

EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En el siguiente artículo, la autora nos presenta el derecho a contraer matrimonio según el Derecho Español, partiendo de la II República y la Constitución de 1978. Se señala detalladamente el proceso constitucional, anotando cronológicamente proyectos, enmiendas y consensos. Más adelante, la autora nos muestra los elementos cultural, religioso y de orden público como antecedentes y sustento a la dimensión jurídica del matrimonio. Se tocan, puntualmente, el tema de la monogamia y el de la preferencia sexual dentro del matrimonio.

Dra. Ma. Lourdes Labaca Zabala
Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco
Doctora por la Universidad de Oviedo

- Trabajo desarrollado dentro del Proyecto de I+D financiado por el MEC, referencia SEJ2005-02221, bajo el título: *“Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”*.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Los ordenamientos constitucionales de Occidente regulan el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia a partir de la primera guerra mundial. En nuestro país, el primer texto constitucional que recoge ambas figuras fue la Constitución de la II República. La promulgación de la Constitución de 1978 supone la modificación del marco jurídico de nuestra sociedad, establece en el art. 1.1º que *“El Estado español se configura en un Estado social y democrático de Derecho, en el que se reconocen como valores fundamentales del ordenamiento la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político”*, y el art. 16.3º *declara la no confesionalidad del Estado*. En este contexto y desde estos postulados se inicia la reforma de la legislación matrimonial que se promulga a partir de este período, teniendo en consideración que los principios que van a informar la presente legislación serán la igualdad y libertad de los sujetos que lo integran, teniendo como límite la laicidad. El

texto constitucional reconoce y protege dos de los grupos en los que se puede integrar y desarrollar la persona individual: el matrimonio y la familia, al igual que recogía el texto constitucional de la Segunda República. Es por ello, que en este apartado trataremos de desarrollar cuál fue la posición del constituyente de 1978, y cuál era su configuración en relación a una de ellas, el matrimonio.

El derecho a contraer matrimonio se configura como un derecho individual que ostenta toda persona, irrenunciable, perpetuo, universal, subjetivo y que en ningún caso puede ser restringido o negado de forma absoluta¹. El art. 32 CE introduce un cambio fundamental en relación con el sistema matrimonial anterior, tipifica el *ius connubii* como un Derecho constitucional y el matrimonio como cauce institucionalmente protegido por el ordenamiento, para el libre desarrollo de la personalidad, art. 10.1º, de la afectividad y de la sexualidad. De todo ello se deduce que el ordenamiento jurídico concederá una protección especial y privilegiada al matrimonio, siempre que contribuya realmente a la realización personal de los esposos en libertad e igualdad y sea el cauce a través del cual puedan desarrollarse sus derechos fundamentales.

Tal y como desarrollaremos a continuación, el legislador constituyente, no se preocupó de definir el matrimonio, realiza la delineación en los aspectos fundamentales del mismo, ordenando al legislador ordinario su regulación íntegra; eso sí, teniendo en consideración la trascendencia que tiene esta figura considera que la misma deberá ser desarrollada por Ley.

1.- El matrimonio

La regulación del matrimonio se constitucionaliza a partir de la primera guerra mundial. Nuestro texto constitucional ha regulado el matrimonio sin definirlo, tras un proceso de elaboración muy cuidadoso. Así pues, el desarrollo que consagra el art. 32 CE es fruto del consenso y

¹ PUENTE MUÑOZ, T. "Comentarios al art. 44 del Código civil" en LACRUZ BERDEJO, J. L. *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título 4º, del Libro I, del Código civil*, Madrid, 1994. p. 70. En este sentido GÁLVEZ, J. "Comentarios al art. 32 CE" en *Comentarios a la Constitución*, Coordinador GARRIDO FALLA y otros, Madrid, 1980. p. 411. "además como todos los derechos de su rango, el derecho a contraer matrimonio es un derecho universal, irrenunciable, perpetuo y *erga omnes*."

de un “delicado ajuste de principios liberales y democráticos”². Como consecuencia de su indefinición, en todo caso habrá que inducir sus notas características de la propia regulación constitucional, cuando no contradigan los valores constitucionales y decisiones políticas fundamentales del legislador constituyente³.

El matrimonio se considera como un acto o celebración (que se funda en la libertad e igualdad del hombre y de la mujer, arts. 1, 14 y 32.1 CE) que genera un estado matrimonial y como estado matrimonial generado a su vez por el acto fundacional, (basado en el consentimiento libre de los contrayentes, con arreglo a una forma matrimonial, se funda asimismo en la libertad de igualdad), de lo que se deduce que ambos principios deben presidir su regulación⁴.

El derecho a contraer matrimonio que contiene el art. 32.1º de la CE se consagra como un derecho universal, irrenunciable, perpetuo y *erga homines* que sólo puede ejercitarse con el pleno y libre consentimiento del hombre y de la mujer que pretenden celebrar matrimonio, expresado de forma legal⁵. Este derecho debe ser desarrollado mediante ley, art. 32.2 CE.

El art. 32 CE constitucionaliza el matrimonio a pesar de que existen autores, entre los que podemos citar a GÓMEZ SÁNCHEZ, que consideran que no existen argumentos suficientes para su regulación como derecho constitucional ya que proponen que su regulación quede exclusivamente en las leyes civiles⁶.

El matrimonio es actualmente “la unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida, de la que derivan una serie de derechos, relaciones, funciones y potestades”⁷. El matrimonio no

² FOSAR BENLLOCH, E. en *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Madrid, 1981. p. 182.

³ FOSAR BENLLOCH, E. en *Estudios de Derecho de familia,...* cit. p. 186.

⁴ FOSAR BENLLOCH, E. en *Estudios de Derecho de familia,...* cit. p. 186.

⁵ FOSAR BENLLOCH, E. en *Estudios de Derecho de familia,...* cit. p. 191.

⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. “Matrimonio y familia: artículos 32 y 39 CE”, en *Revista de Derecho Político, la reforma constitucional*, UNED, Madrid, 1992. número 36, p. 210.

⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L. en *Derecho de familia*, volumen I, Barcelona, 1990. p. 87.

es “una creación técnica del Derecho, sino una institución natural que el Derecho positivo se limita a contemplar, reconocer y regular”⁸.

Esta configuración del matrimonio como heterosexual fue modificada a través de la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código civil en materia del derecho a contraer matrimonio. Se señala en la Exposición de Motivo de la citada Ley que:

I.- “La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja.

Esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución. Será la ley que desarrolle este derecho, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico.

La regulación del matrimonio en el derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales. Su origen radica en el Código Civil francés de 1804, del que innegablemente trae causa el español de 1889. En este contexto, el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo; de hecho, en tal diferencia de sexo se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el derecho del Estado y por el derecho canónico. Por ello, los códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en

⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L. en *Derecho de familia*,... cit. p. 87.

forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial.

Pero tampoco en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho.

Esta percepción no sólo se produce en la sociedad española, sino también en ámbitos más amplios, como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

II.- La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta.

Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de

relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.

Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaure trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja.

En el contexto señalado, la Ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.

Asimismo, se ha procedido a una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes.

En primer lugar, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes. En virtud de la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil, la acepción jurídica de cónyuge o

EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo.

Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales.

Por otra parte, y como resultado de la disposición adicional primera de la presente Ley, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo”.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, cuenta con un único artículo en el que se señala que se procede a la modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en los siguientes términos:

a) El art. 44 del Código civil, se le añade un segundo párrafo, con la siguiente redacción: *“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo sexo o de distinto sexo”.*

b) El art. 66 del Código civil se redacta en los siguientes términos: *“Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”.*

d) El art. 67 del Código civil queda redactado en los siguientes términos: *“Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”.*

e) Se procede, así también, a la modificación de otros preceptos del Código civil, art. 154⁹, 160¹⁰, 164.2^{o11}, 175.4^{o12}, 178.2^{o13}, 637¹⁴, 1332¹⁵, 1234¹⁶, 1348¹⁷, 1351¹⁸, 1.361¹⁹, 1365.2^{o20}, 1404²¹ y 1458²².

⁹ Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores.

¹⁰ Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

¹¹ *Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado*

d) Cuenta con la Disposición Adicional Primera, en la que se dispone que: *“Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”*. Por su parte, la Disposición Adicional Segunda afirma que: *Se procede a la modificación de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, en los siguientes términos:*

- El art. 46 de la Ley del Registro Civil señala: *“La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se*

¹² Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.

¹³ Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda: 2.- Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 3.- Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

¹⁴ Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.

¹⁵ Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

¹⁶ Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella.

¹⁷ Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital de uno u otro cónyuge, según a quien pertenezca el crédito.

¹⁸ Las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales.

¹⁹ Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges.

²⁰ 2. En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.

²¹ Hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos.

²² Los cónyuges podrán venderse bienes recíprocamente.

haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.

Cuantos hechos afectan a la patria potestad, salvo la muerte de los progenitores, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos.

- El art. 48 del citado texto legal se redacta en los siguientes términos: *“La filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción del matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento”.*

- El art. 53 queda redactado en los siguientes términos: *“Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la Ley ampara frente a todos”.*

e) La Ley dispone también, de dos Disposiciones Finales, en la Primera se hace referencia a la competencia que ostenta el Estado en base a lo que señala el art. 149.1º.8 de la Constitución española, en la que es competencia exclusiva del Estado todas las materias que guardan relación con la legislación civil. En la Segunda disposición final se hace referencia a la entrada en vigor de la presente Ley, que será al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

1.1.- El proceso constituyente de la regulación del matrimonio

El texto del anteproyecto Constitución que fue presentado al Congreso recogía en su art. 27²³ *“El derecho a contraer matrimonio, así como el derecho a crear y mantener relaciones estables de familia. Así también se establecía que el Derecho civil regularía las formas del matrimonio. En las Enmiendas que se presentaron a este artículo traslucía la posición que cada partido político o grupo parlamentario tenía, tanto del matrimonio*

²³ Art. 27 del Anteproyecto de Constitución de 1978: Art. 27.1º: *“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia”.* Art. 27.2º: *“El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes del mismo”.* Trabajos parlamentarios, Volumen I, p. 11.

como de la familia²⁴. El desarrollo posterior del anteproyecto conlleva la separación de ambas figuras desarrollándose de forma autónoma, por un lado el matrimonio, (art. 32 CE) y, por otro, la familia, (art. 39 CE).

Las Enmiendas presentadas en el Congreso, podemos clasificarlas en dos grupos: a)- aquellas que propugnaban que existía un único tipo de familia²⁵, que estaba basada única y exclusivamente en el matrimonio, y

²⁴ El Grupo parlamentario UCD, tenía una visión de la familia exclusivista, "solo existe un tipo de familia, la que tiene su origen en el matrimonio". Enmienda 756, Trabajos parlamentarios,... *cit.* p. 472. El Grupo parlamentario de Alianza Popular: Considera que a través del matrimonio se crea una familia estable y no relaciones estables de familia. Visión exclusivista del matrimonio como único cauce de constituir una familia. Trabajos parlamentarios,... *cit.* p. 397. El Grupo parlamentario Socialista: se establece que el matrimonio es una de las vías para desarrollar la afectividad de las personas, pero en ningún momento el único cauce constitutivo de la familia. Trabajos parlamentarios,... p. 714. De lo que deducimos que tiene una visión amplia de familia, se constituye tanto del matrimonio como de otras vías.

²⁵ Enmienda 691 en la que el grupo Alianza Popular proponía: "A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio bajo el principio de equiparación y a crear y mantener mediante el mismo una familia estable". Justificación: establece que a través del matrimonio se crea una familia estable y no relaciones estables de familia,... *cit.* p. 397. La Enmienda 736 presentada por UCD se proponía: Art. 27: "A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica. Se reconocen los derechos de la familia como institución natural basada sobre el matrimonio. El matrimonio y la familia gozarán de especial protección por parte del Estado". Justificación: Trataba de esclarecer dos materias que en su opinión estaban rodeadas de ambigüedad y confusión. Considera a la familia como institución natural y se fundamenta en el matrimonio. Por lo que de esta justificación se desprende, solo existe un único tipo de familia, la que tiene su origen en el matrimonio,... *cit.* pp. 454-455. Nuevamente la UCD en su Enmienda 756 establece: "La familia es la célula natural y fundamental de la sociedad, se funda en el matrimonio monogámico y debe ser tutelado y protegido por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a mantener relaciones estables de familia",... *cit.* p. 472. En la Enmienda 779 el mismo partido político establece una nueva redacción del art. 27.1º estableciendo: "a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia". Justificación: con esta nueva redacción trataba de eliminar el equívoco del párrafo 1º, del art. 27 ya que de él podía deducirse la admisión de dos formas alternativas de familia, una matrimonial y otra extramatrimonial y esto realmente no es lo que ellos pretendían sino justamente lo contrario, era la postura que trataban de eliminar del texto constitucional en todo momento,... *cit.* p. 487. Concluidas la fase de Enmiendas y en el debate de las Enmiendas el Señor LÓPEZ RODO manifiesta que la sociedad española está basada en la institución matrimonial, está basada en la familia, y con este ataque frontal a la indisolubilidad del matrimonio se trata de asar a una nueva forma de sociedad incompatible con nuestras

b)- quienes establecían que existían distintos tipos de familia, la que tienen su origen en el matrimonio y la extra-matrimonial²⁶, teniendo en consideración también que fue UCD quien propuso que debían recogerse en dos apartados distintos, el matrimonio y la familia²⁷. La Enmienda más significativa fue presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la que establecía que: “toda persona tiene derecho a desarrollar su afectividad y sexualidad: a contraer matrimonio y a crear relaciones estables de familia”²⁸.

Concluidas las discusiones en el Congreso, el derecho a contraer matrimonio se sitúa en la Sección 2ª, bajo la rúbrica “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, donde el art. 30 establece la plena igualdad de derechos y deberes del hombre y la mujer para celebrar matrimonio²⁹. El texto definitivo del proyecto de Constitución aprobado por el Pleno

tradiciones, incompatible con nuestro Derecho, salvo el leve paréntesis, y poco afortunado, de la Ley del Divorcio de 1932 y se trata también de entrar en disonancia con una creencia muy extendida en el pueblo español. Por tanto este es un exponente más de que algunos sectores que se ocuparon de la redacción de éste art. seguían pensando en el matrimonio precedente y no estaban de acuerdo con las modificaciones que pusieran en sintonía nuestro ordenamiento jurídico con el resto de países de nuestro entorno,... *cit.* p. 1153.

²⁶ Enmienda 125, presentada por el Grupo parlamentario de la Minoría Catalana: art. 27.1º establecía. “a partir de la mayoría de edad, tienen derecho a contraer matrimonio, y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia,... *cit.* p. 201. Luego este grupo establece y distingue dos derechos, el de contraer matrimonio y el de crear relaciones estables de familia.

²⁷ Enmienda 736 presentada por UCD: proponía la modificación del apartado 1º del art. 27: A partir de la mayoría de edad, tienen derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica. 2º)- Se reconocen los derechos de la familia como institución natural basado sobre el matrimonio. 3º)- El matrimonio y la familia gozarán de especial protección por parte del Estado. Justificación: En esta enmienda pretenden aclarar materias fundamentales ya que consideran que en el Anteproyecto tal y como se presentan son ambiguas y confusas. Además considera que deben dedicarse apartados diferentes al matrimonio y a la familia,... *cit.* pp. 454-455.

²⁸ Enmienda presentada por PECES-BARBA del grupo parlamentario socialista: a través de la misma se pretendía manifestar que el matrimonio era una de las vías para desarrollar la afectividad de las personas, pero en ningún momento el único cauce constitutivo de la familia... *cit.* p. 714.

²⁹ Trabajos parlamentarios,... *cit.* p. 1808.

del Congreso de los Diputados se sitúa en la misma Sección 2ª, bajo la misma rúbrica³⁰.

Una vez que se presenta el texto en el Senado³¹, también fueron presentadas distintas Enmiendas, en las que se trasluce nuevamente la visión que, sobre el matrimonio, tenía cada grupo parlamentario. Resaltaremos las Enmiendas que fueron más significativas. El Grupo Independiente establecía que la familia es el elemento natural o fundamental de la sociedad, así pues, se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia en igualdad de derechos y deberes. Justifican su posición en base a que los distintos Tratados internacionales recogen estos mismos derechos con contenidos similares, concretamente el art. 16 de la DUDH de 1948, el art. 23 del PIDCP de 1966. Por lo expuesto se deduce, para el Grupo Independiente que, el matrimonio es el único instrumento capaz de hacer surgir a la familia³². Posición distinta mantiene el Grupo Mixto que propone una nueva redacción para el art. 30.1º, en los siguientes términos: *“Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y de su sexualidad, a contraer matrimonio y a crear relaciones estables de familia en libertad”*. Justifican dicha redacción en base a que *“tratan de hermanar la libertad y la responsabilidad en las relaciones afectivas y sexuales entre las personas, de lo que podemos deducir que para el Grupo Mixto, son dos cosas distintas el matrimonio y crear relaciones estables de familia, con lo que la familia no surge única y exclusivamente del matrimonio”*³³.

Finalizadas las discusiones en el Senado se modifica nuevamente la ubicación del artículo pasando a situarse en el art. 32, que será el lugar que ocupe definitivamente en el texto constitucional una vez concluido el

³⁰ Trabajos parlamentarios,... *cit.* p. 2580.

³¹ Art. 30 : 1º)- A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrá contraer matrimonio. 2º)- La ley regulará las formas del matrimonio,... *cit.* p. 2580.

³² Trabajos parlamentarios, Enmienda 389 presentada por el Grupo Independiente establece en el art. 30.1º,... *cit.* p. 2830.

³³ Trabajos parlamentarios, Enmienda 465 presentada por el Grupo Mixto: art. 30.1.º,... *cit.* p. 2860.

proceso de elaboración y publicado en el Boletín Oficial del Estado, el 27 de diciembre de 1978³⁴.

De las Enmiendas presentadas y que nosotros hemos destacado, podemos establecer que existían dos posiciones encontradas, la del Grupo Socialista, que establecía que: “toda persona tiene derecho a desarrollar su afectividad y sexualidad, a contraer matrimonio y a crear y mantener relaciones estables de familia”. El contenido de esta Enmienda no es mas que el reflejo de lo que establece el propio texto constitucional, ya que la persona será el centro de imputación de derechos y libertades, como consecuencia de lo cual, es necesario que se establezcan las vías necesarias para que pueda desarrollarse la afectividad y sexualidad del individuo, de lo que se desprende que no puede existir una única vía para constituir relaciones estables de familia en las que la persona pueda desarrollar su afectividad, por ello a ese mismo fin pueden contribuir, tanto el matrimonio como otro tipo de relaciones interpersonales. En la doctrina, ALZAGA se ha pronunciado en relación con el contenido de esta Enmienda a la que considera que “no tiene ningún precedente serio y de haber sido aprobado hubiera producido consecuencias imprevisibles”³⁵. La otra posición fue la mantenida por la UCD y AP; estos trataban de reflejar sus concepciones tradicionales de familia, resaltando el valor institucional y considerando a la familia como cédula básica de la sociedad. Estos dos grupos lo que intentaban a través de las Enmiendas que presentaron fue que constara que la única vía para formar la familia era el matrimonio, así pues, lo que lograron a través del consenso con los otros grupos es que desapareciera el párrafo en el que se establecía el hombre y la mujer tienen derecho a crear y mantener relaciones estables de familia ya que esta era la vía mediante la que se reconocía el derecho a

³⁴ Texto definitivo y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 27 de diciembre de 1978: art. 32.1º)- El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2º)- La ley regulará las formas de matrimonio y capacidad para contraerlo,.... *cit.* p. 5010. Del texto definitivo se desprende que no hay mención expresa a sí sólo a través del matrimonio puede constituirse una familia, o si por el contrario puede constituirse la familia a través de otras vías.

³⁵ ALZAGA VILLAAMIL, O. “Comentarios al art. 32 CE”, en *Comentarios a las Leyes políticas*, Madrid, 1983. p. 285. Considera el autor que la Constitución “no reconoce o protege otra realidad familiar que la fundada en el matrimonio, el resto de conjuntos familiares no fundados en el matrimonio quedan implícitamente desprovistas de protección en nuestro texto constitucional”.

formar otros tipos de familia además de la que se fundaba en el matrimonio.

De lo expuesto hasta este momento podemos deducir que, la redacción definitiva del art. 32 CE es, en nuestra opinión, fruto del consenso. Cada partido o grupo parlamentario se separó de su posición inicial, no logrando que prosperara ninguna de sus propuestas pero tampoco la de su oponente. Es por ello que en la redacción definitiva, no se establece a través de qué vías puede constituirse la familia, ni si la familia se crea única y exclusivamente a través del matrimonio, ni si además del matrimonio existen otros tipos de relaciones interpersonales estables que pueden hacer surgir a la familia. Otra de las características de la redacción de éste precepto es la *ambigüedad*, que consideramos que fue consensuada y deseada por el legislador constituyente, con el fin de favorecer la inclusión de otras figuras en su desarrollo futuro.

Los avatares del consenso de la redacción de la Constitución han traído como consecuencia, que cualquier referencia a las “relaciones estables de familia que inicialmente se recogía en el art. 27.1º del Anteproyecto desapareciera en el texto definitivamente aprobado”.

En relación al párrafo 2º, del art. 32 CE, en el mismo se establece que “*La Ley regulará las formas, la capacidad para contraerlo y las causas de disolución*”, queremos manifestar que en el mismo se contiene una orden dirigida al legislador ordinario para que dé la regulación pertinente al matrimonio, aunque esta regulación se encuentra constreñida a determinadas materias como son: las formas, la capacidad, la disolución y los efectos.

El art. 32.2º CE recoge como único límite del legislador ordinario, el respeto derivado del principio de libertad de conciencia de los ciudadanos, de lo que se desprende que el modelo de matrimonio que deberá regular será el apropiado a las creencias, religiosas o no, de los ciudadanos siempre que la misma no entre en colisión con otros derechos fundamentales, especialmente el de igualdad y el de laicidad.

Existen distintas interpretaciones en la doctrina española en lo que concierne a la regulación constitucional del matrimonio; existen autores que consideran que si bien tuvo sentido, incluir la regulación del matrimonio a la hora de promulgarse la Constitución, hoy día sería mas acorde

que “el matrimonio se recogiera en las leyes civiles, pero que ya no existen argumentos suficientes para su regulación como derecho constitucional”³⁶.

Otros autores consideran que la regulación del matrimonio que realiza la Constitución es imprecisa³⁷, ambigua³⁸, aunque consideran que la definición que se contiene en el art. 32 CE es la más correcta de todas las que se propusieron³⁹.

En nuestra opinión la regulación que hizo del matrimonio el constituyente es la correcta, ya que consideramos que es una norma abierta, la cual deberá de completarse a través de la regulación civil de desarrollo, tal y como establece el art. 32.2º CE, así como de las decisiones de los distintos Tribunales teniendo en consideración, en todo momento, la evolución que vaya sufriendo la sociedad española y respetando los principios fundamentales que se recogen en el texto constitucional.

No debemos de olvidar que tal y como establecen REINA y MARTINEL, “las normas constitucionales, partiendo de la realidad social, imponen al legislador ordinario la obligación de dictar una disciplina que estructure esas realidades con el fin de servir a un mejor desarrollo de la personalidad individual. Por ello, la Constitución regula el matrimonio y

³⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. “Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 CE”,... cit. p. 21.

³⁷ MARTÍNEZ MORÁN, N. “La familia y su protección constitucional”, en *Revista de la Universidad Complutense*, nº 5, 1978. p. 139.

³⁸ LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO-VALLS, R. en *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid, 1994. p. 42. FERRER ORTIZ, J. en *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*, Pamplona, 1986. p. 138. Establece que el art. 32 CE es una norma ambigua, cuando no confusa. Establece que esta norma tiene una notable carga de elasticidad, lo que considera que es inapropiado que una ley ordinaria como la relativa al matrimonio, no sólo se apoye en ideologías fuertemente enfrentadas, sino que refleje ese enfrentamiento en sus normas. NAVARRO-VALLS, R. en *El matrimonio religioso ante el derecho español*, Madrid, 1984. p. 25. Establece que el legislador ha querido ser decididamente ambiguo, entendiéndose el término ambigüedad como imprecisa o equívoca formulación del pensamiento legislativo en cuanto crea una incertidumbre sobre el significado de la norma. CABALLERO GEA, J. A.. en *La Ley del divorcio*, Pamplona, 1982. p. 105. establece que el art. 32 CE es ambigua como consecuencia de su carácter consensuado, sostén de los más dispares criterios e interpretaciones sobre su alcance en los efectos del matrimonio canónico y divorcio en particular.

³⁹ MARTÍNEZ MORÁN, N. en *La familia*,.... cit. p. 139.

la familia con el objetivo de que sirvan a la dignidad y desarrollo de la personalidad individual, lo cual ha acarreado una serie de reformas legislativas que ponen de manifiesto, que el legislador ha tenido que extraer las correspondientes consecuencias de la evolución operada en los últimos años en la sociedad española, (podemos citar las Leyes de parejas de hecho que han sido promulgadas en distintas Comunidades Autónomas⁴⁰), sociedad que no debemos de olvidar en pluralista⁴¹.

Además debemos recordar que toda esta regulación sintoniza con la normativa existente en los distintos Tratados Internacionales y que en última instancia son fuente de interpretación de los derechos y libertades que la Constitución recoge tal y como establece el art. 10.2º CE⁴².

⁴⁰ Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón, Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja Catalana, Ley Foral para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra.

⁴¹ REINA, V. y MARTINEL, J. M. en *Curso de Derecho matrimonial*, Madrid, 1995. pp. 19-21. Los autores establecen que “en el matrimonio, la estructura jurídica es un elemento constituyente, y la realidad social es el desenvolvimiento vital del dinamismo matrimonial. Así, el elemento constitutivo del matrimonio es la unión entre varón y mujer ordenada a la familia; pero es una unión jurídica, independientemente de lo que ocurra en la realidad social. De donde se deduce que si bien la estructura jurídica del matrimonio no debe confundirse con la realidad social del mismo, tampoco deben extrapolarse ambos elementos, ya que la estructura jurídica del matrimonio existe en función de su realidad social, y cuando no coinciden ambos elementos nos hallamos ante una situación patológica del matrimonio, que es cuando el recurso al derecho tiene mayor utilidad”.

⁴² Art. 16.1º y 16.2º de la DUDH, Nueva York, de 10 de diciembre de 1948: Art. 16.1º: “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutaran de iguales derechos en cuando al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. Art. 16.2º: “Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”. Art. 16.3º: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.; Art. 23.2º y 4º del PIDCP, Nueva York del 16 de diciembre de 1966: Art. 23.1 “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”. Art. 23.2º: Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello”. Art. 23.3º: “el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”. Art. 23.4: “los Estados partes en el presente pacto, tomarán las medidas necesarias para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución”; art. 10.1º del PIDESC, Nueva York, de 16 de diciembre de 1966: “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1º)- Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y funda-

1.2.- La regulación constitucional

El reconocimiento constitucional del derecho a contraer matrimonio “es una novedad en el constitucionalismo español que responde a las últimas tendencias en el constitucionalismo comparado de ampliar el elenco de derechos reconocidos en la norma fundamental”⁴³. Se trata de un derecho que por su ubicación en el texto constitucional (en la Sección Segunda del Capítulo Primero) goza de un régimen de garantías menos intenso que los que se contienen en la Sección Primera⁴⁴. Además constituye el reconocimiento constitucional de una de las principales manifestaciones del derecho de la persona a configurar su propia vida, en cuanto que reconoce y garantiza el derecho a adoptar una decisión como la de constituir una familia legalmente reconocida y cuya regulación se ajusta a los preceptos constitucionales⁴⁵.

Como derecho de la personalidad afecta a la propia dignidad humana y su regulación por ley deberá de respetar dicho carácter, por lo que los requisitos y limitaciones que se exijan deberán de fundarse sólo en la propia esencia del matrimonio y no en consideraciones extrínsecas, de lo que se deduce que esta clase de restricciones serán inconstitucionales⁴⁶.

La regulación constitucional del derecho a contraer matrimonio tiene, en opinión de ESPÍN, una triple virtualidad: 1º) supone un mandato al legislador ordinario de regular la forma matrimonial de la familia. No podrá, por tanto el legislador, prescindir de una regulación global del

mental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2º)- Concede especial protección a las madres durante la gestación”. Convenio para la protección de DHLE, Roma, 4 de noviembre de 1950: Art. 12: “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tiene derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

⁴³ ESPÍN, E. “Los derechos de la esfera personal”, en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Volumen I, 4ª edición, AA.VV. Madrid, 2000. p. 238.

⁴⁴ ESPÍN, E. “Los derechos de la esfera personal”, en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*,... cit. p. 239.

⁴⁵ ESPÍN, E. “Los derechos de la esfera personal”, en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*,... cit. p. 239.

⁴⁶ ESPÍN CANOVAS, D. “Comentarios al art. 32 CE”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo III, arts. 24-38, Madrid, 1996. p. 454.

matrimonio que contemple los aspectos expresamente señalados en el art. 32, apartado 2º CE. 2º) consagra este derecho con el máximo rango normativo, de la igualdad de los cónyuges, y 3º) supone una expresa remisión al legislador en lo que respecta a los principales aspectos del régimen jurídico del matrimonio: formas, edad y capacidad para contraerlo, derechos y deberes de los cónyuges, causas de separación y disolución y sus efectos⁴⁷.

1.2.1.- ¿Normas de aplicación directa?

El derecho a contraer matrimonio se contiene en el Capítulo II, del Título I, Sección Segunda de la Constitución, bajo la rúbrica “De los derechos y deberes de los ciudadanos”. Si bien “no gozan del mismo sistema complejo y reforzado de garantías (art. 53.2 CE) que el derecho de igualdad y todos los derechos incluidos en la Sección Primera, del Capítulo II (arts. 15 a 29), sí poseen un sistema de protección que algunos autores denominan ordinario”⁴⁸.

Considera la doctrina que la naturaleza jurídica que poseen, los derechos fundamentales contenidos en los arts. 14 a 29 CE, de auténticos derechos subjetivos hace que, sean plenamente exigibles frente a los poderes públicos, es decir, que cualquier persona, en cuanto titular de ellos puede exigir que los mismos sean respetados sin necesidad de atender a ningún desarrollo legal⁴⁹, de lo que se deduce que en base al art. 53.1º CE, es de aplicación directa⁵⁰. Ahora bien, “esta misma estructura es predicable de otros derechos constitucionales reconocidos por la Constitución, aunque no como auténticos derechos fundamentales puesto que se han situado en el Capítulo I o en la Sección Segunda del Capítulo II, en la medida en que, efectivamente, son derechos subjetivos

⁴⁷ ESPÍN, E. “Los derechos de la esfera personal”, en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*,... cit. p. 240.

⁴⁸ PÉREZ TREMPES, P. “Los derechos fundamentales”, en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, AA.VV. Vol. 1, 4ª edición, Valencia, 2000. pp. 140-141.

⁴⁹ LÓPEZ GUERRA, L. en *Derecho Constitucional*,... cit. p. 143.

⁵⁰ ÁLVAREZ CONDE, E. en *El régimen político español*, 3ª edición, Madrid, 1988. p. 233.

son también directamente exigibles, aunque su sistema de protección sea distinto”⁵¹.

Considera JIMÉNEZ CAMPO que “los derechos del Capítulo Segundo, a diferencia de los principios enunciados en el Capítulo Tercero, podrán ser alegados ante los Tribunales no sólo de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen, sino también en contra de esa legalidad e incluso en ocasiones como veremos, en ausencia de las normas de ley que la Constitución requiere para su desarrollo o la ordenación del derecho”⁵². Concluye el autor estableciendo que “merece la calificación de derechos fundamentales, todos los derechos enumerados en el Capítulo Segundo del Título Primero, tanto en su Sección 1ª como en la 2ª, de lo que deduce que carece de sentido jurídico la distinción realizada por la jurisprudencia constitucional desde la Sentencia 16/1981, F. J. 10º de derechos fundamentales y constitucionales”⁵³ y por tanto, todos ellos son derechos de aplicación directa.

Así pues, consideramos que el derecho a contraer matrimonio es un derecho que podrá ser alegado ante los Tribunales sin necesidad de ser desarrollado legislativamente, aunque carece de la protección sumaria y preferente que concede el art. 53.2º CE, a los arts. 14 a 29 CE.

1.2.2.- Principios informadores de la relación matrimonial

La *libertad y la igualdad* son los dos principios informadores y deducibles del matrimonio⁵⁴ debido a que ambos favorecen el libre desarrollo de la personalidad, fin último de cualquier norma del ordenamiento jurídico, para garantizar la dignidad de todos los ciudadanos, y como no, también a la hora de regular este derecho en el Estado Social y Democrático de

⁵¹ LÓPEZ GUERRA, L. en *Derecho Constitucional, ... cit.* pp. 144-145.

⁵² JIMÉNEZ CAMPO, J. “Comentarios al art. 53 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución de 1978*, Director, ALZAGA VILLAMIL, O. Tomo IV, Madrid, 1996. Arts. 39 a 55, pp. 449-450.

⁵³ JIMÉNEZ CAMPO, J. “Comentarios al art. 53 de la Constitución”, ... cit. p. 450.

⁵⁴ GÓMEZ, Y. en *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990. pp. 182 y ss. Considera la autora que tanto la familia como el matrimonio son figuras sociales, formalmente constitucionalizadas, operantes dentro de una sociedad ordenada conforme a postulados democráticos y, especialmente, basados en los principios de igualdad y libertad”.

Derecho que consagra el texto constitucional⁵⁵. La igualdad que acabamos de mencionar se recoge, también, en los distintos textos internacionales y especialmente en el art. 16.1º de la DUDH⁵⁶, donde se afirma la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer en el momento en el que se procede a celebrar matrimonio, durante la vigencia del mismo y a la hora de su disolución.

Estos dos principios están “plena y armoniosamente enlazados en la mente del legislador constituyente, como valores superiores del ordenamiento jurídico, art. 1.1º, de lo que se deduce que no hay libertad nupcial sin que todo hombre y toda mujer tengan derecho a contraer matrimonio en la más plena igualdad, no hay igualdad jurídica sin que estos hombres y mujeres que son iguales ante la ley para contraer matrimonio, se unan si no es con el pleno y libre consentimiento matrimonial, pues sólo la voluntad concorde de ambos permite comprometer su libertad en la unión conyugal”⁵⁷.

En relación al primero de los principios, la *libertad*, hemos de decir que cualquier restricción que contenga el ordenamiento jurídico a la libertad nupcial debe estar debidamente justificada, debe interpretarse restrictivamente y además estas limitaciones deben ser excepcionales⁵⁸, puesto que la norma general imperante debe ser la de la libertad⁵⁹. Por ello, a la hora de establecer el constituyente que la regulación del matrimonio debía realizarse a través de una ley se establecieron limitaciones a la misma. El

⁵⁵ FOSAR BENLLOCH, en *Estudios de Derecho de familia...* cit. pp. 183 y ss. “en opinión del autor la dignidad humana consagrada en el art. 10.2º la Constitución exige la armoniosa conjunción de la libertad e igualdad”. GOMEZ, Y. *Familia y matrimonio...* cit. p. 182.

⁵⁶ DUDH, Nueva York, de 10 de diciembre de 1948: art. 16.1 “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutaran de iguales derechos en cuando al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

⁵⁷ FOSAR BENLLOCH, E. en *Estudios de Derecho de familia*, Tomo I, ... cit. p. 183.

⁵⁸ Esta libertad nupcial se reconoce en los distintos Convenios y Pactos internacionales ratificados por España que acabamos de exponer en nota pie página anterior.

⁵⁹ FOSAR BENLLOCH, en *Estudios de Derecho de familia...* cit. p. 183. ENTRENA KLETT, C. en *Matrimonio, separación y divorcio...* cit. p. 59. “dentro de los caracteres del matrimonio incluye la libertad, entendida como libertad de elección y consentimiento hechos y prestados por ambos contrayentes en pleno uso de sus facultades anímicas, al margen de toda presión ajena, fuera familiar, religiosa o política”.

constituyente no remitió dicha regulación como una norma en blanco con lo que el legislador ordinario tenía total libertad de actuación, sino que incorporó dentro del propio art. 32.2º limitaciones a dicha remisión. Por ello el constituyente realizó una delimitación de cuáles debían ser las líneas sobre las que debía actuar el legislador ordinario, el art. 32.2º establece: “*La ley regulará la capacidad*”.

La libertad nupcial, consagrada en el art. 32.1º CE, supone que hoy día, el derecho a contraer matrimonio se constituya en un derecho “universal, irrenunciable, perpetuo y *erga omnes*, que sólo puede ejercitarse con el pleno asentimiento del hombre y de la mujer que pretenden contraerlo, expresado en forma legal. Todas estas son conquistas históricas perfectamente consolidadas en Occidente hoy día y que forman parte del orden público de la legislación matrimonial secular”⁶⁰.

La libertad, además de constituirse en un principio que informa el ámbito matrimonial, es también un *derecho individual* entendido este como, el derecho que tiene toda persona a no encontrar obstáculos en su realización como tal. Por ello esta libertad individual debe ser reconocida y protegida por los poderes públicos⁶¹, puesto que es una derivación de la dignidad personal y del libre desarrollo de la personalidad que el art. 10.1º CE consagra como fundamento del orden jurídico y social⁶².

A modo de conclusión, podemos decir que la libertad nupcial, no es más que una de las múltiples manifestaciones de la libertad. Libertad que al constituirse, también, en un derecho individual garantizan a la persona el ejercicio legítimo de hacer o no hacer, sin ingerencias por parte de los

⁶⁰ FOSAR BENLLOCH, E. en *Estudios de Derecho de familia...* Tomo I,... cit. p. 186.

⁶¹ GARCÍA CANTERO, en *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español...* cit. pp. 62 y ss. Establece que corresponde “a los poderes públicos promover tanto la condición de igualdad como la de libertad, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza... o cualquier otra condición o circunstancia personal o familia. Art. 14 y 1.1 CE”.

⁶² ROCA, E. en *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Madrid, 1999. p. 91. “este derecho deriva del fundamental a la libertad, de forma que quien desea entrar en el estado matrimonial no debe verse limitado por ninguna forma de prohibición irracional impuesta por el Estado. Esta es una conquista derivada de la Revolución francesa”. LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, en *El nuevo régimen de la familia, I, Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982. pp. 115 y ss. “el régimen jurídico del contenido personal de la vinculación matrimonial entre los esposos está presidida por el principio de igualdad de los mismos”.

poderes públicos, a no ser que sean necesarias para el mantenimiento del orden público⁶³.

En cuanto a la *igualdad*⁶⁴, el constituyente establece en el art. 32.2º “la igualdad jurídica del hombre y la mujer a la hora de celebrar matrimonio”. Como principio que informa la regulación del matrimonio esa igualdad se ha recogido también por parte del legislador ordinario en el art. 66 del Código civil⁶⁵: “*el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes*”, respetando con ello el mandato establecido por el constituyente tanto en el art. 32.1º, como en el 14 CE, pero se aprecian distintas fases a la hora de establecerse esta igualdad: a)- el art. 32.1º CE establece la igualdad del hombre y la mujer a la hora de celebrarse el matrimonio, b)- el art. 66 del Código civil recoge la igualdad de los cónyuges, por lo tanto se habla de un momento posterior a la celebración del matrimonio, c)- el art. 81 consagra la igualdad de los cónyuges a la hora de solicitar la conclusión del matrimonio⁶⁶, y d)- el art. 82 del propio Código establece las causas de separación sin distinción alguna por razón de sexo; por lo tanto, la igualdad informa tanto a la hora de constituirse el matrimonio como durante la

⁶³ GÁLVEZ, J. “Comentarios al art. 32 CE”, en *Comentarios a la Constitución de 1978*, Coordinador GARRIDO FALLA, F. y otros, Madrid, 1980. pp. 411 y ss. “Este derecho a contraer matrimonio ha de tipificarse básicamente como una libertad personal exigida por la autonomía de que goza el individuo en esta manifestación vital”.

⁶⁴ Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁶⁵ En este sentido: PUENTE MUÑOZ, T. “Comentario al art. 44 del Código civil”, en LACRUZ BERDEJO, J. L. en *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil*, Segunda edición, Madrid, 1994. pp. 72 y ss. “La declaración de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer se proclama además de en el Texto constitucional, art. 14 y 32.1º, en el propio Código civil. Esta insistencia acerca de la igualdad de derechos es el resultado de la desconfianza de aquellos grupos de mujeres impulsoras de derechos... que ignoran que basta con que la Constitución declare una vez la igualdad para que se proyecte en todo el régimen jurídico de la mujer soltera o casada”. En este sentido la misma autora “Reflexiones de un jurista en torno a la Reforma del Derecho de familia en España”, en *Revista de Derecho Notarial*, Abril-junio de 1979. pp. 281 y ss. En el mismo sentido GARCÍA CANTERO, “la desconfianza del legislador no puede ser más manifiesta, la reiteración de la declaración de la igualdad entre el hombre y la mujer por parte del texto constitucional y del propio Código civil”

⁶⁶ Art. 81 del Código civil: se decretará judicialmente la separación de los cónyuges, a petición de ambos cónyuges o, a petición de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro.

vigencia del mismo, así como a la hora de iniciarse judicialmente la disolución⁶⁷, todo ello en sintonía con el art. 16 de la DUDH.

2.- La monogamia

La monogamia⁶⁸ no ha sido uno de los elementos esenciales del matrimonio a lo largo de toda la historia. En determinados momentos históricos, al menos en las sociedades y pueblos primitivos, la pluralidad de matrimonios simultáneos era una de las notas características de estas sociedades, las cuales toleraban y admitían la multiplicidad de uniones simultáneas⁶⁹.

⁶⁷ CASTAN TOBEÑAS, J. en *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, Derecho de familia, Madrid, 1994. pp. 254 y ss. "la Ley de 7 de julio de 1981 ha desarrollado la normativa constitucional al decir a través del texto del nuevo articulado, art. 66: igualdad de derechos y deberes entre el marido y la mujer.". LETE DEL RIO, J. M. "Comentario al art. 66 del Código civil", en LACRUZ BERDEJO, J. L. en *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV, del Libro Primero, del Código civil*, Segunda edición,... cit. pp. 627 y ss. "Se inicia el cambio en el ámbito matrimonial a partir de mediados del siglo XX, pasando de una familia de carácter patriarcal en la que existía un dominio total del marido sobre la mujer a un matrimonio en el que se recoge la igualdad como principio fundamental. Se inicia esta transformación con la Ley de 24 de abril de 1958, continúa con la Ley de 2 de mayo de 1975 y culmina con las recientes Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, representando estas últimas la más significativa afirmación del principio de igualdad establecido en el texto constitucional de 1978. También del mismo autor en RGLJ 1976, pp. 111 y ss. Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal. GETE-ALONSO, M. "Comentarios al art. 66 del Código Civil", Tomo I, en *Ministerio de Justicia*, Madrid, 1993,... cit. pp. 317 y ss.". El art. 66 del Código civil positiviza el principio de igualdad de sexos que recoge el art. 14 y 32 del texto constitucional. Este principio ha informado la reforma de todo el derecho matrimonial". DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, en *Sistemas de Derecho Civil*, Tomo IV,... cit. p. 98. Establece que la igualdad que informa el Derecho matrimonial se recoge en distintas esferas: la esfera personal del cónyuge casado, art. 71 del Código, la esfera familiar, art. 154, la esfera patrimonial, art. 1328.

⁶⁸ ENTRENA KLETT, C. M. en *Matrimonio, separación y divorcio*, Pamplona 1990. p. 223. "la monogamia es un principio familiar de orden público en nuestro entorno cultural".

⁶⁹ DE CARMONA, M. E. en *La bigamia*,... cit. pp. 19-77. Realiza una evolución en la que a través de distintas fases considera que se pasará de la sociedad primitiva promiscua a la sociedad monogámica, situando ésta última fase en la etapa romana en la que se perseguirá la unión bígama o polígama por ser un hecho contrario a la institución matrimonial. La bigamia en las sociedades primitivas existe desde el primer momento en el que el hombre se sitúa sobre la tierra, las primeras formas de vida, en relación al matrimonio primitivo, fueron la promiscuidad sexual, pasando más tarde a la familia consanguínea o de grupos monógamos transitorios. Será necesarios que se produzca cierta evolución de esta fase inicial para que con la llegada del dominio del varón se inicia la poligamia. Esta requiere la existencia de un mínimo de riqueza colectiva para que se

La monogamia, protegida en la legislación matrimonial estatal a través del impedimento de vínculo y el delito de bigamia, no constituye estrictamente un supuesto de incapacidad⁷⁰ para contraer matrimonio, puesto que el hecho de que la persona esté anteriormente casada supone que posee dicha capacidad, sino que estamos ante una *prohibición o limitación legal*⁷¹, radical y que no admite excepciones, (el impedimento de vínculo no es dispensable, ni puede procederse a convalidar el matrimonio en el que concurra dicho impedimento) para ejercitar el *ius connubii*, basado en la concepción monogámica del matrimonio⁷² imperante en los países de nuestro entorno cultural⁷³ occidental.

produzca esta nueva fase en la evolución de la sociedad en la que se legaliza la unión simultánea de un hombre con varias mujeres. En una fase sucesiva, bajo un régimen monogámico del matrimonio se permitirán las uniones sucesivas como hechos excepcionales. Y concluye esta evolución con la prohibición de estas formas de unión simultáneas, estamos ya en la etapa romana. En este sentido, FROMM, E., HORKHEIMER, M., PARSONS, T. Y otros, en *La familia*, 1978. Traducido por SOLÍ-TURA J. pp. 6 y ss. Se establece que “La familia ha sufrido una larga evolución a lo largo de la historia, iniciándose con la promiscuidad sexual, pasando al matrimonio en grupo, la poliandria, la poligamia y finalmente concluye con la monogamia”. ENTRENA KLETT, C. M. en *Matrimonio, separación,... cit.* pp. 86-87. “En la fase antropológica y a través de la evolución que realiza el autor de la institución del matrimonio considera que la misma puede realizarse teniendo en consideración la subsistencia del hombre sobre la tierra. En esta evolución, el autor, hace referencia a la poligamia y considera que para que la misma se produzca se exige, que el hombre tenga medios para subsistir, poder económico y seguridad. Solo el guerrero poderoso o cultivador de ricas tierras, en un mundo relativamente poderoso, puede mantener y proteger a varias hembras”.

⁷⁰ SALVADOR CODERCH, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia,... cit.* p. 145. “La incapacidad es una cualidad personas del sujeto y en ese sentido es absoluta”.

⁷¹ SALVADOR CODERCH, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia,... cit.* p. 146. “La prohibición es un veto legal que presupone la capacidad de los sujetos interesados, por lo que no es consecuencia de una cualidad personal, sino que la prohibición supone siempre la preexistencia de una relación, impedimento de vínculo, que afecta a las personas que pretenden establecer una nueva relación entre sí. La ley prohíbe ambas relaciones por preexistencia de un vínculo previo”. ROCA, E. en *Familia y cambio social. (De la <casa> a la persona)*, Madrid, 1999. p. 102. “los arts. 46 y 47 del Código civil recogen prohibiciones absolutas, entre ellas, la monogamia.. por lo que no pueden contraer matrimonio quienes estén ligados por un matrimonio anterior no disuelto. El Derecho matrimonial recoge algunas limitaciones históricas y propias de un determinado tipo de cultura: la bigamia”.

⁷² REINA, V. Y MARTINELL, J. M. en *Curso de Derecho matrimonial,.... cit.* pp. 294 y ss.

⁷³ CARRION, S. “Comentarios al art. 46 del Código civil”, LACRUZ BERDEJO, J. L. “Matrimonio y divorcio”, en *Comentarios al Título IV, del libro primero del Código civil*, Madrid, 1994. pp.170 y ss. “la monogamia es un principio cardinal de las legislaciones matrimoniales de nuestra órbita cultural”. SALVADOR CODERCH, “Comentarios al art. 46 del Código civil”,

Las prohibiciones legales para celebrar matrimonios válidos, que recogen las legislaciones matrimoniales bajo la figura de impedimentos, ¿son realmente supuestos de incapacidad o inhabilidad subjetiva? REINA responde a esta cuestión considerando que “la inhabilitación real que recoge la correspondiente prohibición legal no se compaginaría ni con las posibilidades de dispensa del impedimento, ni con la de convalidación del matrimonio que se hubiesen celebrado con dichas prohibiciones, quedando reducido el concepto de impedimento a aquellos que no fueran dispensables ni convalidables. Por lo que se refiere al impedimento de vínculo, considera que en la concepción legal del matrimonio monógamo, el sujeto no puede ya disponer del objeto que ha comprometido mientras permanezca la relación y vínculo anterior. Así pues, todos estos datos llevan a considerar que los impedimentos se constituyen en, prohibiciones legales que tratan de proteger alguna de las características básicas de la institución matrimonial, pero que no todas las características propias del matrimonio, ni siquiera todas aquellas que vienen considerándose más elementales, quedan tuteladas por los respectivos impedimentos, ya que algunos de estos rasgos esenciales quedan fuera de los mismos, y su protección jurídica se concreta en el propio concepto de matrimonio, como puede ser la exigencia de la heterosexualidad”⁷⁴.

La doctrina, en ocasiones, atendiendo al carácter de los distintos impedimentos, realiza una doble distinción entre “incapacidad y prohibición”. SALVADOR CORDECH, considera que “la incapacidad sería siempre absoluta en cuanto presupuesto material consistente en una cualidad o característica estrictamente personal, teniendo eficacia por sí misma” y que “la prohibición tendría una estructura relacional, es decir, implicaría la preexistencia de una determinada relación y diádica (impedimento de vínculo)”⁷⁵. Siguiendo con su planteamiento, considera el autor que, si

en *Comentarios,...* cit. p. 167 establece “que la monogamia recoge una tradición de la cultura occidental conforme a la cual el matrimonio es una comunidad estable de un solo hombre y una sola mujer”. GARCÍA CANTERO, en *El vínculo de matrimonio civil,...* cit. pp. 66 y ss.

⁷⁴ REINA, V. Y MARTINELL, J. M. en *Curso de,...* cit. pp. 294 y ss.

⁷⁵ SALVADOR CORDERCH, “Comentarios al art. 46 del Código civil”, en *Comentarios,...* cit. p. 167.

bien la distinción que realiza no es incorrecta desde el punto de vista formal, depende del punto de vista material del que se parte. Así pues, el impedimento de vínculo o ligamen puede analizarse, bien desde la perspectiva de la cualidad personal o predicado monódico (condición o estado civil de casado), bien desde la perspectiva relacional (relación matrimonial que une a dos personas), por lo que considera que en el supuesto en concreto (el impedimento de vínculo) la diferenciación entre incapacidad y prohibición no tiene mayor interés, máxime teniendo en cuenta que esa distinción no se corresponde con diferencia alguna de régimen jurídico. La diferencia reside en el hecho de que la ley distingue, por razón de su respectivo alcance o eficacia, entre impedimentos absolutos (art. 46 del Código civil) y relativos (art. 47 del propio texto), siendo únicamente los primeros los que impiden la válida celebración de matrimonio en cualquier persona, y esta distinción no se corresponde necesariamente con la diferenciación entre incapacidad y prohibición, en este sentido considera el autor que el impedimento de vínculo puede ser concebido como prohibición, mientras que su eficacia es absoluta, pues impide, mientras subsista el vínculo, contraer nuevo matrimonio con cualquier persona⁷⁶.

Por ello podemos afirmar que la monogamia, protegida en la legislación matrimonial española a través del impedimento de ligamen, se constituye en una prohibición legal que trata de proteger una de las notas características básicas de la institución matrimonial por la que se inhabilita de forma absoluta al cónyuge a celebrar nuevo matrimonio y que se ha ido desarrollando a lo largo de la historia a través de los distintos ordenamientos hasta nuestros días.

2.1.- Los caracteres esenciales del matrimonio deducibles del texto constitucional: la monogamia y la heterosexualidad

Establece FOSSAR que, siguiendo a IBÁN C. IVÁN, a pesar de que la Constitución no define el matrimonio, sí pueden deducirse dos notas características del mismo como son la heterosexualidad y la unidad⁷⁷.

⁷⁶ SALVADOR CORDERCH, "Comentarios al art. 46 del Código civil", en *Comentarios,...* cit. pp. 167 y ss.

⁷⁷ FOSSAR BENLLOCH, E. en *Estudios de Derecho matrimonial*, Tomo I, *Constitución de 1978 y el Derecho de familia,...* cit. pp. 188 y ss. Establece que es deducible la heterosexualidad del

En relación con el primero de los caracteres, *la heterosexualidad*, esta es deducible de una de las posibles interpretaciones a que puede dar lugar el apartado primero del art. 32 CE: “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”, esta interpretación es deducible de la utilización del singular; aunque la heterosexualidad queda aun más reforzada si ponemos en relación el art. 32 CE con los arts. 44⁷⁸, 66⁷⁹ y 67⁸⁰ del Código civil. Si bien esta nota del matrimonio puede desprenderse de dichos artículos y de los debates parlamentarios, también es posible la interpretación *a sensu contrario*, puesto que en nuestra opinión nada obsta para una interpretación distinta del precepto puesto que el art. 32.1º es una norma abierta que deberá interpretarse por el Tribunal Constitucional de acuerdo con el contexto social. Así lo recoge RUIZ VADILLO cuando en las conclusiones de su artículo, “cómo deben interpretarse las normas jurídicas”, estableció que: “el Juez debe buscar el perfecto equilibrio entre la norma jurídica y la realidad social”⁸¹. Así pues, al no establecer expresamente el texto constitucional que el matrimonio debe realizarse entre un hombre y una mujer caben otras interpretaciones. Sería suficiente con un cambio en la regulación del Código civil, cambio que no supondría quebranto constitucional.

Al no ser la heterosexualidad el objeto de estudio principal del presente trabajo, no dedicaremos mayor profundidad a la misma. Aunque apuntamos que la mayoría de la doctrina defiende la primera de las interpretaciones por considerar que el matrimonio heterosexual⁸² es el

empleo del singular, el hombre y la mujer”. MARTÍ, J. M. “Ius connubii y regulación del matrimonio”, en *Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos, en Persona y Derecho*, nº 5, 1995, “la constitución recoge expresamente las notas de heterosexualidad y unidad”.

⁷⁸ Art. 44 del Código civil: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código”.

⁷⁹ Art. 66 del Código civil: “el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”.

⁸⁰ Art. 67 del Código civil: “el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”.

⁸¹ RUIZ VADILLO, E. “La interpretación de las normas jurídicas en el Título Preliminar del Código civil español”, en *Documentación Jurídica*, 1974. Volumen 4, p. 1243. Del mismo autor, la misma obra, en *Ius Canonicum*, Volumen XXVII, 1987. p. 736.

⁸² BAURA DE LA PEÑA, E. “El contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio”, en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, Volumen IV, 1988. p. 363. “elementos esenciales del matrimonio son: la unidad heterosexualidad, siendo pacífica la posición de

cauce a través del que se ordena y desarrolla la sociedad, sin procreación no existirían nuevas generaciones, aunque no es necesario que exista matrimonio para procrear.

Consideramos necesario señalar que, tras la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por el que se modifica el Código civil, la heterosexualidad ha dejado de ser un elemento esencial del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico, todo ello, tal y como apuntamos anteriormente, sin que se produzca ningún quebranto constitucional.

En relación a la *monogamia*, debemos manifestar nuevamente que el art. 32.1º CE no recoge esta característica expresamente, aunque sí la recoge el Código civil, concretamente en los arts. 46.2º y 68⁸³. La monogamia se constituye en uno de los principios cardinales de nuestra legislación matrimonial, característica común de los países de nuestra órbita cultural occidental, conforme a la cual el matrimonio es “una comunidad estable de vida entre un solo hombre y una sola mujer”⁸⁴.

A pesar de lo que acabamos de afirmar, que la monogamia no es deducible de una de las posibles interpretaciones del art. 32 CE, IBÁN C. IVÁN⁸⁵ mantiene, que “del empleo del singular hombre y mujer que se contiene en el texto constitucional, puede inferirse o deducirse que nuestra Constitución excluye la poligamia, habida cuenta que el límite de la libertad religiosa en virtud del art. 16 CE es el orden público, y como se desprende de la doctrina jurídica española, la unidad matrimonial, es considerada como una cuestión de orden público, posición que no es

la doctrina a este respecto”. ESCRIVÁ-IVARS, J. “El sistema matrimonial español. Antecedentes históricos”, en *Manual de derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1997. pp. 338 y ss. Considera el autor que del art. 32.1º CE se desprende la heterosexualidad del matrimonio, considera que son titulares de éste derecho el hombre y la mujer, por lo que es la persona humana contemplada en el plano de la distinción sexual. Y su fundamento reside en el carácter complementario de los sexos, es decir en la heterosexualidad”. ENTRENA KLETT, C. en *Matrimonio, separación y divorcio...* cit. p. 43. “Que las nupcias son fruto de la existencia de dos sexos y de la unión de dos personas de distinto sexo, es tan obvio que huelga justificarlo”.

⁸³ Art. 68 del Código civil: “Los cónyuges están obligados, a guardarse fidelidad”.

⁸⁴ SALVADOR CODERCH, “Comentarios al art. 46 del Código civil” en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Volumen I, Madrid, 1990. p. 167. Del mismo autor, “Comentarios al art. 46 del Código civil”, en *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, Tomo I, Madrid, 1991. p. 268.

⁸⁵ IBÁN C. IVÁN, en *El matrimonio en la Constitución...* cit. p. 139.

compartida por algún autor⁸⁶. Consideramos que al realizar la presente afirmación, el autor, está pensando en la poligamia musulmana, ya que considera que el límite de la libertad religiosa es el orden público, así pues, da por sentado que la poligamia es una manifestación religiosa de los musulmanes, cuestión que trataremos de esclarecer a lo largo del presente trabajo, ya que algunos autores, entre los que podemos citar a NAVARRO-VALLS, no tienen claro si la poligamia es una cuestión religiosa o cultural⁸⁷.

Por su parte, FOSSAR BENLLOCH, tiene una posición discrepante a la manifestada anteriormente por IBÁN. Considera el autor que la prohibición de la poligamia en el ordenamiento jurídico español, se desprende, de la vulneración del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo, arts. 32.1º y 14 CE, sin necesidad de recurrir a las creencias religiosas del varón que pretende celebrar sucesivos matrimonios simultáneos con distintas esposas. Por todo ello el autor fundamenta la limitación del ejercicio de este derecho, que ostentan los varones que profesan la confesión islámica en consideraciones seculares, sin necesidad de acudir al ámbito religioso⁸⁸.

En nuestra opinión, no puede defenderse que la monogamia sea una exigencia directamente deducible del texto constitucional, al menos de su tenor literal; cuestión distinta es que los redactores del texto no podían ni pensar en el año 1978 en otro tipo de unidad matrimonial que no fuera monógama. Lo que si podemos afirmar es que de la lectura conjunta de los arts. 14 y 32 CE, tal y como establece FOSSAR, la poligamia, mas concretamente, la poliginia⁸⁹ está prohibida no ya por imperativo religio-

⁸⁶ FOSSAR BENLLOCHE, E. en *Estudios de Derecho de familia*, Tomo I,... cit. p. 190. El autor mantiene que es más acertado o preferible enfocar la prohibición de la poligamia como conculcadora del principio de igualdad que como una restricción por razón de orden público de la libertad religiosa.

⁸⁷ NAVARRO-VALLS, R. en *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995. p. 22.

⁸⁸ FOSSAR BENLLOCH, E. en *Estudios de Derecho de familia*, Tomo I,... cit. p. 190. Considera que la prohibición de la poligamia por la Constitución como estado matrimonial legal pueda considerarse como una limitación a la posible libertad religiosa de los ciudadanos españoles que pretendan que su religión admita dicho estado matrimonial múltiple, con efectos civiles.

⁸⁹ Cuando un varón posee simultáneamente varias esposas se da la poligamia (el término preciso a este régimen matrimonial se le denomina poliginia).

so sino y también por consideraciones seculares ya que el ordenamiento jurídico vigente no puede permitir al hombre celebrar matrimonio simultáneo con distintas mujeres y no permitirse la misma posibilidad a las mujeres puesto que lo contrario vulnera el principio de igualdad. No es posible reconocer, en el ordenamiento jurídico vigente, un matrimonio en el que los requisitos impuestos al hombre y a la mujer sean distintos. Como es sabido, ya el Tribunal de Derechos Humanos⁹⁰ y el Tribunal Constitucional⁹¹ se han pronunciado en distintas sentencias en relación a la igualdad y no discriminación. El principio de igualdad jurídica, recogido en el art. 14 CE, hace referencia, a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho para la efectividad de los valores que la Constitución consagra, como son la justicia y la igualdad. Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, entendida como la desigualdad de tratamiento legal sin justificación razonable.

La posición doctrinal a este respecto, es pacífica, se considera que el matrimonio es monogámico, al menos por lo que se desprende de la utilización del singular en la redacción del precepto y esta interpretación es irreversible, a no ser que el Tribunal Constitucional se decante en otro sentido⁹², aunque GÓMEZ manifiesta un posición discrepante al

⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos, de 23 de julio de 1968 y de 27 de octubre de 1975, entre otras.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de julio, 10 de noviembre, 16 de noviembre y 22 de diciembre de 1981, entre otras.

⁹² ESPIN CANOVAS, D. en *Comentarios a las leyes políticas, ... cit.* p. 357. Esta interpretación la deduce de la frase *el hombre y la mujer*, donde se alude a la unidad de uno solo de cada sexo, confiere un rango constitucional, y por tanto irreversible salvo modificación del texto u otra interpretación por el Tribunal Constitucional. FOSSAR BENLLOC, E. en *Estudios, ... cit.* pp. 189 y ss. Considera el autor que esta característica es deducible del singular empleado en el texto constitucional, por lo que se excluye la poligamia. Considera que dicha exclusión se debe independientemente de las consideraciones religiosas, por consideraciones seculares. Justifica su posición diciendo que también implícitamente está prohibida también en las Declaraciones sobre Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos al consagrarse la igualdad de los cónyuges. MARTÍ, J. M. en *Ius, ... cit.* p. 166. la exclusión de la poligamia cabría deducirse del empleo del singular al designar los sujetos del derecho. ENTRENA KLETT, C. en *Matrimonio, separación y divorcio, ... cit.* p. 43. "Que sólo puedan ser dos los contrayentes parece ser una condición

considerar que la monogamia es una exigencia de la regulación restrictiva que realiza el Código civil, ya que nada dice al respecto el texto constitucional, puesto que en dicho texto no afirma que una persona sólo pueda contraer válidamente un único matrimonio⁹³. De lo que se deduce, en opinión de la autora, la posibilidad de admitir la poligamia en el ordenamiento jurídico español sin incurrir en ningún quebranto constitucional⁹⁴.

Por todo ello debemos concluir estableciendo que en nuestra opinión, la exigencia de la unidad matrimonial se desprende de la regulación civil de desarrollo, ya que el art. 32 CE no establece que el matrimonio debe celebrarse entre un hombre y una mujer, por lo que no habría vulneración constitucional, si alguien contrae dos o más matrimonios al mismo tiempo, sería suficiente con una reforma del Código civil⁹⁵ y del Código penal, eso sí preservando y protegiendo en todo momento la igualdad y libertad de los contrayentes.

Quizás nosotros nos situamos en un primer momento con la posición mantenida por la mayoría de la doctrina, que consideran que la unidad matrimonial es un elemento esencial, pero justificando nuestra afirmación desde la perspectiva apuntada por FOSSAR BENLLOCH, puesto que, la aceptación de la poligamia vulnera los dos principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, como son la igualdad⁹⁶ y la

obvia, pero la debemos realizar como exigencia natural-aunque en ciertas fases históricas y en ciertos pueblos se haya dado el matrimonio de grupo por más que modernos movimientos ácratas pretendan hoy implantar ese espécimen; esta pretensión, hay que reconocerlo, no merece comentario”.

⁹³ GOMEZ, Y. en *Familia y matrimonio en la Constitución*,... cit. p. 219. “Diferencia la autora entre la regulación constitucional y civil de desarrollo, estableciendo que el marco constitucional es mucho más amplio en cuanto a posibilidades de regulación que la realizada por el código civil. En opinión de la autora, no habría dificultad constitucional en admitir, la posibilidad de contraer dos o más matrimonios, una mera reforma de la ley civil permitiría, sin quebranto constitucional, ampliar ese margen contractual y permitir, la celebración de un nuevo matrimonio subsistiendo otros anteriores”.

⁹⁴ GOMEZ, Y. en *Familia y matrimonio en la Constitución*,... cit. p. 219.

⁹⁵ GOMEZ, Y. en *Familia y matrimonio en la Constitución*,... cit. p. 219.

⁹⁶ FOSSAR BENLLOCH, E. en *Estudios*,... cit. p. 190. Enfoca la prohibición de la poligamia desde una perspectiva distinta ya que existencia supondría una vulneración de la igualdad entre el hombre y la mujer, y permitiría el matrimonio bigamo al hombre y no a la mujer. Mantiene el autor que la justificación de la prohibición de la poligamia deben

libertad de los cónyuges, así como la dignidad de la mujer pero esta primera afirmación deberá ser matizada posteriormente a través de un análisis más profundo del mismo.

2.2.- Carácter religioso o cultural

El matrimonio no es una creación técnica del Derecho, sino una institución natural que el Derecho recoge de la realidad social y la regula⁹⁷. Por ello, confluyen en ella múltiples aspectos sociales, éticos, políticos y jurídicos⁹⁸.

En opinión de DE CARMONA, la bigamia o mas concretamente la poliginia (la reiteración de matrimonios coexistentes) “no se opone al Derecho natural de modo absoluto, aunque es menos conforme al mismo que la monogamia”⁹⁹. Establece el autor que los “Teólogos como, DURANDO, EL ABULENSE, CAYETANO, admiten que la unión coetánea de un hombre con dos o más mujeres no repugna al Derecho natural y para ello se apoyan en las afirmaciones que realizó SAN AGUSTÍN que al hablar de las cuatro mujeres de Jacob, *cuando era costumbre no había delito* y SAN JERÓNIMO que estableció que en la Antigua Ley, la poliginia no estaba prohibida por ninguna ley. A pesar de lo cual, la mayoría de los teólogos consideraron que la poliginia, si bien no era contraria al Derecho natural

encaminarse desde la siguiente justificación: “la dignidad de la mujer debe ser igual a la del hombre”, puesto que si lo encaminamos como una restricción de una creencia religiosa no occidental, los afectados pueden considerar que se está vulnerando su cultura y su forma de organizar la familia favoreciendo los valores occidentales.

⁹⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L. en *Derecho de familia,.. cit.* p. 87. ALBALADEJO, M. en *Manual de Derecho de familia y sucesiones,.. cit.* p. 31. “El matrimonio no es una creación del Derecho, sino una institución natural, querida por Dios y recogida por la Ley humana en cuanto pieza fundamental en la convivencia social, que es la que aquélla regula. PUENTE MUÑOZ, T. en *Matrimonio y divorcio*, Comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil. Madrid, 1994. p. 26. “El matrimonio es antes que nada una relación ética, moral e incluso social, que el derecho no hace sino recoger y ordenar con vistas al bien común”.

⁹⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L. en *Derecho de familia,.. cit.* p. 87. ENTRENA KLETT, C. en *Matrimonio, separación y divorcio,.. cit.* p. 27. “En el matrimonio concurren, fuerzas reguladoras naturales, egoísticas, sociales, religiosas y jurídicas. El matrimonio es una sociedad natural, que interesa a la sociedad natural, a la pareja, a la colectividad social, a las organizaciones religiosas y a la comunidad política.”. ALBALADEJO, M. en *Manual de Derecho de sucesiones,.. cit.* p. 31. “El matrimonio tiene importancia en su perspectiva jurídica, religiosa, social y política”.

⁹⁹ DE CARMONA, M. E. en *La bigamia,.. cit.* pp. 99 y ss.

primario (fin primario: la procreación y educación de la prole), por lo menos sí lo era al secundario o derivado (fin secundario: el mutuo auxilio y el remedio contra la concupiscencia)¹⁰⁰.

En opinión de la mayoría de los autores, la monogamia no fue una aportación del cristianismo a la concepción occidental del matrimonio¹⁰¹, sino que fue una constante en toda la etapa romana, aunque ésta tenía una base técnico-jurídica diferente¹⁰².

¹⁰⁰ DE CARMONA, M. E. en *La bigamia,...* cit. p. 101. Santo Tomás de Aquino establecía: “La pluralidad de mujeres no impide, ni total ni parcialmente, el fin primario del matrimonio, ya que un solo varón basta para fecundar a varias mujeres y para educar los hijos nacidos de ellas, pero impide el fin secundario, si no totalmente, sí en mucho, puesto que no puede existir fácilmente la paz en la familia, donde se unen varias mujeres a un solo varón; no puede un solo varón bastar para satisfacer a muchas mujeres hasta la santidad, y la comunión de muchos en un mismo deber, causa el litigio”. SANTO TOMÁS DE AQUINO, In. 4 Sent. Dis. 33, quest. I, art. 2, incorpore. En este mismo sentido RIESGO MENGUEZ, L. en *La unidad e indisolubilidad del matrimonio ante la razón natural*, Madrid, 1979. pp. 91 y ss. Del mismo autor, en *El matrimonio como encrucijada. Un estudio filosófico sobre la naturaleza del matrimonio, la poligamia y el divorcio*, Madrid, 1970. pp. 91 y ss. En opinión del autor, la “poligamia atenta contra el fin principal del matrimonio que son la procreación y la conservación de la especie y además daña otros aspectos del fin primario del matrimonio como puede ser la educación de los hijos, la mutua ayuda y complemento de los esposos”.

¹⁰¹ NAVARRO-VALLS, R. en *Matrimonio y Derecho,...* cit. pp. 22 y ss. “En la época de Cristo, tampoco el derecho hebreo planteaba demasiados problemas en este punto, pues la visión monógama implícita en el Cantar de los Cantares había ganado de hecho la partida a los concretos casos descritos en otros libros del Antiguo Testamento relacionados con la poligamia de algunos patriarcas y reyes”.

¹⁰² NAVARRO-VALLS, R. en *Matrimonio y Derecho,...* cit. p. 23. “La concepción de la monogamia en Roma era distinta a la que hoy día se tiene en los ordenamientos occidentales. En una etapa inicial para el Derecho romano era impensable inicialmente el delito de bigamia. La simultánea convivencia con dos personas implicaba inmediatamente la ausencia de honorabilidad social requerida, y el abandono del cónyuge para iniciar la convivencia con otra persona implicaba la disolución del primer matrimonio y el inicio del nuevo. Posteriormente la bigamia se independiza de otros delitos como el adulterio o el estupro y se constituye en delito autónomo. Tras ésta nueva concepción, en la etapa post-clásica y por influencia del cristianismo se transforma el consentimiento continuado que existió en la primera etapa por un consentimiento pacticio. A partir de este momento, la bigamia era posible y además se estableció en el ordenamiento jurídico que no era suficiente con la inexistencia del consentimiento por parte de uno de los cónyuges para que decayera el matrimonio, es decir, el matrimonio no se disolvía por falta de consentimiento, sino que era necesario un acto de consentimiento contrario para que pudiera darse la disolución de dicho matrimonio. De no existir este acto de voluntario de

Si bien el matrimonio romano clásico exigía el consentimiento continuado para estar ante un matrimonio, entendido éste como *afectio maritalis*¹⁰³, con el transcurso del tiempo ya Justiniano comienza a asumir que el consentimiento es el elemento que hace surgir al matrimonio. Este requisito se vio reforzado por el Derecho canónico, que exigió determinados ritos al matrimonio, pero esta exigencia de la Iglesia no se logró hasta el Concilio de Trento. A partir de este momento el matrimonio para el Derecho canónico deberá celebrarse emitiendo el consentimiento y siendo éste el que hará surgir el matrimonio, dejando de un lado el consentimiento continuado de la etapa romana.

Como consecuencia de las “actuaciones de los primeros autores cristianos por recoger la unidad como elemento esencial del matrimonio, la legislación romana modificó alguna de sus instituciones y adoptó principios y normas de éstos autores cristianos, entre ellas la monogamia y así crearon, por primera vez en el Derecho romano, la figura del delito de bigamia, inexistente hasta ese momento en dicho ordenamiento jurídico. El Derecho romano del último período protegió dicha institución basándose en tres pilares: el impedimento de ligamen, el delito de bigamia y la infamia”¹⁰⁴.

Durante los siglos IV y V “la Iglesia fue elaborando una doctrina propia sobre el matrimonio sirviéndose de los esquemas propios del Derecho romano”¹⁰⁵. Por tanto se produjo una “fuerte influencia entre ambos ordenamientos, sobre todo en la configuración del delito de bigamia”¹⁰⁶.

consentimiento en el que se expresara la voluntad de no continuar con el consentimiento emitido inicialmente, estarían ante el delito de bigamia”.

¹⁰³ VOLTERRA, E. en *La Conception du mariage d'après les juristes romaines*, Padova, 1940. p. 45.

Del mismo autor, *Consensus facit nuptias*, en el volumen, *La definizione essenziale*. p. 44.

¹⁰⁴ VEGA GUTIÉRREZ, A. M. en *La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*, Granada, 1997. p. 102.

¹⁰⁵ VEGA GUTIÉRREZ, A. M. en *La unidad del matrimonio y su tutela penal...* cit. pp. 104-105.

¹⁰⁶ VEGA GUTIÉRREZ, A. M. en *La unidad del matrimonio y su tutela penal...* cit. pp. 105-106.

Pero, si bien, el delito de bigamia en “el ordenamiento romano de la época clásica obedece a motivos de orden ético, social y político¹⁰⁷, con el transcurso del tiempo, adquirirá un nuevo rumbo, a finales del siglo IV por influencia del cristianismo¹⁰⁸, que había pasado a ser la religión oficial del imperio con Teodosio¹⁰⁹.

La Iglesia no puede asumir la competencia exclusiva en el ámbito matrimonial y ha de compartirla con los ordenamientos estatales. Será durante los siglos XI a XVI cuando los teólogos y canonistas elaboren toda una doctrina consolidada acerca de la monogamia como una institución esencial del matrimonio canónico¹¹⁰.

Durante el Siglo XVI con la celebración del Concilio de Trento¹¹¹, año 1573, será el momento más relevante del Derecho matrimonial canónico, en esta etapa queda configurado el modelo institucional del matrimonio

¹⁰⁷ VEGA GUTIÉRREZ, A. M. en *La unidad del matrimonio y su tutela penal,... cit.* p. 146. En la etapa clásica romana, “la punición de la bigamia atendía más a la protección del estado civil de las personas que al interés por garantizar específicamente la institución jurídico-social de la monogamia”.

¹⁰⁸ VEGA GUTIÉRREZ, A. en *La unidad matrimonial y su tutela penal,... cit.* pp. 146-147. En la etapa postclásica, y “como consecuencia de la influencia del cristianismo se produjo un cambio en la configuración del matrimonio romano ya que las autoridades civiles romanas incorporaron al ordenamiento jurídico matrimonial cambios influenciados tanto por el fortalecimiento de la indisolubilidad matrimonial propiciado por el mensaje evangélico como por la incipiente doctrina sacramental del matrimonio. Todas estas innovaciones incidieron en la consideración jurídico penal de la bigamia que contribuyeron a su configuración autónoma, pasando a convertirse en parte esencial del orden público matrimonial totalmente asumido por el Derecho y defendido por las autoridades romanas”.

¹⁰⁹ VEGA GUTIÉRREZ, A. M. en *La unidad del matrimonio y su tutela penal,... cit.* pp. 106-118.

¹¹⁰ VEGA GUTIÉRREZ, A. M. en *La unidad del matrimonio y su tutela penal,... cit.* pp. 172-173.

¹¹¹ A través de la Real Cédula de 12 de julio de 1564 se introdujeron en España los cánones de Trento sobre la reforma del matrimonio en el ordenamiento español. Esta introducción fue acatada sin aparente resistencia por los súbditos del Rey de las Españas. FOSSAR BENLLOCH, en *Estudios de Derecho de familia*, Tomo III, las uniones libres, la evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España, Barcelona, 1981-1985. p. 499.

canónico que más tarde inspirará a los ordenamientos civiles europeos¹¹².

Una de las principales aportaciones del cristianismo al matrimonio consistió, en “definir la unidad matrimonial como *uno caro*, de donde se desprende que la unión de los cónyuges es total y perpetua y por ello las propiedades esenciales del matrimonio serán la unidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial, siendo ambas propiedades una derivación de la sacramentalidad”¹¹³.

Durante la Edad Media, “el ordenamiento canónico fue recogido plenamente en los ordenamientos de los distintos países, teniendo fuerza legal tanto en la Iglesia como en la legislación civil¹¹⁴, esto mismo acontece en España con la publicación de Las Partidas”¹¹⁵.

En el siglo XI los Concilios que se celebraron en España¹¹⁶, concretamente el Concilio de Elna, 1027, el de Compostela de 1060 y el de Gerona 1068 reconocen la unidad e indisolubilidad del matrimonio, considerando que ambos elementos son elaboración canónico-técnica que más tarde se recogería en el Código de Derecho Canónico precedente de 1917, concretamente en el Canon 1013.2º y que hoy día sigue perdurando en el Código de 1983, Canon 1085¹¹⁷.

¹¹² VEGA GUIÉRREZ, A. M. en *La unidad matrimonial,...* cit. p. 174. En la misma se hace referencia por la autora como fundamento de esta afirmación a JEMOLO, *El matrimonio*, Traducción al castellano. Buenos Aires, 1954. pp. 6-7. SOUTO PAZ, J. A. en *Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, 3ª edición, Madrid, 1955. pp. 372-375. NAVARRO-VALLS, R. “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 73, pp. 232 y ss.

¹¹³ VEGA GUTIÉRREZ, A. M. en *La unidad del matrimonio y su tutela penal,...* cit. pp. 179-184.

¹¹⁴ VEGA GUTIÉRREZ, A. M. en *La unidad del matrimonio y su tutela penal,...* cit. p. 252.

¹¹⁵ VEGA GUTIÉRREZ, A. M. en *La unidad del matrimonio y su tutela penal,...* cit. p. 252. En España, la recepción oficial del Derecho matrimonial canónico aconteció con las Partidas de Alfonso X el Sabio. Año 1256-1258.

¹¹⁶ FOSAR BENLLOCH, E. en *Estudios de Derecho de familia*, Tomo III, ... cit. pp. 356-357.

¹¹⁷ Canon 1085 del Código canónico de 1983: “Atenta inválidamente el matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado. Aun cuando el matrimonio anterior sea nulo haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente”.

Debemos recordar el papel fundamental que jugó en España el Tribunal de la Inquisición, a través de la misma se logró la unanimidad y consenso sobre la práctica matrimonial canónica en nuestro país¹¹⁸.

Tradicionalmente en España la regulación jurídica del matrimonio civil ha estado fuertemente influenciada por el Derecho canónico, hasta el punto de que el matrimonio civil parecía una figura recibida del matrimonio canónico¹¹⁹. Los españoles deberán celebrar matrimonio canónico durante los siglos XIX y XX con leves excepciones¹²⁰. Pero una vez promulgada la Constitución se ha producido un cambio en esta configuración y hoy el matrimonio sigue conservando elementos cristianos como es la monogamia, se ha despojado de otros, como la indisolubilidad, pero su justificación actual se realiza desde una perspectiva distinta ya que se ha producido la secularización de ésta institución, como no podía ser de otra forma, una vez que el texto constitucional reconoce expresamente la aconfesionalidad del Estado¹²¹.

Hoy podemos afirmar que, la unidad matrimonial es un principio general y tradicional del ordenamiento jurídico español, principio que ha estado presente a lo largo de la regulación estatal del matrimonio de los Siglos XIX y XX. La unidad es una de las convicciones más profundamente

¹¹⁸ FOSAR BENLOCH, E. en *Estudios de Derecho de familia*, Tomo III,... cit. p. 450.

¹¹⁹ REINA, V. Y MARTINELL, J. M. en *Curso de Derecho matrimonial*,... cit. p. 218.

¹²⁰ CASTAN TOBEÑAS, J. en *Derecho civil español, común y foral. Tomo V, Derecho de familia*, Madrid, 1994. p. 145. La Ley de matrimonio civil de 1870, estando vigente la Constitución de 1869 en la que se declara la libertad de cultos y que los derechos civiles, políticos de los ciudadanos se adquirirán con independencia de la fe que profesan los españoles. A pesar de ello, en el art. 1º de dicha ley se establece que el matrimonio es por su propia naturaleza perpetuo e indisoluble. Se establece asimismo que los contrayentes pueden celebrar el matrimonio religioso, antes, después o al tiempo del matrimonio civil, art. 34. A pesar del intento de secularización del matrimonio, se produjo una fuerte resistencia social y hubo ciudadanos que celebraron exclusivamente matrimonio religioso. En armonía con la aconfesionalidad del Estado promulgado por la Constitución de la II República, se implanta nuevamente el matrimonio civil obligatorio que regió durante los años 1870-1875. El año 1932 se publica la Ley de matrimonio civil que estará vigente hasta la publicación.

¹²¹ SALVADOR CODERCH, "Comentarios al art. 46 del Código civil", en *Comentarios a la...* cit. p. 139. "Los impedimentos contenidos en el art. 46 del código civil se corresponden con tradiciones culturales".

arraigadas en el orden jurídico español, su vulneración supone una violación de alguno de los principios fundamentales recogidos en el texto constitucional, como son la igualdad de los cónyuges y la libertad.

En definitiva, podemos afirmar que, la posición mantenida por la doctrina española es pacífica al considerar que el Código civil recoge en el art. 46.2º “una tradición cultural asentada en los países occidentales”¹²², aunque nadie niega que en su origen fue una institución creada por el Derecho romano y consolidada por el cristianismo.

2.3.- Carácter de orden público

La monogamia es un “principio familiar de orden público en nuestro Derecho y está protegido a través de normas penales”¹²³. Algunos autores como LECLERCQ, defiende el matrimonio monogámico considerando que el mismo es “el único en que los esposos fundan una verdadera familia, que favorece la unión moral de los esposos”¹²⁴, es el

¹²² CARRION, S. “Comentarios al art. 46 del Código civil”, en *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil*, Coordinador, LACRUZ BERDEJO, J. L. ... cit. pp. 171 y ss. “El art. 46.2º del Código civil recoge la tradición de la cultura occidental conforme a la cual el matrimonio es una comunidad estable de vida entre un solo hombre y una sola mujer”. En este sentido, CODERCH, S. “Comentarios al art. 46 del Código civil”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Volumen I. ... cit. p. 176. SALVADOR CODERCH S. “Comentarios al art. 46 del Código civil”, Tomo I. en *Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1993. p. 268. “el art. 46.2 del Código civil recoge la tradición propia de nuestra cultura, según la cual el matrimonio es monógamo”. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Dirección ALBALADEJO, ... cit. p. 76. ESPIN CANOVAS, D. “Comentarios al Art. 32 CE” en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigido por ALZAGA VILLAMIL, O. Tomo III, arts. 24 a 38, cit. pp. 456-457. “El Código civil (Ley de 7 de julio de 1981 mantiene el esquema tradicional de la sociedad española y general de los países cristianos, del matrimonio como vínculo único entre un solo hombre y una sola mujer, propio de nuestra cultura, aunque sin duda no cree necesaria una norma que directamente lo exprese”. DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. en *Sistema de Derecho civil*, Volumen IV, *Derecho de familia y sucesiones*, Cuarta edición, ... cit. p. 80. “el sistema matrimonial de nuestro Derecho civil, de acuerdo con una larguísima tradición, es completamente monogámico”. En este sentido, SÁNCHEZ REBULLIDA, en *Elementos de Derecho civil*. LACRUZ, en *Derecho de familia*, Madrid, 1989. p. 107. PUIG BRUTAU, en *Compendio de Derecho matrimonial*, IV, Madrid, 1990. p. 17. ROCA TRIAS, E. *Derecho de familia*, en AA. VV, Madrid, 1991. p. 49.

¹²³ ENTRENA KLETT, C. M. en *Matrimonio, separación y divorcio*, ... cit. p. 223.

¹²⁴ LECLERCQ, en *La familia*, Barcelona, 1962. p. 69. “El matrimonio monogámico se constituye en una unión moral entre los esposos, unión que favorece la unión de sus vidas y que trasciende la simple satisfacción de las pasiones carnales”.

único que permite, la unión en plano de igual dignidad de la mujer al hombre, y permite la educación de los hijos por el padre y la madre unidos en una obra común de familia”¹²⁵. RIESGO MENGUEZ, considera que la unión matrimonial monogámica es “la única válida y conforme a la ley natural”¹²⁶. MARTÍ considera que los modelos matrimoniales de los distintos ordenamientos jurídicos “siempre habrán de conformarse con los valores superiores de dicho ordenamiento, y que por tanto, sería inadmisibles aquel matrimonio que chocase contra el orden público, como sería en el supuesto de los matrimonios poligámicos”¹²⁷.

Hemos de decir que existen determinadas cuestiones que se contienen en la legislación matrimonial actual que son consideradas por la doctrina como cuestiones de orden público. En este sentido, ESPINAR VICENTE considera que entrarían dentro del ámbito del orden público matrimonial, las cuestiones que tienen que ver con la aptitud nupcial, entre las que cita la libertad consensual, la edad, la heterosexualidad, la exogamia y la monogamia¹²⁸.

El concepto de orden público tuvo su origen, en opinión de VALLET DE GOYTISOLO, en el ámbito del Derecho interno, en el Derecho romano en el que se consideraba que el *ius publicum* era una cuestión que la voluntad de las partes no podía modificar¹²⁹. Si tomamos como punto de partida del estudio del término orden público el Siglo XIX, podemos afirmar que

¹²⁵ LECLERCQ, en *La familia...* cit. p. 69.

¹²⁶ RIESGO MENGUEZ, L. en *La unidad e indisolubilidad del matrimonio ante la razón natural...* cit. pp. 130-131. “La unión monogámica es la unión conyugal conforme a la naturaleza humana. Al final concluye el autor recurriendo al Génesis 2, 24 para apoyar su conclusión: Génesis 2, 24: “Dejará el hombre a su padre y a su madre y se adherirá a su mujer y vendrán a ser los dos una sola carne”. Del mismo autor, *El matrimonio como encrucijada. Un estudio filosófico sobre la naturaleza del matrimonio, la poligamia y el divorcio...* cit. pp. 130-131.

¹²⁷ MARTÍ, J. M. en *Ius...* cit. p. 164.

¹²⁸ ESPINAR VICENTE, J. M. en *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional*, Madrid, 1996. pp. 122-130.

¹²⁹ VALLET DE GOYTISOLO, y otros. “Conflictos de leyes en materia de sucesiones por causa de muerte”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1968. p. 179. “BOUHIN se refiere a las leyes exorbitantes de Derecho común o manifestaciones injustas, cuya aplicación en el territorio de la *lex fori* quedan rigurosamente excluidas. Varios textos de la época clásica se refieren a un *ius publicum* que la voluntad privada no puede derogar”.

este término se configuraba como una institución que no permitía la entrada de la ley extranjera en determinadas materias, como son: la vida, la libertad, la propiedad y el matrimonio, en los distintos países¹³⁰.

El principio de orden público tuvo, desde sus orígenes, un marcado carácter excepcional que irá perdiendo a lo largo de su evolución hasta el punto de convertirlo en una institución que se aplicará de forma general¹³¹. Esta institución surge como consecuencia de la necesidad que tienen los distintos países de preservar y defender las particularidades jurídicas de cada pueblo, de su organización política, social y cultural¹³².

En cuanto a los caracteres fundamentales del orden público podemos destacar: su indeterminación conceptual¹³³, el relativismo¹³⁴, la elasticidad¹³⁵, el dinamismo¹³⁶ y el carácter metajurídico¹³⁷.

¹³⁰ VALLET DE GOYTISOLO, y otros. en *Conflictos de leyes en materia de sucesiones,...* cit. p. 179.

¹³¹ NAVARRO VALLS, R. en *Divorcio,...* cit. p. 77.

¹³² NAVARRO VALLS, R. en *Divorcio,...* cit. p.78. "Lo que se persigue a través de esta institución es defender el modo de ser interno de cada Estado, la organización de sus instituciones públicas, de la familia. Por lo que como establece SAVATIER en *Cours de Droit international privé*, 2ª edición, París, 1953. p. 168. Los grandes temas de orden público son: la vida, la libertad, la propiedad y el matrimonio.

¹³³ NAVARRO VALLS, R. en *Divorcio,...* cit. pp. 80 y ss. Se confunde el concepto de orden público en ocasiones con otros términos como buenas costumbres, bien común y orden jurídico. En el ámbito del derecho internacional privado el orden público excluye la aplicación de la ley extranjera cuando esta es contraria a la legislación del foro. El orden público en el ámbito del Derecho interno se ha equiparado con las normas imperativas, pero no todas las normas imperativas son de orden público.

¹³⁴ NAVARRO VALLS, R. en *Divorcio,...* cit. p. 85. "El orden público es un concepto que irá modificando su contenido en relación a determinados principios de espacio y de tiempo en el que se va a aplicar. Por ello el legislador no puede realizar una delimitación de supuestos de orden público puesto que este es cambiante y así será el juez el que puede realizar esta función, interpretando en cada momento lo que ha de entenderse por contrario al orden público de forma más acertada".

¹³⁵ NAVARRO VALLS, R. en *Divorcio,...* cit. pp. 88-89. "La elasticidad de la noción de orden público supone que en su configuración positiva y jurisprudencial en relación con su delimitación en un país y en un momento histórico concreto tendrá una incidencia distinta según a qué institución se vaya a aplicar".

¹³⁶ CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona, 1983. pp. 129 y ss.

¹³⁷ NAVARRO VALLS, R. en *Divorcio,...* cit. pp. 91 y ss. "Las exigencia morales, económicas, políticas y religiosas asumen naturaleza de principios de orden público, sin desconocer

Por lo que hace referencia a España, las Leyes de orden público que vamos a estudiar en este apartado, se promulgaron a finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX, concretamente La Ley de orden público de 1870, 1933 y 1959. En las mismas se produce una evolución del contenido del término. Si bien en un primer momento se recoge como una ley excepcional que operará únicamente en supuestos en los que se suspendan las garantías constitucionales, posteriormente será de aplicación con carácter más general. Podemos afirmar que, si bien en un principio fue un límite excepcional al ejercicio de derechos, con el transcurso del tiempo paso a ser un límite de aplicación general, reductor del ejercicio de derechos hasta el punto de llegar a vaciar el ejercicio efectivo de éstos.

1º)- *La Ley de orden público de 1870* recogía la cláusula orden público como “manifestación excepcional”, será una ley que solo se aplicaría en supuestos límite¹³⁸.

El art. 1 de la ley establecía: “*Las disposiciones de esta ley serán aplicadas únicamente cuando se haya promulgado la Ley de suspensión de garantías a las que se refiere el art. 31 CE¹³⁹, y dejaran de aplicarse cuando dicha suspensión haya sido levantada por las Cortes*”. Esta Ley será aplicada

que sólo tendrían trascendencia jurídica en la medida en que sean normativamente determinadas, unas veces a través de la función de los órganos representativos de la voluntad formal de la comunidad jurídica y, otras, de modo consuetudinario”.

¹³⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. en *La cláusula de orden público como límite - impreciso y creciente - del ejercicio de los derechos,...* cit. pp. 36 y ss. “La Ley de orden público se aplica sólo en el momento en que se han suspendido las garantías constitucionales, cuando se veía amenazado el orden público. Se aplicará por tanto, solamente cuando se promulga la Ley de suspensión de garantías”.

¹³⁹ Art. 31 CE de 1869 : “Las garantías consignadas en los art. 2º) detención exclusivamente a causa de delito, 5º) la inviolabilidad de domicilio, 6º) que nadie puede ser compelido a mudarse de domicilio, art. 17.1º, 2º) y 3º) el derecho de reunión, asociación y expresión, no podrán suspenderse en toda la monarquía ni en parte de ella sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias excepcionales. Promulgada aquella, el territorio a que se aplique se registrá, durante la suspensión, por la ley de orden público establecido de antemano. Pero ni en una ni en otra ley se podrá suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar a los españoles, ni para desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio. En ningún caso los jefes militares o civiles podrán establecer ora penalidad que la prescrita previamente por la Ley “”.

solamente en los supuestos de revueltas, motines o levantamientos populares. Se refería a un orden público casi de guerra civil¹⁴⁰.

2º)- *La Ley de orden público de 1933*, sigue siendo, también, una ley de anormalidad que, “prevé y regula diversas situaciones excepcionales, como el estado de alarma y el de excepción. En esta ley se produce un potenciamiento de lo que se considera contrario al orden público, “regulando las facultades gubernativas ordinarias, una serie de medidas que pueden ser adoptadas por el gobierno en cualquier momento”¹⁴¹.

En el art. 3º se establece: “Se reputaran en todo caso actos contrarios al orden público: a)- Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos expresados en el párrafo primero del artículo anterior. b)- Los que se cometan o intenten cometer con armas o explosivos. c)- aquellas en que se emplee pública coacción. d)- Los no realizados en virtud de un derecho taxativamente reconocido por las leyes. e)- La huelga. f)- Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores alteren materialmente la paz pública”.

Con esta segunda Ley se produce “un incremento de la cláusula de orden público, incluso se ha llegado a introducir un concepto en blanco, apartado “f”, donde se establece -alteración material de la paz pública- que no deja de ser muy peligroso”¹⁴² puesto que, el contenido de éste apartado puede llegar a vaciar de contenido el ejercicio de cualquier derecho.

3º)- *La Ley de orden público de 1959*, promulgada bajo un estado totalitario, se va a producir un nuevo incremento de supuestos que pueden ser reputados como actos contrarios al orden público. En el art. 1º se define el orden público como “protector del normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, del mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales reconocidos en las leyes”.

¹⁴⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. en *La cláusula de orden público como límite - impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos...* cit. pp. 37-42 .

¹⁴¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. en *La cláusula de orden público como límite...* cit. pp. 43 y ss.

¹⁴² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. en *La cláusula de orden público como límite...* cit. pp. 45 y ss.

En su art. 2º se establecen cuales son las conductas contrarias al orden público : a)- Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles y demás Leyes Fundamentales de la Nación o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España. b)- Los que alteren o intenten alterar la *seguridad pública*¹⁴³, el normal funcionamiento de los servicios públicos. c)- Los paros y cierres. d)- Los que originen tumultos en la vía pública. e)- Las manifestaciones o reuniones públicas ilegales. f)- Todos aquellos por los cuales se propague, recomiende o provoque la subversión o se haga la apología de la violencia o de cualquier otro modo para llegar a ella. g)- Los atentados contra la *salubridad pública*¹⁴⁴ y las transgresiones de las disposiciones sanitarias dictadas para evitar las epidemias y contagios colectivos. h)- Excitar al incumplimiento de las normas de orden público y desobediencia a las decisiones.... concluyendo con una cláusula muy amplia donde se establece: i)- Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente ley o alteraren la paz pública o la convivencia social.

Este último apartado “se caracteriza por su vaguedad, imprecisión, y representa un portón abierto a la inseguridad jurídica”¹⁴⁵. Este apartado viene a atribuir un arbitrio absoluto a las autoridades administrativas¹⁴⁶.

Constituye este art. 2º “la base de un importante poder sancionatorio gubernativo que puede ser actuado en cualquier momento y no sólo en circunstancias excepcionales”¹⁴⁷.

¹⁴³ Apuntamos aquí que como elemento comprensivo del Orden público recoge el art. 3.1º de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa *la seguridad* que podemos interpretar que el término pública que aparece junto a moralidad puede ser extensivo también a la seguridad y la salud, por lo que, ya en esta ley de orden público de 1959 se recoge el término que más tarde recogerá el art. 3.1º de la LOLR como constitutivo del orden público *la seguridad pública*.

¹⁴⁴ La misma interpretación podemos hacer en relación a otro término recogido en el art. 3.1º de la LOLR que hemos realizado en el apartado anterior, en el texto de la ley de orden público de 1959 recoge el término, *salubridad pública*, referida al ámbito sanitario y como elemento constitutivo del orden público el art. 3.1º recoge *la salud pública*.

¹⁴⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. en *La cláusula de orden público como límite,... cit.* p. 52.

¹⁴⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. en *La cláusula de orden público como límite,... cit.* p. 52.

¹⁴⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. en *La cláusula de orden público como límite,... cit.* p. 52.

La noción de orden público de esta Ley es “caprichosa y se utiliza con enorme arbitrariedad. Cuanto mayor sea la amplitud de esta cláusula, menor será la posibilidad de ejercitar cada derecho”¹⁴⁸. Por ello se deberá reducir el ámbito de aplicación de la cláusula de orden público para permitir el ejercicio de los derechos individuales de los ciudadanos.

Por su parte, la jurisprudencia española ha ido perfilando el concepto de orden público a través de distintas resoluciones que ha ido emanando a lo largo de los años. A través de las tres siguientes sentencias que vamos a mencionar, podemos comprobar la evolución que se va produciendo en las mismas. En la Sentencia de 10 de enero de 1933, (II República), se establece que el Orden público hace referencia “*al complejo de normas reguladoras y tutelares del interés públicos que comprende a toda la organización social en sus múltiples aspectos*”. En la del 12 de mayo de 1944, (etapa franquista), se recoge como elemento constitutivo del orden público “*aquel conjunto de principios religiosos, morales y jurídicos*”, en consonancia con la confesionalidad doctrinal que informa la legislación de este periodo. En la de 5 de abril de 1966 se establece que “*el orden público está constituido por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y en una determinada época*”. De lo que se desprende que, en opinión del Tribunal, el orden público estaba constituido, en la etapa preconstitucional, por principios morales y religiosos.

En relación con el primero de los principios que cita el Tribunal, *religioso*, en nuestra opinión no pueden defenderse tras la promulgación Constitución de 1978 en la que se declara la aconfesionalidad del Estado. En este sentido, la doctrina “ha insistido en la necesidad de abandonar la noción de orden público como mero instrumento de defensa de las instituciones fundamentales del Estado y, por ende, con efectos limitadores de las libertades, puesto que, junto al carácter defensivo es necesario subrayar la vertiente positiva de promoción de los derechos”¹⁴⁹. Evidentemente, *la moral*, tampoco puede ser límite al ejercicio de los dere-

¹⁴⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. en *La cláusula de orden público como límite...* cit. p. 55 .

¹⁴⁹ BAURA, E. “El contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio”, en *Ius Canonicum*, Volumen XXVII, 1987. p. 736.

chos individuales¹⁵⁰. En relación con la moral, CALVO ALVAREZ afirma que, ésta “no es una noción jurídica sino ética que recoge el sentimiento tradicional de los principios y convicciones éticas, junto a los usos y convicciones sociales, de diversa índole, que han perdurado históricamente¹⁵¹, aunque concluye su argumentación afirmando que: “a pesar de no ser realidades jurídicas, ni la moral... ésta es incorporada al mundo de lo jurídico por distintos caminos, en concreto, por medio de la ley”¹⁵².

La moral tampoco puede ser límite al ejercicio de los derechos individuales, tras la entrada en vigor del texto constitucional¹⁵³. Además debemos recordar en relación a la delimitación del término moral que la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, concretamente en la sentencia de 15 de noviembre de 1982, en la que se establece, en relación a la libertad de expresión y la moral como límite a su ejercicio que, el Alto Tribunal estableció que: la moral debe interpretarse como, “el mínimo ético necesario para la vida social acogido por el Derecho”¹⁵⁴, y que a la hora de configurarse como límite al ejercicio de un derecho, “debe rodearse de garantías suficientes para evitar que bajo un concepto ético jurídicado se produzca una limitación injustificada de derechos

¹⁵⁰ CALVO ALVAREZ, J. en *Orden Público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona, 1983. p. 25 y ss. Establece el autor que debe diferenciarse los conceptos de *moral*, *buenas costumbres* y *orden público* puesto que esta última es una *noción jurídica* mientras que las dos primeras pertenecen al mundo de lo ético. El término “buenas costumbres” se utiliza en Derecho para subrayar la necesidad de respetar las convicciones morales presentes en la vida social, puesto que éstas incluyen valores dignos de protección, de forma que dicha moral es protegida por el Derecho. La moral por tanto, en opinión del autor, recoge las convicciones morales de la sociedad”. GARCÍA OVIEDO, C. en *Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1962. p. 766. Establece que “la moralidad pública y las buenas costumbres están constituidas por “un conjunto de reglas y exigencias sociales, ancladas en las costumbres, y aceptadas por la casi unanimidad de la conciencia de un pueblo, por lo que son protegidas por el Derecho”.

¹⁵¹ CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público y factor religioso en la Constitución española...* cit. pp. 25 y ss.

¹⁵² CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público y factor religioso en la Constitución española...* cit. pp. 25 y ss.

¹⁵³ CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público y factor religioso en la Constitución española...* cit. pp. 25 y ss.

¹⁵⁴ Recurso de amparo número 185/1980 y 402/1981 acumulados. Sentencia de 15 de noviembre de 1982, número 62/1982. Fundamento Jurídico 7º-a).

fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico vigente”¹⁵⁵.

A modo de conclusión podemos afirmar que, en la actualidad no tiene virtualidad el contenido que fue emitido por los Tribunales en relación con el término orden público en la etapa preconstitucional, puesto que a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 los principios que informan el ordenamiento jurídico español y que constituyen, en nuestra opinión, el vértice del que se deberá inferir el contenido de dicho término, dista del emitido anteriormente de los principios morales y religiosos, por lo expresado anteriormente, la aconfesionalidad del Estado y la indeterminación del término moral.

Una vez promulgada la Constitución de 1978, ya no tiene sentido delimitar el término orden público como, “aquel conjunto de facultades que correspondían a las autoridades gubernativas para el mantenimiento de la estabilidad de la sociedad”, o “como aquel conjunto de principios políticos, morales e incluso religiosos” que hemos visto en el régimen precedente. En este sentido se pronunció, también, ROMAIN, en su brillante aportación, “*L’ordre public (notion générale et les droits de l’homme)*”, en la que afirma que el orden público “no es puramente o simplemente asimilable a la ética o a la moral, sino la esencia del ordenamiento jurídico, que reposa en los valores que se deducen de los principios generales del Derecho”¹⁵⁶. El nuevo marco constitucional exige una nueva interpretación del término que trataremos de exponer en este apartado a la luz de los principios, valores y derechos que informan el ordenamiento constitucional.

¹⁵⁵ Recurso de amparo número 185/1980 y 402/1981 acumulados. Sentencia de 15 de noviembre de 1982, número 62/1982. Fundamento Jurídico 3º-b. Para delimitar el concepto de moral deberemos acudir a los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución. El concepto de moral puede ser utilizado por el legislador y aplicado en los Tribunales como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, como lo ha hecho el legislador posconstitucional en el art. 3.1º de la Ley Orgánica de libertad religiosa.

¹⁵⁶ ROMAIN, J. F. en *L’ordre public et les droits de l’homme, en L’ordre public concept et applications*, Les conférences du centre de droit privé et de droit économique, Volumen III, Bruselas, 1995. pp. 11 y ss.

Considera CALVO ALVAREZ que el orden público expresa “algo así como la trabazón de las convicciones sociales imperantes en una comunidad con el ordenamiento jurídico: es expresión de lo que constituye al Derecho en algo vivo y realmente vigente¹⁵⁷, por ello la noción de orden público sintetiza la unidad del Derecho, con toda su fuerza dinámica hacia la consecución del orden social justo, por ello deberá detraerse este concepto de los principios jurídicos que son las fuentes legitimadoras del ordenamiento”¹⁵⁸. DORAL, por su parte, considera que el orden público “no es simple estructura del orden social establecido, sino el núcleo mismo de este orden, nunca acabado y perfecto porque el dinamismo tiende a perfeccionarse más y más en sucesivos logros, por ello, no es mera entidad conceptual que expresa una realidad estática acabada, sino algo vivo, dotado de una fuerza expansiva, orientadora de la dinámica social, a la que sirve como instrumento operativo”¹⁵⁹.

La transformación del ordenamiento jurídico producida como consecuencia de la promulgación de la Constitución confirma y concreta la necesidad de actualizar la noción del orden público. A partir de la vigencia de la norma fundamental, ya no tiene sentido delimitar el orden público como, “el complejo de normas reguladoras y tutelares del interés público¹⁶⁰, o como el conjunto de principios morales y religiosos¹⁶¹, o

¹⁵⁷ CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público,...* cit. pp. 99 y ss. Considera que es necesario actualizar la noción de orden público lo que supone desvincularlo de la ley imperativa como ocurría en la etapa precedente. Recurriendo a DORAL establece el autor su conformidad con él, puestos que, ambos consideran necesaria la “emancipación del concepto de orden público de la ley imperativa” y buscar su concepto en los principios jurídicos que se infieren del texto constitucional.

¹⁵⁸ CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público,...* cit. p. 127. “La noción de orden público recoge, en los distintos ordenamiento jurídicos, “los principios que, aún con un diverso rango, no pueden ser desconocidos en la aplicación del Derecho”. La noción de orden público, por tanto, conjuga, coordinando, todo el Derecho, en sus mismos principios, al ser noción portadora sintetizadora de los mismos, también coordina y ordena a esos mismos principios jurídicos entre sí. Esta coordinación de los principios que contiene, lleva a dar prioridad a unos sobre otros, de acuerdo con el orden de prelación que la conciencia jurídica y social concede a los mismos”.

¹⁵⁹ DORAL, J. A. en *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, 1967. p. 71.

¹⁶⁰ STS de 10 de enero de 1993.

¹⁶¹ STS de 12 de mayo de 1944, o STS de 5 de abril de 1996, “El orden público está constituido por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e

aquel haz de facultades que tenía la administración¹⁶², sino que por orden público se debe entender, tal y como establece DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, como, “la íntima y radical conexión de los principios informadores de una determinada institución jurídica con los principios fundamentales de organización de la comunidad”¹⁶³, o “como el núcleo del orden social establecido, nunca acabado y perfecto ya que su dinamismo tiende a perfeccionarse más y más, así pues, no es una realidad estática acabada, sino algo vivo, dotado de una fuerza expansiva, orientadora de la dinámica social, a la que sirve como instrumento operativo”¹⁶⁴.

Teniendo en consideración que tras la promulgación de la Constitución de 1978, el principio personalista se erige en motor del ordenamiento, consideramos que el orden público deberá de defender, garantizar y promocionar el libre desarrollo de la persona y el legítimo ejercicio de lo propiamente personal¹⁶⁵, así pues, este concepto está integrado principalmente por “los principios de justicia y de igualdad y apoyado en el reconocimiento de la dignidad de la persona y orientado a su servicio, a fin de conseguir el pleno desarrollo de los Derechos Humanos”¹⁶⁶, por ello, este concepto tras promulgarse la Constitución de 1978 pasa a ser un concepto jurídico que hunden sus raíces en la realidad social ya que los poderes públicos (legislación, jurisprudencia y administración) para comprender qué es el orden público deberán observar lo que acontece en la sociedad española¹⁶⁷.

incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y época determinada”.

¹⁶² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. en *La cláusula de, ... cit.* p. 52. “El Gobierno que aplicaba de forma general para reducir el ejercicio de los derechos de sus ciudadanos”.

¹⁶³ DÍEZ PICAZO, Y PONCE DE LEÓN, L. en *El Negocio jurídico del Derecho de familia, ... cit.* p. 779.

¹⁶⁴ DORAL, J. A. en *La noción de orden público, ... cit.* p. 137.

¹⁶⁵ CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público, ... cit.* p. 210. “Todo ello como consecuencia de la tarea promocional que le impone el art. 9.2º CE a los poderes públicos. Por ello el ejercicio de los derechos individuales debe ser real y no únicamente formal”. “Al pasar a ser la Constitución más personalista y menos estatalista, el orden público incluye, no tanto la protección de la seguridad del Estado, sino sobre todo, la protección de los derechos fundamentales de la persona”.

¹⁶⁶ BAURA, E. en *El Contenido esencial del Derecho constitucional, ... cit.* p. 737.

¹⁶⁷ BAURA, E. en *El Contenido esencial del Derecho constitucional, ... cit.* p. 212.

Así pues, al tratar de definir o delimitar el concepto de orden público, en distintos ámbitos del Derecho, como son el Derecho administrativo, el Derecho civil y el Derecho internacional privado, vemos que en cada uno de ellos tiene unos matices definidos.

En el ámbito administrativo el orden público “ya no puede erigirse en cláusula general habilitante e indeterminada de las potestades de la Administración sobre el ejercicio de los derechos, tampoco puede ser límite implícito e inmanente del ejercicio de derechos como ocurría en la Ley de Orden Público de la etapa preconstitucional¹⁶⁸”. El orden público es ante todo un concepto jurídico, más o menos indeterminado, cuyo contenido no debe ser otro que el de una situación de alteración de la normalidad, de la tranquilidad y paz públicas que impida el libre ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de modo tal que lo que, con el concepto de orden público, se pretende proteger no es otra cosa que esto último y, precisamente para ello, se otorgan potestades a la Administración. Así lo estableció el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 18 de noviembre de 1993 en relación al art. 1^o¹⁶⁹ de la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Según se establece en esta Sentencia, el art. 1^o “*puede entenderse alusivo a un orden público constitucional, puramente material y que gira en torno al libre ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas que es su fundamento*”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ BARCELONA LLOP, J. Voz: *Orden público*, en *Enciclopedia jurídica Básica*, Vol. III, Madrid, 1995. p. 4.633.

¹⁶⁹ Art. 1^o de la LEY ORGÁNICA 1/ 1992 de 21 de noviembre de 1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana : “de la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana, del mantenimiento de las condiciones adecuadas a tal efecto y de la remoción de los obstáculos que las interfieran”.

¹⁷⁰ BARCELONA LLOP, J. Voz: *Orden Público*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Madrid, 1995. pp. 4633-4, CORRAL SALVADOR, C. “La Ley Orgánica Española de libertad religiosa, en *Revista Española de Derecho civil*, Vol. 37, 1981. p. 84. El concepto de orden publico puede interpretarse como instrumento jurídico de intervención del Estado y norma delimitadora de su competencia a la vez que garantiza por parte del Estado de las mismas libertades públicas y punto de encuentro del Derecho Constitucional especialmente en relación con las tablas constitucionales de Derechos del Hombre .

En el ámbito civil, el orden público “es un concepto válvula, un concepto jurídico indeterminado, un concepto cuya utilidad radica en su indeterminación. Aparece recogida en el art. 1255 Código civil como límite a la autonomía privada de la voluntad de los particulares la ley, la moral y el orden público”¹⁷¹. En opinión de CORRAL SALVADOR el orden público comprende “el conjunto de principios y leyes principalmente preceptivas y prohibitivas, que no pueden ser derogadas por medio de convenciones particulares. Tiende a imponer el bien de la comunidad sobre el bien particular de los individuos restringiendo la autonomía de la voluntad”¹⁷². GORDILLO CAÑAS establece que el orden público estaría constituido por el “conjunto de ideas o principios sociales, políticos, morales y económicos, de tal forma fundamentadores y conformadores del orden de la convivencia, que a su conservación se entiende ligada la de la propia organización social”¹⁷³.

En el ámbito del Derecho internacional privado, el orden público “esta constituido por un conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales, de índole económico,

¹⁷¹ BARCELONA LLOP, J. Voz: *Orden Público*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, 1995. p. 4630. “En el Derecho civil el concepto de orden público es utilizado para limitar los pactos cláusulas y condiciones que pueden establecer los contratantes, art. 1.255 del Código civil. El orden público parece remitir a ciertas convicciones básicas de la colectividad sobre los fundamentos de su propia organización y de su propio ordenamiento jurídico y su razonable plasmación en el tráfico jurídico dependerá, básicamente, de la prudencia de los aplicadores del Derecho. GORDILLO CAÑAS, A. Voz: *Orden público*, en *Enciclopedia jurídica Básica*, Volumen III, Madrid 1995. pp. 4.635 y ss. El art. 12.3º del Código civil establece: “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. De este precepto se deduce que la norma extranjera no se aplicará en aquellos casos en los que de su aplicación derive un supuesto contrario al orden público o consecuencias contrarias al mismo dentro del ordenamiento jurídico español”. Este mismo precepto se recogía en el Código civil preconstitucional: art. 11.3º del Código civil, por el que a pesar de existir una ley extranjera aparentemente competente para regular una determinada materia, las normas de conflicto de Derecho internacional no permitirían la aplicación de la misma por ser contraria al orden público español.

¹⁷² CORRAL SALVADOR, C. en *La Ley orgánica*,... cit. p. 83.

¹⁷³ GORDILLO CAÑAS, A. Voz: *Orden público*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, Madrid, 1995. p. 4.636.

político o social en un momento dado”¹⁷⁴. Designa “un correctivo negativo frente a la eventual aplicación del Derecho extranjero”¹⁷⁵.

La doctrina española se encuentra dividida a la hora de establecer cuál es el contenido¹⁷⁶ y la función del orden público, parte de la misma, entiende que es un límite absolutamente necesario en una sociedad democrática en el ejercicio de sus libertades aunque sólo puede actuar

¹⁷⁴ CORRAL SALVADOR, C. “Ley Orgánica Española de Libertad Religiosa”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Volumen 37, 1981. p. 83. También puede definirse el orden público “como el conjunto de principios de orden, no solo jurídico (público o privado) sino también políticos, económicos, morales, y algunas veces, religiosos, absolutamente obligatorios, por ser considerados esenciales para la conservación del orden social de un pueblo de una época determinada”.

¹⁷⁵ SÁNCHEZ LORENZO, S. *Voz: Orden Público*, en , *cit.* p. 4637. En su vertiente positiva, el concepto de orden público internacional es utilizado, junto a otros argumentos, como fundamento del empleo de normas sustantivas a una situación de tráfico externo. En su dimensión negativa se utiliza como correctivo funcional frente a la norma de conflicto, así lo prevé el art. 12.3º del Código civil: “en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

¹⁷⁶ RUIZ VADILLO, E. “La excepción de orden público y la situación político-social y jurídica actual a través de la Constitución”, en *Boletín Oficial del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, 1979. p. 27. La noción de orden público comprende “el conjunto de principios fundamentales que acepta como tales la sociedad, y sobre los que se asienta el Estado, es cambiante y dinámica como la vida misma y sujeta a distintas y aun contradictorias interpretaciones, según los cambios sociales, como pueden serlo las ideas de escándalo público o buenas costumbres en el Derecho penal y como pueden serlo tantos y tantos conceptos en los más diversos campos del ordenamiento jurídico. Por ello, el Juez deberá extraer la idea de orden público a través de la decantación del ordenamiento jurídico (leyes, costumbres, principios y realidad social) dando prioridad a la Constitución en cuanto conjunto de normas y expresión de ideales de convivencia democrática en un Estado de Derecho”. DORAL, J. A. en *La noción de orden público en el Derecho civil español*,... *cit.* p. 137. “el orden público no es simple estructura del orden social establecido, sino el núcleo mismo de ese orden, nunca acabado y perfecto porque su dinamismo tiende a perfeccionarse más y más en sucesivos logros. No es una mera entidad conceptual que expresa una realidad estática acabada, sino algo vivo, dotado de una fuerza expansiva, orientadora de la dinámica social, a la que sirve como instrumento operativo”. NAVARRO VALLS, R. en *Divorcio: orden público*,... *cit.* pp. 92-93. “El contenido del orden público vendría dado por “el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social, instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos, o, en su caso, por aplicación de normas extranjeras”. “Se constituye el orden público en una forma de vida, un status social establecido y condicionado por la voluntad formal de una comunidad jurídica, en función de su tradición histórica, sus convicciones éticas más arraigadas, sus costumbres y convencionalismos más generalizados, sus exigencias y necesidades más sentidas”.

con carácter excepcional y en términos restrictivos¹⁷⁷. Otros han tratado de equiparar el orden público y la tutela de los derechos y libertades fundamentales¹⁷⁸.

Ante la dificultad de encontrar una definición de orden público precisa, unívoca y válida para todo el tiempo y lugar, debido a que es un concepto elástico y dinámico¹⁷⁹, deberemos de acudir en primer lugar y tal y como establece el art. 10.2^o¹⁸⁰ CE a las Declaraciones Internacionales y Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En todos estos textos internacionales¹⁸¹, se recogen algunos elementos comunes, como integrantes del orden público, como son: la seguridad pública, la salud pública, el orden público y la moral pública.

¹⁷⁷ ALONSO DE ANTONIO, J. A. "El derecho de libertad religiosa en la Constitución Española de 1978", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 2, pp. 243-345.

¹⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRIA, E. "La significación de las libertades para el derecho administrativo", en *Anuario de Derecho Histórico*, 1981. pp. 121-2. CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público y factor religioso en la Constitución española*,... cit. pp. 250-251.

¹⁷⁹ MIAJA DE LA MUELLA, A. en *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Madrid, 1976. pp. 393 y ss. El contenido del orden público es cambiante y buena muestra de ello es "el fracaso de cuantos intentos se han realizado de determinar su contenido". En este sentido: CASANOVAS Y LA ROSA, O. "Comentarios al art. 16.1^o del Título Preliminar del Código civil", en *Comentarios a la reformas del Código civil*, Tomo I, Madrid, 1977. pp. 743 y ss. El contenido del orden público es "imprecisa, y de una relatividad esencial". DORAL, J. A. en *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, 1976. p. 380. El orden público es de "naturaleza dinámica". Es por ello se que "resiste a permanecer cristalizada, y a perder, así, vitalidad y utilidad, al contrario, su contenido dinámico la hace susceptible de actualizarse progresivamente conforme a los criterios que en cada momento rigen la sociedad o los grupos sociales". CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público*,... cit. p. 131. establece que evidentemente el concepto de orden público es dinámico pero que a pesar de esa dinamicidad incluye también principios de carácter intangible y radicalmente básicos de todo ordenamiento jurídico, por lo que también tiene junto a elementos dinámicos otros que son básicos.

¹⁸⁰ Art. 10.2^o Constitución de 1978: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales".

¹⁸¹ Según se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1.948, art. 29.2^o: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las

justas exigencias de la **moral, del orden público y del bienestar general** en una sociedad democrática”.

En el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950,

art. 8.2º “No podrá haber injerencias de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria **para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral**, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Art. 9.2º “**La libertad de manifestar su religión o sus convicciones** no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, **para la seguridad pública, la protección del orden , de la salud o de la moral públicas**, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

Art. 10.2º “El ejercicio de estas libertades (libertad de expresión), que entraña deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, **para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral**, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Art. 11.2º “El ejercicio de estos derechos (libertad de reunión , asociación) no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, **para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral**, o la protección e los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966, se establece,

art. 18.3º “La libertad **de manifestar la propia religión o las propias creencias** estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para **proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública** o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

art. 19.3º “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2º (libertad de expresión) de este art. entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para : a)- Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. b)- **La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.**

Art. 21 “Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, **en interés de la seguridad nacional , de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública** o los derechos y libertades de los demás”.

Hemos de mencionar que todos estos Tratados Internacionales se promulgan entre los años 1948 y 1966, y en todos ellos se recogen términos como *seguridad pública, salud pública, moralidad pública y orden público* entre otros. Los tres primeros han sido recogidos por el art. 3.1º de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa como elementos constitutivos del orden público. Apuntamos aquí que tanto la sociedad europea como la española ha evolucionado en los últimos casi cincuenta años y que quizás estos conceptos han quedado anacrónicos y sería conveniente adecuarlos a la realidad imperante tanto a nivel europeo como español¹⁸².

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación al concepto de orden público en relación a un Recurso de Amparo presentado como consecuencia de un Auto pronunciado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, por el que se otorgaba el exequátur a una sentencia dictada en Estados Unidos¹⁸³. En la misma establece que una vez aprobada la Constitución de 1978 es necesario dar un nuevo concepto de orden público. En relación con el exequátur y el orden público del foro establece: “que los jueces y Tribunales no pueden reconocer, ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros”¹⁸⁴. Así pues, en relación con el tema que dilucida el Recurso de

Art. 22.2º “El ejercicio de tal derecho (asociación) sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, **en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud, o la moral pública** o los derechos y libertades de los demás.

¹⁸² CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público,...* cit., p. 242. Considera el autor que “debe reducirse la noción de orden público al ámbito que le es propio: el de los principios básicos e inviolables del orden jurídico”. Para delimitar el concepto de orden público en relación a la libertad religiosa establece que debe actualizarse una vez aprobada la Constitución y la misma estaría integrada principalmente por los siguientes principios que se desarrollan a través de su obra como son: “justicia y libertad, reconocimiento de la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, el respeto a los derechos de los demás y de la sociedad misma, no sería un orden público nacionalista sino abierto a la efectiva protección de los derechos humanos, estaría orientada al pleno reconocimiento de los derechos humanos y sería garantía jurídica del recto orden social más que del orden estatal”.

¹⁸³ Recurso de amparo número 325/1985.

¹⁸⁴ Fundamento Jurídico 4º. Se establece que el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Nuestros Jueces y

Amparo podemos concluir estableciendo que, en opinión del Tribunal Constitucional, se constituyen como elementos integrantes del orden público la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas en la Constitución.

Por su parte CALVO ALVAREZ, considera que la noción clásica de orden público es un “instrumento jurídico insuficiente para la efectiva protección de los derechos fundamentales, una vez aprobada la Constitución, en consecuencia propone la actualización del concepto”¹⁸⁵. Su propuesta se encamina a “desvincular su existencia exclusivamente legal con el fin de obtener una mayor flexibilidad, subraya que: a)- es una noción unitaria, a pesar de que pueda ser aplicada a distintos sectores del ordenamiento, b)- es un concepto jurídico, así pues, deberá de diferenciarse de la moral y de las buenas costumbres, c)- tiene un carácter social y no estatal, d)- es noción portadora y sintetizadora de los principios jurídicos esenciales de una comunidad, e)- se le encomienda la misión de ordenar y coordinar dichos principios, f)- es una noción esencialmente positiva, garantizadora y promocional, g)- no es una noción negativa o límite, h)- tiene carácter dinámico e instrumental, i)- se le encomienda como objetivo fundamental de protección la persona individual y su libre y legítimo ejercicio de derechos y libertades”¹⁸⁶.

Una vez realizadas todas estas matizaciones, en relación con la actualización del orden público, considera que pueden inferirse del propio texto constitucional los “principales aspectos de la nueva noción del orden público entre los que enumera: 1º)- entre los principios que integran la noción destaca: la libertad y la justicia, 2º)- se apoya éste concepto en el reconocimiento de la dignidad de la persona y se orienta a su servicio, 3º)- no es posible un reconocimiento real de la dignidad de la persona y un reconocimiento práctico de los derechos que le son inherentes, 4º)- los derechos no son absolutos, ya que deben ejercitarse dentro del respeto a los derechos de los demás, y de la sociedad misma,

Tribunales no pueden conocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por la exigencia del art. 24 CE”.

¹⁸⁵ CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público y factor religioso, ... cit.* pp. 277 y ss.

¹⁸⁶ CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público y factor religioso, ... cit.* pp. 277-280.

5º)- el nuevo orden público no es nacionalista, sino abierto a la efectiva protección de los derechos humanos en la sociedad española, 6º)- se orienta, no sólo al reconocimiento, sino al pleno desarrollo de los derechos humanos, y 7º)- es garantía jurídica, el orden público, del recto orden social más que del orden estatal¹⁸⁷.

En definitiva diremos que, el orden público *deberá de interpretarse en cada momento histórico y en cada lugar teniendo presentes los principios y valores constitucionales, asumiendo como fin principal del mismo el libre desarrollo de la personalidad del individuo*¹⁸⁸. Por tanto, incluiremos dentro de los comportamientos contrarios al orden público *todos aquellos que limiten el ejercicio legítimo de los derechos y libertades individuales, bien por parte de los poderes públicos, o de los propios particulares, por todo ello, consideramos que el único límite que figurará como constitutivo del orden público en un Estado Social y Democrático de Derecho será el respeto a los derechos de los demás en el ejercicio legítimo de sus derechos y libertades individuales y colectivas, ser con los demás*¹⁸⁹.

En suma, el orden público a nuestro entender deriva del propio ordenamiento jurídico una vez aprobada la Constitución de 1978, queremos apuntar que en el Derecho matrimonial existen determinados límites o fronteras que los particulares no pueden traspasar puesto que la trasgresión de las mismas supondría realizar actos contrarios a lo

¹⁸⁷ CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público y factor religioso,...* cit. p. 280.

¹⁸⁸ CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público y factor religioso,...* cit. p. 150. Que el "la función que se le asigna la orden público es el de defender y promocionar a la persona y el libre ejercicio de lo propiamente personal y esta función se realiza de forma indirecta a través de la defensa y promoción de los principios informadores del ordenamiento jurídico. El orden público protege la persona y las manifestaciones más inmediatas de la personalidad".

¹⁸⁹ ROMAIN, J. F. en *L'ordre public et les droits,...* cit. pp. 59-60. El autor, al término de su estudio nos propone una definición de la noción general del orden público: "el orden público general es la conjunción de los principios de base que gobierna el orden jurídico general de un Estado democrático, principios que pueden clasificarse en dos categorías: 1º)- principios fundamentales de cada Estado: orden público fundamental, escrito o no escrito que tiende a la protección de derechos y libertades fundamentales de los individuos y que define las garantías y las reglas del orden político y jurídico de cada Estado, y comprende las buenas costumbres, principios que no pueden ser derogados ni por los particulares ni por el Estado, salvo las restricciones y reservas que son modificables legalmente. 2º)- Los otros principios esenciales del Estado. (el orden público esencial), que tiende a proteger el interés general en el orden jurídico público, económico y social del Estado".

establecido en la ley que supondrían la nulidad *ipso iure*, es decir, automática, del matrimonio sin necesidad de declaración judicial alguna¹⁹⁰. Esta nulidad deriva de la trasgresión de la legalidad imperante, legalidad que evidentemente es dinámica y cambiante a través de nuevas actuaciones del legislador ordinario. Por ello, todas las normas que regulan el estado civil¹⁹¹, la capacidad de la persona¹⁹² y el Derecho de familia son consideradas, por la mayoría de la doctrina española, de orden público, así pues son irrenunciables e inderogables por parte de los particulares¹⁹³. Así lo establece también el profesor BENABENT que considera, que es habitual incluir como materia de orden público, todas aquellas cuestiones que tienen que ver con el estado civil de las personas y el matrimonio¹⁹⁴. Considera que esta inclusión deriva de la perspectiva clásica que se tenía tanto del derecho matrimonial, como del divorcio y de las obligaciones personales todas ellas, eran consideradas materias que no podían ser organizadas por las personas a su voluntad, sino que se constituían en materias que estaban reguladas previamente por parte del ordenamiento¹⁹⁵. Pero establece el autor que desde la perspectiva actual se ha producido una evolución en el ámbito matrimonial, llegán-

¹⁹⁰ DE CASTRO, F. en *Derecho civil de España*, 2ª edición, Tomo I, Madrid, 1997. p. 538

¹⁹¹ “La condición civil de la persona interesa a la misma estructura de la Comunidad, en cuanto señala su puesto y significado jurídico en ella. De ahí el interés de todo lo referente al estado civil y el que las cuestiones que le afectan directa o indirectamente sean consideradas de orden público, por ello quedan sustraídas al poder de disposición del individuo como consecuencia de la trascendencia social de las mismas. Es el orden público el que exige esta indisponibilidad”. DE CASTRO Y BRAVO, en *Derecho civil de España*, Parte General, I, Madrid, 1955. p. 602. “El interés o orden público se invocan por el carácter irrenunciable de los derechos y facultades unidos al ser de la persona como los derechos de la personalidad... y todos los derechos que regulan el estado civil y la familia”.

¹⁹² CALVO ALVAREZ, J. en *Orden público y factor religioso...* cit. p. 117.

¹⁹³ DIEZ PICAZO Y GULLÓN, en *Instituciones de Derecho civil*, Volumen I, Madrid, 1974. p. 214. “Se consideran generalmente como de orden públicos las leyes que regulan el estado civil, la capacidad de las personas, por lo que son irrenunciables los derechos inherentes a la personalidad, son también de orden público las normas de Derecho de familia”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970. p. 281. Considera que “sería conveniente volver al concepto tradicional de orden público identificándola con la indisponibilidad por parte de las partes de los derechos”.

¹⁹⁴ BENABENT, A. en *L'ordre public en droit de la famille*, en REVET, T. en *L'ordre public á la fin de Xxeme siècle*, París, 1997. p. 27.

¹⁹⁵ BENABENT, A. en *L'ordre public en droit de la famille...* cit. p. 28.

dose a equiparar determinadas prestaciones que se conceden a las personas integradas en los matrimonios a las parejas de hecho, incluye el autor dentro de las mismas a la Seguridad Social, determinados aspectos fiscales y la protección en los arrendamientos, incluso la bigamia está permitida o no está prohibida si no existe matrimonio, es decir, siempre que se dé dentro de una unión libre.

Cuestionamos esta última afirmación ya que en las distintas normas jurídicas que se están promulgando en relación con las uniones de hecho, se incluyen como requisitos de capacidad que impiden la constitución de parejas estables no casadas, el estar ligado por vínculo matrimonial¹⁹⁶, así también, dentro de los requisitos personales, se establece que no podrán constituir uniones estables, las personas que están ligadas por un vínculo matrimonial¹⁹⁷, no existe infracción y tampoco se ocupa de ella el orden público¹⁹⁸. La única diferencia que existe en el momento actual, es tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, tanto en el derecho sucesorio como en el derecho fiscal que su régimen será más favorable que el de las personas que viven en pareja estable¹⁹⁹.

Establece en este sentido DIEZ PICAZO que el orden público está constituido “por aquellas normas en donde cristalizan las convicciones

¹⁹⁶ Art. 4º, apartado a) de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón. “No podrán constituir un pareja estable no casada de las reguladas en la presente Ley: a)- Los que estén ligados con vínculo matrimonial”.

¹⁹⁷ Art. 20, apartado b)- de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de la Generalitat de Cataluña. Requisitos personales: 1º)- “No podrán constituir una unión estable objeto de la presente normativa: b)- las personas que están ligadas por vínculo matrimonial”.

¹⁹⁸ BENABENT, A. en *L'ordre public en droit de la famille...* cit. p. 28. Establece el autor que incluso a través de la Ley de 29 de julio de 1994 de procreación asistida se ha utilizado por primera vez el término pareja. El derecho a la procreación asistida se permite no solo a las parejas casadas sino también a aquellas parejas que puedan justificar una unión estable de dos años, por lo que se extiende este derecho también a las personas no casadas. En relación con la permisión de la bigamia diremos que discrepamos con el autor, ya que en nuestra opinión, no existe bigamia hasta el momento en el que uno de los contrayentes, casado y cuyo matrimonio no ha sido disuelto, vuelve a celebrar matrimonio. Así pues, no podemos pensar que una persona casada y cuyo matrimonio no está disuelto, por el hecho de vivir con una nueva pareja, unión de hecho, cumpla con el delito que contienen los Códigos penales. De las uniones de hecho no puede surgir la bigamia ya que falta el elemento esencial, celebración de nuevo matrimonio.

¹⁹⁹ BENABENT, A. en *L'ordre public en droit de la famille...* cit. p. 29.

básicas de un grupo humano respecto a su propia organización fundamental”²⁰⁰. La monogamia se constituye, dentro de nuestro ordenamiento jurídico matrimonial, como un elemento esencial del mismo y cualquier acto que a él se oponga supondrá la nulidad de pleno derecho del matrimonio, (art. 46.2º en relación con el art. 73.2º del Código civil).

Volviendo a la unidad como elemento esencial del matrimonio y constitutivo del orden público, algunos autores consideran que el texto constitucional no se ha pronunciado claramente en relación a la monogamia y que son normas de rango inferior las que recogen dicha exigencia²⁰¹. Por tanto, de la interpretación de los términos el hombre y la mujer que recoge el art. 32 CE no puede inferirse que la exigencia de la monogamia sea una cuestión de orden público que deriva exclusivamente del texto constitucional. Otros autores consideran que dicha consideración puede deducirse de la conjunción del texto constitucional y el Código civil²⁰². Esta afirmación es irreversible en el ordenamiento jurídico español imperante salvo modificación del Código civil o de una nueva interpretación del Tribunal Constitucional²⁰³. Apuntamos que también sería necesaria la modificación del Código penal.

Tampoco podemos deducir la exigencia de la monogamia de los Textos Internacionales ratificados por el Estado español, al menos de forma

²⁰⁰ DIEZ PICAZO, L. en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Volumen II, Segunda edición, número 354.

²⁰¹ ESPÍN CANOVAS, D. “Comentario al art. 32 CE”, en *Comentarios a las Leyes políticas*, cit. p. 357. “El texto constitucional no se pronuncia claramente sobre la monogamia, pero será en normas de rango inferior donde resulte perfilado el derecho al matrimonio monógamo, a través de la prohibición matrimonial para el que ya esté casado o de la sanción penal de la bigamia”.

²⁰² ESPÍN CANOVAS, D. “Comentarios al art. 32 CE”,...cit. p. 357. BAURA DE LA PENA, E. “El Contenido esencial del Derecho constitucional al matrimonio”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. IV, 1988. p. 371.

²⁰³ ESPÍN CANOVAS, D. “Comentarios al art. 32 CE”,... cit. p. 357. “El ser la unidad una cuestión de orden público por imperativo legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico deducible de la conjunción del texto Constitucional y el Código civil supone la no admisión de uniones legales acordes con otros ordenamientos extranjeros, concretamente de los países islámicos a no ser que se produzca una nueva regulación legal o una interpretación del Tribunal Constitucional en esta línea”.

expresa, aunque hemos de manifestar que la monogamia esta asentada en todos los países occidentales que derivan de la tradición judeo-cristiana: art. 23 del PIDCP²⁰⁴, art. 16 de la DUDH²⁰⁵ y art. 10 del PIDESC²⁰⁶.

En el ámbito matrimonial se han elaborado distintas Convenciones en las Conferencias de La Haya de Derecho internacional privado, en las mismas se ha tenido en cuenta la cláusula de orden público. En dichas Convenciones se han tratado de regular materias que abarcan el ámbito del divorcio²⁰⁷, los efectos matrimoniales sobre los derechos y deberes de los esposos²⁰⁸ y la regulación del matrimonio²⁰⁹. En todos estos casos, establece VIÑAS FARRÉ, “sólo se puede recurrir a la cláusula de orden

²⁰⁴ Art. 23 del PIDCP: 1º)- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2º)- Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3º)- El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4º)- Los Estados Partes en el presente Convenio, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y a la conclusión del mismo.

²⁰⁵ Artículo 16 de la DUDH: 1º)- Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2º)- Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3º)- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

²⁰⁶ Art. 10 del PIDESC: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1º)- Se debe reconocer a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación... El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

²⁰⁷ Convención Divorcio. Convención para regular los conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de divorcio y separación de cuerpos. Concluida el 12 de junio de 1902. Convención Divorcio. Reconocimiento: Convención sobre el reconocimiento de divorcios y separaciones de cuerpos. Concluida el 1 de junio de 1970.

²⁰⁸ Convención Efectos matrimoniales: Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial. Concluida el 17 de julio de 1905. Convenio Ejecución general: Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial. Concluida el 1 de febrero de 1971.

²⁰⁹ Convención Matrimonio. Convención para regular los conflictos de leyes en materia de matrimonio. Concluida el 12 de junio de 1902.

público de forma excepcional y cuando la ley extranjera conceda soluciones que hieran el sentimiento de justicia del Estado o afecten directamente al orden estatal²¹⁰.

3.- Conclusión

Por lo que hace referencia a la unidad como elemento esencial del matrimonio, y por tanto, como cuestión de orden público, quizás el argumento que con mayor peso específico puede reprobar la eliminación de la unidad o monogamia como elemento esencial del matrimonio y constitutivo de orden público en el ordenamiento jurídico español hoy, sea que, a través de dicha eliminación se rompería con dos de los principios fundamentales que la Constitución ha consagrado e inspiran todo el ordenamiento como son la igualdad y la libertad²¹¹.

Por ello nos posicionamos en la línea en la que se encuentra la mayoría de la doctrina española²¹², pero justificamos nuestra posición

²¹⁰ VIÑAS FARRÉ, R. "La Cláusula de Orden Público en las Convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado", en *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1977. Volumen I, p. 72. Se estableció en el Acta II, p. 129, nota 1º que: "Nonobstant les articles qui précèdent, les tribunaux d'un pays n'auront pas égard aux lois étrangères, dans le cas où leur application aurait pour résultat de porter atteinte, soit au droit public de ce pays, soit à ses lois concernant les substitutions ou fidécumms, la capacité des Etablissements d'utilité publique, la liberté et égalité des personnes, la liberté des héritages, l'indignité de successeurs ou légataires, l'unité du mariage, les droits des enfants illégitimes".

²¹¹ Tanto la "libertad como la igualdad" son, dos principios fundamentales pero también dos derechos fundamentales constitucionalmente protegidos y según estableció el Recurso de amparo 325/1985 la vulneración de dichos derechos suponen la invasión del orden público español una vez aprobada la constitución de 1978, momento a partir del cual en opinión del Tribunal Constitucional el contenido de orden público se ve modificado y se integrará tanto por las libertades públicas y los derechos fundamentales que la Constitución recoge entre los que se encuentran los dos que hemos mencionado.

²¹² FOSSAR BENLOCH, E. en *Estudios de Derecho de familia*, Tomo I, ... cit. p. 190. Considera que la prohibición de la poligamia por la Constitución como estado matrimonial legal pueda considerarse como una limitación a la posible libertad religiosa de los ciudadanos españoles que pretendan que su religión admita dicho estado matrimonial múltiple, con efectos civiles. ESPIN CANOVAS, D. en *Comentarios a las leyes políticas*, ... cit. p. 357. Esta interpretación la deduce de la frase *el hombre y la mujer*, donde se alude a la unidad de

desde la perspectiva en la que consideramos que el matrimonio debe realizarse entre un hombre y una mujer entre sí o con persona del mismo sexo, puesto que lo contrario supondría la vulneración de la igualdad de derechos entre los mismos, consagrado en los arts. 14 y 32.1º de la Carta Magna²¹³ y no permitiría el libre desarrollo personal de los cónyuges integrados en el matrimonio.

A modo de ejemplo podemos avanzar aquí que, en los países en los que se reconoce el matrimonio polígamo, (por tanto la unidad no es elemento esencial del sistema matrimonial imperante), nos cuestionamos la libertad de la mujer a la hora de celebrar un matrimonio de este tipo, la dignidad de la o las esposas al tener que compartir al esposo y por tanto no constituir el matrimonio una relación exclusiva entre los cónyuges en la que se debe encauzar la afectividad y sexualidad entre los mismo, así como la igualdad entre los esposos, aunque esta última afirmación deberá ser estudiada con mayor profundidad posteriormente.

Consideramos que la unidad, como nota característica o elemento esencial del matrimonio, es hoy y lo será durante los próximos años

uno solo de cada sexo, confiere un rango constitucional, y por tanto irreversible salvo modificación del texto u otra interpretación por el Tribunal Constitucional. FOSSAR BENLLOC, E. en *Estudios, ... cit.* pp. 189 y ss. Considera el autor que esta característica es deducible del singular empleado en el texto constitucional, por lo que se excluye la poligamia. Considera que dicha exclusión se debe independientemente de las consideraciones religiosas, por consideraciones seculares. Justifica su posición diciendo que también implícitamente está prohibida también en las Declaraciones sobre Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos al consagrarse la igualdad de los cónyuges. . MARTÍ, J. M. en *Ius, ... cit.* p. 166. la exclusión de la poligamia cabría deducirse del empleo del singular al designar los sujetos del derecho. ENTRENA KLETT, C. en *Matrimonio, separación y divorcio, ... cit.* p. 43. "Que sólo puedan ser dos los contrayentes parece ser una condición obvia, pero la debemos realizar como exigencia natural aunque en ciertas fases históricas y en ciertos pueblos se haya dado el matrimonio de grupo- por más que modernos movimientos ácratas pretendan hoy implantar ese espécimen; esta pretensión, hay que reconocerlo, no merece comentario".

²¹³ ESPINAR VICENTE, J. M. en *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional privado, ... cit.* p. 252. "el principio de igualdad y la consiguiente proscripción de cualquier discriminación por razón de sexo, impide establecer una jerarquización familiar con base en la condición de hombre o mujer, dificulta mucho el reconocimiento de los matrimonios poligámicos o poliándricos, así como el de los divorcios basados en la decisión unilateral de un miembro de la pareja cuando tal posibilidad se reconozca en función de la condición de varón o hembra del repudiante y se desposea al otro cónyuge de una posibilidad simétrica".

EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

elemento constitutivo del orden público de nuestro ordenamiento jurídico, al igual que ocurre en los países de nuestro entorno cultural.