

LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO CIVIL

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de La Rioja

SUMARIO

I. PRESENTACIÓN. II. CONSIDERACIONES GENERALES. III. LAS NECESARIAS REFORMAS LEGISLATIVAS POST-CONSTITUCIONALES. IV. DOS IMPORTANTES CUESTIONES PENDIENTES DE DERECHO DE FAMILIA: 1. LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA EN TORNO A LAS ACCIONES DE FILIACIÓN. 2. EL ATORMENTADO TEMA DE LAS PAREJAS DE HECHO. V. LA TERRITORIALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL.

I. PRESENTACIÓN

Ante el reto que un título tan amplio y genérico representa para quien se dispone a abordarlo, por la obvia multiplicidad de sus posibles contenidos, entiendo que su desarrollo, dentro de los límites impuestos por una razonable extensión, ha de ser necesariamente personal y, por ende, algo arbitrario, tomado este término en su sentido no peyorativo, sino sinónimo de adopción de una preferencia. Por consiguiente, en las presentes páginas no encontrará el lector una perspectiva completa de la incidencia que sobre el Derecho civil español ha comportado la Constitución de 1978 en éstos sus primeros veinticinco años de vigencia, sino algunas consideraciones sobre ciertos temas que a quien estas líneas escribe más preocupan, por razones diversas: en unos casos, porque su resolución en clave de adecuación constitucional aún no puede darse por zanjada; en otros, por la innovación que para el concepto mismo de Derecho civil suponen.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

Desde una primera aproximación muy general, la Constitución Española de 1978 ha proyectado sobre el Derecho civil tres efectos principales o de principio:

1.- Una parcial inhibición del Derecho civil frente al Constitucional, en cuanto ya no cabe encontrar en aquél los criterios básicos de ordenación de la convivencia y las categorías fundamentales del sistema, que han pasado al segundo. Por consiguiente, nuestro venerable Código y en especial su Título Preliminar ha perdido su carácter casi exclusivo de elemento fundamental en la ordenación jurídica de la nación española, a favor de la Constitución.

Como contrapartida, la visión constitucional de la persona como ser portador de valores que todo orden social debe respetar, a partir del reconocimiento de su dignidad en el umbral del fundamental Título I de la Constitución, se proyecta sobre los pilares mismos del Derecho civil, como Derecho centrado en las relaciones de las personas como tales. De modo que la Constitución ha empujado al Derecho civil a superar con decisión el carácter marcadamente patrimonialista en que la ideología liberal de los Códigos le había dejado sumido, para acentuar y redescubrir su vocación personalista, precisamente a partir de los derechos fundamentales como pieza básica del nuevo sistema. Lo cual va a obligar al Derecho civil a flexibilizar muchos rígidos moldes de una vieja dogmática, en pos de soluciones más modernas y acordes con la realidad social.

2.- Una necesaria modificación legislativa, en cuanto las normas constitucionales han obligado a adaptar la regulación de muchos preceptos civiles. El Código, por tanto, ha resultado profundamente alterado, y no sólo en su contenido sino también en su filosofía técnica, en cuanto ha perdido la vocación generalista bajo la que se gestó, dada la actual proliferación de Leyes especiales en materia civil. Esto último, ciertamente, no constituye un efecto directo de la Constitución: dicha tendencia legislativa se inició con anterioridad a ella, aunque en sus años de aplicación ha resultado vivamente acentuada.

3.- El Derecho civil ha debido asumir la incidencia directa que, como norma jurídica, la Constitución proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, lo cual ha conllevado importantes cambios de rumbo en la jurisprudencia civil para adaptar la interpretación de sus instituciones a los postulados constitucionales. En algunas materias, el Tribunal Supremo (y los de rango inferior, obviamente) ha debido alterar el sentido de sus declaraciones tras las manifestaciones al respecto del Tribunal Constitucional. Ello no sólo ha sucedido en los casos más sonados y conflictivos para las relaciones entre ambos órganos, como son los de tutela del honor, intimidad y propia imagen, donde la controversia entre el Tribunal Constitucional y el Supremo ha llegado a alcanzar tintes de orden público, sino en otros que no por no haber encontrado eco alguno en los medios de comunicación dejan de ser trascendentales para el perfeccionamiento de la tutela que el Derecho persigue dispensar a todas las personas. Como muestra, un modesto botón: en relación con el requisito de consignar que para el ejercicio de los retractos legales exige la ley, el Tribunal Supremo seguía fiel a sus tesis de principios del siglo XX, considerando tal consignación un medio solutorio que sólo entendía cumplido mediante el desembolso en efectivo por el retrayente del precio de la venta. Obligado el Tribunal Constitucional a pronunciarse al respecto por la vía del recurso de amparo, interpuesto por quien consideraba vulnerado su derecho a la tutela

judicial efectiva por haber visto desestimada su pretensión al haber consignado de forma distinta, califica, cargado de razón a mi modo de ver, la consignación de medio de garantía y considera válida la realizada mediante un cheque conformado o un aval bancario. Lo cual supone adecuar el ejercicio del retracto legal, al mismo tiempo, a una de las consecuencias que conlleva el derecho a la tutela judicial efectiva y a las prácticas económicas de nuestro tiempo.

En una palabra, junto a la acentuación y redefinición de los valores personales, la Constitución ha obligado al Derecho civil a salir de una especie de letargo dogmático e ideológico, que bien pudiera calificarse de autocomplacencia en la herencia de siglos de nuestra disciplina y en los aciertos técnicos del fenómeno codificador, para hacerlo realmente servidor de la realidad social en que ha de ser aplicado. Así, la Constitución ha significado la modernización del Derecho civil, sobre todo en aquellos de sus sectores más eminentemente personalistas, como son el llamado Derecho de la Persona y el de Familia y Sucesiones, en los que con mayor urgencia y profundidad hubo de acometer el legislador las reformas exigidas por los nuevos postulados constitucionales.

III. LAS NECESARIAS REFORMAS LEGISLATIVAS POST-CONSTITUCIONALES

El Código civil inició su andadura de adecuación legislativa a la Constitución en 1981, con dos reformas sustanciales e imprescindibles, dictadas desde los ejes de dignidad e igualdad entre las personas: la primera, de 13 de mayo, alteró profundamente la regulación de la filiación, de la patria potestad, de las relaciones económicas dentro del matrimonio y del Derecho de sucesiones, y la segunda, de 7 de julio, el sistema matrimonial, los efectos personales del matrimonio y la solución a sus crisis. En virtud de ambas leyes, la concepción patriarcal y autoritaria de la familia, del matrimonio y de las relaciones de filiación resultó sustituida por un matrimonio sustentado sobre dos personas con idéntica responsabilidad de decisión en las relaciones personales y económicas y un sistema de filiación construido sobre el principio de responsabilidad de los progenitores. De lo imprescindible de estas reformas legislativas ofrece buena prueba el hecho de que precisamente el ejercicio de una acción de reclamación de la filiación extramatrimonial ofreció al Tribunal Constitucional una de las primeras ocasiones para poner de manifiesto la eficacia directa de la norma fundamental, en lo referente en concreto al derecho a la igualdad ante la ley¹.

¹ STC 80/1982, de 20 de diciembre: “Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1, donde se dice que *los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución*, sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor (...). Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los artículos 39 a 52 en los términos del artículo 53.3 de la C.E., no puede caber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los artículos 14 a 38”. De modo que el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo interpuesto por la hija extramatrimonial que resulta discriminada, en el ejercicio de su acción de reclamación de la filiación, por la redacción del art. 137 Cc. anterior a la reforma de 1981.

Aunque significó un paso de gigante, sin embargo, ha de observarse que esta reforma no expurgó del Código toda norma discriminatoria por razón sexual en el ámbito familiar y matrimonial: para ello hubo que esperar a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que modificó los preceptos en que se atribuía a la mujer casada una posición de subordinación respecto a la del marido, en materia de vecindad y nacionalidad, bajo el pretexto del principio de unidad familiar. Recientemente, la STC 39/2002, de 14 de febrero, ha venido a confirmar la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 9.2 Cc. en su redacción anterior a la mencionada Ley de 1990.

A las reformas del Derecho de Familia siguieron las relativas al Derecho de la Persona: por Ley 51/1982, de 13 de julio, se modificó la nacionalidad (atormentada institución que ha sufrido después otras tres reformas, ya no tanto por razones de adecuación a la Constitución, sino más bien a la nueva situación de España como país de manifiesto carácter inmigratorio); por Ley 13/1983, de 24 de octubre, se dio nueva redacción a la incapacitación y las instituciones tutelares y, con alguna mayor tardanza, desde la misma perspectiva se reforma la adopción y otras formas de protección de menores, por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, perfeccionada ulteriormente por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

En una palabra, la Constitución ha comportado la modificación del Código civil en todas sus instituciones más íntimamente personales, ligadas a la capacidad y el estado civil, y que en la sistematización didáctica del mismo comprenden los llamados Derecho de la Persona y de Familia y Sucesiones. Estas reformas, a partir de proclamación de la igualdad jurídica entre hombre y mujer en el seno del matrimonio, han supuesto la desaparición de la familia basada en vínculos patriarcales y autoritarios, para resultar sustituida por un nuevo grupo familiar de base asociativa (STC 159/1989, de 6 de octubre).

IV. DOS IMPORTANTES CUESTIONES PENDIENTES DE DERECHO DE FAMILIA

La adecuación del Derecho civil a la Constitución, obviamente, no se agota con las referidas reformas, porque no es algo que quepa dar por zanjado. La naturaleza viva y flexible de aquélla contrariaría tal visión. De ahí que en la actualidad dos importantes temas pertenecientes al Derecho de familia vengán presentándose con insistente frecuencia en la práctica, reclamando en un caso una respuesta del Tribunal Constitucional que clarifique su debida interpretación por los Tribunales ordinarios y, en el otro, habiendo recaído ya algún importante pronunciamiento constitucional, la extracción por el legislador ordinario de sus consecuencias concretas. Me estoy refiriendo a la problemática surgida, respectivamente, en torno a las acciones de filiación y al fenómeno de las parejas de hecho. El muy diferente modo en que las prescripciones constitucionales se proyectan sobre cada una de ellas exige su contemplación por separado.

1.- La problemática suscitada en torno a las acciones de filiación

El régimen jurídico de la filiación ha sido uno de los campos en que la proyección constitucional se ha revelado más fecunda. A partir del principio de no discriminación por razón de nacimiento, en esta rama del Derecho donde confluyen de modo paradigmático cuestiones de radical alcance íntimo, familiar y social, la mencionada reforma de 1981 ha comportado una doble línea de efectos, estáticos o relativos a la posición jurídica atribuida a los hijos extramatrimoniales en el ámbito familiar, de un lado, y dinámica, o de nueva factura de las acciones de filiación, de otro.

En el primer sentido, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, supuso la asunción por el legislador ordinario de la opción por la equiparación entre la filiación matrimonial y extramatrimonial más plena, al otorgar a los hijos extramatrimoniales no sólo un mero *status filiae*, sino un pleno *status familiae*. Entre ambos términos de la alternativa se repartía la doctrina civil de aquellos años, considerando que la Constitución exigía bien la introducción de los hijos extramatrimoniales en una relación por así decirlo segmentaria respecto de su progenitor, que impidiera un trato discriminatorio de aquéllos respecto de los hijos matrimoniales de éste (postura sostenida por los partidarios del reconocimiento a los hijos extramatrimoniales de un *status filiae*), bien su introducción total en la familia en sentido extenso del progenitor, estableciéndose por tanto vínculos jurídicos no sólo con éste, sino también con sus ascendientes, descendientes y colaterales (postura sostenida por los partidarios del reconocimiento del *status familiae*). La opción de la reforma del Código civil por esta vía suscitó vivas críticas en parte de la doctrina civil, con fundamento en la injusticia que infligía a la familia del progenitor, así como en la amenaza que para la tradicional concepción de familia matrimonial suponía la introducción en ella de un elemento necesariamente distorsionador como es el hijo extramatrimonial de uno de los cónyuges.

A la vuelta de estos veinticinco años de vigencia constitucional, y dada la actual concepción de las relaciones familiares, las anteriores consideraciones no dejan de causar cierta perplejidad, y constituyen magnífico exponente del paso experimentado por el Derecho de familia desde una visión institucional y orgánica de la misma, a otra de corte ya no sólo asociativo, sino marcadamente individualista.

En segundo lugar, la reforma de 1981 comportó una profunda alteración en el régimen de las acciones de filiación diseñado en el Código civil, para posibilitar con suma amplitud al hijo su ejercicio, tanto en su manifestación de reclamación como de impugnación, a partir del principio constitucional de investigación de la paternidad recogido en el art. 39.2 C.E. En concreto, en relación con la práctica de las pruebas biológicas, expresamente admitida en el art. 127 Cc.², se planteó hace ya casi diez años otro punto de interpretaciones divergentes entre el Tribunal Supremo y el Constitucional. Planteado el problema de la práctica de tales pruebas en caso de negativa del demandado, supuesto progenitor, que alega el debido respeto a su derecho a la integridad corporal y a la intimidad personal, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia, que había declarado la paternidad del demandado considerando como indicio de la misma, además de otros, tal negativa a la prueba; por el contrario el Tribunal Supremo, ante la imposibilidad de su práctica, consideró no probada la

² En su redacción de 1981. Hoy, el contenido de tal precepto se ha trasladado al art. 767.2 L.E.C., derogándose el correspondiente art. 127 Cc.

paternidad y desestimó la demanda. Planteado recurso de amparo por la madre, representante legal de la menor cuya filiación se pretendía determinar, el Tribunal Constitucional declara firme la sentencia de la Audiencia, en amparo del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante, optando en la famosa STC 7/1994, de 17 de enero, por considerar que no existe vulneración alguna de derechos fundamentales en la orden judicial fundamentada de práctica de dichas pruebas, y sí en la negativa injustificada a su práctica, que deja a la reclamante en situación de indefensión. En una larga y fundada sentencia, en el conflicto entre el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante y el del demandado a la integridad física y moral, el Tribunal Constitucional opta por proteger los dos, no considerando lícita la opción de obligar al demandado a someterse a la prueba (a diferencia del criterio sostenido por el Voto particular con que contó esta sentencia), pero estimando tal negativa como un importante indicio para declarar la paternidad. Este criterio, asumido con posterioridad por el Tribunal Supremo, ha recibido refrendo legal en el vigente art. 767.4 L.E.C.

Pues bien, si esta cuestión implicada en el ejercicio de las acciones de filiación ha quedado resuelta, otras dos de fundamental trascendencia vienen planteándose ante los Tribunales, ambas motivando pretensiones que, negadas por la legislación ordinaria, alegan fundamento en las prescripciones constitucionales. Son la controvertida legitimación activa para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial y el no menos discutido plazo para el ejercicio por el marido de la acción de impugnación de la filiación matrimonial. Ambas cuestiones, por razones de seguridad jurídica y respeto al sistema de fuentes, vienen requiriendo de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Veámoslas por separado.

1.1.- A falta de posesión de estado, el art. 133 Cc. atribuye al hijo, durante toda su vida, la legitimación activa para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, y no al progenitor. De manera que la jurisprudencia inmediatamente posterior a la reforma de 1981 desestimaba la acción por falta de legitimación cuando viniera ejercitada por la madre, siempre que no se expresara su ejercicio como representante legal del menor. Flexibilizando esta exigencia, alguna resolución estima la acción por sobrentender que la madre ejercita la acción no en nombre propio, sino del hijo menor. Pues bien, hoy, tras alguna sentencia contradictoria³, el Tribunal Supremo viene reconociendo legitimación para el ejercicio de dicha acción en propio nombre a cada uno de los (pretendidos) progenitores, con independencia de que ostenten o no la representación legal del menor: esto es, tanto se admite la reclamación de la madre, en nombre propio, contra quien considera padre, como del sedicente padre contra la madre y el hijo.

Por haber considerado el Tribunal Supremo que de otro modo incurriría en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del progenitor y contrariaría el derecho a la investigación de la paternidad, ha llegado así a una clara interpretación *contra legem* del Código civil. Y para negarlo, el Tribunal Supremo ha pretendido encontrar una contradicción entre los arts. 133 y 134 Cc., que con la mencionada interpretación se salvaría. No faltan voces dentro de la propia jurisprudencia y también entre la doctrina que critican dicha ampliación de la legitimación, por estimarla injustificada y contraria a lo establecido por el legislador teniendo presentes los

³ Ya alejada en el tiempo, vid. STS 28 mayo 1997.

postulados constitucionales. En concreto, se critica la construcción de un supuesto derecho a la investigación de la paternidad, que no es tal, sino un principio rector de política legislativa, que se ha respetado admitiendo la práctica en estos procesos de toda clase de pruebas y reconociendo la legitimación al hijo, pero no necesariamente al progenitor. La doctrina y la jurisprudencia (minoritaria) se dividen entre quienes consideran que el derecho a la tutela judicial efectiva del progenitor y su interés legítimo en ser declarado padre, el principio de verdad biológica instaurado por la reforma de 1981 y la libre investigación de la paternidad sustentan una interpretación *contra legem* del mencionado art. 133 Cc., y quienes oponen que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser conformado por el legislador de forma no arbitraria, como así fue en la reforma de 1981, al primar el interés del hijo sobre el del padre, otorgando sólo al primero legitimación; que el principio de verdad biológica tiene importantes excepciones (y no es una de las menores la resultante de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida); que la investigación de la paternidad no es un criterio empleado por el legislador para determinar la legitimación, sino la actividad probatoria, y que la interpretación jurisprudencial vigente supone una indebida alteración del sistema de las fuentes del Derecho.

Como ya he dicho, el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente al respecto sino, en dos ocasiones, de forma meramente incidental. Así, en el recurso contra la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, y ante la alegación de infracción del derecho a conocer el origen biológico de los nacidos mediante el empleo de estas técnicas, la STC 116/1999, de 17 de junio, estima que en caso de inseminación heteróloga, con semen de donante, el anonimato prescrito como regla general no es inconstitucional. En otro supuesto la cuestión se plantea de la mano de la diversidad legislativa existente en este ámbito por la incidencia de los Derechos forales. La STC 236/2000, de 16 de octubre, ha de enfrentarse al recurso de amparo presentado por quien se afirmaba progenitor de un menor navarro, ante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra⁴ que, en aplicación del Fuero Nuevo, coincide en este punto con el Código civil al atribuir legitimación sólo al hijo, le niega acción para ello. El demandante alega vulneración del art. 14 C.E. en su vertiente de igualdad ante la ley, por no haberse interpretado la ley 71 F.N. conforme a la Constitución y a la doctrina jurisprudencial expuesta del precepto paralelo presente en el Código civil. Vulneración que el Tribunal Constitucional no aprecia, al entender que no se dan los requisitos de igualdad de supuesto, término de comparación adecuado y justificación irrazonable del legislador para la diversidad de tratamiento, recordando la asunción que la Constitución realiza de la diversidad legislativa en materia civil foral. A mi modo de ver, no parece demasiado aventurado deducir de esta negativa al amparo un juicio implícito sobre la constitucionalidad de lo dispuesto en la ley 71 F.N., y por ende en el art. 133 Cc., normas coincidentes en este punto⁵. Como antes decía, es deseable que salgamos pronto de dudas acerca de la supuesta inconstitucionalidad de la previsión literal de dicho artículo: por lo que sé, al menos una cuestión de inconstitucionalidad pende al respecto.

⁴ Vid. STSJ Navarra 22 diciembre 1994.

⁵ Mayor desarrollo de esta idea puede encontrarse en mi comentario a la sentencia referenciada: vid. BARBER CÁRCAMO, "Filiación y discriminación (Comentario a la STC 236/2000, de 16 de octubre)", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 19. 2001, pp. 15-33.

1.2.- El otro supuesto problemático se suscita en relación con la impugnación de la paternidad matrimonial por el marido, y en concreto con el controvertido plazo de caducidad de un año de tal acción, a contar desde el conocimiento por el marido del nacimiento del hijo (art. 136 Cc.). El Tribunal Supremo ha tenido que enfrentarse con alguna reiteración al delicado caso en que, conocida por el marido su imposible paternidad transcurrido dicho plazo, su pretensión impugnatoria no encuentra cauces posibles de expresión, con todas las consecuencias que no sólo en el plano jurídico, sino también en el personal y familiar acarrea la atribución como propios de unos hijos ajenos. Ante este dilema se han sucedido resoluciones contradictorias del Tribunal Supremo; en concreto, cinco han fallado en contra de las pretensiones del marido burlado y tres en su favor. Como fundamento de las primeras se ofrece la clara dicción literal del art. 136 Cc., el perentorio plazo ahí fijado y su indudable *dies a quo*⁶; en las segundas, por el contrario, se afirma la prevalencia obligada en nuestro ordenamiento, por prescripción constitucional, de la verdad biológica sobre la formal, que debe empujar a corregir la literalidad del mencionado precepto para entender como *dies a quo* no el del conocimiento del nacimiento del hijo, sino de la imposible paternidad marital⁷.

Tampoco sobre esta cuestión ha tenido el Tribunal Constitucional oportunidad para pronunciarse o, más exactamente, la tuvo pero no llegó a materiarizarla. Porque le fue planteada una cuestión de inconstitucionalidad respecto de un precepto similar al art. 136 Cc. recogido en la normativa catalana sobre filiación (art. 12.1 de la Ley de Filiaciones Catalana de 1991). Pero la STC 57/1999, de 9 de marzo, da por finalizado el procedimiento por pérdida sobrevenida de su objeto, al haber resultado modificado dicho precepto, con eficacia retroactiva, por el Código de Familia de Cataluña, cuyo art. 106.1 establece ahora para tal acción un plazo de dos años, bien a partir del conocimiento del nacimiento del hijo, bien del descubrimiento de las pruebas que fundamentan tal impugnación.

En conclusión, tanto este problema como el anteriormente relatado vienen requiriendo de una declaración expresa del Tribunal Constitucional que clarifique si la modificación legislativa llevada a cabo en 1981 en lo referente a las dos acciones de filiación se adecua o no a la Constitución: en el primer caso, no habrá entonces fundamento para que los Tribunales ordinarios dejen de aplicar tales normas; en el segundo, tras la declaración de nulidad de los correspondientes preceptos, habrá de procederse a su modificación. Pero la situación actual, de interpretación judicial *contra legem* de los claros términos del Código civil para salvar un posible juicio de inconstitucionalidad francamente dudoso, constituye indudable fuente de inseguridad jurídica.

⁶ En ocasiones aun con una especie de solidaria palmadita en la espalda: vid. SSTS 31 diciembre 1998, 21 julio y 30 septiembre 2000, 31 diciembre 2001 y 26 junio 2002.

⁷ En este sentido, vid. SSTS 30 enero 1993, 23 marzo 2001, 3 diciembre 2002 (en esta última puede leerse que el establecimiento en nuestro Código de un sistema formalista pugnaría con el art. 39.2 C.E., con la falta de límites a la investigación de la paternidad y con el art. 24 C.E., y comportaría el imponer obligaciones sobre quien no debe tenerlas).

2.- El atormentado tema de las parejas de hecho

También ligado al art. 39 C.E., en este caso en lo relativo a la protección constitucional dispensada a la familia y al concepto que sobre la misma cabe deducir del texto constitucional, se ha planteado una de las cuestiones de mayor incidencia en los medios de comunicación y conflictividad judicial: la pretendida equiparación de efectos con el matrimonio de las parejas no casadas. Como es sabido, el Tribunal Constitucional sí ha debido pronunciarse a este respecto, ya desde primeros de los años 90, y ha mantenido una postura que, si no puede calificarse abiertamente de contradictoria, no deja de resultar terreno abonado para quienes tachan a los juristas de manipuladores de palabras. Muy resumidamente, y partiendo de que al *ius connubii* se le reconoce carácter de derecho fundamental y no así a la decisión de no contraer matrimonio, el Tribunal Constitucional ha observado que matrimonio y unión de hecho constituyen realidades distintas, ante las que el tratamiento legislativo diferenciado, más beneficioso para el matrimonio, no merece tacha desde la perspectiva constitucional siempre que no comporte una dificultad irrazonable para quien no desee contraerlo: así, STC 184/1990 de 15 de noviembre y, con anterioridad, AATC 156/1987, de 11 de febrero y 788/1987, de 24 de junio. Desde tales afirmaciones, el Tribunal Constitucional legitima reiteradamente la negativa de la Ley General de la Seguridad Social a la atribución de pensión de viudedad a favor del convivente del cotizante (vid. además de la STC 184/1990 ya citada, STC 30/1991, de 14 de febrero y ATC 222/1994, de 11 julio), al mismo tiempo que declara inconstitucional la previsión de la derogada Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 que limita la subrogación arrendaticia por muerte del arrendatario al cónyuge del mismo: vid. SSTC 222/1992, de 11 de diciembre; 47/ 1993, de 8 de febrero y 155/1998, de 13 de julio. La primera de estas sentencias provocó, como es sabido, la reforma de dicha cuestión en la subsiguiente Ley arrendaticia de 1994, que procedió a extender la misma a “la persona que hubiera convivido con éste de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual”.

Pues bien, el diferente juicio de constitucionalidad que ambas regulaciones han merecido, nuestro Tribunal lo ha fundamentado en sus respectivos objetivos o finalidades: si las pensiones persiguen la protección del matrimonio, lo cual recibe el beneplácito constitucional desde su diferenciación objetiva con la unión de hecho, la subrogación arrendaticia vendría fundada en la realidad convivencial, presente en cambio tanto en el matrimonio como en las uniones extramatrimoniales. A esta argumentación cabe oponer otra quizá más superficial, pero también más pragmática: el Tribunal Constitucional ha optado por la equiparación cuando ésta no incide sobre las arcas del Estado, sino resulta enjugada por el patrimonio de un ciudadano.

En fin, sea como fuere, la afirmación del intérprete constitucional de que la equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho no constituye un imperativo constitucional, sino que pertenece al ámbito de libertad del legislador ordinario, ha conducido a una intensa presión, desde algunos sectores sociales, a favor de la promulgación de una ley que regule estas situaciones, tanto en las relaciones internas entre sus miembros, como externas respecto de terceros. Y este empeño, que el legislador estatal no ha materializado, sí por el contrario once (hasta el momento) de los autonómicos, provocando que materia tan indudablemente perteneciente al núcleo mismo del Derecho civil se haya convertido en exponente palmario de su reciente

territorialización. Fenómeno que, por haberme de referir a él algo más adelante, me limito ahora a mencionar.

En conclusión, si en materia de filiación se advertía un indeseable ámbito de indefinición en cuanto a los requerimientos constitucionales, en sede de parejas de hecho no hay tal, sino una expresada remisión al criterio del legislador ordinario, que no habiendo encontrado eco en el estatal, sí lo ha hecho, de forma variopinta, en el autonómico. Además, la insistente presión social por la opción equiparadora con el matrimonio ha desembocado en un lógico replanteamiento de las bases del mismo, que a su vez ha propiciado la aparición de voces partidarias de su modificación legislativa. En todo este proceso ha jugado un papel preponderante los colectivos homosexuales y su reivindicación de acceso al matrimonio. Pues bien, me parece de interés resaltar cómo todo este tema se aleja de la adecuación del Derecho civil a la Constitución, para sólo encontrar explicación desde coordenadas bien distintas.

V. LA TERRITORIALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

Que la influencia constitucional de mayor calado y trascendencia se haya producido en sede de los Tratados de Derecho civil más radicalmente personalistas, según se ha expuesto (Derecho de la Persona, Familia y Sucesiones), no obsta a que también el Derecho patrimonial haya resultado afectado por la aplicación de las prescripciones de aquélla. Precisamente, uno de los mandatos constitucionales que ha disfrutado de mayor grado de cumplimiento por el legislador ordinario ha sido el contenido en el art. 51 C.E., que garantiza la defensa por los poderes públicos de los consumidores y usuarios. El desarrollo de tal mandato ha propiciado la creación de un nuevo sector del Derecho, a caballo entre el civil y el mercantil, que bajo la denominación de Derecho de consumo atiende a las relaciones contractuales más habituales y numerosas bajo principios diferentes de los postulados presentes en los Códigos. Este Derecho de signo proteccionista de la parte contractual más débil (el consumidor o usuario) se ha localizado extramuros de aquéllos, física y filosóficamente, en leyes especiales ajenas al liberalismo del reino de la autonomía de la voluntad presente en los arts. 1.254 y siguientes del Código civil, inspirado por la consigna de defender la libertad mediante la introducción de normas imperativas. Me refiero, obviamente, a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y a otras de contenido más sectorial o concreto, como la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, que ordena la promulgación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, entre otras cuya enumeración excuso, por conocida.

Presenta este Derecho de nuevo cuño dos notas características a resaltar: haber venido en gran parte dictado para la transposición de Directivas Europeas e integrarse tanto por normativa de carácter estatal como autonómico. Si la primera de estas notas sólo mediatamente se deriva de la Constitución, la segunda, ciertamente, es una consecuencia inmediata de ésta y exponente de la característica más radicalmente novedosa y peculiar de la actual situación del Derecho civil español, inédita en su larga

trayectoria histórica. Sírvanos pues esta ligera referencia a la incidencia constitucional sobre el Derecho patrimonial para reflexionar sobre la novedad más importante que el desarrollo constitucional ha comportado sobre el Derecho civil.

Hoy, efectivamente, los cultivadores de nuestra disciplina, así como los operadores jurídicos en general, nos encontramos ante una verdadera territorialización del Derecho civil, esto es, ante la diversidad territorial del mismo en materias muy diferentes, provocada por dos factores esencialmente distintos. De un lado, el reconocimiento y asunción de la diversidad foral en materia civil hecho por la Constitución de 1978 ha procurado la revitalización y el desarrollo del Derecho foral, al atribuirse a los Parlamentos de las Comunidades Forales competencia legislativa en materia civil según lo descrito por el atormentado y barroco art. 149.1.8ª C.E. De otro, la facultad reconocida por la Constitución a todas las Comunidades Autónomas para asumir competencias en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en materias que de alguna manera se revelan propias de Derecho civil o estrechamente vinculadas con éste, ha provocado el surgimiento de un Derecho civil autonómico, no foral, que en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil foral coexiste con éste. En este Derecho civil autonómico se integran, además del ya mencionado Derecho de consumo, las disposiciones normativas dictadas por las Comunidades Autónomas sobre comercio interior, consumo, caza, urbanismo, agricultura, propiedades especiales, fundaciones, cooperativas, asociaciones, protección de menores...

Curiosamente, la previsión de esta territorialización autonómica en materia de Derecho civil no mereció en los años posteriores a la promulgación de la Constitución la atención de los autores. Como es de todos bien sabido, la doctrina civil empeñó sus esfuerzos en aclarar el enigmático sentido del art. 149.1.8ª C.E., interpretándolo de forma más o menos flexible para la legislación foral en función de las premisas ideológicas acerca de la cuestión foral sostenidas por cada autor. Dicha atención doctrinal se acentuó cuando el Tribunal Constitucional, en cuatro sentencias bastante próximas en el tiempo (años 1992 y 1993)⁸, tuvo ocasión de manifestarse al respecto, optando por una interpretación de tal precepto ciertamente flexible, en cuya virtud la competencia foral en materia civil no sólo había de proyectarse sobre instituciones comprendidas en las Compilaciones, sino que el término *desarrollo* había de legitimar la actualización del Derecho foral de acuerdo con sus propios principios, posibilitándose así la regulación de instituciones conexas con las ya compiladas (vid. STC 88/1993, de 12 de marzo). Esta doctrina supone, en la práctica, el crecimiento del Derecho civil foral, y la asunción por el Tribunal Constitucional de las tesis más favorables a la amplitud de competencias de las Comunidades Autónomas Forales: su acción legislativa sólo resulta vedada en las materias reservadas al Estado tras el inciso “en todo caso” (lo que ha venido a denominarse por la doctrina el “núcleo duro” de la competencia estatal).

Pues bien, no sólo en la delimitación de esta fuente de diversidad legislativa en materia civil el Tribunal Constitucional se ha revelado flexible, también en la otra,

⁸ STC 121/1992, de 28 de septiembre, sobre Arrendamientos Históricos en la Comunidad Valenciana; STC 182/1992, de 16 de noviembre, sobre Arrendamientos Rústicos en Galicia; STC 88/1993, de 12 de marzo, sobre equiparación de hijos adoptivos en Aragón y STC 156/1993, de 6 de mayo, sobre Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares.

origen del llamado Derecho civil autonómico, ha sostenido postura francamente favorable para la competencia legislativa de éstas. Ejemplar a este respecto resulta la sentencia relativa a la Ley Andaluza de Reforma Agraria (STC 37/1987, de 26 de marzo), que admitió la posibilidad de que las Comunidades Autónomas incidieran sobre materias civiles conexas con las administrativas (en este caso, en concreto, sobre la propiedad). También asoma dicha postura en la más reciente STC 173/1998, de 23 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley de Asociaciones Vasca, donde se admite la competencia autonómica para regular tanto el régimen interno como externo de las mismas. En virtud de esta doctrina constitucional, se generaría un desplazamiento de las competencias genéricas por las específicas, lo cual ha encontrado bastante oposición entre los autores⁹.

Sin embargo, esta situación de territorialización del Derecho civil, a mi modo de ver, mal se cohonesta con la filosofía que sobre el mismo presenta la Constitución: una cosa es que ésta asuma y reconozca la diversidad foral como hecho que justifica en determinados ámbitos la diversidad en materia civil, y otra que la unidad en ella no se contemple como regla general y principio positivo. Considero que tienen razón quienes sostienen que la pluralidad legislativa civil no se contempla en la Constitución como algo positivo en sí mismo, sino sólo al servicio de una diversidad auténtica con arraigo en las sociedades implicadas y fundada en principios vividos en tales sociedades que justifican y alientan dicha diferenciación¹⁰. Lo cual es radicalmente diferente a considerar la diversidad legislativa en materia civil como un valor en sí misma.

Otro supuesto prototípico de esta territorialización del Derecho civil es el que dejé mencionado *supra*: la proliferación acaecida en los últimos cinco años de Leyes sobre parejas de hecho, bajo ésta u otras denominaciones. La legislación autonómica sobre esta situación, que primeramente se promulgó bajo la justificación del título competencial en materia de Derecho civil foral, ha encontrado finalmente cobijo bajo otros títulos ya no limitados a algunas Comunidades Autónomas, sino ajenos, al menos en línea de principio, al contenido del Derecho civil. Y así, si han sido primeramente las Comunidades con competencia sobre Derecho civil foral quienes han legislado al respecto¹¹, les han seguido también las que carecen de ella, alegando como títulos: la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos (en especial el principio de igualdad), la actuación en materia social, de vivienda, protección de menores, orientación familiar...; en una palabra, estas Leyes han terminado convirtiéndose en una especie de instrumento administrativo para la actuación de políticas familiares¹². De manera que hoy son minoría las Comunidades

⁹ Vid. DE PABLO CONTRERAS, en *Curso de Derecho Civil*, tomo I, 2ª ed., Madrid, COLEX, 2001, pp. 100 s.

¹⁰ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.8ª de la Constitución", en *Derechos civiles de España*, tomo I, Madrid, B.S.C.H., 2000, p. 105.

¹¹ Ley de Cataluña 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja; Ley de Aragón 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables No Casadas, Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables, Ley de las Islas Baleares 18/2001, de 19 de diciembre y, muy recientemente, Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo. Hoy, sólo Galicia, de las Comunidades con competencia en materia de Derecho civil foral, no ha legislado a este respecto.

¹² El lector puede corroborar lo dicho en el texto con la Exposición de Motivos de las respectivas Leyes, donde encontrará afirmaciones más que discutibles: Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 1/2001, de 6 de abril; Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre; Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo; Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre,

Autónomas donde no existe normativa sobre uniones de hecho: entre las forales, sólo Galicia, y entre las demás, Cantabria, las dos Castillas, La Rioja y Murcia.

Ciertamente, entre estos dos bloques de Leyes existen importantes diferencias: las emanadas de las Comunidades con competencia sobre Derecho civil foral presentan un contenido lógicamente más ambicioso que las otras. Las primeras ofrecen una regulación si no idéntica, sí bastante similar en cuanto a los efectos civiles de la unión de hecho (salvo la original admisión navarra de la adopción por parejas homosexuales, asumida también por la Ley vasca), pero difieren sustancialmente al identificar el concepto mismo de pareja. Pese a ello, sólo la Ley navarra ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad (admitido a trámite el 31 de octubre de 2000), en el que se ha alegado (muy resumidamente) la falta de competencia de la Comunidad Foral por constituir la Ley una intromisión en el sistema matrimonial y en las normas para la resolución de conflictos de Derecho interregional (al requerir para su aplicación, como casi todas las demás, la vecindad civil en al menos uno de sus miembros; por este motivo, además, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha presentado en marzo del año 2003 una cuestión de inconstitucionalidad), así como vulneración de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar, por imponer efectos de Derecho imperativo a una opción personal que se presenta como alternativa al matrimonio.

Dada la similitud de contenidos entre todas las mencionadas Leyes, si este recurso llegara a declarar la inconstitucionalidad de la norma navarra, tendría un indudable efecto sobre las demás aprobadas (bien a través de la cuestión a plantear por jueces y tribunales, bien a través del recurso de amparo a ejercitar por los particulares), sobre todo si llegara el Tribunal Constitucional a asumir la tesis de los promotores de aquél de entender la regulación sobre parejas de hecho como incidente sobre el sistema matrimonial, materia del núcleo duro del Derecho civil reservado a la exclusiva competencia estatal. Ello viciaría *a radice* esta normativa y conllevaría, probablemente, el mantenimiento sólo de los preceptos referidos a sus efectos económicos. Si, por el contrario, el Tribunal Constitucional ahondara en su doctrina sobre la diferenciación entre estas uniones y el matrimonio, para considerarlas ajenas a aquél aunque propias del Derecho de familia, habría de admitirse la competencia foral en su regulación, aunque no probablemente en cuanto a las normas de resolución de conflictos, respecto de las que el Tribunal Constitucional se ha mostrado, a partir de la STC 156/1993, de 6 de mayo, sobre la reforma de la Compilación de Baleares de 1990, especialmente celoso en su reserva a la competencia estatal. De seguirse este segundo camino, se consolidaría la concurrencia de conceptos dispares de unión de hecho, como manifestación de la asumida constitucionalmente diversidad foral.

Por lo que a las Leyes de las Comunidades Autónomas sin competencia en materia de Derecho civil foral respecta, todas definen detalladamente el concepto mismo de pareja de hecho, admiten los pactos entre sus componentes con el límite del respeto a la igualdad y los equiparan a los cónyuges sólo en cuanto a los derechos públicos nacidos al amparo de la legislación de la respectiva Comunidad Autónoma. De manera que la incidencia de estas Leyes en materia civil se produce no tanto en cuanto a los efectos de las uniones de hecho, terreno en el que casi todas estas Comunidades han observado una

Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 5/2003, de 6 de marzo y Ley 5/2003, de 20 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Extremadura

prudente posición¹³ (mención aparte merece la Ley andaluza, que contiene normas netamente civiles, como la responsabilidad solidaria de los miembros de la pareja por deudas contraídas para los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa, y el derecho del supérstite para residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año), sino en cuanto a la conceptualización misma de la unión de hecho. Dada la imposibilidad de legislar sobre una realidad sin definirla, todas las Comunidades Autónomas han procedido a hacerlo, llegando a resultados también diferentes en lo relativo a requisitos, plazos de convivencia, impedimentos, exigencia o no de formalización o inscripción en el correspondiente Registro...

Ante este hecho, creo debe resaltarse la indudable naturaleza civil de estas uniones, por su carácter mismo y por desarrollar efectos entre personas privadas (las integrantes de la unión y los terceros que con ellas entran en relación), para concluir que se ha producido una intromisión ilegítima de estas Comunidades, desde el punto de vista competencial, al regularlas y definir su concepto, sin que la prudencia (en general) observada en lo relativo a la regulación de sus efectos civiles pueda servir de justificación ni de disfraz alguno de tal hecho incontrovertible. De manera que hoy, dada la actual situación, parece deseable que el legislador estatal aborde la regulación de estas uniones para, de modo similar a como ha sucedido en materia de asociaciones, asumir como propia la definición del concepto mismo de pareja de hecho, desplazando con ello al autonómico. Creo que no cabe duda alguna de que tal es la solución a defender, tanto en lo relativo al concepto mismo de estas uniones, como en cuanto a sus efectos civiles, *inter privatos*. Con lo cual, quedaría sólo a la competencia autonómica la determinación de los efectos en el ámbito administrativo de actuación permitido a cada Comunidad.

En fin, podríamos seguir reflexionando sobre otras cuestiones de desarrollo constitucional del Derecho civil ciertamente sugestivas, pero creo que con lo anterior ha quedado cumplido el objetivo de estas páginas. Sólo una observación final: no quisiera dejar esbozada aquí una perspectiva sombría sobre la incidencia constitucional en el Derecho civil; todo lo contrario, considero que la Constitución Española de 1978 ha empujado a éste a revitalizar y fortalecer su raíz, que es la consideración de la persona en sí misma antes que en sus relaciones patrimoniales. A partir de esa idea nuclear, sólo he pretendido llamar la atención sobre algunos puntos que considero preocupantes, donde una interpretación que excede de los postulados constitucionales puede representar una verdadera amenaza para el papel del Derecho civil como referente último de las relaciones *inter privatos*.

¹³ Aunque se advierte en ocasiones una indebida reiteración de preceptos ya contenidos en el Código civil, que hace merecer a tales normas los calificativos de injustificadas, irrelevantes e inductoras a la confusión. Como ejemplo, véase el art. 9 de la reciente Ley 5/2003, de 20 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Extremadura que, en caso de disolución de la pareja, prevé la determinación del régimen de guarda y visitas de los hijos comunes según “la legislación civil vigente en materia de relaciones paternofiliales”. Tamaña obviada (¿cuál, si no?), me parece paradigmática de la desorientación mostrada por los legisladores autonómicos y de su creciente olvido del reparto competencial en materia civil diseñado por la Constitución. Llamativo también e igualmente indiciario de lo expuesto, el último párrafo de la Exposición de Motivos de esta misma Ley: “Siendo de obligado cumplimiento que el tratamiento legislativo de estas uniones en convivencia se ajuste al marco de las competencias autonómicas en la materia, se han excluido las cuestiones propias del derecho penal, las de carácter laboral y las relativas a la Seguridad Social”. ¿Cómo puede explicarse la falta de mención del Derecho civil? En el fondo, tal omisión comporta una confesión de la naturaleza civil de tales uniones, según expongo en el texto.