

LUCES Y SOMBRAS EN LA REGULACION CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

GABRIEL GARCIA CANTERO

La vigente Constitución española de 1978 trata ampliamente de cuestiones o materias pertenecientes al Derecho Privado, y, en particular, al Derecho de Familia. Los puntos directa o indirectamente regulados de este último son numerosos, si bien no aparecen sistemáticamente agrupados, sino dispersos a lo largo de su articulado. En relación con el derecho vigente al tiempo de su promulgación, no pocos se sitúan en una línea de continuidad; no faltan, sin embargo, aspectos regulados con principios distintos y aun contrarios, y, lo que ofrece mayor preocupación, vacíos y ambigüedades que pueden suponer en el futuro una gran inseguridad e incertidumbre jurídicas, o la sumisión a los criterios ideológicos del Partido gobernante.

Me propongo exponer a continuación las luces y sombras de la regulación que de la familia hace nuestro texto fundamental, al objeto de ayudar al intérprete y, eventualmente, colaborar en el futuro desarrollo de los principios en él contenidos.

Aunque la familia como tal no es persona jurídica, y por ello no puede ser directamente titular o destinataria de derechos y obligaciones, no cabe duda de que se trata de una institución objeto de atención y tutela por el legislador. Así el art. 39.1. de la Constitución dice que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Por otra parte el Estado ha intervenido casi siempre, a lo largo de la historia, en el acto creador de la familia, reconociendo la existencia de un *status familiae*, con singulares derechos y obligaciones para sus

miembros, con amplias repercusiones en el derecho patrimonial y sucesorio. Ningún Código civil del mundo ha dejado de tener en cuenta la regulación de la familia, o sus reflejos, como lo demuestran aquellos países que han optado por promulgar Códigos de Familia independientes del Código civil, resultando en la práctica imposible separar tajantemente ambos cuerpos legales. El legislador no puede ser indiferente ante el hecho familiar, por lo cual los criterios que utilice en su tratamiento pueden ser de gran importancia para el futuro de la institución en una sociedad determinada. Con la nueva regulación de la familia que viene impuesta como corolario de los preceptos constitucionales estamos configurando el proyecto de sociedad española para el año 2000.

I. *El concepto de familia*

Han desaparecido de nuestro texto constitucional las declaraciones solemnes y, a veces, un tanto enfáticas, de las Leyes Fundamentales anteriores, relativas tanto al concepto como a la función atribuida por el legislador a la familia. Así ocurre con la Declaración XII.3. del Fuero del Trabajo, a cuyo tenor el Estado “reconoce a la familia como célula primaria natural y fundamento de la sociedad, y al mismo tiempo como institución moral dotada de derecho inalienable y superior a toda ley positiva”; y con el art. 22 del Fuero de los Españoles, que recogía más sintéticamente la misma idea y la matizaba con mayor precisión jurídica: “El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva.— El matrimonio será uno e indisoluble.— El Estado protegerá especialmente a las familias numerosas”.

¿Podrá deducirse de esta omisión que el Estado ya no considera a la familia como célula primaria natural y fundamento de la sociedad? ¿Que ya no será tenida en cuenta como institución natural anterior a toda norma positiva? ¿Que, en consecuencia, el legislador se ha arrogado un poder omnímodo de regulación de la misma, pudiendo modelarla a su arbitrio o, incluso, hacerla desaparecer?

Una respuesta afirmativa sería apresurada y, probablemente, inexacta. De una parte porque nuestra Constitución no puede interpretarse al margen de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las

mismas materias ratificados por España (art. 10.2. de la Constitución), y el art. 16 de aquélla proclama el derecho a fundar una familia, siendo ésta el elemento natural y fundamental de la sociedad, teniendo derecho a la protección de la sociedad y del Estado; reiterándose la misma idea en el art. 10 del Pacto Internacional sobre Derechos Humanos de 1966, que ha sido ratificado por nuestro País. De otra, porque las lagunas de la Constitución han de ser integradas con los principios generales de nuestro ordenamiento, entre los que figura indudablemente el de ser la familia la base fundamental de nuestra sociedad.

Con todo debe reconocerse que no han desaparecido las ambigüedades. Es cierto que el art. 32, al estar dedicado exclusivamente al régimen del matrimonio, parece dar a entender que para el legislador la unión legalizada entre un hombre y una mujer continúa siendo la base de la familia. En tal sentido, el artículo 39.1. vendría a ser la continuación lógica del 32. Habría que entender por tanto aquel precepto de la siguiente manera: "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia basada en el matrimonio".

Ahora bien, el resto del art. 39 se dedica en gran medida a regular las relaciones jurídicas basadas en vínculos de sangre, nacidos al margen del matrimonio, declarando que los poderes públicos aseguran *asimismo* —es decir, también o además— su protección. En un sentido amplio cabría denominar "familia natural" a la constituida por los padres y los hijos nacidos fuera de matrimonio, y no faltarían apoyos doctrinales y legales para ello. Con todo, cabe observar que en ningún momento la Constitución denomina "familia" a tales núcleos humanos, ni "familiares" a las relaciones entre esas personas. Lo que puntualiza la norma es que en ningún momento la clase de filiación o el estado civil de la madre será motivo de discriminación. Implícitamente cabría entender que ello ha de ser compatible con la protección a la familia basada en el matrimonio.

II. *El concepto de matrimonio*

Dando por supuesto que la Constitución contempla a la familia basada en el matrimonio, se plantea la pregunta ¿en qué tipo de matrimonio? La cuestión surge al haberse eliminado del texto fundamental la declaración de que "el matrimonio será uno e indisoluble" (art. 22, 2.º F. E.). En cuanto a la indisolubilidad del vínculo, el Partido gobernante ha interpretado el art. 32.2.

de la Constitución, en su referencia a las "causas de disolución", como conteniendo el mandato de introducir el divorcio en nuestro ordenamiento, lo que parece, por lo menos, poco fundamentado y, por añadidura, apresurado, fruto más bien del "consenso" que presidió la redacción de esta parte del articulado constitucional, que del bien común de nuestra sociedad.

En cuanto a la monogamia, cabría apoyarla en que el art. 32.1. alude sólo al hombre y a la mujer en singular, en base a los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico y al tipo de matrimonio vigente en la civilización occidental. ¿Serían argumentos suficientes para denegar el reconocimiento de la poligamia a la reducida minoría española de religión musulmana, que la pidiera al amparo de la libertad religiosa del art. 16?

En todo caso, sí cabe concluir que no hay ningún apoyo en el texto constitucional para el reconocimiento legal como matrimonio de la unión entre homosexuales (aunque se despenalicen tales relaciones), y menos para el llamado "matrimonio grupal" o el sistema de las "comunidades sexuales". El rechazo de la enmienda socialista encaminada a entronizar en la Constitución "el libre ejercicio de la afectividad y sexualidad", no deja lugar a dudas.

III. *El sistema matrimonial*

Resulta claro que el art. 32.2 también se muestra ambiguo en orden al sistema matrimonial. Al decir que "la ley regulará las formas de matrimonio" sólo elimina el sistema de matrimonio civil único, y en cuanto a las diversas formas admitidas, ninguna de ellas tendrá preferencia o será obligatoria, con lo que se elimina también el sistema de matrimonio civil subsidiario. Ahora bien, la doble interpretación de la palabra "forma" permite introducir *ex novo* en nuestra Patria el llamado sistema anglosajón, del que hay rastros muy vehementes en el proyecto de reforma del tít. IV, libro I, del Código civil (B.O. de las Cortes del 13 de marzo). De no desaparecer las importantes limitaciones contenidas en el art. 63 *in fine* de éste ("Sólo podrá denegarse la práctica del asiento cuando conste auténticamente que el matrimonio no reúne los requisitos de validez exigidos en este título"), y, sobre todo, los arts. 80 y 89 que autorizan el divorcio respecto de los matrimonios canónicos, cualquiera sea la fecha de su celebración, así como la ambigua regla procesal contenida en la disposición adicional 7.^a, habrá que concluir que el Acuerdo Jurídico con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, debidamente ra-

tificado por el Estado español, habrá quedado sustancialmente vaciado de contenido, pues no cabe pensar, al menos en una de las partes contratantes, la adopción del llamado sistema anglosajón. En cuanto a la población católica española, habrá que pensar también que ha sido víctima de un habilidoso engaño, pues como ha escrito el profesor Sancho Rebullida, viene a significar que, de hecho, los católicos están contrayendo un matrimonio civil, aunque ellos creen que lo contraen canónico porque lo celebran en la iglesia y ante un cura ...

En punto al sistema matrimonial, la reforma de ser aprobada representa un retroceso sumamente grave con relación al régimen vigente con anterioridad. En lugar de la introducción abierta y clara del matrimonio civil obligatorio —o “único” como se le denominaba en uno de los anteproyectos que han circulado por los medios de difusión— se ha optado por mantener la apariencia del reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, aunque erosionándose su contenido tanto en el momento del nacimiento del vínculo (que queda sujeto a los requisitos civiles de validez), como en el momento de la cesación de sus efectos por el divorcio. A medio y largo plazo puede producirse una disminución en el aprecio social del matrimonio canónico.

IV. *Ambito de la protección de la familia en la Constitución*

Cuando el art. 39.1. de la Constitución declara que “los Poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, no se están refiriendo principal ni exclusivamente al contenido del resto de dicho precepto, ni sólo además al art. 32. En realidad es necesario un examen en profundidad de aquélla para establecer el ámbito de la proclamada protección. Sin propósito de hacer aquí un estudio sistemático, cabe señalar los siguientes puntos relacionados con el tema:

A) Cuando el art. 15 declara que “todos tienen derecho a la vida”, no cabe duda que contempla también a la familia, pues en ella nace normalmente la vida, que debe ser debidamente protegida entre otras medidas a través de la sanción penal del delito de aborto. La protección de la vida de los miembros de la familia debe comenzar ya en la etapa intrauterina por su mayor indefensión.

B) El art. 18.1. menciona expresamente el derecho al honor y a la intimidad familiar, que pueden hacer valer cualquiera de

los miembros que componen la familia; siendo uno de los modos de protegerla, la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2.) en donde normalmente radica el hogar y moran sus miembros. En el mismo precepto se hace una singular referencia a la Informática, cuyo uso indiscriminado o arbitrario puede violar gravemente esa intimidad familiar (art. 18.4.).

C) El derecho al honor y a la intimidad constituyen un límite especial que el art. 20.4. fija a la libertad de expresión.

D) El polémico art. 27 en materia de educación tiene íntima relación con la familia, como resulta de consultar los apartados: 3 (derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones), 6 (derecho a la libre creación de centros docentes), 7 (derecho de los padres a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos) y 9 (derecho de los centros privados a recibir ayuda de los poderes públicos).

E) La breve declaración del art. 33.1. de que "se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia", es fecunda en aplicaciones concretas, dado que ambas instituciones tienen una finalidad familiar, y hay que entender subsistentes las formas de propiedad estrechamente vinculadas a la familia, como el patrimonio familiar inembargable o los huertos familiares, pese a su omisión en el texto constitucional.

F) Muy importante es el reconocimiento del salario familiar al declarar el art. 35.1. el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y las de su familia.

G) El art. 41 relativo a la Seguridad Social debe entenderse en un sentido amplio comprendiendo también las prestaciones familiares. Dice así su texto: "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo". Si este precepto se relaciona con el art. 39.1. en cuanto establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social y económica de la familia, no hay razón alguna para temer una congelación de la política de protección a las familias numerosas (exigida claramente por su situación de necesidad), y para no actualizar las exiguas prestaciones hoy vigentes en concepto de ayuda familiar.

H) En el régimen general que se delinea en el art. 43 de protección a la salud, ha de ocupar un lugar especial la salud dentro de la familia.

I) Los intereses de la familia encajan adecuadamente, en cuanto proyectados a cada uno de sus miembros, en el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo (art. 45.1.), y en la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, y defender y restaurar el medio ambiente (art. 45.2.).

J) La vivienda es una de las necesidades más perentorias de la familia como grupo social, y casi no llega a concebirse que el art. 47, 1.º se limite a proclamar que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”, sin mencionar expresamente a la familia. Como el legislador no ha podido pretender que los ciudadanos habiten en celdas o apartamentos individuales, no hay más remedio que considerar incluido en dicho precepto el derecho de la familia a una vivienda digna y adecuada, que, por otra parte, es más fácil de proclamar que de hacer realidad.

K) La familia está fundamentalmente interesada en la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural del país (tal como se enuncia en el art. 48), pues una de las mayores preocupaciones sociales del momento es la debida educación de los jóvenes, que les aleje de la delincuencia y de la droga.

L) Acaso sea un distintivo de nuestra época el despertar de la conciencia social sobre el problema de la subnormalidad, que tanto agobia a las familias que lo padecen. Por ello no puede menos de mencionarse con verdadera satisfacción el art. 49, a cuyo tenor “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Ambicioso compromiso que abarca sectores muy amplios de la vida social, desde la educación hasta la asistencia sanitaria, desde el trabajo adecuado a sus circunstancias y capacidades hasta la reforma ineludible de la institución de la tu-

tela del Código civil, que se ha revelado inadecuada para atender a estas personas.

M) Quizá uno de los preceptos menos logrados sea el dedicado a la que con eufemismo se denomina tercera edad; referencia obligada por la presión creciente de la opinión pública y por la paulatina inversión de la pirámide de edades que también está empezando a llegar a nuestra Patria.

Considero verdaderamente pobre que la actuación de los poderes públicos se concrete en este punto a actualizar periódicamente la suficiencia económica de las personas integrantes de la tercera edad, cuando su cualidad de *seniores* les hace sobradamente acreedores a un trato más digno y total.

Por otro lado, la actuación pública se concibe como supletoria de la familiar, cuando es notorio que la iniciativa privada tiene en este campo escasas posibilidades, de no ir acompañada de una enérgica labor de promoción por parte de los poderes públicos.

N) Si la familia es también una unidad de consumo, ya se comprende que la acción estatal en defensa de los consumidores, proclamada con carácter general en el art. 51, ha de interesar muy de cerca a todas las familias españolas. Lo deseable es que se articulen pronto instrumentos verdaderamente eficaces para hacer efectiva tal protección.

Un balance provisional de lo hasta aquí meramente enunciado nos permite comprobar que la declaración general del art. 39.1. de la Constitución no ha de ser meramente teórica sino que puede concretarse —y ello será en buena medida obra de los políticos— en ámbitos concretos de la educación, el trabajo y la Seguridad Social, la salud, la vivienda, la juventud, la subnormalidad, el consumo o la tercera edad; todo ello sin olvidar los campos más estrictamente jurídicos del derecho a la vida, al honor y a la intimidad, así como en la adecuada regulación de las relaciones jurídicas que tienen por base el matrimonio.

V. *Recapitulación: Para una interpretación finalista del art. 39 de la Constitución*

Las consideraciones anteriores han permitido poner al descubierto las deficiencias que, en materia de familia, presenta la Constitución española. Sin exageración ha podido decirse que se trata de una de las materias peor reguladas de toda la ley fundamental. Sin perjuicio de mantener las críticas que en otros

lugares he hecho al proyecto de reforma del título IV, libro I, del Código civil, especialmente en orden a la introducción del divorcio vincular y al establecimiento de un sistema matrimonial más bien híbrido, entiendo que hay que esforzarse por interpretar el art. 39 de una manera positiva que permita, todavía, albergar esperanzas sobre un tratamiento legal de la familia en España menos pesimista de cara al año 2000.

Ante todo, en el art. 39 hay dos partes que pueden diferenciarse con bastante nitidez: el primer apartado se refiere a la familia legítima, y no a otra, como resulta de su enlace directo con el art. 32; y por razones obvias se trata de la familia basada en el matrimonio monógamo. A la familia legítima se asegura por los Poderes públicos la protección social, económica y jurídica. En el resto de la norma se contempla la protección legal a diversas categorías de personas que se encuentran en situaciones especiales, si bien se mezcla aquélla, en ocasiones, con la protección a la familia legítima. No se trata de algo que contradiga o merme la necesaria tutela de la familia legítima, sino de algo que con ella sea compatible. Por de pronto, ni siquiera se habla de "familia" en los apartados 2 a 4. Ocurre, sin embargo, que las fórmulas legales son reiterativas y pueden dar la falsa impresión de que el legislador está prestando a esas personas mayor atención que a la familia basada en el matrimonio. Hay una razón justificativa en mi opinión: se trata de personas socialmente marginadas hasta este momento (hijos ilegítimos y madres solteras), y bajo una perspectiva cristiana debe alegrarnos que les haya llegado el momento de la rehabilitación.

En síntesis, los criterios que respecto de tales personas propone el legislador constitucional, son los siguientes: 1.º Todos los hijos, cualquiera sea su filiación, son objeto de protección integral por los poderes públicos (luego también alcanzará a los nacidos de matrimonio); 2.º Son iguales ante la ley los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio; 3.º Los poderes públicos aseguran la protección de las madres, cualquiera sea su estado civil; 4.º La ley posibilitará la investigación de la paternidad (lo que cristianamente debiera alegrarnos, pues así cesará el escándalo que supone que el 70 % de los padres varones españoles no casados no reconocen a los hijos que han engendrado, llegando la proporción al 30 % de las madres aproximadamente); y 5.º Todos los padres deberán prestar asistencia a sus hijos, tanto si

han nacido dentro como fuera de matrimonio (lo que parece una exigencia de estricta justicia).

Cabría hacer al art. 39 reproches de tipo sistemático, ya que la protección jurídica de la familia debiera figurar en el cap. segundo, y no en el tercero, cuya fuerza de obligar resulta algo disminuida a tenor del art. 53; observaciones terminológicas, ya que no se comprende bien qué significa “protección integral”; y el olvido de los progenitores solteros y varones, a quienes la ley no considera —al parecer— sujetos merecedores de tutela.

En su conjunto, sin embargo, estimo que el precepto puede permitir una política familiar positiva, siempre que no se la considere opuesta o contradictoria con la protección a esas otras personas en situación familiar irregular; antes bien, esta última debe ser complementaria (el texto legal dice “los poderes públicos aseguran *asimismo*...”) y complementadora de la primera, cubriendo los huecos que aquélla necesariamente haya dejado al descubierto, pero no “haciéndole sombra” o “dejándole en mal lugar”.