



ESCRITOS JURÍDICOS TFW

PRODUCIDO POR EL ÁREA DE DERECHO DE THE FAMILY WATCH

Familia y Constitución en España

Pedro Tenorio – Catedrático de Derecho Constitucional, UNED

5/2014

El número 5 de la publicación "Escritos Jurídicos", producidos por el Área de Derecho de The Family Watch, tiene por objeto exponer algunas ideas provisionales acerca de la familia, el matrimonio y el derecho mismo en la Constitución española vigente. No se exponen las ideas con ánimo de dejar cerrado el tema, sino de proporcionar elementos para un debate ulterior.

¿Debe la constitución hacer referencia a la familia?

Para valorar la regulación constitucional de la familia, hemos de plantearnos dos cuestiones previas: la primera es si la constitución debe o no hacer referencia a la familia; la segunda es, en caso de que la constitución deba hacer referencia a la familia, precisar cómo debe regularla.

La primera cuestión no es ociosa, tengamos en cuenta que el constitucionalismo originario e incluso el que podemos considerar clásico, ignoraron a la familia. En vano buscaríamos referencias a la familia en la primera constitución escrita, la estadounidense de 1787, que todavía está en vigor. Ni tampoco en las diez primeras enmiendas que se añadieron pocos años después a la referida constitución, que se convertirían en su declaración de derechos (el texto de 1787 carecía de esta última). Como vana sería nuestra búsqueda en el constitucionalismo originario europeo: Declaración de derechos del hombre y del ciudadano francesa de 1789, o Constitución también francesa de 1791. Otro tanto ocurre, en general, en los textos constitucionales del siglo XIX. De este modo, entre nosotros, habrá que esperar a la Constitución de la segunda República, de 1931, para encontrar contemplada la familia en un texto constitucional.

Todo esto no es sorprendente, porque el constitucionalismo está en sus orígenes vinculado al liberalismo y en consecuencia distinguía y casi separaba Estado y Sociedad y concebía esta última como mera suma de individuos.

Ahora bien, ¿hubiera sido razonable la ausencia de la familia en la Constitución española de 1978? No. En el primer tercio del siglo XX el constitucionalismo liberal cede ante el avance de la concepción "social" del Estado. Esto significa que ya no se concibe la sociedad como una suma de individuos, sino como algo compuesto, además de por personas, por grupos. Y por otra parte los poderes públicos han de intervenir en esa sociedad.

La Constitución española de 1978, que define al Estado español como con "Estado social y democrático de derecho" en su artículo primero, no podía ignorar a la familia.

¿Qué contenidos debe tener la constitución con referencia a la familia?

Pero, ¿hasta qué punto debe regular la familia la constitución? Para responder a esto debemos tener una idea mínima de cuáles son los deberes de los poderes públicos hacia la familia, si bien no podemos olvidar que la constitución no tiene por qué recogerlos todos, sino que debe incluir los principios fundamentales. Y también debemos precisar mínimamente el concepto de familia del que partimos.

Con todo respeto para que sostenga otra cosa, consideramos que un concepto realista de familia es el que considera como tal el conjunto de personas formado por un hombre y una mujer unidos en matrimonio y que incluye a sus hijos, si los tienen. Se trata de un concepto de familia en el que destacamos dos características: una, la recíproca implicación entre matrimonio y familia; otra, que el matrimonio esté constituido por un hombre y una mujer. Este concepto de familia es anterior a cualquier tipo de reconocimiento por parte del Estado o la constitución, de manera que se impone a ellos.

Así considerada, la familia es la célula original de la sociedad (aunque no del Estado) y debe ser ayudada por el de acuerdo con el principio de subsidiariedad, es decir, respetando las facultades y derechos de los sujetos que la integran.

Concebida la familia de esta manera, los poderes públicos deben protegerla y fomentarla, obligación genérica que podría concretarse en otras, como favorecer que tengan hogar y estabilidad, o que los hijos reciban formación religiosa acorde con las convicciones de los padres, o también el acceso a la propiedad, al trabajo, a la vivienda, y a la asistencia médica. O favorecer el asociacionismo de las familias para que tengan representantes ante los poderes públicos.

Ahora bien, todo esto, repetimos, no tiene por qué estar en la constitución, que recoge sólo los principios fundamentales de la organización política y del ordenamiento jurídico.

¿Qué juicio merece el texto constitucional español?

Partiendo de las premisas expuestas, ¿qué juicio merece la Constitución española vigente?

Ateniéndonos al texto constitucional, cabe afirmar en un primer análisis que la regulación de la familia es satisfactoria.

El concepto de familia implicado en la regulación es conforme con el expuesto más arriba, existe vinculación entre matrimonio familia y el matrimonio que funda la familia tiene lugar entre un hombre y una mujer. Así se desprende, concretamente, de los artículos 32 y 39 de la Constitución. Según el artículo 39, "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica".

Ninguno de los países que han aceptado introducir por vía legislativa el matrimonio homosexual tiene un artículo equiparable a este. Se habla en él de "el hombre y la mujer" como sujetos del derecho al matrimonio. No se dice "todos", ni "todas las personas", o expresiones similares, como hace la propia Constitución cuando habla de todos los restantes derechos fundamentales.

Y esta interpretación de este precepto es impecablemente compatible con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y con la interpretación que de los mismos hacen sus órganos de garantía. Es verdad que, en su desafortunada Sentencia Shalk y Kopf, de 2010, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aún reconociendo que con ello contradecía el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, admitió que los Estados miembros pueden permitir el matrimonio homosexual. Pero esto es muy distinto de considerar que lo tengan que establecer. Y otro tanto hay que decir del Derecho de la Unión Europea (artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Tadao Maruko, de 2008, y Jurgen Romer, de 2011).

Si cada Estado puede establecer o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, también puede tomar la opción correspondiente a nivel constitucional y no a nivel de legislación ordinaria. Esto es lo que había hecho el constituyente español.

Por otra parte, en la Constitución española, matrimonio familia aparecen vinculados. Así se desprende del hecho de que la única forma de fundación de la familia que se contempla en el texto es el matrimonio. Además, se llega a esta conclusión leyendo el artículo 39. En efecto, este precepto comienza diciendo que "los poderes públicos aseguran la protección social económica y jurídica de la familia" (apartado primero); y añade que "los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil" (apartado dos). Es decir, se protege la familia constituida por un hombre y una mujer a sus hijos, y además, a los hijos (aunque procedan de una unión no matrimonial) y a las madres, aunque no estén unidas en matrimonio. Pero no a los padres ni a ninguna otra forma de familia.

Tercero, se recoge el derecho de los padres a que los hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27).

Cuarto, como hemos visto, se afirma que los poderes públicos tienen la obligación de proteger social, económica y jurídicamente a la familia.

También aparece mencionada la familia para decir (artículo 35) que el trabajador tiene derecho a una remuneración suficiente para sí y para su familia.

El adjetivo "familiar" aparece dos veces en el artículo 18 de la Constitución: en el apartado primero para reconocer el derecho a la intimidad familiar y en el apartado cuarto para establecer que la referida intimidad familiar constituye un límite en el uso de la informática.

En fin, existe algún otro precepto con incidencia indirecta en la materia que nos ocupa, como el artículo 49, que establece el principio de protección de las personas con discapacidad o el artículo 39 el párrafo dos, que reconoce el derecho a la investigación de la paternidad.

En suma, la regulación constitucional de la familia es suficiente. Ahora bien, es necesario analizar cómo ha interpretado el Tribunal Constitucional el texto constitucional.

¿Cómo han interpretado el Tribunal Constitucional y el legislador el texto de la constitución?

En Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo es el supremo intérprete de la Constitución, dijo un magistrado del referido Tribunal que la constitución, es, en definitiva, lo que el Tribunal Supremo dice que es. En España, donde el supremo intérprete de la Constitución es el Tribunal Constitucional, podríamos decir que la Constitución es lo que dice el Tribunal Constitucional que es.

Pues bien, este Alto Tribunal, en los primeros años de vigencia de la Constitución, fue coherente con el concepto de familia que se desprende de una lectura aséptica del texto de la Constitución. Así por ejemplo, sostuvo durante muchos años la vinculación entre matrimonio y familia. En la Sentencia 50/1987, consideró que no era contraria a la Constitución la legislación de arrendamientos urbanos que establecía prórroga forzosa del alquiler en beneficio del cónyuge viudo, pero que no reconocía tal derecho con referencia a las personas unidas de hecho. En su Sentencia 45/1989, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional una ley fiscal que tenía el resultado de que los cónyuges que declararon conjuntamente sus ingresos habían de pagar impuestos más elevados que los que hacían una declaración por separado.

Sin embargo, en el año 1992, el Tribunal revisa su anterior jurisprudencia invocando el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. Con este argumento, desde la Sentencia 222/1992, el Tribunal Constitucional pasa a considerar inconstitucional el precepto de la ley de arrendamientos urbanos que concede derecho de prórroga forzosa al cónyuge viudo sin reconocerlo a la persona que ha convivido de hecho con otra. La postura del Tribunal aplica el artículo 14 para igualar figuras o situaciones jurídicas, no personas, que es lo que el precepto pretende. Por eso, esta Sentencia fue objeto de voto particular discrepante de varios magistrados. Pero se impuso. La vinculación entre matrimonio y familia desapareció.

Otro rasgo de la institución que desaparecerá, éste con la Sentencia 198/2012, es la característica de fundarse en la unión de un hombre con una mujer. A pesar de la claridad con que el texto constitucional impedía el matrimonio entre personas del mismo sexo, el Tribunal Constitucional desestimó un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo parlamentario del Partido Popular en el Congreso de los Diputados contra la Ley 13/2005, del 12 julio, que había introducido dicha forma de matrimonio en España. La Sentencia sostiene que la constitucionalidad queda en manos del legislador: deja en manos del legislador la cuestión. Aun así, el actual gobierno del Partido Popular, es decir, la actual mayoría absoluta parlamentaria del Partido Popular, a pesar de que este Grupo había recurrido la ley socialista, no la ha derogado.

A todo ello cabe añadir otro cambio operado en 2005, esta vez sin intervención del Tribunal Constitucional. La Ley 15/2005 introdujo una regulación del divorcio que excluye la necesidad de acreditar causa alguna. Esto resulta discutiblemente constitucional, ya que el artículo 32, apartado segundo, de la Constitución dice que la ley regulará entre otras cosas, "las causas de separación disolución y sus efectos". Cabe, en suma, preguntarse si en Derecho español actual el matrimonio tiene ya algún contenido que no sea patrimonial.

Conclusión provisional

Todo ello ha desfigurado considerablemente las instituciones de la familia y del matrimonio, que se han convertido en algo distinto de lo que previeron los constituyentes y dejaron plasmado en la Constitución, así como de lo que vinieron siendo estas instituciones en los últimos 20 siglos de la historia de Occidente.

Cabe preguntarse, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, si el Derecho vigente regula satisfactoriamente el derecho a contraer matrimonio, en particular el de las personas que piensan que el matrimonio es un contrato entre hombre y mujer abierto a la procreación y de naturaleza indisoluble (sin perjuicio de la posibilidad de separación), si agota las posibilidades de dar satisfacción a sus ciudadanos, desde un punto de vista democrático.

Tal vez, para lograr una regulación mejor de las aspiraciones de estas personas, habría de revitalizarse la vía consistente en proponer un matrimonio civil indisoluble opcional.

Esta vía fue formulada entre nosotros hace ya casi treinta años por el civilista Amadeo Fuenmayor.

Se trataría de llevar a sus últimas consecuencias la valoración positiva, bastante extendida, de la estabilidad en el matrimonio. En este sentido, hay que recordar la difusión del matrimonio-alianza en Estados Unidos, aunque la idea no es originaria de aquel país. En efecto, en 1947, se debatió en la Comisión para la reforma del Código Civil francés, una propuesta presentada por Henry Mazeaud de introducir un matrimonio opcional indisoluble. La propuesta fue debatida por la Comisión el 5 de diciembre y rechazada por 12 votos en contra frente 9 a favor. En 1995, Christopher Wolfe publicó un artículo en el que recuperaba la idea de Mazeaud para conseguir la estabilidad del matrimonio en Estados Unidos. La primera Ley de matrimonio-alianza, la del Estado de Louisiana, fue aprobada en 1997. Siguieron las de Arkansas y Arizona. Se trata de una opción elegida voluntariamente, que añade algunas cautelas al matrimonio ordinario en lo relativo a su disolución. Los contrayentes se comprometen a realizar un esfuerzo razonable y a poner determinados medios para mantener el vínculo, en particular, a recurrir al asesoramiento matrimonial. Sólo pueden solicitar su disolución cuando se ha producido una ruptura absoluta.

La fórmula es interesante, sobre todo si se establece en la totalidad de un país. En efecto, en Estados Unidos ha dado unos frutos muy limitados, debido a que solo se ha establecido en los Estados aludidos, no habiendo prosperado las iniciativas para establecerlo en otros Estados. Por consiguiente, en la situación actual, las partes pueden acudir a cualquier otro Estado que no haya admitido esta fórmula y obtener un divorcio fácil. Pero resulta interesante saber que esta fórmula existe en un país como Estados Unidos, donde nunca se ha admitido el matrimonio indisoluble.

Debe subrayarse la contradicción para el reconocimiento del derecho al matrimonio de una ordenación legal como la actualmente vigente, que da cabida a las más variadas formas de matrimonio o de convivencia similar y en cambio impide que las personas que consideran que tiene derecho a contraer (y a que se contraiga con ellas) un vínculo matrimonial indisoluble, vean prohibida o no reconocida tal posibilidad.

En definitiva, quizás se trata de una fórmula más coherente con el reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio.

Se dirá que ello crearía una situación compleja de mucha inseguridad jurídica. Y seguramente es cierto. Por ejemplo, habrá que estudiar qué consecuencias concretas tendría esta forma de matrimonio y en particular que ocurriría si una persona lo contrae y luego cambia de opinión. Parece que habría de reconocerse que no podría volver a casarse, ni siquiera civilmente si bien, obviamente, podría tener pareja de hecho. Pero también hay que tener en cuenta, que ya en la situación actual, la pluralidad de regímenes políticos de las parejas de hecho que concurren con la regulación del matrimonio ha creado una notable inseguridad jurídica. Y por otra parte, si lo que se argumenta es que a la postre tendría poca eficacia, cabría objetar que ya el mero hecho de no poder formar una unión que se denominara jurídicamente matrimonio, podría tener su importancia, en la medida en que los conceptos jurídicos, no solamente tienen los efectos de crear derechos y obligaciones sino que también tienen efectos formativos de la opinión y hasta de las conciencias.

© The Family Watch 2014

Las opiniones expresadas en este documento no reflejan necesariamente los puntos de vista de The Family Watch o cualquier otra institución. Se publica bajo una licencia Creative Commons de atribución no comercial 3.0 Unported.
