

LA FAMÍLIA.

EL MARC LEGAL, ELS DARRERS CANVIS LEGISLATIUS I LES SEVES REPERCUSSIONS SOCIALS

ENCARNA ROCÀ, Catedràtica de Dret Civil, Universitat de Barcelona.

Introducció

La família és un fenomen social que està constituït fora de les categories jurídiques. Però la societat ha d'oferir solucions a qualsevol fenomen que provoqui o pugui provocar tensions entre els diferents elements que el componen. Aquestes solucions es troben en el conjunt de normes jurídiques reguladores d'una determinada institució, i li proporcionen el marc legal per a una convivència que permeti l'exercici dels drets fonamentals a tots aquells que en formen part. I si aquesta finalitat no es discuteix en àmbits com els contractes o el dret de propietat, no deixa d'oferir problemes en el camp de la família.

Les raons són diverses: des de la lentitud dels canvis legislatius en front de la rapidesa, o més ben dit, l'acceleració dels canvis socials; la necessitat de regular la institució familiar tenint en compte interessos molt contraposats, com els dels cònjuges, que tendeixen a regular la seva llibertat, i els dels fills, que tendeixen a protegir-los, donada la manca de capacitat; la tensió entre elements públics, que es reclamen per tot basant-se en els programes de prestacions socials protectores de la família, i els elements privats, que es defensen basant-se en l'autonomia de la voluntat. Tots aquests elements contradictoris i d'altres fan que les normes jurídiques reguladores del fenomen familiar siguin mirades amb prevenció, que tinguin mala premsa, en definitiva. Aquí pretenc demostrar que la regulació jurídica no és un prius, i, per tant, no es pretén estructurar un model de família

convenient per al poder polític-social dominant, sinó que és un posterius, és a dir, es pretén recollir les tendències socials observades i materialitzar-les en un regulació jurídica, que fixa el camp de joc dins el qual els particulars hauran d'ajustar les seves conductes.¹

Per tant, l'ordenament jurídic regula:

1r. Els mitjans i les formes que determinen l'adquisició d'un estatut familiar concret: el matrimoni, la filiació, el parentiu són l'objecte de l'atenció de l'ordenament jurídic, perquè són la forma que permet crear relacions familiars entre persones.

2n. La llibertat fonamental de les persones fa que algunes de les situacions anteriors no hagin de ser considerades avui com a definitives. Per tant, la llei ha de regular les formes a través de les quals s'altera l'estatut familiar: el divorci, la separació i la nul·litat del matrimoni han de ser considerats i regulats tant des del respecte a la llibertat dels individus, com de la protecció d'aquells que en poden resultar perjudicats, bàsicament els fills.

3r. Entre els diferents individus que formen el grup familiar es creen relacions jurídiques. La protecció dels drets fonamentals dels individus, que és preferent a la seva situació familiar, implica que s'hagin de regular les relacions per tal d'evitar el perjudici d'aquelles persones que, per la seva edat i condició, no poden actuar per elles mateixes: la pàtria potestat, l'obligació d'aliments entre parents, les normes sobre protecció de menors, que inclouen l'adopció, la tutela,

els sistemes legítims, etc., permetran arbitrar un sistema privat de protecció, preferent a les normes públiques, però que conviu perfectament i que determina unes preferències i exclusions.²

Els principis constitucionals. Matrimoni i parella de fet.

L'actual sistema jurídic espanyol parteix d'una base fonamental: la regulació constitucional dels drets fonamentals dels individus. Aquesta regulació fa que les normes de les diferents lleis, estatals i autonòmiques, hagin de formular-se tenint com a base les disposicions constitucionals.

Aquestes són de dos tipus:

1r. *Les generals*, o sigui, aquelles que estan formulades per protegir els drets fonamentals dels individus com a tals, independentment de quin sigui el seu estatus familiar, és a dir, que estiguin casats o no, que siguin o no majors d'edat, etc. Entre aquestes normes i pel que es refereix al dret de família, es destaca el principi d'igualtat, consagrat a l'art 14 CE, que prohibeix dos tipus de discriminacions tradicionalment lligades a la situació familiar: el sexe i el naixement.

2n. *Les específiques*: La Constitució conté també dues normes específiques

(1) Vegeu ECKELAAR, "Family Law and Social Control". Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series ed. by J. Eckelaar and J. Bell, Oxford, 1987, p. 125 i s.

(2) Sobre el tema de la confluència entre normes privades i públiques en la regulació familiar, vegeu CAFERIA, *Famiglia e assistenza. Il diritto della famiglia nel sistema della sicurezza sociale*, Bologna, 1983, p. 121 s.

relatives a la situació familiar: la projecció del principi d'igualtat a les relacions entre cònjuges (art 32 CE) i la protecció social econòmica i jurídica de la família, establerta a l'art 39 CE, que l'especifica imposant obligacions als progenitors envers els fills, independentment de la filiació. Per aconseguir aquesta protecció permet la investigació de la paternitat.³

És evident, però, que com tota la normativa jurídica, que en estar formulada de forma abstracta, requereix la concreció de l'aplicació en la pràctica, les normes constitucionals han estat objecte d'interpretació en els diferents litigis que s'han plantejat davant del Tribunal Constitucional, en els quals els particulars han demanat la protecció dels drets fonamentals, que creien vulnerats per les actuacions dels poders públics.

Resumint la doctrina del Tribunal Constitucional, cal fixar l'atenció en el problema del reconeixement d'efectes jurídics a l'anomenada família de fet, és a dir, aquella que es constitueix sense matrimoni.

La qüestió de la família de fet s'ha plantejat solament en la discussió sobre si els membres, majors d'edat, que formen una parella heterosexual no casada, podien tenir dret a determinades prestacions, com ara la pensió de viduïtat o la subrogació en el contracte d'arrendament. No s'ha plantejat mai entorn de les relacions paterno filials, que es regeixen pels principis d'igualtat i de responsabilitat dels progenitors, amb independència que els pares estiguin o no casats.⁴ Per

tant, les nomenades relacions verticals estan regides pel principi d'imperativitat de les normes i ningú no pot derogar-les⁵, ja que això suposaria un perjudici a persones incloses dins d'un col·lectiu necessitat de protecció.

Tampoc no s'han plantejat mai encara cap qüestió en el Tribunal Constitucional espanyol sobre els efectes de relacions en parelles formades per persones del mateix sexe.

Les principals qüestions plantejades en famílies no matrimonials s'han limitat, per tant, a les relacions entre els membres de la parella i són:

a) *El reconeixement de la pensió de viduïtat.* El Tribunal Constitucional ha reiterat la negativa al reconeixement del dret a obtenir pensions de viduïtat a una persona que havia viscut amb una altra sense estar casada. Aquesta solució negativa s'ha aplicat quan un dels membres de la parella i, més concretament, el que havia estat cotitzant a la seguretat social, ha mort després de la vigència de la llei 30/1981, que introduí el divorci.⁶

b) *El dret de subrogació arrendatícia.* A diferència de l'anterior jurisprudència, tres sentències del Tribunal Constitucional han reconegut al convivent no casat la subrogació en el dret a continuar gaudint de l'arrendament de l'habitatge, del qual era titular la seva parella, en morir el titular del contracte.⁷ Ara bé, no ens enganyem, la raó de la protecció es troba també, però bàsicament, en el dret a un habitatge digne, reconegut també en l'art. 47 CE.

En les seves decisions, el Tribunal

Constitucional parteix d'alguns principis que cal tenir en compte:

1r. No són equiparables matrimoni i convivència de fet.

2n. Això anterior no implica que la convivència no pugui provocar efectes jurídics: això no està prohibit en la Constitució, però requereix un desenvolupament legislatiu per part dels parlaments competents.

3r. En tot cas, s'ha de protegir l'interès familiar i aquelles decisions judicials que el lesionin són contràries al dret fonamental a la tutela judicial efectiva i, per tant, són nul·les.⁸

(3) Sobre la protecció constitucional de la família, vegeu BESPONE. Rapporti etico-sociali a Commentario della Costituzione a cura di G. Braica, comentari a l'art 29 Cost italiana. Bologna-Roma, 1976, in totum. Pel que fa al dret espanyol, vegeu ROCA TRIAS. "Familia, familias y derecho de familia" Anuario de Derecho civil. 1990, p. 1055 i s

(4) Vegeu els arts 108.3 C.c. i 19 de la llei catalana 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions. Ambdues disposicions estableixen que tant la filiació matrimonial, com la no matrimonial produeixen els mateixos efectes i aquest són el dret a portar els cognoms dels pares, l'obligació d'aquest d'alimentar i prestar assistència de qualsevol tipus als seus fills i el dret dels fills a succeir els progenitors a través de la llegítima.

(5) ROCA TRIAS, a MONTES, coord. i altres. Derecho de familia. Velència, 1991, p. 26

(6) Vegeu les SSTC 184/1990, 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991 i 66/1994. En totes aquestes sentències l'argument invocat pel Tribunal Constitucional per negar que fos contrari a la Constitució la disposició de la ley general de la Seguretat Social que solament admet la pensió de viduïtat entre persones casades és que no es pot equiparar la convivència de fet a la matrimonial i, per tant, no es vulnera el principi d'igualtat. Això amb independència que la llei pugui establir un sistema igual o específic per a parelles de fet. Vegeu BLANCO PEREZ RUBIO. Parejas no casadas y pensión de viudedad. Madrid, 1992.

(7) Vegeu les SSTC 222/1992, 6/1993 i 47/1993

(8) Com va succeir en la STC 135/1986

Les bases de la regulació legal.

El concepte de família és variable i depèn dels valors socials presents en un determinat moment en una determinada societat.⁹ Aquesta afirmació portarà a un principi important: qualsevol regulació de les relacions entre els individus que formen un grup familiar, assenyalant-ne els respectius drets i deures, està relacionada o deriva del concepte previ que el legislador, estatal o autonòmic, tingui sobre el nivell de reconeixement dels drets fonamentals dels individus que formen aquest grup i si aquests han de ser o no preferents a l'interès familiar. O bé si aquest interès familiar ha d'adaptar-se als drets fonamentals, l'assoliment d'un major grau de llibertat implica que el legislador consideri la família com a unitat bàsica destinada a facilitar el desenvolupament de la personalitat dels individus que la formen i que rebutgi la idea de la protecció de la família per ella mateixa, com a entitat dotada d'independència i autonomia respecte dels seus membres.

Partint d'aquesta base, les successives reformes introduïdes en el Codi civil i en la legislació catalana des de 1978, estan basades en les següents línies generals:

1a. El concepte metajurídic i social de família present en la societat espanyola.

2a. Progressiu reconeixement als individus d'un àmbit de llibertat, d'actuació cada cop més creixent.

3a. Preferència dels drets fonamentals dels individus sobre el grup familiar.

A diferència de l'estructura social

considerada en el Codi civil fins al 1981, aquest concepte metajurídic configura una situació familiar que proporciona alguns elements previstos en les reformes. Així,

1r. L'educació dels fills no es fa en l'interior de la llar, sinó en centres especialitzats.

2n. Les unitats domèstiques són unitats de consum i no de producció. Per tant, el règim de béns del matrimoni ja no s'ha de centrar de forma bàsica en la distribució de la propietat dels adquirits durant el matrimoni, sinó en la manera d'afrontar les càrregues que el matrimoni genera.¹⁰

3r. Existeix una tendència a la igualtat del nivell de vida entre diferents estrats socials, segurament per l'accés al mercat de treball de col·lectius que abans no hi accedien.

4t. Una part molt important dels ingressos familiars es canalitza a l'adquisició d'un habitatge, que moltes vegades es converteix en l'únic bé familiar. Per aquesta raó prenen importància les normes sobre règim primari.

5è. Apareixen noves formes de família no tradicionals: parelles convivents sense matrimoni, famílies monoparentals, parelles homosexuals, etc. que si bé encara afecten sectors petits de població, presenten unes reivindicacions, si més no, dignes de ser tingudes en compte.

Per tant, els principis constitucionals d'igualtat i de protecció dels menors es tradueixen en una sèrie de principis tècnics o de línies de política legislativa que determinen la regulació actual, és a

dir, l'efectivitat dels drets fonamentals esmentats.

Les línies de la política legislativa i les normes de dret de família.

Per tal de donar una perspectiva àmplia de l'actual regulació, s'estudien aquí els trets generals de les normes de dret de família, evidentment en una visió sintètica.¹¹

1r. Desaparició de l'antic principi d'unitat familiar. Com a efecte de la igualtat entre els cònjuges, establert a l'art 32 CE, desapareix l'antic principi d'unitat familiar, segons el qual tots els membres d'una família, cònjuges i fills, havien de tenir la mateixa nacionalitat i veïnatge civil. Aquest principi feia que s'imposés la nacionalitat espanyola a la dona i els fills, independentment de la seva voluntat d'adquirir-la, quan el marit esdevenia espanyol. El més important és el respecte al principi d'igualtat i, per tant,

a) La nacionalitat i el veïnatge civil no s'adquireixen de forma automàtica per part del cònjuge i dels fills de l'es-

(9) Així opina també DIEZ PICAZO a *Família y Derecho*. Madrid, 1984, p. 37-40.

(10) Això, però, es discuteix en relació al consum i prestació de serveis en l'interior del grup familiar. Vegeu Angeles DURAN, "La conceptualización del trabajo en la sociedad contemporánea". *Revista de economía y sociología del trabajo*. Núm. 13-14/septiembre-diciembre 91, p. 12 i s.

(11) Per a una visió pormenoritzada de la regulació sobre família és recomanable la lectura d'un dels manuals més en ús i bàsic de MONTES, coord. *Derecho de familia*. cit. LACRUZ, SANCIO, LUNA, RIVERO, RAMS. *Elementos de Derecho civil*. IV. *Derecho de familia*. 3.ª ed. Barcelona, 1989-90. I pel que fa al Dret civil de Catalunya. PUIG FERRIOL-ROCA TRIAS. *Instituciones del Derecho civil de Catalunya*. III. 3a ed. València, 1994.

tranger que adquireix la nacionalitat espanyola (arts. 21 i 22 C.c. pel que fa a la nacionalitat, i 14 i 15 C.c. referents al veïnatge civil).

b) L'enumeració dels drets i deures dels cònjuges respecta el principi d'igualtat: l'art 66 C.c. estableix que "el marit i la dona són iguals en drets i deures" i aquest principi presideix la regulació de les relacions personals en els arts 67-71 C.c.

c) Les relacions patrimonials entre cònjuges es regeixen també pel principi d'igualtat. D'aquesta forma, l'única limitació de la llibertat de pacte entre els consorts és la que impedeix pactar "cualquier estipulación limitativa de la igualdad que corresponde a cada cónyuge" (art. 1328 C.c.).

Aplicacions formals d'aquesta norma es troben en l'obligació d'ambdós cònjuges d'afrontar les càrregues matrimonials (arts. 1318, 1362 i 1438 C.c. i 8.3 CDCC); la possibilitat d'exercici de la potestat domèstica per ambdós cònjuges (arts. 1319 C.c. i 8.3 CDCC); l'obligació d'actuar conjuntament en l'administració i disposició dels béns que formen la societat conjugal (arts 1375 i s C.c.)¹²; l'obligació de concurrència del cònjuge no titular en els actes de disposició de l'habitatge conjugal (arts 1320 C.c. i 9 CDCC).

d) La dignificació del treball domèstic com a forma de contribució a les càrregues del matrimoni (arts 1438 C.c. i 8.3 CDCC). Aquesta dignificació dóna lloc a una compensació econòmica a l'extinció, per qualsevol causa, del règim

de separació de béns (art 1438 C.c.), i permet obtenir una major pensió en els casos de separació/divorci, si hi ha dret a demanar-la (art 97 C.c.). En el règim de separació de béns català, la dedicació exclusiva o preferent al treball domèstic dóna dret a una compensació econòmica, en els casos de separació/divorci, si aquesta dedicació ha perjudicat el cònjuge que l'ha dut a terme (art 23 CDCC).

2n. *Desaparició dels principis d'indisolubilitat del matrimoni*, amb l'admissió del divorci com a causa de dissolució (art. 85C.c.), independentment de la forma, civil o religiosa, en què el matrimoni s'hagi contret.

Resulta també important comprovar que les separacions admeten una àmplia llibertat dels cònjuges, que no es veuran obligats a al·legar l'existència d'una culpa concreta en la producció de la crisi matrimonial. El propi divorci està concebut en la llei com un sistema per solucionar aquestes crisis i no com un mitjà per castigar culpables i premiar innocents: la llista de les causes de divorci, l'accent de les quals es col·loca en la manca de convivència (art 86 C.c.) i les possibilitats ofertes en l'art 81 C.c. sobre la forma d'iniciar i desenvolupar els processos de separació i divorci, que permeten acords previs dels cònjuges, que seran homologats judicialment si no perjudiquen els drets i interessos dels propis cònjuges o dels fills, demostren que sí bé no de manera directa, la nova regulació ofereix un sistema més adient a l'efectivitat del principi d'igualtat.

3r. *La recerca de sistemes neutres per solucionar el dissens*. La llei ha de proporcionar als particulars la possibilitat de solucionar els problemes de dissens que puguin tenir mitjançant el recurs a un sistema neutre, que no suposi la imposició de la solució propugnada per un d'ells. Aquest sistema requereix el recurs a un tercer que actuarà com a àrbitre. En els països amb una justícia més àgil, és el jutge qui decideix, per tal com no es pot obligar un dels consorts a sotmetre's a la decisió de l'altre, ja que una solució d'aquest tipus resulta absolutament contrària al principi d'igualtat constitucional.

D'acord amb aquesta línia legislativa, el Codi civil exigeix la intervenció del jutge en les següents situacions: quan els cònjuges no es posin d'acord sobre el lloc on s'ha de fixar el domicili conjugal, "resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia" (art 70 C.c.); si existeix desacord entre els titulars de la pàtria potestat, haurà de decidir el jutge, després d'escoltar els pares i el fill afectat si tingués judici suficient (art. 156.2 C.c.); quan la discrepància es produeixi entre progenitors separats o divorciats sobre l'exercici del dret de visita dels fills menors, decidirà el jutge, a petició del propi menor o de parents allegats (art 160.3 C.c.).

(12) A Catalunya, el règim típic dels matrimonis catalans en defecte de pacte és el de separació dels béns en reconèixer masses independents de béns, que cada cònjuge administra personalment. No és possible imposar l'administració conjunta. Vegeu PUIG FERRIOL-ROCA TRIAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, III, cit p. 180 i s.

Cal tenir en compte que la introducció d'aquest tipus de fórmules no autoritàries té sempre un límit: la protecció de l'interès de la família.

4t. *El principi del favor minori*. L'art 39 CE obliga els poders públics a assegurar la protecció dels menors.¹³ Si la llei admet que en els casos de discrepància intervingui el jutge, tenint en compte uns paràmetres oberts, això no succeeix sense uns límits; aquest es troben en la protecció de l'interès de la persona que haurà de patir les conseqüències de la decisió. Per aquesta raó, la llei obliga a actuar en interès del menor, obligació que afectarà no solament el jutge, sinó, evidentment, els pares, que són aquells que primàriament i bàsicament han d'actuar en benefici del menor; per tal com són titulars de la pàtria potestat, hauran de procurar també aquest interès. Així es dedueix de l'art 39 CE i de les disposicions del Codi civil que el desenvolupen en la regulació de la pàtria potestat. D'acord amb tot això,

a) En l'exercici de la pàtria potestat, els progenitors han d'actuar "siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad" (art 154.2 C.c.); quan existeixi discrepància entre progenitors que obligui a l'actuació del jutge, aquest ha de tenir sempre present l'interès dels menors o incapacitats sotmesos a la pàtria potestat (arts 156.2, 158 i 160.3 C.c. i 15 llei catalana 39/1991).

b) En l'adopció, el jutge ha de tenir sempre en compte l'interès de l'adoptat, per decidir sobre la conveniència o no de donar en adopció un menor (arts. 176.1

C.c. i 21 de la llei catalana 37/1991).

c) En la tutela, l'art 209 C.c. estableix que el jutge "en cualquier estado del procedimiento, podrá, a instancia de parte o de oficio, adoptar las medidas necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio".

d) La part més important de les normes relacionades amb l'interès dels fills i la protecció del menor es troba, evidentment, en la regulació dels efectes de la separació i el divorci. L'art. 90.2 C.c. estableix que el jutge no aprovarà el conveni regulador d'aquests efectes quan els acords de les parts "sean dañosos para los hijos", i el jutge pot proposar altres mesures més adequades (art. 91 C.c.). L'art 92.2 C.c. estableix també que les mesures judicials sobre la cura i l'educació dels fills seran adoptades en llur benefici, igual que en les mesures provisionals que s'hagin de prendre com a efecte de la interposició d'una demanda de nul·litat de matrimoni, separació i divorci, en les quals el jutge haurà de "determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos" (art. 103, 1a C.c.).

Conclusió

Cap legislació no és mai definitiva. I menys en l'àmbit del dret de família, on les tensions i les influències socials són més àgils. Per tant, l'actual normativa de dret privat, que he resumit fins ara, deixa oberts alguns interrogants.

1r. *¿Es pot limitar la normativa sobre família a regular els grups que es*

constitueixen d'acord amb les previsions legals? Ja hem vist els problemes que s'han plantejat davant del Tribunal Constitucional en relació a les parelles de fet. Però és que a més, el complex món de la família inclou una sèrie de situacions que requereixen una solució.

2n *¿És que la protecció constitucional es limita a les parelles heterosexuals casades?* A més del problema de les parelles de fet, col·lectius d'homosexuals demanen, i en alguns països ho han aconseguit, una certa equiparació de la seva situació a la consideració de grup familiar, amb unes característiques pròpies. S'ha de tenir en compte que no es tracta de casar a ningú, sinó de dissenyar una política jurídica convenient, respectant els principis de llibertat i igualtat. Es poden adoptar mesures concretes i específiques que no cal que siguin equiparadores perquè, en tot cas, la situació no és la mateixa.

3r. En qualsevol cas, una política jurídica i social adequada ha de tenir com a límit el respecte dels drets fonamentals dels individus. La família serveix, fonamentalment, per a facilitar-ne el desenvolupament i permetre l'exercici dels drets individuals. Però també per facilitar la integració dels individus en el teixit social, allò que s'anomena socialització de les persones. Especialment en relació a la responsabilitat en la creació de ciutadans responsables i integrats, la família

(13) Vegeu EGEA, La protecció dels menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció. Barcelona, 1989.

resulta un instrument indispensable. I les polítiques públiques ho han de tenir en compte.

En qualsevol cas, s'ha de partir de la transformació constant de la família, que es converteix en un canal de transmissió i propagació de conductes socials i deixan de ser un element restringit a l'àmbit privat per passar a tenir un alt interès social.

Annex

El Codi civil ha estat reformat per les següents lleis després de l'entrada en vigor de la Constitució, el 1978.

- Llei 11/1981, de 13 de maig, de modificació del Codi civil en matèria de filiació, pàtria potestat i règim econòmic del matrimoni.

- Llei 30/1981, de 7 de juliol, per la qual es modifica la regulació del matrimoni en el Codi civil i es determina el procediment a seguir en les causes de nul·litat, separació i divorci.

- Llei 13/1983, de 24 d'octubre, reguladora de la tutela.

- Llei 21/1987, d'11 de novembre, que modifica el sistema de l'adopció i introdueix la protecció de menors desemparats.

- Llei 11/1990, de 15 d'octubre, sobre aplicació del principi de no discriminació per raó de sexe.

La Compilació del Dret civil de Catalunya ha estat modificada en diverses ocasions des de 1978 per lleis del Parla-

ment de Catalunya. La primera modificació va tenir lloc en 1984, però amb posterioritat s'han promulgat les lleis següents, que deroguen i amplien els preceptes de l'esmentada Compilació.

- Llei 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions.

- Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció de menors desemparats i de l'adopció.

- Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars.

- Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges. 