entrada en vigor. Ni hay nada en su texto que permita fundar la tesis de que con él se haya querido habilitar al legislador para alterar lo que nuestro ordenamiento jurídico viene considerando esencial al matrimonio desde tiempo inmemorial. Hay incluso más bien indicios de lo contrario como podrían ser la voluntad nacional expresada en el Preámbulo de proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y *tradiciones*, lenguas e *instituciones*, la proclamación del artículo 16 de la libertad ideológica y religiosa y del *deber de los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española* y mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y demás confesiones, o, en fin, la afirmación radical del artículo 10.1 en favor de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes, lo que para muchos tratadistas está seriamente en juego cuando de la permisión legal del divorcio se trata. Y no se puede olvidar que la Constitución ha adquirido carácter de tal solamente tras la ratificación que recibió en el referéndum nacional del 6 de diciembre de 1978 del pueblo español, único titular pleno del poder constituyente en tanto que depositario de la soberanía nacional. Y es claro que *el pueblo dio su voto a lo que la Constitución dice y no a lo que los que la elaboraron en las Cámaras parlamentarias entendieron que con ella se decía*.

Nos encontramos, pues, que si nos atenemos al tenor literal del texto de la Constitución, a la significación vulgar del matrimonio que recoge la Real Academia de la Lengua y a la tradición legal de nuestro ordenamiento jurídico así como a la doctrina jurídica abrumadoramente mayoritaria, al menos hasta hace muy poco tiempo⁴, tendríamos que concluir que la indisolubilidad del vínculo matrimonial durante la vida de ambos cónyuges forma parte esencial del matrimonio y que toda ley que no respetara tal principio sería inconstitucional y nula. Pero, por otra parte, si como también se impone, consideramos los antecedentes legislativos o parlamentarios de la formación del artículo 32 de la Constitución —la *mens constituentis*—, resulta que no es esa la intención con la que se ha garantizado constitucionalmente el derecho al matrimonio, puesto que se ha querido dejar la puerta

4. Para no multiplicar las citas que al respecto podrían hacerse me limitaré a mencionar CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º, 9.ª ed., Ed. Reus, Madrid 1976, p. 110; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Ed. Tecnos, Madrid 1978, p. 70.

abierta a que por ley pudieran regularse causas de divorcio o de disolución por divorcio.

La solución interpretativa definitiva ha de integrar armónicamente todos estos elementos, por difícil que ello sea, reconociendo que esta Constitución nueva ha querido, en efecto, abrir el paso a distintas formas o regímenes de matrimonio, algunos de los cuales pueden incluir posibilidades institucionales de divorcio, rompiendo pues el principio básico de nuestro ordenamiento de la indisolubilidad de todo matrimonio, pero sin querer suprimir a la vez enteramente la indisolubilidad del contenido esencial de todo matrimonio. Es decir el derecho al matrimonio tutelado por la Constitución incluiría, cuando menos, en algunos supuestos, el elemento de la indisolubilidad. No se puede considerar que la Constitución ha querido privar a todos los matrimonios de ese elemento esencial. No se puede deducir tal cosa ni siquiera de los debates parlamentarios. Y obsérvese bien que con esta solución que proponemos estamos dando ya una gran importancia a los antecedentes legislativos parlamentarios, a la mente del legislador constituyente. Porque otra alternativa hermenéutica perfectamente legítima sería atenerse más rígidamente al texto constitucional y a la tradición legislativa y doctrinal, tomando además en cuenta los inviolables principios del derecho natural, que muy bien puede defenderse hayan de inspirar cualquier interpretación jurídica de toda norma jurídico-positiva, incluida la Constitución; principios jurídico-naturales que, por cierto, bien podían verse además implícitamente reconocidos en las expresiones empleadas por el artículo 10.1 de la propia Constitución española, a semejanza de como una importante parte de la doctrina alemana ha visto en un texto semejante de la Ley Fundamental de la República Federal. Preferimos, no obstante, no tratar aquí este problema, y ceñirnos a una interpretación lo más estricta posible del ordenamiento constitucional español puramente positivo.

En apoyo de la solución que proponemos vienen además otros criterios hermenéuticos que es dable aún utilizar, siguiendo precisamente los criterios de la Sentencia del Tribunal Constitucional que hemos citado más arriba, el artículo 3.º del Código civil y la propia *mens legislatoris* de la Constitución expresada por boca del Sr. Roca, según ya vimos. Vayamos en efecto a la consideración de la realidad social de nuestro tiempo en España en la que ha de aplicarse y a la que va destinada la legislación matrimonial.

Es patente que esa realidad social española ofrece en la actualidad un estado de profunda división en cuanto a sus convicciones sobre la institución matrimonial, que halla también su reflejo en la escisión al respecto de la doctrina jurídica más reciente. Mientras am-

plios sectores siguen considerando, como antaño, que *no hay matrimonio* si el vínculo que se contrae no es indisoluble *de por vida* y con tal alcance se constituye libremente entre las partes y se protege jurídicamente por el ordenamiento con suficiente grado de coercibilidad civil, otros muchos entienden, apartándose de la tradición jurídica española, que el matrimonio no contiene como elemento esencial su indisolubilidad y que por el contrario debe quedar siempre abierto al divorcio, de una u otra manera legalmente regulado. Y ambas concepciones reivindican para sus respectivas configuraciones institucionales el nombre jurídico de matrimonio y la tutela jurídica que la Constitución garantiza.

Teniendo en cuenta esta realidad social indiscutible, que fue además la razón que llevó a los constituyentes a no pronunciarse sobre la indisolubilidad en la Constitución, dejando el tema para estudio posterior, parece que la determinación del contenido esencial del derecho al matrimonio del artículo 32.1 deberá reconocer el hecho de que el matrimonio en la España actual significa *cosas distintas según quienes en cada caso deseen contraerlo*, incorporando, por ende, al constitutivo esencial del matrimonio, que la Constitución se ha obligado a proteger, la *libertad de optar*, al contraer matrimonio, por un vínculo indisoluble o por otro abierto al divorcio, gozando en ambos casos de plena tutela jurídica por parte del ordenamiento y de los poderes públicos.

Tal libertad de opción en la configuración de *algunos* elementos constitutivos de la unión matrimonial debe reconocerse con criterios de *igualdad*, sin que ningún ciudadano tenga limitada su opción por motivos de raza, religión, etc. o por cualquier otra condición no sometida a su libre disposición. Es decir, todo ciudadano ha de ser protegido por la ley si, de acuerdo con el otro contrayente, decide incluir en la estructura esencial del vínculo matrimonial, por ellos constituido, la cláusula o elemento de la indisolubilidad. Como ha de protegerse igualmente a quien, en cambio, libremente contraiga el matrimonio condicionado a ciertas posibilidades de divorcio previstas en la ley.

Es preciso recalcar que no hay otra forma de determinar lo que constituye contenido esencial del matrimonio en una sociedad como parece que es la nuestra en la que se ha impuesto una comprensión tan diversa de lo esencial al matrimonio. No valdría intentar encontrar el mínimo común denominador de las doctrinas científicas y de las opiniones sociales, pues puede con rigor afirmarse que tal común denominador no existe en relación con la duración del vínculo: para unos si no hay indisolubilidad, pura y simplemente no hay matrimonio sino otro tipo de unión, aunque, forzando la realidad de las cosas,

la ley le dé tal nombre (e insistamos en que ésta ha sido la posición más arraigada en nuestra tradición jurídica, constituyendo hasta hace poco incluso un principio de orden público); para otros, en cambio, no solamente sería matrimonio ese tipo de unión indisoluble —para los que así lo quieran, suele decirse acertadamente— sino otras uniones estables, con vocación de permanencia e incluso de perdurabilidad *per vitam*, pero abierto, sin embargo, a la rescisión o extinción del vínculo por las causas que la ley regule o incluso —para algunos— por aplicación de las normas generales de extinción de los contratos. Entre éstos hay quienes niegan incluso que algún matrimonio pueda constituirse válidamente con cláusula de indisolubilidad, o, por mejor decir, consideran que tal cláusula debe tenerse por no puesta por ser contraria a la libertad inalienable que corresponde a todo individuo para extinguir, aunque bajo ciertas condiciones, las relaciones contractuales en que sea parte: para este modo de entender las cosas, la apertura al divorcio sería un principio de orden público como lo es la prohibición de la esclavitud.

Así las cosas, no vemos más posibilidad que dar una respuesta plural al problema de qué sea esencialmente el matrimonio, si se quiere de verdad respetar y amparar el derecho constitucional al matrimonio en una sociedad plural tan amplia y profundamente dividida en torno a su concepto del matrimonio. Negar la protección del ordenamiento a los matrimonios queridos indisolubles supone lisa y llanamente *desconocer el derecho al matrimonio* de millones de españoles, que ha de implicar obviamente no sólo la facultad de contraerlo sino la de permanecer en él conforme al estatuto jurídico que le es esencial, que los contrayentes han aceptado libremente como tal. Un matrimonio del que surgieran derechos no exigibles, no amparables por la tutela judicial a que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución no tendría, en cuanto tal, valor jurídico alguno y por lo tanto no sería matrimonio verdadero para los que el matrimonio es inseparable de la noción de un vínculo entre los cónyuges netamente jurídico e indisoluble de por vida.

Por lo demás es obvio que si la apertura de nuestro ordenamiento a una forma matrimonial abierta al divorcio se ha producido cabalmente en aras del respeto a la libertad de quienes consideran que el matrimonio no es de suyo indisoluble, constituiría un abuso injustificado, una *discriminación* inexplicable, volver ahora las cosas totalmente del revés y desconocer por completo la libertad de quienes en altísimo número siguen pensando que el matrimonio —para ellos— es inseparable de la indisolubilidad jurídica: por amparar la libertad de unos se conculcaría la de los otros. No es cuestión ahora de analizar si la libertad de aquéllos es la libertad de los más y la de éstos

la de los menos: con que se conculcara la libertad de uno solo injustificadamente bastaría para condenar tal lesión⁵.

Concluiremos, pues, afirmando, que para la correcta aplicación del artículo 32 de la Constitución española en relación con el 53.1 hay que entender que el contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio *incluye la facultad de los contrayentes de determinar el carácter indisoluble del vínculo durante la vida de ambos o bien su sometimiento a las causas de disolución que alternativamente establece la ley.*

En esa libre determinación de algo tan trascendental para el futuro de la relación matrimonial ante el Derecho radicaría pues uno de los elementos esenciales a todo matrimonio amparable por el ordenamiento español y por tanto del derecho al matrimonio en sí mismo.

Sólo así identificaríamos un auténtico denominador común a la institución matrimonial de nuestro nuevo Derecho, acorde con el real pluralismo ideológico de nuestra sociedad, y se evitaría la lesión de un importante derecho constitucional en la comprensión que de él tienen unos u otros sectores de esa sociedad. Lo esencial, pues, sería

5. No nos parece aceptable la tesis de ESPÍN —que se ha difundido mucho en algunos medios— para quien de no seguirse el criterio de la aplicación general de las posibilidades del divorcio que consagra el nuevo art. 85 del Código Civil podría vulnerarse el *principio de igualdad* ante la ley de todos los españoles proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española (*Manual de Derecho civil español*, vol. IV, Edersa, Madrid 1981, p. 118). Según tal razonamiento el ordenamiento constitucional vedaría la previsión legislativa de diversos tipos de asociaciones o de sociedades y hasta el juego de la autonomía de la voluntad en la constitución de relaciones jurídicas de diversa índole para la consecución de idénticos o similares finalidades. Con criterio mucho más certero, véase, en cambio, la tesis sustentada por FUENMAYOR, A., en *Legalidad, moralidad y cambio social*, Ed. Eunsa, Pamplona 1981, pp. 129 y ss., y especialmente pp. 125 y ss., donde precisamente resalta la importancia de salvaguardar el principio de igualdad para evitar que el legislador, al imponer con exclusividad la indisolubilidad o la disolubilidad, privilegie a unos sectores u otros de la sociedad. A sus razonamientos cabría aún añadir que es mayor la lesión que se produce cuando no se protege la indisolubilidad que cuando no se permite el divorcio vincular en el matrimonio, ya que, mientras los fines propios del matrimonio indisoluble sólo pueden lograrse adecuadamente mediante su institucionalización propiamente jurídica como tal, los fines del llamado matrimonio disoluble pueden alcanzarse sin su 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.

SUÁREZ PERTIERRA, aunque en algún momento parece sostener también la posición de que el principio constitucional de igualdad y no discriminación debería fundamentar un sistema matrimonial plural (*Matrimonio religioso y divorcio...*, p. 1.000), defiende en realidad, contra cuanto sostenemos en este trabajo, que el sistema que la Constitución garantiza es más bien de *pluralidad de formas* (rituales) y *unidad de clase* de matrimonio (*ibidem*), propugnando incluso finalmente *de lege ferenda* un sistema de forma matrimonial unitaria de clase civil, que, a su juicio, sería igualmente respetuoso de los principios de igualdad y de libertad religiosa del Derecho constitucional español (*op. cit.* pp. 1.010-1.011), sin que aporte razones convincentes en apoyo de esta proposición.

no si el matrimonio es o no indisoluble, sino, como hemos dicho, que todo matrimonio debe regirse en punto a su duración y disolución conforme a la voluntad constitutiva de los contrayentes, libremente expresada como opción entre un régimen de indisolubilidad o el régimen de apertura al divorcio que la ley regule.

Desde perspectivas científicas más apropiadas al efecto podrá fundamentarse la íntima relación que la cuestión aquí tratada tiene con la debida protección de la dignidad de la persona, que nuestra Constitución garantiza en el artículo 10.1 como fundamento de todo orden. Baste con apuntar aquí que quienes exigen para su matrimonio la condición jurídica de la indisolubilidad del vínculo libremente contraído lo estiman como algo inmediatamente asociado a la dignidad personal de los contrayentes que mutuamente se donan en el contrato matrimonial a los efectos propios de los fines de esta institución: la entrega a la persona en cuanto tal, que preside la relación conyugal, exige una fidelidad total y de por vida, por encima de cualesquiera contingencias; asimismo lo exigen las nuevas relaciones paterno-filiales que el matrimonio de ordinario origina. Y esa fidelidad reclama en algunos aspectos básica protección jurídica para que ninguna de las partes se vea privada injustamente de *lo suyo*, un *suum* que se tiene y con razón como algo inherente e inalienable e irrenunciable a la propia dignidad de la persona humana, comprometida en el vínculo matrimonial bajo aquella condición de la indisolubilidad. Un *suum* por cierto que llega a alcanzar incluso a los hijos, si no a título de derecho subjetivo propiamente dicho, sí al menos en cuanto intereses legítimos, ya que la inquebrantabilidad del vínculo de sus padres durante la vida de ambos constituye también, en principio, un bien de alto valor para ellos, del que no deberá poder privárseles sin injusticia. Pero ésta es ya otra cuestión.

Por lo demás, a la luz de la interpretación que hemos expuesto, las disputas doctrinales surgidas acerca del alcance del término *formas* de matrimonio incorporado al párrafo 2 del artículo 32 de la Constitución, es claro que deben resolverse en el sentido de entender por tales las diversas posibilidades de configurar el vínculo matrimonial que la ley, en desarrollo de la Constitución, debe regular. La misma alusión a ellas que hace el citado artículo 32.2. vendría a confirmar en efecto que la Constitución reclama un *sistema matrimonial facultativo*, como dicen, de tipo latino, es decir un sistema en el que los ciudadanos libremente puedan optar entre varios tipos de matrimonio, previstos en la ley, en tanto con ello no se contradiga lógicamente al orden público. *Formas* no pueden considerarse —como en cambio ha hecho la Ley 30/1981, de 7 de julio— pura y simplemente *modos de celebración* del matrimonio. La referencia del artículo 149.1.8.º

vendría aún a confirmar cuanto decimos al reservar a la competencia del Estado —frente a la posible de las Comunidades Autónomas— las reglas relativas a las *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*, que difícilmente es una afirmación inteligible si por formas de matrimonio se toman tan sólo los diversos modos posibles de expresar válidamente el consentimiento matrimonial.

Nos parece, pues, que a resultas de todo ello queda probada la inconstitucionalidad del artículo 85 del Código civil en su nueva redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, en cuanto suprime con carácter general la indisolubilidad de todo matrimonio a efectos jurídicos civiles, imponiendo por lo tanto a todas las uniones matrimoniales un único régimen jurídico que necesariamente implica apertura al divorcio legal. La ley desconoce y conculca así lo que hemos dicho constituye ingrediente esencial del derecho constitucional al matrimonio que la Constitución garantiza en los artículos 53.1 en relación con el 32.1 y 2 por cuanto niega su protección jurídica al derecho de las partes a optar libremente por la configuración del vínculo matrimonial en orden a la disolubilidad o indisolubilidad en los términos ya explicados. Si es que no puede afirmarse —como hemos también apuntado— que la indisolubilidad, conforme a nuestra más arraigada y constante tradición jurídica y a lo que reclama el derecho natural, es un constitutivo esencial de todo verdadero matrimonio.

Cabe aún complementar lo dicho con una observación de Derecho Comparado que no nos parece superflua. Muy al contrario, puede considerarse un buen elemento auxiliar para la interpretación correcta del artículo 32 de nuestra Constitución.

Es, en efecto, llamativa la semejanza que este precepto presenta —entre cuantos textos ofrece el panorama comparado, que a nosotros se nos alcance— con el artículo 36 de la Constitución de Portugal de 1976. Pues bien, en el número 2 de dicho precepto se afirma que «la ley regulará los requisitos y los efectos del matrimonio y de su *disolución, por muerte o divorcio, independientemente de la forma de su celebración*». La diferencia con respecto a la redacción de nuestro 32.2 es ostensible y manifiesta y, a nuestro modo de ver, muy significativa, pues nuestros constituyentes debieron tenerlo a la vista. Cualquier interpretación de normas vigentes en Portugal en materia matrimonial no debería prescindir, si tiene pretensiones de rigor, de este punto de partida constitucional tan trascendentalmente diferente al que ofrece el Derecho español. En la Constitución portuguesa: previsión expresa e imperativa del divorcio y uso explícito del término forma matrimonial en su sentido de forma de celebración. En la española: ausencia de referencia alguna al divorcio y empleo del término formas del matrimonio, teniendo especialmente en cuenta el ya citado

artículo 149.1.8.^a, en sentido de *clases* de matrimonio y no de simples formas de celebración, contra lo que luego ha impuesto la Ley sanferminera reguladora del matrimonio.

En cuanto a la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados o acuerdos internacionales ratificados por España, como elementos a tener necesariamente en cuenta en la interpretación del contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio, como consecuencia de lo indicado en el artículo 10.2, nada puede deducirse de ellos que sea contrario a la tesis que aquí sostenemos o que sea favorable a la necesidad de identificar exclusivamente el matrimonio con una unión de ese tipo abierta en todo caso al divorcio legal. La posibilidad de divorcio es tratada en esos textos internacionales siempre como eso, una posibilidad eventualmente reconocible, pero nunca como algo que necesariamente deba reconocerse en los Derechos de los Estados parte. En realidad y teniendo en cuenta lo que luego diremos sobre el Acuerdo de España con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, la consideración de este acuerdo internacional obligará a interpretar el art. 32 de la Constitución en el sentido aquí propugnado y confirmar la inconstitucionalidad al menos parcial de la vigente ley de divorcio española.

3. *Posible lesión de la libertad religiosa constitucional*

La segunda causa de la inconstitucionalidad que consideramos padece el artículo 85 actual del Código civil, tras su reforma de 1981, deriva de su contradicción con el artículo 16 de la Constitución y con la garantía del contenido esencial de la libertad o libertades por aquél reconocidas que asegura el artículo 53.1 del mismo texto constitucional ^{5 bis}.

En efecto, al imponerse la posibilidad general de disolución de los matrimonios —de todo matrimonio— por divorcio se atenta contra la libertad religiosa —y/o ideológica— de los individuos que contraigan, deseen contraer o hayan contraído matrimonio en condiciones de indisolubilidad *per vitam* como expresión de sus creencias religiosas —y/o ideológicas—, así como la libertad religiosa de comunidades que, como la Iglesia Católica, poseen normas propias, inseparables de su propia identidad religiosa, determinantes de la indi-

5 bis. Unas precisiones sobre la distinción entre libertad religiosa, libertad ideológica y libertad de creencias, en VILADRICH, P. J., *Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución Española de 1978*, Revista de Derecho Público, núm. 90, 1983 pp. 80-87 y 115 y ss.

solubilidad matrimonial de quienes celebren su matrimonio con arreglo a dichas normas y como manifestación de su pertenencia a dichas comunidades o Iglesias y de sus correspondientes convicciones religiosas. Tanto la libertad religiosa de los individuos —y/o su libertad ideológica— como la de las comunidades, «sin más limitaciones, en cuanto a sus manifestaciones, que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley», están garantizadas por el artículo 16.1 de la Constitución Española, que las considera uno de los *derechos fundamentales* o *libertades públicas* proclamados en la sección 1.^a del Capítulo II del Título I y que se garantizan con la máxima intensidad y firmeza por la nueva Constitución a través de diversas técnicas, entre las que descuella el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y, antes, la protección judicial contra toda lesión mediante un procedimiento preferente y sumario (art. 53.2).

Aunque la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en su artículo 2.º, al particularizar el contenido de la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución, se limita a concretar —en lo que ahora interesa— «el derecho de toda persona a (...) celebrar sus ritos matrimoniales», es claro que dicha libertad debe suponer también el derecho de cualquier persona a comportarse en todo conforme a su confesión religiosa y, por ende, a contraer y vivir su matrimonio de acuerdo con los principios y normas de ese su credo religioso, sin limitar su libertad a la simple posibilidad de adquirir sus compromisos matrimoniales en la forma ritual externa propia de su opción religiosa. Amén de que el propio *rito* matrimonial que contempla expresamente como objeto del derecho fundamental el artículo 2.2.b) de la citada Ley Orgánica, es, en rigor, inseparable del fondo o contenido contractual que el rito expresa —constituyendo simplemente la forma externa del consentimiento de las partes en la constitución de un vínculo contractual de perfiles estructurales definidos—, es evidente que el artículo 16.1. de la Constitución no señala más límite a las manifestaciones de la libertad religiosa y de culto —y a la libertad ideológica— que «las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley».

Ahora bien, el artículo 3.º de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que ha venido a explicitar de algún modo esa noción de orden público, ha establecido que:

«El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección *del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales*, así como la salvaguardia de la *seguridad pública*, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

Sin merma de la superior competencia del Tribunal Constitucional para, en uso de su condición de «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.º de su Ley Orgánica), juzgar del ajustamiento de este precepto a los conceptos del artículo 16.1 de la Constitución que trata de explicitar y determinar, consideramos que el ámbito jurídicamente garantizado por la Constitución a la libertad religiosa y de culto —y a la ideológica— no puede tener más límite que el que resulta de este artículo 3.º de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Por ello, si fuera necesario, es obvio que el elenco de facultades que particulariza el artículo 2.º de dicha misma Ley Orgánica no puede considerarse exhaustivo, ya que, salvo disposición contraria *de rango formal adecuado* (esto es ley orgánica, conforme al artículo 81.1 de la Constitución) que deberá fundamentarse además en la necesidad de mantener el orden público, el principio *favor libertatis* ha de llevar a incluir en la protección debida a la libertad de que se trata cualquier otra de sus posibles manifestaciones, cualquier forma en que pueda ejercitarse de hecho. Y el Legislador, subordinado como está en nuestro Derecho al orden constitucional, no puede restringir por vía de ley ordinaria ninguna de esas manifestaciones, ni privarlas de la protección jurídica a que tienen constitucionalmente derecho.

Pues bien, es notorio que es aún ampliamente común en España —aunque a los efectos la extensión del fenómeno no tiene excesiva importancia— la profesión y práctica de la religión católica, entre cuyas manifestaciones externas se cuenta indiscutiblemente la celebración formal y sustancial del matrimonio en condiciones jurídicas de indisolubilidad y de voluntario y libre consentimiento. Los que profesan coherentemente —asumiendo íntegramente sus contenidos o, al menos, en lo que aquí interesa— dicha confesión religiosa, no consideran matrimonio una unión conyugal abierta necesariamente al divorcio ni están dispuestos a asumir las obligaciones propias del vínculo matrimonial si no es a condición de constituirlo hasta que la muerte de uno de ellos lo extinga. Tal vínculo matrimonial tiene para tales contrayentes toda la fuerza de un verdadero contrato jurídico del que surgen verdaderos derechos y obligaciones, plenamente exigibles en Derecho, junto a otros derechos y deberes puramente morales, en cuanto no coercibles.

Esto quiere decir que hay ciudadanos para los que el legítimo ejercicio de su libertad religiosa debe incluir el derecho a constituir una alianza o pacto matrimonial, íntegramente conforme a sus creencias religiosas sobre el hombre y su dignidad, y amparado por el ordenamiento jurídico en *todos* sus efectos propiamente jurídicos. Sólo si el orden público definido por el artículo 3.º antes citado de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa impusiera una restricción de este de-

recho a contratar conforme al propio credo religioso, habría base suficiente para admitirla. Igualmente, si por ley orgánica se estableciera en el futuro algún otro límite que el Legislador considerase integrante del orden público protegido por la ley a que se refiere el art. 16.1 del texto constitucional. Pero el Estado no puede en modo alguno limitar la libertad religiosa de los ciudadanos amparándose en que el artículo 32.2 de la Constitución pone en manos de la ley estatal la competencia exclusiva para decir lo que es y lo que no es matrimonio y para regular sus caracteres, a excepción, como ya hemos dicho, de que en la materia se identifique algún componente irrenunciable del orden público y así se declare mediante ley orgánica. Es más, en la regulación y protección del derecho constitucional al matrimonio el Estado viene en todo caso obligado a tener en cuenta las exigencias superiores —en el ordenamiento positivo constitucional español— del derecho fundamental a la libertad religiosa, que goza de un superior amparo y protección. A este respecto las consideraciones hechas en su día por el Tribunal Constitucional a propósito del derecho *fundamental* de huelga del artículo 28.2 de la Constitución y del derecho *ciudadano* de los empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, del artículo 37.2, en la Sentencia de 8 de abril de 1981, que ya hemos citado páginas atrás, en cuanto expresan criterios para medir las relaciones entre derechos *fundamentales* y derechos *de los ciudadanos* —en la terminología de nuestra Constitución—, son muy bien aplicables aquí⁶. De ahí que el legislador del matrimonio no pueda dejar de tener en cuenta la esfera constitucionalmente protegida de la libertad religiosa so pena de incurrir en infracción del orden constitucional.

Garantizar jurídicamente el derecho a contraer y mantener el matrimonio conforme a las propias convicciones religiosas no atenta en modo alguno a «la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales» (artículo 3.º citado de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa), a menos que pueda demostrarse que determinadas convicciones religiosas en materia matrimonial entrañen o puedan entrañar lesión de alguna libertad o derecho fundamental de los posibles contrayentes o de terceros. Mas no

6. Cfr. fundamento jurídico 22 de la citada Sentencia del TC de 8 de abril de 1981, recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 192/80. Ponente: Díez Picazo, BOE 25 abril 1981, p. 10 del suplemento. *Mutatis mutandis* son de aplicar los criterios básicos allí expuestos acerca de que los *derechos de los ciudadanos* (de la sección 2.ª) son limitados por las exigencias de los *derechos fundamentales* en sentido estricto (sección 1.ª) y no al revés, y éstos no pueden verse vaciados de contenido por la protección o regulación dada a aquéllos. Los del segundo nivel, en suma, deben interpretarse subordinadamente y a la luz de los del primer nivel.

parece ser éste el caso de las convicciones religiosas que reclaman la indisolubilidad del vínculo matrimonial durante la vida de ambos cónyuges. Quien contrae tal vínculo válidamente lo hace voluntaria y libremente pues el libre consentimiento se considera esencial para la validez del matrimonio. Quienes quieran unirse en otro tipo o forma de matrimonio, sin indisolubilidad, la ley del Estado les amparará en su pretensión, por lo que no puede decirse en rigor que vengan obligados jurídicamente a contraer matrimonio indisoluble aun si profesan una religión que lo exija: el incumplimiento de las eventuales normas de su confesión religiosa podrá llevar consigo una sanción interna de la comunidad correspondiente como es normal siempre que un socio incumple las normas de una asociación a la que libremente pertenece: nadie puede obligar a una asociación, comunidad religiosa o iglesia a considerar como miembro de ella a quien rechaza normas legítimas de la misma que se consideren suficientemente esenciales para la identidad de la confesión religiosa de que se trate. Si se impusiera a las comunidades religiosas otro criterio se violentaría su propia libertad religiosa y la de los individuos que a ellas pertenezcan y verdaderamente se identifiquen con sus estatutos, principios y normas⁷. Y en cualquier caso importa reiterar lo ya dicho: ante el Estado nadie estaría obligado a contraer el matrimonio como indisoluble por razón de sus convicciones religiosas por el hecho de que la ley estatal amparase como debe a quienes, en ejercicio de su libertad religiosa, quieran configurar su matrimonio como indisoluble jurídicamente como condición *sine qua non* para el ejercicio de un verdadero y propio derecho al matrimonio.

Por otro lado, es preciso reconocer que para contraer matrimonio con quien por su credo religioso sólo cabe el indisoluble no es necesario aceptar la misma fe ni violentar las propias creencias religiosas: basta con estar dispuesto, como en todo verdadero contrato, a satisfacer sin fraude las pretensiones de quien sólo esté dispuesto a casarse en forma indisoluble. Si para aceptar tal compromiso hubiera que prescindir de algún aspecto de las personales creencias o de la propia ideo-

7. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa española de 5 de julio de 1980 núm. 7 reconoce en su artículo 6 a «las Iglesias y Comunidades religiosas inscritas», «plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguardia de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación». El 16 de la Constitución reconoce la libertad religiosa no sólo de los individuos sino también de las comunidades.

logía, tal renuncia se produciría en libérrimo ejercicio de la misma personal libertad ideológica y/o religiosa, ante la atracción ejercida en la voluntad por el deseo de obtener la donación personal y el compromiso conyugal de la parte que estuviera tan firmemente convencida de la esencialidad de la indisolubilidad al matrimonio que sólo estaría dispuesta a dar su consentimiento al negocio matrimonial aceptándose tal *conductio iuris*. No podría hablarse, en suma, de renuncia alguna a derecho o libertad fundamental irrenunciable, sino pura y simplemente de una entre otras formas de ejercer precisamente la personal libertad fundamental religiosa o ideológica, mostrando que en las personales convicciones libremente asumidas y sostenidas caben ese tipo de compromisos autolimitadores como lo es sin duda el vínculo matrimonial indisoluble.

Por lo demás, si ni siquiera para contraer el matrimonio conforme a las normas propias de una confesión religiosa —por ejemplo la Iglesia Católica— es necesario que ambos contrayentes pertenezcan a esa Iglesia, es claro que tampoco deben afectar a la naturaleza y exigibilidad jurídica permanente del vínculo los eventuales cambios de religión que en los cónyuges unidos por vínculo querido indisoluble pudieran ulteriormente producirse, amparados, sin duda, por la libertad religiosa constitucional. El vínculo elegido como indisoluble por razones religiosas se ha constituido como tal jurídicamente, debiendo gozar por ello de toda la protección del ordenamiento como negocio celebrado con ese carácter fueren cuales fueren los motivos de haberle constituido así. Es más, en la determinación de la indisolubilidad quedó *ab initio* implícitamente incluida la imposibilidad de disolución incluso por cambio en las convicciones o en los comportamientos religiosos, naturalmente. De ahí que el ejercicio de la libertad religiosa por uno o los dos contrayentes no deberá poder afectar al vínculo matrimonial establecido entre ellos como indisoluble de por vida y el Estado debe hacerse garante de la fidelidad de las partes al principio de *pacta sunt servanda* con cuantas exigencias ello entraña en este peculiarísimo contrato que es el del matrimonio, habida cuenta su imparangonable objeto.

Tampoco nos parece que pueda demostrarse que la indisolubilidad matrimonial libremente asumida pueda poner en peligro o perjudicar en modo alguno a la seguridad, a la salud o a la moralidad públicas, en cuanto elementos constitutivos del orden público según la formulación tradicional y recogida en el artículo 3.º de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Más bien puede demostrarse justamente lo contrario y seguramente con creces.

Cabe por todo ello concluir que la libertad religiosa —y/o ideológica—, constitucionalmente garantizada en el artículo 16 de la Cons-

titución Española exige tutelar jurídicamente el derecho de toda persona a contraer y sostener su matrimonio conforme a sus personales convicciones religiosas y, por ende, en su caso, como vínculo indisoluble durante la vida de los contrayentes, no abierto, en consecuencia, en modo alguno, al divorcio, y no sólo a celebrar su matrimonio conforme al puro rito formal externo de su propia religión. Y que constituye también un derecho de las comunidades o confesiones o iglesias, amparado por el mismo precepto constitucional citado, el incluir entre sus normas reglas relativas al matrimonio y en concreto a su indisolubilidad, que obligarían a los que libremente se adhieran a ellas. Los matrimonios en definitiva constituidos por los ciudadanos como consecuencia del ejercicio de su libertad religiosa como indisolubles son acreedores a la garantía del ordenamiento jurídico —el civil naturalmente— dado el carácter esencialmente jurídico del matrimonio y en concreto de la indisolubilidad. De ahí que el artículo 85 del Código civil español en su actual redacción atente contra el artículo 16 —y el 53,1— de la Constitución y lesione la libertad religiosa de los ciudadanos católicos y aún de todos aquellos otros para quienes sus convicciones religiosas o ideológicas reclamen la indisolubilidad como algo esencial al matrimonio, al imponerles por encima de su voluntad libre la necesaria apertura al divorcio de todo vínculo matrimonial reconocible por el Estado⁸.

Y concluyamos esta parte haciendo notar lo obvio: una ley divorcista de aplicación general como el actual Código civil español, representa amparar con la fuerza de la ley a quien se proponga burlar los compromisos adquiridos al consentir en vincularse en matrimonio indisoluble. Los Poderes públicos se hacen cómplices del cónyuge decidido a incumplir sus obligaciones libremente adquiridas y a lesionar la dignidad personal de la otra parte, eventualmente ligada por razones religiosas —o ideológicas de otro orden— a la indisolubilidad del propio matrimonio. En vez de asegurarse la tutela efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos derivados de un vínculo matrimonial indisoluble, libremente contraído como tal y sólo en cuanto tal, los Poderes públicos coadyuvarían precisamente a lo contrario, infringiendo flagrantemente la letra y el espíritu del artículo 24 de la Constitución y el principio de seguridad del artículo 9.3 de la misma norma constitucional.

8. Produciéndose a la vez la discriminación que, contra el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, ya hemos denunciado en relación con el derecho al matrimonio.

4. *Quiebra del obligado respeto a los acuerdos internacionales*

El artículo 85 del Código civil en su texto de 1981, en cuanto configura el divorcio como causa general de disolución de todo vínculo matrimonial y por ende también del canónico, aunque ello sea solamente a los efectos «civiles» propios del ordenamiento jurídico positivo español, contradice el tenor del artículo VI del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, ratificado, previa autorización de las Cortes Generales, el 4 de diciembre de 1979 por el Rey de España y publicado en el BOE del 15 de diciembre, con los efectos declarados en el artículo 96.1 de la Constitución Española, por lo que *forma parte del ordenamiento interno* español y *sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista* en el propio Acuerdo o conforme a las normas generales del Derecho internacional. Al atentar, en consecuencia, contra esta norma constitucional —y en la medida en que la infringe—, el citado artículo 85 del Código civil resulta inconstitucional también por esta causa, haciéndose acreedor a su anulación por el Tribunal Constitucional —al menos parcial—, en salvaguardia de los compromisos internacionales del Estado que la Constitución obliga a respetar.

Como es bien sabido, el citado Acuerdo con la Santa Sede de 1979 goza de la condición de tratado internacional y, junto con otros tres Acuerdos coetáneos, ha venido a sustituir al anterior Concordato de 1953 entre España y la Santa Sede, adaptando así el régimen concordatario entre el Estado y la Iglesia Católica a las nuevas exigencias constitucionales derivadas del artículo 16 de la Constitución de 1978.

Se recordará que dicho precepto constitucional configura al Estado español como aconfesional, aunque no necesariamente neutro en materia de religión^{8 bis}. El texto constitucional impone a los Poderes públicos el *deber de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y de mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*. Los citados Acuerdos con la Santa Sede instrumentan precisamente el régimen de cooperación con la Iglesia Católica, particularizando diversos aspectos del alcance de la libertad religiosa de los individuos y de la Iglesia Católica constitucionalmente garantizada.

Pues bien, en lo que aquí interesa es de señalar que el ya citado

^{8 bis}. Vid. una lúcida interpretación sobre el sentido que haya de darse a la *laicidad* del Estado bajo la actual Constitución Española, en VILDRICH, P. J., *Ateísmo y libertad religiosa...*, cit., *passim*, especialmente pp. 95 y ss.

artículo VI del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos declara textualmente:

«El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico» (Párrafo 1.º).

Esta primera y fundamental norma se acompaña con otra declaración de dudoso alcance, incluida en el párrafo o apartado 3.º en los siguientes términos:

«La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales».

Me parece interesante destacar la diferencia sustancial y muy significativa que media entre este texto y el que, en parte similar a él, fue introducido por las partes en el Protocolo Adicional de 15 de febrero de 1975 del Concordato portugués de 1940. En una declaración que, parcialmente, ha seguido el texto del Acuerdo español que acabamos de reproducir, se añade, sin embargo, que quienes celebren matrimonio canónico asumen el *grave deber de no valerse de la facultad civil de requerir el divorcio*, lo que se ha interpretado en el sentido de que el Protocolo establece con ello una obligación meramente moral o, a lo sumo, solo valedera para el Ordenamiento canónico o de la Iglesia Católica, sin que surta efecto alguno en el Ordenamiento estatal o civil, en cuyo ámbito los unidos en matrimonio mediante ceremonia canónica podrían acceder al divorcio sin traba alguna.

Al no haberse incluido tal cláusula en el Acuerdo español puede fortalecerse la interpretación de que el sentido del apartado o párrafo 3.º del artículo VI es el de reiterar pública y solemnemente los caracteres propios del matrimonio canónico en un momento histórico en que la legislación matrimonial civil española puede apartarse de su inspiración tradicional en aquellos mismos caracteres, para dejar constancia en el Acuerdo de que la variación posible del régimen del matrimonio civil no habría de variar las normas matrimoniales del Derecho Canónico aplicables a los matrimonios que se celebraran conforme a ellas, cuyos efectos civiles el Estado Español, en el mismo Acuerdo, se ha comprometido a reconocer y por tanto a garantizar.

No puede discutirse que lo que sea el matrimonio canónico, sus requisitos de validez, su régimen de anulación, separación y disolución, etc., es competencia del Derecho Canónico. El legislador español, al asumir el Acuerdo con la Santa Sede que estamos comentando, ha

integrado en el ordenamiento estatal, en la ley civil, el bloque ordinal canónico relativo al matrimonio, como conjunto normativo aplicable a aquellos matrimonios que libremente se acojan a él. De esa integración solo se excepcionan aquellas normas canónicas que expresamente se hayan señalado en el Acuerdo como no aplicables en todo o en parte, como serían las aludidas en el apartado 2.º del artículo VI en materia de nulidad o de matrimonio rato y no consumado, cuya efectividad civil se condiciona a la intervención de los Tribunales del Estado.

Los términos en que está redactado el párrafo 1.º del artículo VI del Acuerdo presentan una llamativa similitud con los que a los mismos efectos empleaba el antiguo Concordato de 1953 y no pueden significar sino que el matrimonio *constituido conforme a las normas canónicas* goza de la protección jurídica del Ordenamiento del Estado Español en plenitud. Ese texto no puede leerse como si quisiera decir referencia exclusiva a las normas *rituales* canónicas, implicando la producción de *efectos civiles* su sumisión en todo lo no estrictamente ritual, cara al Ordenamiento estatal, a las normas de este Ordenamiento. Si donde la ley no distingue no debemos distinguir y si toda forma de expresión del consentimiento mantiene una unión indisoluble con el contenido y objeto de dicho consentimiento, esta interpretación, que algunos han sostenido, no me parece en absoluto de recibo. Un matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico es un matrimonio que, en efecto, se celebra con la voluntad de someterlo al régimen institucional que dichas normas configuran; y es al matrimonio sometido a estas normas al que el Acuerdo reconoce plenos efectos civiles en el Ordenamiento estatal.

Imponer por ley la posibilidad de divorcio de los matrimonios canónicos equivale a hacer cesar los efectos civiles de tales matrimonios, en contra de la declaración general contenida en el párrafo 1.º del artículo VI del Acuerdo. El matrimonio canónico seguirá ciertamente subsistiendo en el Ordenamiento de la Iglesia Católica, pero desprovisto de efectos civiles, sin protección por parte del Ordenamiento estatal, el cual, por contra, garantizará eventualmente la constitución de un segundo matrimonio —«puramente civil»— por parte de cada uno de los cónyuges del matrimonio canónico para él divorciados, amparando así la existencia real de una bigamia o de una biandria, aun contra la hipotética oposición del cónyuge contrario al divorcio, el cual ante el Estado y a pesar del artículo 24.1 de la Constitución, se encontraría en la más pura indefensión, dada la insuficiencia garantizadora propiamente jurídica que todo Ordenamiento distinto del estatal padece.

Aunque algún sector doctrinal se manifiesta vacilante e incluso

proclive a interpretar el artículo VI del Acuerdo en el sentido que rechazamos, existe —como se ha escrito incluso por parte de alguno que manifiesta dicha proclividad— una «fuerte inclinación por parte de la doctrina a interpretar (dicho texto) en el sentido de admitirse por el Derecho Español la regulación del matrimonio canónico en su integridad, esto es, en el sentido de pluralidad de clases, lo cual, a su vez, predetermina el problema del divorcio»⁹. En efecto, especialistas en Derecho Concordatario como Juan Fornés¹⁰ o autores como López Alarcón¹¹ y Fuenmayor¹² sostienen la interpretación que aquí defendemos. Y es también ésta la tesis expuesta como dominante por el *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado Español* elaborado en colaboración por varios de los más autorizados canonistas de la Universidad española¹³.

En último caso cabe recordar que conforme al mismo Acuerdo para Asuntos Jurídicos de 1979, artículo VII, «la Santa Sede y el Gobierno Español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan». No consta que se haya producido tal común acuerdo, sino que el Estado Español ha aprobado unilateralmente la Ley 30/1981, de 7 de julio, que, en el mejor de los casos, traduce una interpretación del Acuerdo en materia de matrimonio que resulta contraria a la mayoría de la doctrina y a las manifestaciones más o menos oficiales u oficiosas que se sabe ha hecho al respecto la Iglesia Católica.

No ignoramos que el Tribunal Constitucional italiano, en Sentencia de 8 de julio de 1971 núm. 169/71¹⁴ rechazó las alegaciones de ilegitimidad constitucional esgrimidas contra la Ley italiana de divorcio en cuanto que contraria al Concordato del Estado Italiano con la Santa Sede. El Tribunal interpretó que éste únicamente obliga al mencionado Estado a dar efectos civiles a la *forma* canónica de celebrar el matrimonio, quedando en las exclusivas manos del Estado la determinación de cuáles hayan de ser tales efectos y por lo tanto

9. Cfr. SUÁREZ PERTIERRA, G., *Matrimonio religioso y divorcio...*, cit., p. 1.002.

10. *El nuevo sistema concordatario español (Los Acuerdos de 1976 y 1979)*, Ed. Eunsa, Pamplona 1980, pp. 86 y ss., y en concreto p. 89.

11. Cfr. *Sistema matrimonial concordado. Celebración y efectos*, en vol. colectivo sobre «Los Acuerdos entre la Iglesia y España», Ed. Corral, C., y De Echeverría, L., Madrid 1980, pp. 311 y 312.

12. Cfr. *El marco del nuevo sistema matrimonial español*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, LXXIX, 1979, p. 290.

13. Ed. Eunsa, Pamplona 1980. Vid. en concreto, en ese *Manual*, NAVARRO VALLS, pp. 436 y 439.

14. Cfr. *Giurisprudenza Costituzionale*, Ed. Giuffrè, Milano 1971, pp. 1.784 y ss.

la fijación de las causas de cesación de dichos efectos. La Santa Sede no ha dejado de mostrar su desacuerdo con semejante interpretación, que ha debido recurrir a forzar los términos del artículo 34 del Concordato italiano y su tradicional interpretación general, mereciendo por ello también la crítica de la doctrina¹⁵, aunque algún sector doctrinal se haya, en cambio, pronunciado en favor del Tribunal¹⁶.

La Sentencia italiana a que nos referimos no debe considerarse como precedente válidamente utilizable por el Tribunal Constitucional español a la hora de interpretar el artículo VI del Acuerdo con la Santa Sede de 1979 sobre Asuntos Jurídicos. En primer lugar, por las diferencias textuales de redacción que presentan este precepto y el artículo 34 del Concordato italiano; en segundo término, por las diferencias que pueden encontrarse entre el marco constitucional español y el italiano —donde no existe la imposición de un deber de cooperación de los Poderes públicos con la Iglesia Católica—; y, en fin, porque nuestro más Alto Tribunal no debe pasar por alto las serias y rigurosas críticas formuladas a la citada jurisprudencia constitucional italiana ni la obligatoriedad de interpretar el Acuerdo español del consuno entre el Gobierno Español y la Santa Sede. Y, por otra parte, si bien es cierto que las normas internacionales integradas en el Ordenamiento interno parece que deben interpretarse restrictivamente en cuanto impliquen o puedan suponer limitación del ámbito de soberanía o libre legislación del Estado parte, no es menos cierto que tal criterio sólo entrará en juego a falta de otras reglas hermenéuticas de más directa aplicación.

Hay que reconocer que tendría escaso sentido formalizar un Acuerdo de cooperación entre el Estado y la Iglesia Católica para simplemente reconocer idoneidad para producir el vínculo matrimonial civil a la forma ritual de celebrarse el matrimonio en Derecho Canónico. Como tampoco sería explicable el apartado 2.º del artículo VI del Acuerdo, relativo a las sentencias de nulidad de matrimonios canónicos y las decisiones pontificias sobre matrimonios ratos y no consumados, si los efectos civiles que se reconocen en el apartado 1.º no se refieren al conjunto de las normas de Derecho Canónico por las que se rige el matrimonio celebrado conforme a ellas.

Concluimos, pues, afirmando que la Ley 30/81, de 7 de julio —el artículo 85 del Código civil y concordantes en este punto—, en

15. Cfr. COPPOLA, R., *Introduzione del divorzio e sue conseguenze in Italia*, Revista Española de Derecho Canónico, mayo-diciembre 1980, pp. 327 y ss.

16. Cfr. FINOCCHIARO, F., *Matrimonio*, en «Commentario del Codice Civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA», Bologna 1971, pp. 207 y ss .

cuanto aplicable también a los matrimonios celebrados según el Derecho Canónico, implica incumplimiento por parte del Estado Español del artículo VI del Acuerdo con la Santa Sede de 1979 sobre Asuntos Jurídicos, lo que equivale a una modificación unilateral de éste, contra lo preceptuado por el artículo 96.1 de la Constitución Española¹⁷. Es por ello, en tal aspecto, inconstitucional y debe ser declarada nula en cuanto quebrante el régimen de los matrimonios libremente constituidos como canónicos y por ello como indisolubles.

Si a esta conclusión se objetare que la regulación del matrimonio es algo reservado a la Ley estatal, en virtud de lo dispuesto en el mismo artículo 32.2 y en el 53.1 de la Constitución, habría que rechazar esta objeción por las razones ya insinuadas en algún momento anterior y que a continuación se explicitan más ampliamente.

Es obvio que la reserva de ley no excluye al tratado internacional en la regulación normativa de las materias reservadas. Justamente por ello el artículo 94.1 de nuestra Constitución exige la previa autorización de las Cortes Generales de los tratados o convenios «que afecten (...) a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I», como es el caso —entendiendo derechos fundamentales en un sentido amplio como el empleado en el epígrafe del mismo Título I de la Constitución— del derecho al matrimonio. La misma autorización se exige expresamente en el mismo artículo para los tratados o convenios «que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución». Más expresa y directamente no se puede decir. La autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios internacionales, es constitucionalmente equivalente a la aprobación de una ley estatal, a los efectos de satisfacer las exigencias de una ley estatal, a los efectos de satisfacer las exigencias de la reserva o de la autorreserva de ley. Y es claro que el Acuerdo de España con la Santa Sede, objeto de estudio

17. Contra lo que sostiene OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (*¿Subsiste el matrimonio canónico en España como institución? Alcance del artículo 80 del Código Civil tras la Ley de 7.7.81*, en *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1981, pp. 1.079-1.080), es preciso recordar que los acuerdos internacionales no quedan limitados por las leyes unilaterales del Estado, sino que el orden derivado de la Constitución es justamente el contrario. Sólo el poder constituyente puede limitar o modificar unilateralmente las normas internacionales que el Estado se ha comprometido a cumplir o respetar, y ello en el Ordenamiento interno, naturalmente.

Cfr. en el mismo sentido de lo aquí sostenido, por todos: SÁNCHEZ AGESTA, L., *La jerarquía normativa en la Constitución de 1978*, en «La Constitución Española y las fuentes del Derecho», III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, p. 1.902, y SANTAOLALLA LÓPEZ, *Los tratados como fuente del Derecho en la Constitución*, en la misma obra colectiva y mismo vol. III, pp. 1.921 y ss.

aquí, fue objeto de la correspondiente autorización de las Cortes Generales antes de ser ratificado.

Y es que, por otra parte, no puede ignorarse que el legislador del Estado puede regular una materia, sin quebrantar con ello las exigencias de la reserva legal, asumiendo por remisión recepticia los contenidos normativos fijados por otras instancias, incluso si pertenecen a Organizaciones u Ordenamientos ajenos a los determinados por los Poderes públicos internos. Máxime cuando, como ocurre en el matrimonio, se trata de regular un negocio jurídico de tipo contractual interprivado y la consiguiente relación jurídica institucionalizada, originada en la libre voluntad de las partes contrayentes, las cuales pueden necesitar expresar con ello una parte importante de sus convicciones éticas o religiosas, amparadas constitucionalmente por la libertad ideológica y religiosa del artículo 16. La función de la ley es aquí solamente la de establecer aquellas normas de *ius cogens* estrictamente necesarias para proteger suficientemente la buena fe y la seguridad de las partes, así como los derechos de terceros y de la sociedad en general. No es misión suya restringir ni limitar la libre autonomía de las partes más allá de lo que el interés general, en los términos aludidos, demande. La reserva de ley sí que garantizará en cualquier caso que toda normativa aplicable en la materia sea previamente aceptada o aprobada por uno u otro medio por el legislador civil, por el Poder legislativo estatal, pero nada más —ni nada menos¹⁸.

5. *El principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales*

La Constitución de 1978 ha incluido en su artículo 9.3 un elenco de principios general del Derecho que quisieron resaltarse como superiores a todos los Poderes públicos constituidos y, en consecuencia, al legislador. Entre esos principios figura el de *la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*.

Es muy curiosa la historia de la problemática que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina han suscitado en la interpretación de este principio constitucional.

18. NAVARRO VALLS ha puesto justamente de manifiesto que lo que hay, más que un reenvío directa y primordialmente dirigido a las normas de la Iglesia, es una remisión a los actos jurídicos de quienes, en ejercicio de su derecho civil a la libertad religiosa, deciden someter el negocio matrimonial que van a concluir a las normas jurídico-cánonicas, tanto en su formación como en sus ulteriores vicisitudes (cfr. *Manual...*, cit., p. 438).

Si se estudian con atención los antecedentes parlamentarios de la fórmula adoptada para proclamar este principio, se descubre sin dificultad que su redacción definitiva procede sustancialmente de la propuesta *in voce* que el Sr. Pérez-Llorca hizo en nombre de la Ponencia en la sesión del 16 de mayo de 1978 de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso de los Diputados (Diario de Sesiones núm. 67, págs. 2388-89). Y en su justificación, aunque en términos un tanto confusos, con el fin de acabar las discusiones precedentes, se pone de manifiesto la voluntad de ceñir el principio a las normas o a las leyes *sancionadoras*. Es decir el principio de irretroactividad constitucionalmente proclamado no se referiría, según eso, a dos tipos de disposiciones, las sancionadoras no favorables de una parte y las restrictivas de derechos individuales, de otra, sino que tan sólo se aplicaría a las disposiciones sancionadoras cuando fueren no favorables o bien restrictivas de derechos individuales, esto es, *más* restrictivas que las eventualmente vigentes con anterioridad.

Sin embargo, la interpretación doctrinal leyó desde un principio la fórmula finalmente recogida en el artículo 9.3 como si el principio afectara de un lado a las disposiciones sancionadoras y de otro a las restrictivas de derechos individuales, suscitándose las dudas y problemas que lógicamente implica la afirmación del principio de irretroactividad de estas últimas¹⁹. Algunos autores, entonces, considerando asistemática, inviable y absurda la interpretación que llevara a aplicar ese principio así formulado a las leyes propiamente dichas —por cuanto supondría imposibilitar toda reforma social y económica por vía legislativa— han propuesto la tesis de considerar que el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos debe considerarse únicamente aplicable a las disposiciones *administrativas* y que es esa la razón por la que el texto constitucional habla de disposiciones²⁰. Esta interpretación contradice abiertamente el sentido que se deduce de la integridad de los antecedentes parlamentarios del precepto y ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional²¹.

19. Vid. por ejemplo GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, cit., pág. 120.

20. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 3.ª ed., Civitas, Madrid 1979, p. 75. Tampoco parece aceptable el argumento que estos autores extraen de la prohibición incluida en el artículo 83,b) de la Constitución acerca de que las leyes de bases no podrán facultar para dictar normas con carácter retroactivo. Tales leyes, en efecto, no pueden autorizar al Gobierno para dictar ningún Decreto legislativo con eficacia retroactiva, tanto si su contenido fuere favorable como si no lo fuese, ya que el texto constitucional no hace distinguos.

21. Cfr. Sentencias de 20 de julio de 1981 núm. 27/81 (BOE 13 agosto 1981), y de 4 de febrero de 1983, núm. 6/83 (BOE 9 marzo 1983), en sus fundamentos jurídicos 10 y 3, respectivamente. El ponente de la primera: Fernández Viagas; de la

López Menudo, que ha estudiado monográficamente la cuestión, entiende que por derechos individuales, a los efectos del principio en cuestión, deben entenderse tan sólo los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la Constitución en los artículos 15 a 29 —Sección 1.^a del Capítulo II del Título I— a los que podrían, como mucho, sumarse «otros derechos relativos a la 'dignidad de la persona' o 'derechos inviolables que le son inherentes' (art. 10 Const.) que pudieran haberse preterido o cuyo reconocimiento pudiera sobrevenir», derechos, en todo caso, identificables, a su juicio, con las «libertades-autonomía» de cuño liberal decimonónico²².

Esta tesis es adoptada en alguna medida, pero sólo en alguna medida, al menos por el momento, por nuestro Tribunal Constitucional, quien ya en dos ocasiones, que sepamos, ha establecido, de una parte, que «el concepto de 'derecho individual' que el artículo 9.^o menciona no puede confundirse con el *ius quaesitum*», y, de otra, que «el artículo 9.^o3 —en todo o en parte— alude a los derechos fundamentales del Título I»²³.

Es de resaltar el doble sentido que tiene en nuestra Constitución la expresión derechos fundamentales, porque, por un lado, se emplea en una acepción amplia en la enunciación del Título I para abarcar todos los derechos proclamados a lo largo de dicho Título; y por otro lado, como es bien sabido, se utiliza en un sentido estricto, más frecuentemente, para referirse a los derechos humanos más intensamente protegidos por la Constitución por considerarse los más fundamentales o básicos de todos, los incluidos en la Sección 1.^a del Capítulo 2.^o del citado Título I. En esta segunda y más propia acepción suelen emplearse esos términos de derechos fundamentales junto con los de libertades públicas (véase el epígrafe de la citada Sección 1.^a, el art. 53.2 en cierto modo, el art. 81).

Ello quiere decir que al limitarse el Tribunal Constitucional, como hemos dicho —y así lo reconoce el propio López Menudo²⁴—, a mencionar los derechos fundamentales del Título I, no se sabe bien

segunda: Díez Picazo, En ambas se habla expresamente del principio en relación con las leyes, aun cuando en la primera se menciona expresamente el que «para algunos, parece incluso excesivo que el principio de irretroactividad alcance a las Leyes, restringiéndolo a los Reglamentos», aunque sin aceptar esta tesis.

22. Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Sevilla 1982, pp. 227-228. Ver también de este autor *La irretroactividad de las leyes en la Constitución de 1978* (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1981), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 31, octubre-diciembre 1981, pp. 718 y ss.

23. Cfr. las dos Sentencias citadas *supra* y en los mismos fundamentos jurídicos.

24. Cfr. pág. 727 de su *La irretroactividad...*, cit., y pp. 220 y ss. de su libro también citado sobre *El principio de...*

a qué derechos se quiere referir, si sólo a los estrictamente tales, o si también a todos los del Capítulo II del Título o, incluso, a todos los del Título I, sin excluir a los de su Capítulo III, aunque esto último parece más difícil de admitir.

A nuestro juicio el problema de señalar unos límites constitucionales a la potestad legislativa en orden a la retroactividad de las leyes, fuera de lo relativo a las disposiciones sancionadoras, es de muy difícil si no imposible solución. No nos parece que la Constitución haya establecido un principio específico prohibitivo de la retroactividad de toda disposición restrictiva de derechos individuales. El límite que se quiere imponer al legislador con la afirmación de tal principio tal vez pudiera deducirse, sin embargo, de otros principios indiscutiblemente constitucionales como puede ser el de igualdad y no discriminación del artículo 14, el de seguridad jurídica en algunos supuestos (art. 9.3), incluso el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, también proclamado en el 9.3; pero ha de ser el juego de las exigencias específicas de estos principios y no el de una axiomática aplicación de un principio de irretroactividad, a nuestro juicio no incluido en el texto constitucional, lo que conduzca a las correspondientes consecuencias limitadoras del poder legislativo.

Con todo, dada la postura adoptada hasta el momento por el Tribunal Constitucional, no queremos dejar de plantear aquí, tras haber dejado claras nuestras dudas al respecto, la posible incidencia del denominado principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales sobre la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 30/81, de 7 de julio, y en concreto sobre la formulación contenida en el artículo 85 del Código reformado tantas veces citado, así como en la Disposición Transitoria Segunda de la mencionada Ley 30/81, por cuanto expresamente determinan la retroactividad del régimen matrimonial unificado y en todo caso abierto al divorcio del nuevo sistema legal, a los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley y de la reforma del Código por ella efectuada.

Si se entiende que el nuevo régimen legal supone una restricción del derecho al matrimonio ejercitado conforme a la anterior legislación, en virtud de la cual entrañaba un derecho a la indisolubilidad del correspondiente vínculo conyugal, ahora suprimido al quedar desprotegido legalmente, puede considerarse restringido ese derecho individual proclamado en el Título I de la Constitución. Y si además tal derecho a la indisolubilidad del vínculo contraído bajo la anterior legislación se considera integrante de los derechos que componen la libertad religiosa en una de sus posibilidades concretas de ejercicio, habría que concluir que también por esta razón la Ley del divorcio

de 1981 habría restringido, con eficacia hacia atrás en el tiempo, derechos individuales integrantes de la libertad religiosa protegida en el Título I, lo que haría aún más indiscutible la aplicabilidad al supuesto del denominado principio constitucional de irretroactividad de tal tipo de disposiciones restrictivas de derechos individuales, por cuanto es sabido que la libertad religiosa es un derecho fundamental *sensu stricto* contenida en la Sección 1.^a del Capítulo 2.^o del Título I.

Claro que podría argüirse que, si para unos la nueva Ley puede considerarse restrictiva, para otros podría tenerse por ampliatoria de derechos, al permitirse, cabalmente donde no se permitía, la posibilidad de resolver el negocio matrimonial mediante el divorcio.

Pero hay que reconocer que, por lo común, toda disposición que restringe derechos individuales de alguien, ampliará a la vez derechos, o expectativas al menos, de otros; entonces nunca sería aplicable en la práctica un tal principio de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales. Y ciertamente que radica en este punto, a nuestro modo de ver, uno de los problemas que plantea la formulación de tal principio.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que realmente los derechos y deberes que componen la relación matrimonial surgen del pacto conyugal más que de la ley: especialmente los que pueden considerarse esenciales a la relación en el momento de su constitución. Parece, en tal sentido, cuando menos muy discutible que el legislador pueda arrogarse la potestad de alterar el contenido esencial de un vínculo interpersonal libremente contraído bajo la protección de la ley en su momento. Nos parece que tanto la seguridad jurídica como el principio de igualdad podrían fortalecer una conclusión contraria a la eficacia retroactiva de una ley de divorcio a matrimonios queridos como indisolubles y amparados por la legislación anterior. El principio de igualdad, decimos, porque no se ve la razón que pueda justificar otorgar un derecho al divorcio incluso contra la voluntad del cónyuge que, en razón de la naturaleza imprimida al vínculo por el consentimiento en su día de ambas partes, demande protección a su derecho a la indisolubilidad.

Sólo en el caso de aquellos matrimonios en que libremente se reconociera por los dos cónyuges su voluntad de acogerse a la nueva legislación²⁵, entiendo que desaparecerían los problemas que plantean el denominado principio de irretroactividad de las disposiciones res-

25. Admitiéndose como Derecho transitorio la alegación de que al celebrarse su matrimonio no existía la posibilidad de constituir tal vínculo sin indisolubilidad y que realmente ellos habían excluido tal condición en su consentimiento.

trictivas de derecho individuales y aun los otros dos antes citados acerca de la posible inconstitucionalidad por oposición a ellos del artículo 85 del Código Civil reformado por la Ley 30/81 y de la Disposición Transitoria Segunda de ésta.

6. Conclusiones

Tras lo expuesto nos parece haber proporcionado elementos suficientes para cuestionar seriamente la constitucionalidad de la reforma del régimen jurídico matrimonial implantada por la Ley 30/81, de 7 de julio de 1981, en cuanto, en concreto, en el nuevo artículo 85 del Código Civil y normas concordantes, impone un único y uniforme régimen jurídico estatal a todos los matrimonios reconocidos en España, cualquiera que sea la forma y el lugar en el que se hayan celebrado, disponiendo para todos ellos por igual su apertura a la disolución por divorcio por las causas y procedimientos que la misma Ley ha especificado, y suprimiendo, en consecuencia, la posibilidad misma de matrimonios sujetos a indisolubilidad durante la vida de los esposos bajo la garantía del ordenamiento jurídico estatal.

Hemos intentado demostrar que en tal sentido el artículo 85 citado del Código civil se opone y no respeta el contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio proclamado en el artículo 32 de la Constitución Española de 1978, así como el de la libertad religiosa de su artículo 16, conculcando además el artículo VI del Acuerdo del Gobierno español con la Santa Sede de 1979 sobre Asuntos Jurídicos y, en consecuencia, el artículo 96.1 de la Constitución. Y al ser por tanto contrario —al menos parcialmente— a estos preceptos constitucionales y a otros como el 53.1, el 9.1, etc., resulta, en efecto, inconstitucional y acreedor a su anulación por el Tribunal Constitucional. Además, por razón de sus efectos retroactivos indiscriminados, por cuanto aplicable —como la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 30/81— a los matrimonios contraídos antes de la entrada en vigor de esta Ley, puede infringir también la Constitución en su artículo 9.3, añadiéndose tal motivo de inconstitucionalidad y de nulidad.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 1 de junio de 1981²⁶ «la supremacía de (la Constitución) obliga (...) a los Jueces y Tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible inconstitucionalidad de las leyes en las que en cada caso

26. Sentencia núm. 17/1981, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 231/80, Ponente: Rubio Llorente, BOE 16 junio 1981.

concreto hayan de apoyar sus fallos». Y ello aunque, evidentemente, «en defensa (...) de la dignidad de la ley emanada de la representación popular, el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino sólo para cuestionarlas ante este Tribunal». Cuestionamiento ante el Tribunal Constitucional que no requiere una certeza en el Juez o Tribunal correspondiente acerca de la inconstitucionalidad de la ley de que se trate, sino que basta que existan fundadas dudas sobre ello, que el órgano judicial se encuentre «en caso de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios», lo que, desde luego, «exige que el razonamiento que cuestiona la constitucionalidad haya de exteriorizarse, proporcionando los elementos que lleven al mismo, como explícitamente manda el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional»²⁷.

Y, como ya hemos dicho en este mismo trabajo, el acceso al Tribunal Constitucional para plantear, si no todas, sí al menos algunas de las posibles razones de inconstitucionalidad de la Ley del divorcio española vigente, podrá instrumentarse también por la vía del recurso de amparo de la libertad religiosa o del derecho fundamental a la tutela judicial de los artículos 16 y 24.1 respectivamente, en relación con el 53.2 y concordantes del texto constitucional.

27. Cfr. Sentencia cit. *supra*, fundamento jurídico primero.