

LA FAMILIA EN LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA: DECLARACIONES DE PRINCIPIO Y REALIDAD NORMATIVA*

JAVIER FERRER ORTIZ

SUMARIO

I • LA CONSTITUCIÓN: PREMISAS. II • LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA (ART. 39). III • EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO (ART. 32). IV • VALORACIÓN DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES. V • LAS REFORMAS: PREMISAS. VI • SISTEMA MATRIMONIAL. VII • MATRIMONIO Y UNIÓN DE HECHO. VIII • FILIACIÓN. IX • OTRAS DISPOSICIONES SOBRE LA FAMILIA. XII • CONCLUSIÓN.

En nuestros días, cualquier análisis de la situación jurídica de España encuentra un punto de referencia obligado en la Constitución de 1978. Su entrada en vigor supuso de inmediato importantes cambios, a causa de su directa eficacia normativa, y desencadenó, simultáneamente, un proceso de renovación de todo el ordenamiento, habida cuenta de los numerosos mandatos dirigidos al legislador ordinario para que plasmara los principios constitucionales en disposiciones de rango inferior. No obstante, con la razón coyuntural de índole política confluye también la necesidad de dictar nuevas leyes en consonancia con las transformaciones experimentadas por la sociedad española a partir de los años sesenta, y que cabe situar en unas coordenadas más amplias, dentro del fenómeno generalizado de reformas legislativas emprendidas en los países del mundo occidental, mediado el siglo XX.

* Informe presentado por el relator español en el debate sobre *La famiglia nelle esperienze costituzionali tra dichiarazioni di principio e realtà normativa*, celebrado en Lugano el 22 de septiembre de 1994, dentro del Congreso europeo sobre *La famiglia alle soglie del III Millennio*.

Así se explica que el tiempo transcurrido desde entonces, relativamente corto, haya sido pródigo en reformas, que nos permiten hacer un balance y contrastar las declaraciones constitucionales de principio con la realidad normativa, en los términos del debate al que he sido amablemente invitado por el profesor Cotta, en cuya persona agradezco al Comité científico de este Congreso su deferencia por haberme querido contar entre sus relatores.

I. La Constitución española de 1978 dispensa a la familia un tratamiento impreciso y fragmentario. Su causa hay que buscarla en las diversas e incluso antagónicas concepciones que de ella tenían las principales fuerzas políticas presentes en las Cortes constituyentes¹. Las dificultades experimentadas en el Congreso para llegar a unos textos que satisficieran a la mayoría hizo que la Unión de Centro Democrático (UCD) abandonara el apoyo que venía prestándole Alianza Popular (AP) y estableciera un pacto extraparlamentario con el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), en virtud del cual en una noche alcanzaron acuerdos de redacción de los artículos 24 al 50 —entre los que se incluyen los relativos al matrimonio y a la familia—². La posterior incorporación de otros grupos políticos a dicho pacto —no fue el caso de AP— supuso que se aprobaran sin apenas discusión, por lo que la lectura del Diario de Sesiones no permite identificar la *mens legislatoris*, oculta detrás de la fórmula del consenso. Por este motivo, a veces los textos no son todo lo explíci-

1. La derecha, representada por Alianza Popular, no era partidaria de que la Constitución regulara la familia, rechazaba equiparar las uniones de hecho al matrimonio y se oponía al divorcio. El centro, encarnado en la Unión de Centro Democrático, defendía el principio de estabilidad de la familia matrimonial, dejando abierto un portillo al divorcio, y reconocía el principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación. En la izquierda, el Partido Socialista Obrero Español propugnaba la supresión del artículo relativo a la protección de la familia y hacía girar sus propuestas sobre el derecho de toda persona al desarrollo de su afectividad y su sexualidad, lo que suponía reconocer en pie de igualdad el derecho a contraer matrimonio y el derecho a crear relaciones estables de familia; además, admitía el divorcio consensual y el unilateral, este último con justa causa. Más allá, el Partido Comunista, incluía el aborto entre los medios de planificación —aludidos genéricamente por los socialistas—, para que cada persona decida en su caso los hijos que desea tener (cfr. J. A. ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, *Constitución y vivienda familiar*, en AA.VV., *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona 1986, pp. 40-42).

2. Cfr. G. PECES-BARBA, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid 1988, p. 174.

tos que podrían ser y consagran un amplio margen de discrecionalidad al legislador ordinario³.

II. La Constitución se limita a afirmar en su artículo 39.1 que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», pero no la define ni vuelve a referirse expresamente a ella. Sin embargo, esto no significa que aquí termine su regulación.

Los términos en que está redactado el párrafo muestran con claridad que se trata de una declaración de principios, confirmándolo el lugar que ocupa, al inicio del capítulo III —de los principios rectores de la política social y económica—. Más adelante, el artículo 53.2 concreta su alcance cuando dispone, categóricamente, que «el reconocimiento, el respeto y la promoción [de dichos principios] informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», aunque «sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Otros muchos preceptos constitucionales se refieren de un modo u otro a la familia y pueden entenderse como manifestaciones concretas de la protección pluridimensional que los poderes públicos están obligados a prestarle. No podía ser de otra manera, pues «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»⁴. En este sentido, hay una presencia —patente o latente, según los casos— a lo largo de todo el Título I, relativo a los derechos y deberes fundamentales.

Sin pretensiones de exhaustividad⁵, podemos mencionar el derecho al matrimonio (art. 32.1) —cauce habitual para constituir la

3. Este modo de actuar no resuelve los problemas, simplemente los aplaza y evita que se produzcan los debates en su sede propia, con luz y taquígrafos. Por eso no es de extrañar que el uso que viene haciéndose de la técnica del consenso haya llevado a considerarla «como una nueva forma de autoritarismo de los mandatarios frente a sus representados, por no existir una correspondencia exacta entre partidos o grupos parlamentarios y la base sociológica de los mismos» (J. L. DE LOS MOZOS, *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*, Valladolid 1981, p. 40).

4. Artículo 16.3 de la Declaración universal de derechos humanos.

5. Para una exposición más detenida y completa me remito a G. GARCÍA CANTERO, *Luces y sombras en la regulación de la familia*, en AA.VV., *Cuestiones fundamentales sobre matrimonio y familia*, Pamplona 1980, pp. 547-550; L. SÁNCHEZ AGESTA, *La ordenación de la familia en la Constitución de 1978*, en AA.VV., *Protección jurídica de la familia*, Madrid 1982, pp.58-63; y D. ESPÍN CÁNOVAS, *Artículo 39*, en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Políticas*, t. IV, Madrid 1984, pp. 23-27.

familia—; el derecho a la intimidad familiar y, en relación a él, el derecho al honor (art. 18.1) —vinculado a un nombre familiar—, así como la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2) —sede habitual del hogar familiar—; los derechos educativos, mediante los que la familia puede escoger la formación moral y religiosa de los hijos y determinar la orientación general de la enseñanza que reciban (art. 27); el derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33.1), estrechamente vinculados a la familia; el derecho al salario familiar, entendido como la remuneración suficiente para que el trabajador satisfaga sus necesidades y las de su familia (art. 35.1); el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1), en cuanto el hogar constituye una de las necesidades más perentorias de la familia; la protección a la tercera edad, donde los poderes públicos asumen un claro compromiso asistencial «con independencia de las obligaciones familiares» (art. 50); la protección integral a los hijos y a las madres, junto con el principio de investigación de la paternidad (art. 39.2); la obligación asistencial de los padres a los hijos (art. 39.3); etc. Todo ello, sin olvidar el derecho a la vida (art. 15), que hace posible y garantiza de modo radical la existencia de la familia, en la medida que protege a sus miembros desde el momento de la concepción hasta el momento de la muerte y sin el que los demás derechos carecen de sentido.

En definitiva, podemos afirmar que la genérica declaración del artículo 39.1 puede concretarse en la práctica totalidad de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, que cobran un especial relieve cuando proyectan su potencial eficacia sobre la familia.

III. Mención especial merece el artículo 32. Trata del matrimonio sin establecer aparentemente conexión alguna con la familia: «1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Su enclave sistemático, dentro de la sección 2ª del capítulo II —derechos y libertades—, le proporciona una garantía de la que formalmente care-

ce la familia⁶ porque, además de vincular a todos los poderes públicos, sólo podrá regularse su ejercicio mediante ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, y podrá ser objeto de recurso de inconstitucionalidad (arts. 53.1 y 161.1.a).

Por lo que se refiere a su contenido, el artículo 32 no contiene una descripción completa del matrimonio, aunque define con nitidez la heterosexualidad —«el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio» (§ 1)— y perfila algunas líneas del futuro sistema matrimonial (§ 2).

En este sentido, tiene especial interés la expresión *la ley regulará*, a la que sigue, entre otras, la mención de *las formas de matrimonio*. Puesta en relación con los principios de libertad religiosa, ideológica y de conciencia (art. 16.1 y 2) y con el principio de cooperación del Estado con las confesiones (art. 16.3), apunta hacia un sistema facultativo en el que junto al matrimonio civil concurren matrimonios religiosos, pero la referencia a las formas es lo suficientemente amplia como para que los reconozca como clases de matrimonio o como simples formas de recepción del consentimiento matrimonial, en cuanto no contradigan el orden público⁷. Por idénticos motivos, debe considerarse excluida la constitucionalidad de un sistema de matrimonio civil subsidiario o de matrimonio civil obligatorio. Y tampoco cabe un sistema matrimonial en el que cada Comunidad Autónoma tuviera su propio régimen matrimonial (art. 149.1.8^a), a diferencia de lo que sucede en algunos países de estructura federal. En definitiva, la Constitución traza las líneas de un sistema facultativo compuesto y de formación progresiva.

En otro orden de cosas, conviene apuntar que *la edad y capacidad* para contraer matrimonio no entran al principio dentro de la

6. Sin embargo, es digno de consideración el hecho de que algunos de los preceptos que contemplan aspectos parciales de la familia gozan de esta misma garantía —es el caso de la propiedad privada, la herencia y el salario familiar— o incluso mayor —como sucede con el derecho al honor y a la educación, cuya tutela puede recabar cualquier ciudadano «ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional» (art. 53.2).

7. Debe tenerse presente que la expresión *formas* en nuestro Derecho ha sido y es sinónimo de clase de matrimonio, como lo confirma el propio texto constitucional cuando, a propósito de las Comunidades Autónomas, establece la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a *las formas de matrimonio*.

remisión a la ley ordinaria⁸; y que la escueta referencia a *las causas de disolución* deja sin resolver la cuestión del divorcio⁹.

IV. Al término de esta somera exposición de la Constitución española en materia de familia, una lectura integradora y cabal de sus preceptos permite obtener algunas conclusiones de cierta importancia, que contribuyen a paliar la imprecisión que la caracteriza. No por obvio es menos cierto que la Constitución cuando alude a la familia está pensando en la familia española por antonomasia, fundada en el matrimonio y formada por el marido, la mujer y los hijos que viven en común, a los que a veces se añade alguno de sus ascendientes. Así viene a confirmarlo la garantía constitucional de la que goza el matrimonio (art. 32) y de la que carece la familia no matrimonial¹⁰. Esto explica que los demás preceptos a los que antes aludimos encajan sin dificultad en un modelo y no en el otro.

Así pues, aunque la familia puede constituirse fuera del matrimonio, la Constitución sólo contempla esta posibilidad indirectamente —de modo sectorial e inespecífico—, a través de la protección integral que los poderes públicos aseguran a los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y a las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39.2); del deber de asistencia de todo orden que los padres tienen para con sus hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3); y de la afirmación de que la ley posibilitará la investigación de la paternidad (art. 39.2). En esta misma línea,

8. Su inclusión fue debida a un error gramatical y jurídico y a una extralimitación de la Comisión mixta Congreso-Senado, que alteran el sentido del precepto, alejándolo de sus textos inspiradores y posibilitando un recorte del *ius connubii*. Cfr. J. FERRER ORTIZ, *El sistema matrimonial*, en AA.VV., *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona 1994, p. 909.

9. Con esta expresión se quiso sortear el conflictivo tema del divorcio, y así lo reconoció Roca Junyent en nombre de la Ponencia constitucional: «Lo que se dirá en el Derecho comparado es que en la Constitución española no se ha prejuzgado este tema [del divorcio] y se ha dejado abierta la puerta para que el legislador ordinario pueda resolver sobre esta cuestión de acuerdo con lo que pueda entender como más adecuado a la realidad social a la que pretende dirigirse» (Diario de Sesiones del Congreso, n. 72, 23.V.78, p. 2620). En cualquier caso, el precepto supone que la indisolubilidad del matrimonio no está reconocida de modo expreso en la Constitución.

10. Cfr. L. DIEZ-PICAZO, *Bases constitucionales del Derecho matrimonial y de familia: el «ius connubii» del art. 32 de la Constitución y su función definidora y ordenadora del sistema matrimonial español*, en AA.VV., *Libertades fundamentales y sistema matrimonial. V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Pamplona 1990, pp. 8-9 (*pro scriptis*).

se ha argumentado que el artículo 39¹¹ consta de dos partes netamente diferenciadas: un primer párrafo, donde tutela a la familia basada en el matrimonio; y tres párrafos más donde protege a una serie de personas, constituyan a no una familia, que pueden ser injustamente marginadas¹². Pero, como regla general, la familia fundada en el matrimonio debe ser objeto de un trato preferencial¹³.

Esta es, a mi juicio, la conclusión que debe extraerse también de la consideración de la realidad social del tiempo, como criterio de interpretación jurídica (art. 3.1 Código civil), y de la remisión que la misma Constitución establece, en materia de derechos y libertades, a la Declaración universal de derechos humanos y a los demás tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2), donde la conexión entre matrimonio y familia es evidente¹⁴.

V. Una vez examinada la Constitución, que fue ratificada en referéndum por el 58,9% de los españoles con derecho a voto¹⁵ y entró en vigor el 29 de diciembre de 1978, me ocuparé ahora de las normas de rango inferior sobre la familia. La materia objeto de estudio, de notable extensión y heterogeneidad, unida a las coordenadas de lugar y tiempo dentro de las que deben discurrir estas considera-

11. Artículo 39: «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

12. Cfr. G. GARCÍA CANTERO, *Artículos 42 a 107 del Código Civil*, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II, Madrid 1982, pp. 18-19.

13. Cfr. E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Madrid 1991, p. 103.

14. Cfr. artículo 16 de la Declaración universal de derechos humanos, artículo 12 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, artículo 23 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y artículo 10 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Vid. también el comentario correspondiente de D. ESPÍN CÁNOVAS, *Familia no matrimonial*, en «Tapia», 39 (1988), pp. 20 y 21.

15. Cfr. BOE de 22 de diciembre de 1978, p. 28934.

ciones me obligan a ser extremadamente breve, sin perjuicio de que en el debate pueda detenerme en aquellas cuestiones que les resulten de mayor interés.

Antes es preciso advertir que las reformas llevadas a cabo en España desde 1978 hasta nuestros días no siempre responden a exigencias constitucionales. En primer lugar no podemos ignorar que desde 1982 el Gobierno de la nación está en manos del PSOE —hasta 1993 con mayoría absoluta y desde entonces con mayoría relativa—, y que —como se ha recordado recientemente— viene alternando una política de *derechas* en materia económica, industrial y laboral, con una política de *izquierdas* en materia de familia, vida y educación¹⁶. Si a esto añadimos la crisis de la división de poderes, de la que es fiel exponente la falta de controles efectivos —parlamentarios y judiciales— del Gobierno, se comprende por qué algunos extremos de la reforma son regresivos. En segundo lugar, conviene recordar que algunas transformaciones de nuestro ordenamiento —como la reforma de la situación jurídica de la mujer casada y la despenalización del adulterio y del amancebamiento— son anteriores a la Constitución y otras, posteriores a ella —como la reforma del régimen económico matrimonial—, estaban ya muy avanzadas cuando se aprobó.

VI. Como era de prever, por el tenor literal del artículo 32 y la importancia real del matrimonio en la configuración de la familia y de la sociedad, ocupan un lugar destacado las disposiciones sobre el sistema matrimonial¹⁷.

La entrada en vigor de la Constitución determinó la sustitución del sistema de matrimonio civil subsidiario por el de matrimonio civil facultativo, y así lo declaró la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de diciembre de

16. Cfr. F. SANCHO REBULLIDA, *Parejas de hecho*, en «Diario de Navarra», 30 de junio de 1994, p. 31.

17. En esta materia seguiré las ideas que expuse, con cierto detalle, en *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*, Pamplona 1986; y, resumidamente, en *Notas críticas sobre el sistema matrimonial español*, en «Ius Canonicum», 64 (1992), pp. 559-593. Para una consideración más completa del sistema, teniendo en cuenta los Acuerdos de 1992 con confesiones distintas de la Iglesia católica, cfr. *El sistema matrimonial*, citado *supra*.

1978, interpretando los artículos 14 y 16. Más en concreto quedó instaurado el modelo latino, con dos matrimonios —civil y canónico—, reconocido este último como un todo con sustantividad propia.

Esta situación duró poco. El Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 (AJ), entre la Santa Sede y el Estado español, supuso la implantación de un nuevo sistema facultativo. El Estado reconoce efectos civiles al matrimonio canónico, aunque supedita su pleno reconocimiento desde su celebración a que se inscriba en el Registro civil (art. 6.1 y 2, y Protocolo final). En cambio, sólo prevé la eficacia civil de las resoluciones eclesíásticas de nulidad de matrimonio y de disolución de rato y no consumado si el tribunal civil las declara ajustadas al Derecho del Estado (art. 6.2), y no se pronuncia acerca de si admite o no la competencia exclusiva de la Iglesia sobre los matrimonios canónicos. Ésta, por su parte, «recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales» (art. 6.3 AJ), tratando de evitar que una futura ley civil extendiera el divorcio al matrimonio canónico.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, es la respuesta del legislador ordinario al mandato del artículo 32.2 de la Constitución. En cuanto al momento constitutivo o de la celebración implanta un sistema facultativo plural y de formación progresiva en el que, junto al matrimonio civil y al matrimonio canónico, podrán incorporarse los matrimonios celebrados «en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados por el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste» (art. 59 C.c.), que también producirán efectos civiles (art. 60 C.c.). Sin embargo, este reconocimiento plural se difumina y tiende a desaparecer en el momento registral porque el Estado deniega la inscripción —y con ella el pleno reconocimiento de efectos— al matrimonio religioso que no cumpla los requisitos sustantivos de validez —capacidad y consentimiento— del matrimonio civil (art. 63.2 C.c.). La situación se agrava en el momento crítico porque el Código reformado aplica las causas civiles de separación, nulidad y disolución —entre ellas, y más principalmente, el divorcio— a todo matrimonio sin excepción;

y también somete la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad de matrimonio y de las decisiones pontificias de disolución de rato y no consumado —las únicas que admite— al cumplimiento de una serie de requisitos civiles que apreciará *in casu* el juez de primera instancia.

Por tanto, esta regulación choca abiertamente con el espíritu y la letra del Acuerdo de 1979 —también de su artículo 7 para la interpretación conjunta de lo convenido— y así consta claramente en una serie de Notas Verbales que la Santa Sede dirigió al Gobierno español a lo largo de la elaboración de la Ley de reforma del matrimonio en el Código civil¹⁸. La cuestión es grave, no sólo porque los principios de jerarquía normativa —el Acuerdo tiene rango de tratado internacional— y de competencia quedan conculcados, sino también porque los diversos recortes que sufre el reconocimiento del matrimonio canónico entrañan una considerable limitación del *ius conubii*.

Más recientemente, las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos con la Federación de Entidades religiosas evangélicas de España (FEREDE), la Federación de Comunidades israelitas de España (FCI) y la Comisión islámica de España (CIE), han supuesto la incorporación de sus matrimonios al sistema. No obstante, el examen del artículo 7 de cada uno de los convenios y de las disposiciones que los desarrollan resulta desalentador. La doble exigencia del expediente civil y del certificado civil de capacidad matrimonial, previos a la celebración religiosa de esos matrimonios —o a su inscripción, en un caso pretendidamente excepcional del matrimonio islámico—, así como la ausencia de cualquier tipo de eficacia civil de las resoluciones confesionales de nulidad y disolución, principalmente, conducen a afirmar que estamos ante matrimonios civiles celebrados en forma religiosa regidos en sus aspectos sustantivos por las normas estatales, a excepción del régimen de prestación del consentimiento que será conforme a las normas propias de cada confesión. Pero es que, además, el precepto citado establece para la validez civil de estos matrimonios

18. Cfr. J. FERRER ORTIZ, *Las normas negociadas en el Derecho eclesiástico español: fundamento, elaboración, aprobación y control (pro scriptis)*.

que el consentimiento habrá de prestarse ante el ministro de culto oficiante de la ceremonia o ante el dirigente religioso o imán —según los casos— y, al menos, dos testigos mayores de edad, lo que lleva a afirmar con matices que incluso la forma de celebración es civil y sólo se reconoce el rito o ceremonia religiosa.

VII. Otro grupo de disposiciones son las que inciden en el concepto legal de matrimonio. El Código civil reformado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, reafirma la heterosexualidad —«el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio» (art. 44)— e, indirectamente, la monogamia —«el marido y la mujer son iguales en derechos y en deberes» (art. 66)— en los mismos o parecidos términos a los empleados por la Constitución. Precisa los derechos-deberes conyugales de convivencia, fidelidad y socorro (art. 68) y los de respeto y ayuda mutuos (art. 67), además de la obligación de «actuar en interés de la familia» (art. 67). También perfila la estabilidad como rasgo distintivo del matrimonio, al determinar que la condición o término del consentimiento se tendrá por no puesta (art. 45). En cambio, la doble desaparición de la impotencia como impedimento —su posible relevancia queda limitada al error en cualidad (art. 73.4)— y de la indisolubilidad como propiedad esencial alteran notablemente el sentido del matrimonio. Más en concreto, la ley de referencia introduce el divorcio con carácter general y eficacia retroactiva —«sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración» (art. 85)—, basado en el cese efectivo de la convivencia conyugal y el cumplimiento de unos plazos¹⁹. Del examen de las discusiones parlamentarias destaca especialmente el empeño de la Ponencia por establecer un régimen jurídico unitario —divorcio para todos— y su

19. En la Exposición de motivos del proyecto de ley y en la defensa que de él hicieron el Ministro de Justicia y los portavoces de la Ponencia en el Congreso y en el Senado justificaron el divorcio como medio de proteger la familia ante la existencia de miles de matrimonios rotos y de uniones de hecho (cfr. Boletín Oficial del Congreso, n. 123-I, 13.III.80, p. 856; Diario de Sesiones del Congreso, n. 150, 17.III.81, pp. 9394-9395; y Diario de Sesiones del Senado, n. 110, 15.IV.81, p. 5592). Aunque la previsión inicial era que en el primer año se presentarían unas 500.000 demandas de divorcio (cfr. «El País», 21 de julio de 1981, p. 16), lo cierto es que en el último trimestre de 1981 se produjeron 9.483 divorcios y en 1983 un total de 22.578 (cfr. J. L. ALBACAR, *Informe sociológico sobre la aplicación de la Ley del Divorcio*, en «La Ley», 1983 (4), p. 1215).

insistencia en afirmar la inconstitucionalidad del matrimonio indisoluble, cuando la amplitud del artículo 32 de la Constitución y, en conexión con él, los artículos 14 y 16 permitían dotar al matrimonio de una regulación propia de una sociedad plural donde existen varios tipos de matrimonio²⁰.

En un plano diferente debe incluirse la tendencia a establecer una cierta equiparación entre la unión de hecho *more uxorio* y el matrimonio, pero que se proyecta sobre el modo de entender este último. Así, por ejemplo, el Código penal reformado por Ley 8/1983, de 25 de junio, cuando delimita la circunstancia mixta que atenúa o agrava la responsabilidad criminal según los casos (art. 11) y la existente de determinados encubridores (art. 18), sitúa en la misma posición que al cónyuge del sujeto activo «a la persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad», cambiando su redacción inicial²¹.

Aunque los supuestos podrían multiplicarse, bastará con apuntar algunos más. El Código civil declara que el derecho a la pensión en favor del cónyuge al que la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico respecto a la posición del otro (art. 97) se extingue, entre otros motivos, por contraer el acreedor nuevo matrimonio «o por vivir maritalmente con otra persona» (art. 101), y reconoce a los hijos mayores de dieciséis años la facultad de pedir la emancipación cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias «o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor» (art. 320.1). La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, afirma que en materia de adopción las referencias a la capacidad de los cónyuges serán aplicables «al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal» (disposición adicional 2^a). Asimismo se ha declarado in-

20. Ante la incontrovertible realidad de que la principal división se produce a propósito de la indisolubilidad, afirmada por unos como propiedad esencial del matrimonio y negada por otros, no encuentra fácil justificación democrática la imposición autoritaria de una de las concepciones en liza, lesionando el derecho de los contrayentes a elegir libremente un matrimonio u otro.

21. Vid. también el artículo 423 del Código penal, redactado conforme a la Ley 3/1989, de 21 de junio, que reproduce la expresión citada para rebajar la pena del reo del delito de mutilación consentida con intención de eximir a otro del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento.

constitucional el artículo 58.1 de la Ley de arrendamientos urbanos «en la medida que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido» (STC 222/1992, de 11 de diciembre)²².

En cambio, en materia de Seguridad Social, el Tribunal Constitucional ha declarado la legitimidad de la distinción de trato entre el matrimonio y la unión de hecho, al pronunciarse reiteradamente sobre la constitucionalidad del precepto que establece el requisito del vínculo matrimonial entre causante y persona beneficiaria para que esta última tenga derecho a la pensión de viudedad (STC 184/1990, de 15 de noviembre, y STC 29, 30, 31, 35 y 38/1991, de 14 de febrero)²³. Es significativo que el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, ha introducido algunas modificaciones en el artículo 174, eliminando las diferencias por razón de sexo del supérstite que contenía el antiguo artículo 160, pero mantiene la pensión exclusivamente en favor del cónyuge²⁴.

22. En síntesis, el Alto Tribunal considera, a la luz del artículo 39.1 de la Constitución, que el precepto introduce un beneficio legal en favor de la familia, sea o no matrimonial, con el único requisito de que haya existido una convivencia estable con el arrendatario hasta el momento de su muerte. Afirma también que esto no significa que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial sean a todos los efectos realidades equivalentes. La sentencia contiene dos votos particulares por considerar el fallo contrario a esta doctrina y porque la extensión de la subrogación a casos no previstos en la ley exigiría de una regulación que sólo al legislador corresponde, para no lesionar el principio de seguridad jurídica. Cfr., también, STC 47/1993, de 8 de febrero.

23. El razonamiento de la primera sentencia, al que se remiten las posteriores, puede resumirse en los siguientes términos: 1º) El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1). Nada de ello ocurre con la unión de hecho. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una convivencia no basada en el matrimonio. 2º) La diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho no es arbitraria o carente de fundamento. 3º) Es cierto también que el legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad. Pero que dicha extensión sea constitucionalmente admisible no implica que la opción contraria y en la actualidad vigente no lo sea. 4º) La conclusión alcanzada no se altera por el hecho de que en otros supuestos muy distintos a la pensión de viudedad el legislador haya equiparado al cónyuge la *análoga relación de afectividad*.

24. El ordenamiento español contiene una única excepción que no es tal, cuando reconoce el derecho a la pensión y a las prestaciones de la Seguridad Social en favor de «quie-

VIII. Tanto o más abundantes que las leyes promulgadas sobre el matrimonio son las que versan sobre la filiación. Aquí destaca la amplitud con que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil, concreta los principios constitucionales de igualdad de los hijos y de libre investigación de la paternidad (art. 39.2 y 3). Afirma el primero diciendo que «la filiación matrimonial y no matrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código» (art. 108 C.c.): el derecho a los apellidos (art. 109), la patria potestad y los deberes que lleva consigo (art. 154), el deber de velar y alimentar a los hijos menores (art. 110) y de relacionarse con ellos (art. 160), y los derechos sucesorios (arts. 807 y 931, entre otros). En este último punto, cabe señalar que las Compilaciones forales y las leyes civiles de las Comunidades Autónomas han asumido el criterio pero sin renunciar al mantenimiento de algunas diferencias de trato fundadas en la misma naturaleza de las cosas, por lo que no constituyen discriminación²⁵.

En cuanto al segundo principio, el Código reformado determina que «en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas» (art. 127 C.c.), así como las pruebas indirectas (art. 135 C.c.). No obstante la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida contraviene estas disposiciones y el precepto constitucional, al garantizar el anonimato en la donación de gametos y embriones²⁶, limitándose a reconocer a los hi-

nes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley» (disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981). Aquí nos encontramos ante una unión de hecho atípica, porque el legislador supone que los convivientes de haber podido se hubieran casado. Es, además, una situación claudicante, tendente a desaparecer con el transcurso del tiempo.

El caso nada tiene que ver con los ya mencionados, ni con el reciente fallo del Tribunal Constitucional este mismo año, desestimando el recurso de amparo interpuesto por una mujer a la que el Tribunal Supremo le negó la pensión de viudedad, porque si no se casó con el hombre con que convivió establemente durante más de cincuenta años fue porque no quiso —por la ideología anarquista de ambos— pero no porque no pudiera hacerlo legalmente (cfr. STC 66/1994, de 28 de febrero de 1994).

25. Así, por ejemplo, los heredamientos del Derecho catalán en favor de uno de los *hijos comunes* (cfr. Leyes 40/1960, de 21 de julio y 13/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación del Derecho civil de Cataluña).

26. La Ley utiliza el término preembriones a pesar de que científicamente es incorrecto. Cfr. J. LEJEUNE, *¿Qué es el embrión humano?*, Madrid 1993, pp. 43-44.

jos nacidos el derecho de obtener información general de los donantes que no incluya su identidad (art. 5.5)²⁷.

De todos modos, una exposición panorámica de la filiación en el ordenamiento español no puede prescindir de las leyes que permiten el aborto en determinados supuestos y la esterilización de los disminuidos psíquicos, porque suponen, respectivamente, limitaciones a los derechos constitucionalmente reconocidos que «todos tienen a la vida y a la integridad física» (art. 15). Tampoco cabe olvidar las leyes sobre técnicas de reproducción asistida y de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, en la medida que lesionan el derecho a la vida y la dignidad de la persona humana. Así pues, podemos considerar que estas disposiciones entrañan un grave daño para la familia, especialmente respecto a la protección integral de los hijos (art. 39.2 Const.), porque suponen *la negación de la filiación o su cosificación*, según los casos.

La introducción del artículo 417 bis del Código penal, por Ley orgánica de 5 de julio de 1985, supuso la despenalización del aborto en tres supuestos: 1º) cuando sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada; 2º) cuando el embarazo sea consecuencia de un delito de violación, medie denuncia y se practique dentro de las primeras doce semanas de gestación; y 3º) cuando se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas y el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas. El texto definitivamente aprobado tuvo que ajustarse a la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, que resolvió el recurso previo presentado contra el Proyecto de ley²⁸.

27. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias, admite que podrá revelarse la identidad del donante, pero «tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso, publicidad» (art. 5.5), ni «determinación legal de la filiación» (art. 8.3).

28. El fallo del Alto Tribunal causa perplejidad porque su razonamiento contradice las reglas de la lógica jurídica y porque plantea la colisión entre derechos heterogéneos para resolver el aparente conflicto en perjuicio del más débil, negándole la titularidad del derecho más fuerte y radical: el derecho a la vida. La sentencia empieza afirmando que la protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga su protección efectiva, incluidas las normas penales, aunque no sea absoluta y esté sujeta a limitaciones. Pero, en el momento de concluir, considera que sobre la vida del *nasciturus* debe prevalecer no sólo la vida de la madre, sino también los derechos de ésta a la integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal —cfr. art. 417 bis 1 y 2 C.p.— y también prevalece sobre el *nasciturus* la imposición a la madre y a la familia de una conducta que excede de lo que es normalmente exigible —cfr. art. 417 bis 3 C.p.—.

La reforma del artículo 428 del Código penal, por Ley orgánica 3/1989, de 21 de junio, declara impune la esterilización de los deficientes psíquicos graves²⁹. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 215/1994, de 14 de julio, declara que la norma no contradice el derecho a la integridad física (art. 15 Const.) porque existen suficientes garantías legales y el deficiente psíquico no ve vulnerado ninguno de sus derechos³⁰.

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, contienen «un catálogo de horrores, que es también un catálogo de errores jurídicos y éticos»³¹, en una flagrante lesión de la

29. «No será punible —afirma el art. 428.2 *in fine* C.p.— la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz».

30. El Tribunal Constitucional considera que la medida está justificada, ya que la esterilización del incapaz le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría ser contraria a su dignidad e integridad moral, haciendo posible el ejercicio de su sexualidad sin riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede asumir conscientemente. Con todas las garantías que establece la norma, la sentencia señala que la esterilización está aún más justificada en la mujer que en el hombre por las consecuencias fisiológicas del embarazo, al no comprender la disminuida psíquica las mutaciones que experimenta su cuerpo. Así pues, nos encontramos ante un lamentable pronunciamiento en el que, una vez más, no se tiene en cuenta la dignidad de la persona. También se ha observado que las imprecisiones de la ley son tremendas y sus consecuencias irreversibles, sin olvidar que discrimina a la mujer (cfr. «El Mundo», 22 de julio de 1994, p. 23).

31. G. GARCÍA CANTERO, *El Derecho de Familia en el centenario del Código civil. Informe sobre la política legislativa familiar de 1981 a 1991*, Zaragoza 1992, p. 35. Siguiendo al autor citado, podemos mencionar algunos reparos: 1º) La libre admisión de la donación de gametos (art. 5.1 TRA) supone la cesión a extraños de elementos reproductivos que constituyen lo más íntimo y personal del ser humano. 2º) La donación de óvulos fecundados (art. 5.1 TRA) significa la cesión a otros de seres humanos en gestación. 3º) Se impone un riguroso secreto a estas donaciones (art. 5.5 TRA), lo que implica que si el ser así gestado llega a nacer estará legalmente imposibilitado de conocer quiénes son sus progenitores (en contra del art. 39.2 Const.). 4º) Se consagra como absoluto el derecho al hijo, al permitir que la mujer sola —soltera, viuda, separada o divorciada— utilice estas técnicas (art. 6.1 TRA). 5º) Se crea una nueva categoría de postumidad en la que se incluyen los hijos nacidos hasta dieciséis meses después de la muerte del marido (art. 9.2 TRA). 6º) Se prohíbe a las personas que han dado su consentimiento para la utilización de estas técnicas ejercitar las acciones de impugnación de la paternidad o de la maternidad (art. 8.1 TRA), contraviniendo la Constitución y el Código civil. 7º) Se prohíben las madres de alquiler (art. 10.1 TRA), pero es muy discutible la regla de que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art. 10.2 TRA), en cuya virtud la madre legal es la que da a luz y no la que proporciona el óvulo. 8º) Se autoriza el cruce hombre-animal o test de Hamster (art. 14.4 TRA). 9º) Se permite la conservación de embriones sobrantes

dignidad humana (art. 10.1 Const.), del derecho a la vida y a la integridad (art. 15) y de la protección de los hijos (art. 39.2).

IX. Una mejor suerte ha corrido el principio constitucional de igualdad entre los cónyuges (art. 32.1), conectado a su vez con el principio de no discriminación por razón de sexo (art. 14). Se trata de una reforma iniciada desde antiguo que encuentra un claro exponente preconstitucional en la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges³². Con posterioridad, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificó el Código civil eliminando la dote y los bienes parafernales, e instaurando el sistema de codirección en la gestión y en la disposición de los bienes gananciales (art. 1375), el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento del otro (arts. 154 y 156) y la contribución de los cónyuges en las cargas del matrimonio (art. 1318); etc. Por su parte, la reforma del Código civil en materia de nacionalidad, llevada a cabo por Ley 51/1982, de 13 de julio y, más recientemente, por Ley 18/1990, de 17 de diciembre, aplican el principio de igualdad entre el varón y la mujer; y lo mismo sucede con la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

X. El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la escuela merecen una consideración aparte. La importancia que tienen, y las reservas que suscita el modo en que están siendo regulados en España son palmarias. Para comprobarlo basta con examinar las reformas de las reformas; los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, corrigiendo los excesos del Legislati-

de una FIV durante cinco años, sin que se establezca claramente su destino posterior (art. 11.3 TRA), siendo probable su destrucción o empleo en experimentación (cfr. *Ibidem*, pp. 34-35).

32. La ley de referencia supuso un primer paso hacia la igualdad jurídica pues suprimió la autoridad y la licencia maritales, y declaró que «el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges» (art. 62 C.c.), ni modifica la nacionalidad de los cónyuges, ni limita o condiciona su adquisición, pérdida o recuperación (art. 21 C.c.). Pero el marido seguía conservando la administración de los bienes de la sociedad conyugal (art. 59 C.c.) y la patria potestad sobre los hijos legítimos del matrimonio (art. 154 C.c.).

vo y del Ejecutivo; y la división de opiniones, cuando no el descontento, que reina entre los ciudadanos.

En la base de los conflictos se encuentran dos concepciones divergentes, que dejaron su impronta en el artículo 27 de la Constitución y que han marcado el posterior desarrollo normativo³³. Con el Gobierno de la UCD se aprobó la Ley orgánica 5/1980, de 19 de junio, reguladora del estatuto de centros escolares (LOECE), que puso el acento en la libertad de enseñanza, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones, y la libertad de creación y dirección de centros docentes con ideario propio —art. 27.1, 3 y 6 Const.—. En cambio, con la llegada del PSOE al poder, la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE), sustituyó a la anterior, potenciando las facultades de intervención de los poderes públicos en todos los centros, el control y la gestión de todos los sectores implicados en los centros sostenidos con fondos públicos y la discrecionalidad en la concesión de ayudas—art. 27.5, 7, 8 y 9 Const.—. Tanto ésta como aquélla fueron modificadas y matizadas por el Tribunal Constitucional, atendiendo a sendos recursos previos de inconstitucionalidad: el primero presentado por sesenta y ocho senadores socialistas y el segundo por cincuenta y tres diputados populares³⁴.

33. Artículo 27: «1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita. 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes. 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales. 7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca. 8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes. 9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. 10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca».

34. La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la primera sentencia puede resumirse en los siguientes términos: 1º) La libertad de enseñanza es una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a difundir libremente pensamientos e ideas. 2º) Del principio de libertad de enseñanza deriva el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos, e, igualmente, el derecho a la creación

Más recientemente los Reales Decretos 1006 y 1007/1991, de 14 de junio, y 1700/1991, de 29 de noviembre, de ejecución de la Ley orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), han ocupado el centro de la polémica por el trato dispensado a la enseñanza de la Religión católica en los centros escolares públicos. Recientemente, el Tribunal Supremo ha declarado nulos de pleno derecho algunos de sus preceptos porque infringen los artículos 14, 27 y 96 de la Constitución, el artículo 2 del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales de 1979, firmado entre la Sante Sede y el Estado español, y la propia disposición adicional de la LOGSE de remisión a este último³⁵.

de centros docentes. 3º) Este último comprende el derecho a establecer un ideario educativo propio, que no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa. 4º) Ambos derechos están limitados, no sólo por el respeto de los demás derechos fundamentales, sino también por los principios constitucionales y por la necesidad de que la enseñanza sirva a los principios democráticos de convivencia (STC 5/1981, de 2 de febrero).

Por lo que se refiere a la segunda sentencia del Tribunal Constitucional, podemos destacar estos pronunciamientos: 1º) El mandato constitucional del artículo 27.9 no es una afirmación retórica de manera que quede en manos del legislador la posibilidad de conceder o no ayuda económica a los centros docentes. 2º) Tampoco puede aceptarse que se desprenda de él un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros sólo por el hecho de serlo. 3º) El contenido esencial del derecho a la dirección de centros docentes por sus titulares, que implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del profesorado. 4º) El titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional. 5º) El derecho a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración puede revestir las modalidades de toda participación —informativa, consultiva, de iniciativa e incluso decisoria—, dentro del ámbito propio, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los centros (STC 77/1985, de 27 de junio).

35. En su sentencia de 3 de febrero de 1994 el Tribunal Supremo, sienta la siguiente doctrina: 1º) No hay nada que oponer a la consideración del área de Religión católica como de oferta obligatoria para los centros y carácter voluntario para los alumnos. 2º) En cambio, los términos alternativos y excluyentes en los que se establece la obligación de los padres de los alumnos de elegir entre la Religión católica o las actividades de estudio dirigido en relación con las enseñanzas mínimas, entraña una discriminación, porque quienes opten por aquella no podrán acudir a estas actividades complementarias que, razonablemente, les permitirán obtener una mejor y mayor preparación en las áreas obligatorias. 3º) Surge también otra desigualdad porque, dado el carácter voluntario de la Religión católica, sus calificaciones no serán tenidas en cuenta cuando deban entrar en concurrencia los expedientes académicos de los alumnos, mientras que quienes elijan las actividades de estudio —no evaluables— estarán en condiciones de obtener mejores calificaciones que aquéllos en las

Para alcanzar una comprensión acabada de la situación de la enseñanza escolar en España es preciso tener presente la decidida voluntad del Gobierno del PSOE de favorecer la enseñanza pública y de poner trabas a la enseñanza privada, mayoritariamente de inspiración cristiana y que depende en buena parte de instituciones de la Iglesia católica. Al mismo tiempo, conviene no olvidar que algunas Comunidades Autónomas —por ejemplo, el País Vasco y Navarra— tienen transferidas las competencias en materia de educación escolar y se rigen por normas propias que responden a un talante político bien diferente. En ellas los ciudadanos disfrutan de una mayor libertad de enseñanza y de un reconocimiento más amplio del derecho a la educación ³⁶.

XI. Al elenco de disposiciones que configuran la posición de la familia dentro del ordenamiento español podrían sumarse muchas otras —piénsese en las reformas del Código civil en materia de tutela y adopción llevadas a cabo por las Leyes 13/1983, de 24 de octubre, y 21/1987, de 11 de noviembre—. También podría apuntarse, en torno a su protección jurídica, la paradoja de que el incumplimiento de la obligación de fidelidad, principio básico del matrimonio, fue despenalizado inmediatamente antes de aprobarse la Constitución ³⁷ y,

asignaturas obligatorias, cuyas calificaciones sí que reflejarán sus expedientes en los casos apuntados.

Con posterioridad a esta fecha, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la misma materia y en idéntico sentido en tres sentencias más, de 17 de marzo, 9 y 30 de junio de 1994.

36. Lo lamentable es que, en buena parte del país, los poderes públicos sólo ayudan económicamente a los centros privados si se someten a un completo control, perdiendo así su carácter de alternativa a la educación estatal. De este modo, el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos y a asegurarse una enseñanza conforme a sus propias convicciones queda condicionado: sólo los económicamente pudientes pueden disfrutar de una efectiva libertad de enseñanza (cfr. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *La enseñanza*, en AA.VV., *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona 1993, p. 453).

37. La reforma fue llevada a cabo por la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento. Bien es verdad que, tal y como venían configurados los respectivos delitos, resultaban contrarios al principio de igualdad de los cónyuges. Cometía adulterio la mujer casada que yacía con varón que no fuera su marido, y el que yaciera con ella sabiendo que era casada, aunque después se declarara nulo el matrimonio (art. 449 C.p.). En cambio, el amancebamiento venía a ser un adulterio cualificado del marido que éste cometía cuando tenía manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella (art. 452 C.p.). El castigo para los dos delitos era el mismo: la pena de prisión menor.

En mi opinión, la protección jurídica de la familia debería traducirse penalmente en la existencia de un tipo que castigara por igual la infidelidad de cualquiera de los cónyuges, tanto si comete adulterio la mujer como si lo hace el varón.

en cambio, en fecha reciente se ha creado un delito por impago de las prestaciones económicas establecidas en las crisis matrimoniales³⁸. Sin embargo, para cerrar esta relación y no hacerla excesivamente prolija, bastará con que nos preguntemos si en España existe una política familiar.

Como ya se puso de relieve hace unos años, los programas electorales de los principales partidos políticos de ámbito estatal no contemplan en ningún caso, una política sectorial destinada a la familia³⁹. Y, como el propio Gobierno admitió, «la protección a los miembros de la familia no debe considerarse en un sentido estricto de prestaciones ligadas a toda la unidad familiar, sino en un sentido amplio a cada uno de los miembros que la componen y teniendo en cuenta que el modelo familiar no es inamovible sino que está sujeto a cambios y en evolución continua»⁴⁰.

Esto supuesto, no cabe extrañarse de que en un campo de notable importancia como es el de la protección económica de la familia, nuestro ordenamiento ofrezca un panorama desalentador. Así, por ejemplo, el Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) de 1993 establece una deducción de la cuota de tan sólo 20.000 pts. por hijo soltero que conviva con el contribuyente; mientras que el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social prevé una asignación económica de 36.000 pts. anuales por cada hijo a cargo, siempre y cuando que el trabajador no perciba ingresos superiores a 1.035.000 pts. al año⁴¹. De hecho, la única medida legislativa realmente importante en materia económica ha venido determinada por

38. El artículo 487 bis del Código penal, aprobado por la Ley orgánica 3/1989, de 21 de junio, incorpora al Código penal un nuevo tipo dentro del abandono de familia: «El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas».

39. Cfr. J. A. SOUTO, *El sistema matrimonial español en el cuadro más amplio de una política general sobre el matrimonio y la familia*, en AA.VV., *Libertades fundamentales y sistema matrimonial*. V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Pamplona 1990, pp. 1-8 (*pro scriptis*).

40. *Ibidem*, p. 2.

41. Cfr. arts. 180-185 de la ley de referencia. La prestación se incrementa en el supuesto de que el hijo a cargo tenga la condición de minusválido, dependiendo del grado de minusvalía que padezca: 72.000, 391.620 y 587.460 pts. (art. 185).

la reforma del IRPF, imperada por el Tribunal Constitucional para eliminar la discriminación fiscal que venía recibiendo el matrimonio con respecto a la unión de hecho. El Tribunal abordó el problema en una primera sentencia concediendo el amparo solicitado —STC 209/1988, de 10 de noviembre—⁴² y, a raíz de ella, planteó la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad en cuanto a la posible contradicción del régimen de declaración conjunta y acumulación de rentas de las personas unidas por vínculo matrimonial —STC 45/1989, de 20 de febrero—⁴³.

42. En síntesis el contenido de dicha sentencia es el siguiente: 1º) El diferente régimen jurídico que la ley dispone para la tributación de los sujetos pasivos, según estén o no unidos por vínculo matrimonial, tiende a provocar una mayor carga tributaria sobre el contribuyente casado respecto del que, con magnitud igual de renta, no lo está, dado que la progresividad impositiva conduce a que el primer tramo de la renta acumulada venga gravado al tipo máximo de la renta que se acumula. Se genera así, al aplicar a la renta acumulada una escala diferente con tipos de gravamen más altos, un trato desigual para las personas que contraen matrimonio respecto de los demás sujetos pasivos del impuesto, que resulta discriminatorio. 2º) El peculiar tratamiento legislativo de la tributación de los sujetos pasivos que se integran en una unidad familiar no parece tener otro fin que el de acomodar la regulación del impuesto a un supuesto (el de la vida en común de los cónyuges, cuando ambos perciben renta) que se ha considerado expresivo de una capacidad económica superior para cada uno de los cónyuges a la que resultaría de las rentas individualmente obtenidas por uno y otro, lo que derivaría del hecho de compartir, por la vida en común, una serie de gastos que en los demás casos se soportan individualmente por cada uno de los sujetos pasivos del impuesto. 3º) Pues bien, si lo que implica incremento de la capacidad económica y, por consiguiente, tributaria de los sujetos pasivos del impuesto integrados en una unidad familiar es la vida en común, esta circunstancia debería ser el supuesto de la norma reguladora del régimen en cuestión, y sin embargo, no lo es porque el único índice que para la asunción de su existencia ha tenido en cuenta el legislador al respecto es el mero hecho del matrimonio. La vida en común no la toma en consideración con carácter general. El régimen establecido en la Ley 44/1978 sólo se aplica prácticamente a los cónyuges en cuanto tales. 4º) Genérase así un trato discriminatorio con respecto a los demás sujetos pasivos del impuesto sobre la renta, y más concretamente los que viven en común, en ausencia de vínculo matrimonial, sin que este trato desigual aparezca justificado en aras de otro valor constitucionalmente protegido, como podría ser la protección de la familia que impone a los poderes públicos el artículo 39.1 de nuestra Norma fundamental. 5º) La discriminación sufrida por el actor, y que motiva la concesión del amparo tiene su origen en la aplicación de unas disposiciones legales que han de considerarse postconstitucionales, al haber sido asumidas las reglas de la Ley 44/1978 aplicadas al presente caso por la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de reforma parcial del IRPF.

43. Del texto de la segunda sentencia entresacamos las siguientes afirmaciones: 1º) Como exigencia derivada de los artículos 14 y 31 de la Constitución es indispensable que la sujeción conjunta no incremente la carga tributaria que le correspondería a cada uno de los sujetos pasivos integrados en la unidad tributaria de acuerdo con su propia capacidad económica, de manera que la sujeción conjunta no actúe como un factor que agrave la obligación propia de cada uno de estos sujetos en relación con la que tendrían si, con la misma capacidad económica, la imposición fuese separada. 2º) Esta limitación constitucional puede

XII. A la vista de todo lo anterior, y como conclusión, podemos afirmar que las lagunas e insuficiencias de la Constitución se han puesto bien de manifiesto en buena parte de las normas de desarrollo, incluidos los casos en los que ellas mismas dan la impresión de estar creando el Derecho constitucional familiar, al margen de otros principios claramente establecidos en la propia Ley fundamental⁴⁴. Y cabe preguntarse, como hace García Cantero, «si los constituyentes de 1978 acertaron a regular la familia a la vista de los cambios ideológicos, socioeconómicos y estructurales ocurridos en la sociedad española, o si, más bien, no pretendieron influir ellos mismos en el cambio, adelantándose a plasmar en las nuevas leyes la nueva imagen de la familia que querían imponer»⁴⁵.

Así pues, no es de extrañar que los juristas, en una consideración global de los cambios introducidos en el ordenamiento español desde 1978 hasta nuestros días, tengamos la sensación de que «se trata de una reforma inacabada, y, a veces, que no ha hecho más que empezar, y, lo que puede ser más inquietante, que se ha perdido el rumbo y que el timón nadie lo gobierna, o, peor aún, que está a merced de incontrolados e imprevisibles grupos extremistas». Y es es-

concretarse en la afirmación de que la cuota única no puede exceder en su cuantía de la que resultaría de adicionar las cuotas separadas que corresponderían a cada uno de los sujetos pasivos, aunque sí puede ser menor si el legislador emplea este instrumento de la sujeción conjunta, como es casi inexcusable, para cumplir la obligación de proteger a la familia que le impone el artículo 39.1 de la Constitución. 3º) La utilización de la unidad familiar como unidad contribuyente, en cuanto implica una diferenciación fiscal de sus miembros por el hecho de serlo, no puede ser considerada como una diferenciación constitucionalmente legítima si se la considera apoyada, como razón única, en la de un supuesto incremento de la capacidad económica de sus miembros. 4º) La sujeción conjunta al impuesto de los miembros de la unidad familiar no puede transformar el impuesto sobre las personas físicas en un impuesto de grupo porque esta transformación infringe el derecho fundamental de cada uno de tales miembros como sujetos pasivos del impuesto a contribuir, de acuerdo con su propia capacidad económica, en la misma cuantía en que habrían de hacerlo si, manteniendo esa misma capacidad, tributasen separadamente. 5º) El mecanismo ideado para corregir los efectos discriminatorios del sistema de acumulación, aunque los atenúa, no los elimina, y a veces pone de relieve la existencia de otras desigualdades. Así, por ejemplo, la que nace de la influencia que sobre el mayor o menor incremento de la progresividad inducido por la acumulación tiene la relación existente entre las rentas acumuladas, o la discriminación de que son objeto las rentas menores, cuando son más de dos las rentas de trabajo acumuladas.

44. Cfr. G. GARCÍA CANTERO, *El Derecho de Familia en el centenario del Código civil*, cit., p. 18.

45. *Ibidem*, p. 23.

ta última hipótesis la que cada vez cobra más fuerza, ante la insistencia con que el Gobierno viene anunciando su intención de facilitar el divorcio, ampliar el aborto y equiparar al matrimonio las uniones de hecho, heterosexuales y homosexuales⁴⁶.

46. G. GARCÍA CANTERO, *La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de familia*, en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Zaragoza 1992, p. 343.