

DR 24 45

Carrera de Derecho, Asignatura de Derecho Civil 4, títulos Familia y Constitución, autor Dr. Don José Pérez de Vargas Muñoz, fecha de grabación 23 de septiembre de 1982, fecha de emisión 13 de octubre de 1982. La familia es un fenómeno tan antiguo como la propia humanidad. Las constituciones modernas sólo comienzan su curso en el siglo XVIII con las revoluciones americana y francesa, pero aún entonces centran su atención en la organización política, en las libertades fundamentales de la persona y del tráfico y acaso el derecho de propiedad, dejando el fenómeno familiar consolidado por una historia de muchos siglos al imperio de la ley ordinaria.

Es preciso esperar al siglo XX para que diversas constituciones enuncien los grandes principios que han de informar y delimitar la estructura jurídica de la familia como la de otros institutos fundamentales del derecho privado, ya sea para garantizar la subsistencia de su ser tradicional, ya sea para expresar una voluntad de cambio de la realidad existente. Como dice Sánchez Agesta, la Constitución de Weimar fue la primera que recibió a la familia con todos los honores. La Constitución Española de 1931 siguió en parte este precedente y después de la Segunda Guerra Mundial la familia hace acto de presencia en todos los textos desde la alusión esquemática de la actual Constitución como un principio cuya proclamación es particularmente necesaria en nuestro tiempo hasta las declaraciones más detalladas de la Constitución Alemana y los artículos que le dedica la Constitución Italiana bajo un título que tiene ya un valor bastante significativo.

Relaciones éticosociales. Las declaraciones de nuestra Constitución de 1931, primera de las españolas que se ocupa del fenómeno familiar, son extensas y precisas. No sólo afirma que la familia se haya bajo la salvaguardia especial del Estado, artículo 43 primero, sino que seguidamente establece la obligación de los padres de alimentar, asistir, educar e instruir a los hijos bajo la vigilancia del Estado que asume subsidiariamente esa obligación.

En particular la Constitución Republicana tendía a monopolizar la educación en un régimen de escuela unificada, obligatoria y laica de la que los establecimientos privados más bien parecían una simple excepción tolerada. Se muestra aquí frente al anterior carácter estrictamente privado de la familia la voluntad del Estado de interferir su acción en caso necesario en el ámbito familiar. Junto a esto la Constitución del 31 proclamó la igualdad de derechos de ambos sexos en el matrimonio, constitucionalizó el divorcio y reconoció iguales derechos a los hijos extraconyugales.

Opuestamente, y nacido de la guerra civil, el Fuero de los Españoles de 1945 reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamental de la sociedad con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva y proclama la indisolubilidad esencial del matrimonio y el derecho a educar a los hijos en centros privados o públicos a la libre elección de los padres. Artículo 5 del Fuero de los Españoles. La Constitución vigente menciona directamente a la familia en el párrafo primero del artículo 39 a cuyo tenor los

poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

En su inciso tercero el propio prefecto obliga a prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda. La protección que el artículo 39 asegura a la familia en diversos aspectos es un principio cuyo reconocimiento y respeto según el artículo 53.3 de la Constitución informará la legislación positiva la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Contiene el artículo 39 pues un programa para el legislador cuya infracción no es objeto de recurso de amparo ante el tribunal constitucional e incluso sólo en casos muy claros podría dar lugar al recurso ordinario de inconstitucionalidad.

Lamentablemente el prefecto se halla fuera del ámbito de los derechos y libertades fundamentales aún así implica un reconocimiento del valor y sustantividad de la familia que no sólo es digna de respeto y por tanto de una actitud negativa del poder público evitando inmiscuirse en la vida familiar sino que merece todas las ayudas externas que favorecen su desarrollo y el cumplimiento de su misión. El proyecto constitucional siguiendo a la Carta Social Europea destacaba las prestaciones sociales y las ventajas fiscales. Otros prefectos de la Constitución en relación con la familia son el ya citado artículo 50 al tener en cuenta las obligaciones familiares es decir los alimentos entre parientes ya el artículo 35 que reclama para el trabajador una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades de la familia ya el artículo 27.3 que al reconocer el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones presupone que la familia está reconocida como una institución que no sólo transmite la vida sino unas creencias religiosas y una formación ética según Sánchez Agesta.

Ya el artículo 18.1 que garantiza el derecho a la intimidad familiar incluso frente a la libertad de expresión recogida en el artículo 24 de la Constitución. Lo más usual en el derecho constitucional comparado dice el profesor Alzaga es que se haga referencia al matrimonio y a la familia como dos aspectos de una realidad. Según el profesor Sánchez Agesta la familia es en nuestra constitución el grupo constituido por un hombre y una mujer que han contraído matrimonio para vivir en comunidad conyugal duradera bajo un mismo techo en unión de sus hijos y eventualmente de sus ascendientes para satisfacer en común ciertas necesidades y asistir a los hijos y dirigirles su educación.

No pensamos de acuerdo con los profesores Lacruz y Sancho Rebullida que en nuestra constitución se pueda equiparar el concepto de familia con el de familia legítima de modo que sólo ésta se entienda nombrada en el artículo 39.1 como pretenden los profesores Alzaga y Sánchez Agesta. El profesor Díez Picazo basa esta misma tesis en que el propio artículo 39 de la Constitución hace independiente la protección integral de los hijos del origen familiar que tengan y el artículo 14 impide cualquier tipo de discriminación. Ahora bien si el artículo 39 omite cualificar a la familia protegida como legítima ello no implica como consecuencia ineludible que la protección haya de ser la misma para todos los tipos de familia sino que se admite entre los grupos protegidos alguno que no está fundado en el matrimonio y en el

parentesco de él nacido.

En realidad ello no es nuevo en nuestro ordenamiento en el cual se viene tutelando y teniendo en cuenta la relación parental y legítima lo mismo que en el derecho civil que en el derecho penal y todavía más en el derecho de la seguridad social. Con lo anterior no quiere decirse que la Constitución homologue como familia todo grupo que pretenda este nombre desde la familia Mainzon al matrimonio de homosexuales ni aún en Norteamérica donde el Tribunal Federal ha sido obligado a precisar este tema se ha extendido tal situación a ciertos efectos más allá de las situaciones de convivencia fundadas en una unión heterosexual con vocación de permanencia. Es este también el límite de lo que en España y a efectos del artículo 39.1 de la Constitución cabe aceptar como sujeto protegible.

A falta de matrimonio o de relación de convivencia permanente entre parientes en línea recta el caso de la abuela viuda que vive con los nietos huérfanos será exigible una relación biológica directa entre los conviventes o la voluntad de varón y mujer de constituir un grupo permanente. En general constituir un núcleo duradero de relaciones, afectos y prestaciones que imita al creado a través del matrimonio de los progenitores desempeña las mismas funciones y obtiene una suficiente afectación social. Exceden entonces del concepto constitucional de familia las comunidades no basadas en la heterosexualidad o en el parentesco.

Los tribunales norteamericanos, por ejemplo, niegan esta calificación de familia a efectos de la concesión de beneficios fiscales o sociales a unos estudiantes que han alquilado un piso entre todos para vivir en comunidad de gastos pero no son parientes. El entendimiento usual del término familia dicen lleva consigo alguna suerte de relación biológica o afectiva. En todo caso la constitución contempla exclusivamente el modelo occidental de familia es decir la encabezada en su caso por una pareja heterosexual.

El legislador no ha pensado en la poligamia o en la poliandria simultáneas. Vamos ahora al otro aspecto del tema al de si la consideración legal de familia supone o no la equiparación en derechos y deberes de todos cuantos núcleos entran como sujeto protegible dentro del concepto del artículo 39.1 de la constitución. La respuesta negativa se deduce inicialmente del hecho de que el artículo 32 de la propia constitución reconozca al matrimonio como algo distinto de un pacto privado.

Algo que tiene una forma tasada que produce para los contratantes unos derechos y deberes establecidos por el estado y que no pueden relajarse o disolverse sino cuando se den unas causas de separación o disolución igualmente tasadas. Por supuesto conforme al artículo 39.2 los hijos son iguales ante la ley, procedan o no de parejas unidas en matrimonio y se conozca o no al padre pero el que no haya dicho lo mismo el párrafo antecedente permite colegir que las familias no son todas idénticas y que la relación familiar puede tener adicionalmente aspectos distintos de la paternofilia. La mención del matrimonio en el texto constitucional es según parece suficientemente expresiva a este respecto y ello aún sin una declaración de su valor

positivo que sin duda no era fácil de obtener en el sistema del consenso y que no parece indispensable desde el momento en que el *yus con nubi* se reconoce como un derecho fundamental de la persona es decir como algo bueno y digno de apoyo.

Por consiguiente el grado de protección de las diversas familias puede ser distinto como lo es su estatuto legal con el solo límite de la equiparación entre los hijos cuya condición matrimonial o no matrimonial no podría ser determinante de un nivel distinto de tutela. Sin embargo cabe pensar que tal distinción se produzca sin lesión del texto constitucional como efecto reflejo de la protección a la familia legítima. Salvo esto la existencia o no de matrimonio al someter a la pareja convivente a estatutos dispares puede justificar que las prestaciones, las ayudas y los estímulos sean igualmente diversos siempre en ventaja de la relación conyugal que es un valor positivo mientras la no conyugal es un valor neutro una manifestación indiferente de la autonomía de la pareja que decide cohabitar.

En resumen la constitución al ordenar la protección jurídica de la familia de una parte viene a comprender en esa tutela a las uniones de hecho suprimiendo cualquier nota jurídica censoria que por la mera circunstancia de la unión pudiera agravarlas y de otra parte no las convierte en un matrimonio de segundo grado y por tanto tampoco en el núcleo de una familia en sentido legal. Por eso cuando el artículo 152 del código civil por ejemplo tiene en cuenta las necesidades de la familia del obligado comprende a todos los hijos con independencia de su filiación matrimonial y extramatrimonial pero no se extienden al concubino que sólo será considerado familia cuando la ley expresamente conceda al grupo extraconyugal una tutela específica. Por último haremos una referencia al carácter privado de la familia.

También es un valor constitucional la privacidad de la familia que no supone su exención de normas de derecho necesario al contrario es en el derecho de familia donde estas normas son más frecuentes sino la presencia de una esfera interna de relaciones que escapa a la intromisión de los poderes públicos y cuya protección se realiza en principio mediante medidas indirectas. Una tutela que pretendiera incidir directamente en la vida familiar como si el estado alegando motivos de higiene y asepsia recluyera a las madres y a los niños lactantes en una residencia sanitaria sería inconstitucional. Así resulta de la consideración de la dignidad de la persona que defiende el artículo 10 y aún más del derecho a la intimidad personal y familiar defendidos en el artículo 18.1 de nuestra Carta Magna.

El valor de la privacidad familiar es esencialmente democrático. Todas las situaciones totalitarias tratan de suprimirla o restringirla sea alejando a los hijos de sus padres y reteniéndoles en establecimientos educativos estatales y no elegidos por aquellos o en organizaciones juveniles sea infundiendo en el mismo hijo la idea del servicio primordial al país a la causa, al partido incluso con denuncia de los padres tibios o remisos sea reduciendo al mínimo la vida familiar alimentación en comedores colectivos por ejemplo u ocupación del tiempo libre en sesiones de adoctrinamiento. La privacidad de la familia que impide al Estado intervenir directamente en las relaciones personales entre los cónyuges hace que los prefectos que disciplinan tales relaciones en nuestro Código Civil artículos 66 a 68 sólo sean capaces de

coacción indirecta mediante sanciones.

El Estado debe respetar la vida familiar y matrimonial y por tanto el derecho de la pareja a tener una familia tan amplia o corta como le parezca dentro del debido respeto a la vida humana. Su modo y nivel de vida o la fijación de su residencia o la alimentación o educación que dan a los hijos. Únicamente el bien de estos cuando sufran un perjuicio evidente en aspectos vitales en los que las obligaciones de los padres se hayan reguladas por la ley o los reglamentos pueden justificar la inmisión de los poderes públicos.