

## LUCES Y SOMBRAS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL DE FAMILIA (1981-1990)

### 1. INTRODUCCIÓN

A partir de la Constitución de 1978 y, en particular, desde 1981 se ha producido en España una reforma del Derecho de Familia; inmersos en ella, acaso no seamos conscientes plenamente de su hondura y radicalidad. Cabe afirmar, sin exageración, que ha sido la más profunda de toda nuestra historia; ni la implantada por la Ley de Matrimonio Civil de 1870, ni la llevada a cabo por las Leyes de Matrimonio Civil y de Divorcio de 1932 —pese a la radicalidad de estas últimas— pueden parangonarse con ella. Ha sido una reforma tan total y absoluta que si un abogado se hubiera ausentado de España en la transición, y volviera ahora a nuestro país, no entendería apenas nada.

Esta reforma, culminada ya en sus líneas fundamentales, requiere pararse a reflexionar sobre el *qué* y el *para qué*. La sociedad española en cuanto destinataria de aquélla tiene derecho a interrogarse sobre sus efectos y por el rumbo que nuestro Derecho de Familia va a seguir en el ya próximo tercer milenio. Está en juego el futuro de nuestros hijos y el de España como nación; porque una acertada regulación familiar es garantía de una buena salud social, mientras que una legislación inadecuada o deficiente de la familia puede causar graves daños a la sociedad.

El impulso motor de la reforma han sido los artículos 32 y 39 de la Constitución de 1978. Pero no ha sido el único. Bajo el anterior régimen se introdujeron cambios legislativos, que si bien hoy nos parecen mínimos, en su momento no dejaron de tener su importancia; recuérdese la reforma del artículo 1413 sobre enajenación de inmuebles o establecimientos mercantiles de naturaleza ganancial, que exigía el consentimiento de la mujer, o la desaparición de la autoridad marital en 1975.

Por otra parte, no sólo ha obedecido la reforma al impulso constitucional. La nueva regulación de la tutela en 1983 se hizo eco de un amplio clamor doctrinal de más de medio siglo, que denunciaba la ineficacia generalizada del sistema de tutela de familia. Por su parte, la nueva Ley de Adopción de 1987, preparada en el Ministerio de Asuntos Sociales y no en el de Justicia (a través de la Comisión General de Codificación), parece inspirarse en principios excesivamente socializadores, en regresión en el Derecho comparado, mientras que el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre el carácter no discriminatorio de las antiguas adopción simple

y plena. Pero el caso, quizá, más grave esté representado por la Ley de Procreación Asistida de 1988, que parece inspirada en el propósito de llegar los primeros en una absurda carrera de prioridad legislativa, aun a riesgo de infringir la propia Constitución; y ello pese a que Francia había dado un ejemplo de *savoir faire* en un Congreso interdisciplinar sobre Genética, Derecho y Moral, al que asistieron prestigiosos juristas (entre ellos el *Doyen* Carbonnier), eminencias médicas y moralistas de diversas confesiones, aconsejando al legislador una moratoria para permitir la consolidación de las nuevas técnicas y la profundización de la reflexión ético-jurídica.

La reforma se inscribe, por último, en el amplio movimiento de reformas legislativas familiares, desarrollado en Europa occidental a partir de la última postguerra, caracterizado por la constitucionalización de la familia, la actuación de partidos políticos que han llevado a sus programas la eficaz protección de aquella (así, muchos países han creado Ministerios de la Familia), y, no raras veces, por grupos socialmente minoritarios, pero muy activos en sus campañas de opinión.

La lista de materias que integran lo que puede denominarse *novum jus europæum* de la Familia, es bastante extensa:

*Igualdad de los cónyuges*, correspondiendo quizá la primacía en el tiempo a la famosa *Gleichberechtigungsgesetz* alemana de 1956, dictada en aplicación del principio contenido en la *Grundgesetz* de Bonn, según el cual *Man und Frau sind gleiche*.

*La igualdad de los hijos*, de lo que es buen ejemplo la ley francesa de 1972.

*Los regímenes económicos del matrimonio*, con una tendencia hacia los de comunidad, como la Ley Owen holandesa de 1960, las leyes francesas de 1965 y 1985, la italiana de 1975, la suiza de 1987.

*Divorcio*, bien sea para introducirlo de nuevo, como la Ley Fortuna italiana de 1970, o reformarlo, como la cuidada ley francesa de 1975, precedida de una amplia encuesta sociológica dirigida por Carbonnier (y otras promulgadas en Inglaterra, Portugal, Grecia, Alemania, países escandinavos, etc.).

*Adopción*, cuya última manifestación es la ley italiana de 1983.

Debe añadirse el interrogante abierto por la caída del Muro de Berlín, en orden a la orientación que en materia de familia vayan a seguir los antiguos países socialistas, con la salvedad de la DDR, en la que se ha aplicado, por efecto del Tratado de la Unión, el Derecho familiar federal, no sin problemas de adaptación.

## 2. FAMILIA Y CONSTITUCIÓN

El impulso clave para realizar la reforma del Derecho de Familia proviene de nuestra Ley Fundamental, pero hay que poner de relieve la insatisfactoria regulación constitucional de la familia; pudo deberse la misma a la no presencia de privatistas en la Comisión encargada de redactar el texto, o, acaso, al dilema con que tuvo que enfrentarse, pues por una parte se trataba de distanciarse del anterior régimen en su política exaltadora y protectora de la familia, y, por otra, los textos internacionales

suscritos por España seguían considerando a la familia «célula básica de la sociedad». El resultado ha sido una normativa híbrida, con luces y sombras, y claro predominio de estas últimas, que permiten dar la razón a quienes afirman que la familia basada en el matrimonio ha sido la gran perdedora de la transición.

Ello se manifiesta en la tajante separación entre matrimonio (regulado en el art. 32, que se incluye en el cap. 2.º del Tít. I) y familia (de la que trata el art. 39, con que se abre el cap. 3.º del mismo Tít.). Es acertada la regulación del *jus connubii* como un derecho fundamental de la persona humana, el principio de igualdad entre los cónyuges (aunque no era necesario declararlo aquí, pues bastaba el art. 14), y la heterosexualidad como carácter esencial de la unión conyugal; también lo es que se hable de pluralidad de formas de celebración del matrimonio, lo que excluye de entrada el sistema de matrimonio único, pero la ambigüedad del término *forma* arroja dudas sobre el sistema matrimonial adoptado; también es ambigua la frase *causas de disolución*, que puede aludir, por ej., a la muerte y a la declaración de fallecimiento, o también al divorcio, pero literalmente este último no ha sido constitucionalizado, por lo cual una ley ordinaria podría suprimirlo. Incluir a la familia en el cap. 3.º es síntoma de su degradación en la valoración legislativa, pues viene a dársele parecida importancia que al medio ambiente o al ocio; no se dice qué clase de familia debe ser objeto de protección económica, social y jurídica, ni se justifica la exclusión del padre en el apartado 2, en el que figura inadecuadamente el principio de no discriminación de los hijos, y está mal formulada la libre investigación de la paternidad.

La inadecuada ubicación de la familia produce incertidumbres a la hora de interpretar otros preceptos constitucionales que la afectan: por ej., la inviolabilidad del domicilio, la intimidad familiar, la protección de la juventud, el derecho a la vivienda familiar, la protección de los consumidores o de la tercera edad.

No es posible hacer un análisis exhaustivo de la reforma realizada en el período 1981-1990, sino que me limitaré a sus grandes líneas. Hay indudables mejoras de técnica legislativa, aunque se echa en falta una consideración sistemática que corrija las deficiencias derivadas del carácter sectorial de tales reformas; el Derecho civil es un todo orgánico y modificar una pieza repercute en el resto. Hay indudables aspectos positivos, que pueden considerarse adquisiciones definitivas en nuestro Derecho de Familia, tales como la igualdad de los cónyuges o la no discriminación entre los hijos en razón a su nacimiento; puede considerarse una aspiración social que el hijo adoptivo reciba idéntico trato que el hijo por sangre y que entre, mediante la adopción, en la familia de los adoptantes; también parece de general aceptación que la patria potestad se configure como derecho-deber en el que debe primar el *bonum filii*.

Hay también aspectos negativos en la nueva regulación que considero conveniente poner de relieve en este Año Internacional de la Familia, como mi contribución desde la experiencia de una vida dedicada a la enseñanza e investigación del Derecho de Familia.

A) *Sistema matrimonial*

La seguridad jurídica exige que el ciudadano sepa a qué atenerse en relación con los efectos civiles del matrimonio religioso; un sector importante de nuestra población quiere seguir constituyendo la familia conforme a los postulados de una determinada confesión religiosa. Hay que congratularse, en este sentido, que tres leyes recientes, de 10 de noviembre de 1992, dictadas en cumplimiento del artículo 32.2 de la Constitución, hayan completado nuestro sistema matrimonial, permitiendo que, por vez primera en nuestra historia, se reconozcan efectos civiles al matrimonio protestante, judío o musulmán. Pero también hay que lamentar que no se hayan aclarado las dudas que suscita la Ley de 7 de julio de 1981 acerca de la eficacia del matrimonio canónico en el Derecho español; para expresarlo gráficamente, los ciudadanos quieren saber si sólo se casan *en la Iglesia*, o si también se casan *por la Iglesia*.

Son conocidas las dos posiciones básicas: por un lado, quienes piensan que el legislador de 1981 quiso implantar un sistema de tipo anglosajón o escandinavo, con matrimonio único y pluralidad de formas de celebración. Pero esta opinión no tiene en cuenta: 1.º) que estaba en vigor el Acuerdo Jurídico de 3 enero de 1979 con la Santa Sede, por el que se reconocen efectos civiles al matrimonio canónico, sin que de ello resulte nada que se parezca al sistema anglosajón o escandinavo; 2.º) que la Santa Sede *nunca* firma Acuerdos de esta última clase o modalidad; 3.º) que dentro de la propia regulación estatal de 1981 hay preceptos que no se adaptan al supuesto sistema anglosajón, como el artículo 60, que no alude a meras formalidades canónicas, sino al «matrimonio celebrado según las *normas del Derecho canónico*», que abarcan más que el simple rito de celebración, o, sobre todo, el artículo 80, sin parangón posible con el sistema anglosajón o escandinavo. Hay que reconocer que tampoco se da un sistema latino puro, dado que el reconocimiento de efectos civiles a las sentencias canónicas de nulidad y a las dispensas *super ratum* no es automático, sino a través de un procedimiento de homologación judicial. Me inclino a ver instaurado un sistema de tipo latino atenuado, o, como sostiene el Prof. De Pablo Contreiras, un sistema latino en fase constitutiva, y, a voluntad de los contrayentes, un sistema latino o anglosajón en fase extintiva.

Los recientes Convenios del Estado con las Confesiones minoritarias de más arraigo entre nosotros, confirman el trato legal diferenciado —aunque no discriminatorio— respecto del matrimonio canónico, ya que para el matrimonio protestante, judío o musulmán se exige un certificado previo de capacidad matrimonial, exigiéndose estrictos requisitos de forma en la celebración de aquéllos, así como omitiéndose todo reconocimiento civil a eventuales resoluciones religiosas en materia matrimonial.

La resolución de estas dudas podría venir a través de la Comisión Mixta, prevista en el Acuerdo de 1979, que el Estado nunca quiso convocar mientras tramitaba la Ley de 1981. Es verdad que el Acuerdo ha de interpretarse a la luz de la Constitución (poco explícita en este punto), pero también lo es que dicho Acuerdo, en cuanto Tratado Internacional, tiene la eficacia reforzada que le concede el artículo 96.2 de la Constitución, de modo que no puede ser derogado por ley ordinaria.

Otras materias podrían ser estudiadas por la aludida Comisión Mixta: así los problemas derivados de la aplicación a los matrimonios canónicos de las causas civiles de nulidad (autorizada por el art. 73 C.c.), o la eliminación de dificultades para dotar de efectos civiles a las resoluciones matrimoniales canónicas, pues pueden ser necesarios hasta tres procesos (el canónico, el de homologación y el ordinario en caso de oposición).

### B) *La regulación civil del matrimonio*

El legislador de 1981 ha mejorado de modo sensible la técnica utilizada en el cap. 4.º, del Tít. I, Libro I del C.c., inspirado, al parecer, por diversos móviles. De una parte, la secularización de la institución, lo que ha supuesto la eliminación de los impedimentos matrimoniales de naturaleza religiosa (aunque el orden sagrado no dispensado podría constituir causa de error esencial sobre la persona y producir la nulidad del matrimonio); otras veces parece inspirarse en un laudable propósito de simplificación (por ej., en materia de impedimentos), pero aquí no se alcanzan a ver las razones de eliminación del impedimento de afinidad, o haber hecho dispensable el de crimen; por otro lado, la eliminación de la impotencia *coeundi* acaso pudiera explicarse por la dificultad de prueba y por su conexión con el derecho a la intimidad.

Ahora bien, el distanciamiento del modelo canónico no puede ser muy grande (salvo en el tema del divorcio, a que luego aludiré), dado que nuestro legislador quiso mantenerse fiel al modelo occidental de matrimonio, caracterizado por ser unión monogámica y heterosexual, características acogidas claramente en el Derecho vigente.

Dice el artículo 46, 2.º, C.c. que no pueden contraer matrimonio los que estén ligados por vínculo matrimonial. Pero ocurre, de una parte, que ha desaparecido un precepto como el antiguo artículo 51 («No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente»), que servía de cierre reforzado del principio de monogamia; y, de otra, que se han multiplicado las posibilidades fácticas de matrimonios múltiples simultáneos (al permitirse el matrimonio en el extranjero según la *lex loci*, y autorizarse los matrimonios religiosos no canónicos); un ejemplo de lo dicho es la reiteración de solicitudes ante la DGRN para reconocer eficacia en España a matrimonios coránicos en forma privada celebrados en Marruecos. Añádase la fuerte presión que existe en Europa occidental para el reconocimiento de eficacia civil al matrimonio musulmán poligámico.

La heterosexualidad está bastante clara en nuestro ordenamiento (arts. 32.2 CE y 44 C.c.). Pero conviene alertar sobre el riesgo de matrimonio entre homosexuales al amparo de la reciente doctrina jurisprudencial del T. S. (ss. 2 julio 1987, 15 julio 1988, 3 marzo 1989 y 19 abril 1991), que admite el cambio registral del sexo de nacimiento producido por medio de intervenciones quirúrgicas, y que sólo afectan a la morfología. Es cierto que el T. S. declara que tal cambio registral no conlleva el *ius connubii*

en el nuevo sexo, pero es grave el riesgo de que una «jurisprudencia menor» amparada en un pseudo-progresismo, autorice matrimonios entre transexuales, radicalmente nulos en nuestro ordenamiento.

### C) *La necesaria desmitificación del divorcio*

Mayor calado ofrece averiguar el impacto que la reintroducción del divorcio ha supuesto en la concepción legal del matrimonio. Enfriado el apasionamiento que suscitó la discusión parlamentaria de la Ley de 7 julio 1981, parece oportuno analizar con serenidad las consecuencias que ha aparejado su promulgación. Bajo una perspectiva jurídica es indudable que en un sistema indisolubilista la concepción del matrimonio, y de la familia en ella basada, difiere radicalmente de la que resulta de un sistema que permite el divorcio. Pero dentro de este último, el Derecho comparado ofrece gran variedad de modalidades, como es notorio: se habla de un divorcio basado en la culpa, o en causas objetivas, o en el mutuo disenso, o a petición individual; hay sistemas de divorcio parlamentario (en Inglaterra hasta mediados del siglo XIX), de divorcio judicial y de divorcio administrativo.

Van a cumplirse catorce años de la reintroducción del divorcio en España, y cabe enjuiciarlo desde una óptica puramente civil o social, no necesaria o exclusivamente religiosa. Ahora podemos comprobar que no eran ciertas algunas razones para su implantación: no había un millón de españoles que lo anhelaban para regularizar su situación familiar, ni era una condición para el ingreso en Europa (Irlanda ingresó antes, teniendo constitucionalizada la indisolubilidad matrimonial; el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, en el caso Johnston, ha declarado que la no regulación del divorcio no viola el Convenio de Roma de 1950). Entre nosotros, el divorcio, ¿ha servido de remedio a las crisis conyugales o más bien de incentivo de las mismas? Hay que reconocer que la legislación se inspira en un claro *favor divoritii*, y que, prácticamente se divorcia el que quiere.

Sociológicamente la posibilidad legal de divorciarse ha creado una nueva categoría de personas marginadas: se trata de las mujeres con hijos a su cargo que no cobran las pensiones (hay provincias que llegan al 70 %). Los hijos son *siempre* víctimas de las desavenencias de sus progenitores, se produzca o no la separación judicial o el divorcio; no pocas veces los hijos son arma arrojadiza que un cónyuge emplea contra el otro. No hay divorcio indoloro; toda ruptura matrimonial es un trauma psicológico para los propios cónyuges, y casi siempre para los hijos que nunca llegan a entender el divorcio de sus padres. Igual que se previene contra los daños del tabaco, habría que prevenir contra los males del divorcio en favor de la sanidad familiar.

Con ser grave lo anterior (que podría completarse con otros aspectos: efectos del divorcio en el fracaso escolar, en el índice de suicidios o atentados contra la vida del otro cónyuge, relación con el alcoholismo, drogadicción y enfermedades mentales), lo más importante es el deterioro institucional en la consideración del matrimonio mismo, que ofrece una doble dimensión. De una parte, el legislador está perplejo

a la hora de definir el matrimonio; cuando éste es indisoluble, el matrimonio es «para toda la vida», pero, admitiéndose el divorcio, ¿habrá que decir que el matrimonio es «unión temporal»? El legislador de 1981 no se ha atrevido a tanto, y en el artículo 45 considera irrelevante el matrimonio *ad tempus*; debe reconocerse que nuestro régimen positivo permite, en la práctica, modalidades de matrimonio a ensayo o a prueba. De otra parte, una profesora de la Universidad de Lovaina, Marie Thérèse Meulders Klein, ha planteado hace poco (Estrasburgo 1990) una pregunta clave: *De l'institution au contrat, et après?* En efecto, rota la barrera de la indisolubilidad, el legislador estatal carece de razones eficaces para frenar las propuestas más extremadas que se propongan, por muy disparatadas que puedan ser (ejemplo paradigmático, la ley danesa sobre uniones homosexuales). En materia de divorcio, lo más «avanzado» (?) es la legislación de varios países escandinavos, que permite obtener el divorcio a simple petición de uno cualquiera de los cónyuges, sin alegación de causa. ¿Qué queda entonces del vínculo matrimonial? Su eficacia es menor que la de cualquier contrato. El compromiso matrimonial es mero compromiso social que fácilmente puede eludirse.

¿Remedios? Deben estudiarse a fondo los efectos sociales del divorcio, tanto en los cónyuges, como en los hijos y en la sociedad en general; habiendo hijos menores, tales efectos perniciosos se prolongan en el tiempo, por lo que debe realizarse un seguimiento de tales consecuencias en cada una de las hipótesis que pueden originarse (hijos a cargo del padre, de la madre, de otros familiares, de instituciones); un caso especial es el de los hijos que se incorporan al nuevo hogar formado por los padres. ¿Hay armonía con el nuevo cónyuge y con los hijos de la nueva unión? ¿Es cierto que el divorcio engendra divorcio? ¿Qué porcentaje de divorciados vuelven a divorciarse? ¿Es cierto que los hijos de divorciados tienen propensión a divorciarse más que los hijos de matrimonios normales?

Alguna consideración merecen las normas procesales sobre el divorcio: ¿Ha sido un acierto eliminar la conciliación previa en estos juicios cuando en tantos países se fomentan las fórmulas de avenencia antes del proceso? ¿Ha sido acertado negar la casación a las sentencias de divorcio, impidiendo la formación de una doctrina jurisprudencial uniforme, en lugar de permitir la aparición de tantas como Audiencias o, incluso, secciones de la propia Audiencia?

Si la aplicación de la ley de divorcio acarrea daños serios a las familias españolas y a la institución familiar en cuanto tal, ¿no será llegado el momento de introducir en nuestra legislación el llamado *divorcio opcional* o, si se quiere, *matrimonio indisoluble opcional*? El sistema se ha aplicado, o se aplica, en algunos países (Portugal, Colombia), y se patrocina por ilustres juristas, dentro y fuera de España.

Partiendo del *pluralismo*, no sólo *político* (art. 1.º 1 CE), sino también *religioso* (art. 16.3 CE) y *cultural* (Preámbulo de la CE), no hay razones para que el Estado regule una *única institución del matrimonio disoluble*, de suerte que venga a imponerse obligatoriamente a todos los ciudadanos. Partiendo del principio constitucional de la *libertad religiosa* (art. 16.1) hay que entender que tal derecho implica el reconocimiento civil de la facultad de configurar la propia familia según sus convicciones religiosas. Si según el artículo 39.1 CE los poderes públicos aseguran la *protección*

*jurídica de la familia*, el mecanismo que mejor tutela y asegura su estabilidad es, sin duda, la indisolubilidad matrimonial.

Por todo ello, cabe concluir que haría bien nuestro legislador si modificara la legislación matrimonial, ofreciendo a todos los ciudadanos, católicos o no, la posibilidad de dotar a su matrimonio de una cláusula de indisolubilidad, que se haría constar en el Registro civil.

#### D) *Anomalías jurídicas en la Ley de Procreación asistida de 1988*

Aunque el artículo 39.2 C.E. se limita a decir, con una frase poco comprometida y comprometedor, que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad», la Ley de 13 mayo 1981 ha desarrollado tal principio con un alcance más conforme con el artículo 14 CE, al disponer en el artículo 127 C.c., 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*».

El transcrito precepto culmina una larga lucha encaminada a la reforma del estricto régimen de las acciones de filiación contenido en la redacción originaria de nuestro C.c., en la que hay que contabilizar meritorios esfuerzos doctrinales y la labor de organismos internacionales (ONU, Consejo de Europa, etc.), sin olvidar la postura mantenida en la Constitución Pastoral *Gaudium et spes* (los hijos no pueden ser responsables de las faltas de sus padres).

Pero he aquí que apenas puesta en rodaje la nueva normativa, habiendo transcurrido el tiempo mínimamente suficiente para que los Tribunales consolidaran una interpretación uniforme (recuérdese que sólo muy recientemente el Tribunal Constitucional ha declarado la obligación legal de someterse a la práctica de tales pruebas biológicas), y cuando la sociedad española había dado muestras de asimilar los nuevos principios que rigen la investigación de la paternidad, el legislador ordinario cambia radicalmente el rumbo en un sector del Derecho de Filiación. En efecto, el artículo 5.º 5 de la Ley de procreación asistida de 1988 establece que «los hijos nacidos tienen derecho a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad»; ello significa, en lenguaje vulgar, que los hijos engendrados mediante IAD (inseminación artificial de semen de donante) podrán saber si su padre es alto o bajo, rubio o moreno, pelirrojo o albino, de raza blanca o mestiza, de ojos azules o negros, pero no podrán tener acceso a sus señas de identidad. Prosigue la norma citada que «sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda conforme a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto». Resulta de todo ello que la identidad del padre biológico del ser nacido, en virtud de técnicas de procreación asistida, es materia *top secret*, casi un secreto de Estado, que únicamente cede *in extremis* (peligro de muerte del hijo o delito, situación ésta difícilmente imaginable). Pero aunque se llegue a conocer, en esos excepcionales supuestos, la identidad del donante, el artículo 8.º 3 ordena que tal revela-

ción no implica en ningún caso determinación legal de la filiación. De ello deriva una sorprendente consecuencia: como según la nueva ley cabe la inseminación artificial de mujeres solas, resulta que esta ley propicia la existencia de personas «condenadas» legalmente a no conocer nunca a su progenitor biológico, a ser huérfanos legales, a tener siempre la cualidad de hijos de madre soltera, o viuda, o separada, o divorciada. ¡Donosa manera descubierta por el legislador en 1988 para actuar la exigencia constitucional de *protección integral de los hijos* (art. 39.2 CE).

No es ésta la única anomalía jurídica que propicia tan singular ley. El artículo 9.º 2 establece que «el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial». Aparece aquí una nueva categoría de postumidad, que quizá haya que denominar la de los hijos *post-postumos*; con ella se subvierten las categorías tradicionales de nuestro Derecho sucesorio (en particular, la necesidad de que el heredero preexista al causante), dejando en suspenso las operaciones particionales hasta un total de dieciséis meses después del fallecimiento del padre; plazo este último que en Cataluña, por aplicación de su Ley de Filiaciones, puede prolongarse hasta los veintidós meses.

La conclusión es obvia: o se deroga el inciso del artículo 39.2 («la ley posibilitará la investigación de la paternidad»), o se derogan los mencionados preceptos de la Ley de 1988.

### E) *La administrativización excesiva de la familia*

La obligación de asistencia de los hijos recae primordialmente sobre sus padres, según el artículo 39.3 CE. Por ello puede decirse que una de las maneras de cumplir el deber de protección de la familia es que los poderes públicos faciliten por todos los medios a su alcance el cumplimiento de los deberes que la naturaleza impone a éstos.

Siempre se ha alertado sobre la delicadeza extrema de las relaciones entre la familia y el Estado; éste debe encontrar el justo medio, de modo que no invada la intimidad y autonomía familiares, ni tampoco que la actuación de éste sea insuficiente. Si tomamos el ejemplo de la protección por razón de los hijos, resulta claro que el Estado no debe imponer el modelo y tamaño de familia, cuestión que debe dejarse a la responsabilidad de los padres; pero lo que sí debe hacer el Estado es ayudar a quienes han optado por el modelo de familia numerosa de modo eficaz, en el ámbito educativo, de la vivienda, fiscal, etc.

La tutela constituye actualmente otro ámbito paradigmático de intervención estatal. La Constitución no impone ningún modelo de organización tutelar, pero la reforma de 1983, al acoger el sistema de tutela judicial, atendió al clamor doctrinal que había denunciado la inoperancia del sistema de tutela familiar con su organización compleja de tutor, protutor y Consejo de Familia. Ahora bien, con buen acuerdo, los artículos 223 y ss. del C.c. posibilitan a los padres la designación en testamento o

instrumento público, para sus hijos menores o incapacitados, el nombramiento de tutor, de órganos de fiscalización y de la adopción de cualquier medida que afecte a su persona o bienes. La experiencia está demostrando que la colaboración familiar es insustituible para que la institución familiar cumpla su razón de ser. También permite constatar que si los jueces encargados de la tutela no están dotados de los medios adecuados para hacer un eficaz seguimiento de las tutelas constituidas, la situación de los menores e incapacitados no habrá mejorado mucho en relación con el sistema anterior.

Esto supuesto, no deja de sorprender que a los cuatro años de promulgada la nueva normativa de la tutela, la Ley de 11 noviembre 1987, en materia de adopción, viene a alterar el principio de tutela judicial —que es la máxima garantía para los derechos de padres e hijos—, introduciendo la tutela administrativa automática respecto a los menores desamparados. Esta situación del menor produce importantes consecuencias jurídicas, y por ello el propio Código civil la define en el artículo 172.2; sorprendentemente guarda silencio el C.c. sobre la autoridad competente para declararla, a diferencia del régimen derogado en que se atribuía al juez de Primera Instancia; tal laguna legal ha propiciado la opinión de que corresponde al órgano de la Administración Autonómica encargado de la asistencia a los menores. Atribuyendo la Ley Orgánica del Poder Judicial a los tribunales civiles la competencia para conocer de los pleitos en materia de familia, hay dudas doctrinales acerca de la jurisdicción competente cuando se actúa la tutela automática en caso de desamparo; dudas que la jurisprudencia no ha resuelto todavía.

En mi opinión, ante una situación de desamparo o abandono, la autoridad administrativa no sólo está legitimada para intervenir, sino que tiene el deber constitucional de hacerlo para asegurar la protección integral del menor. Ahora bien, una vez satisfechas las necesidades primarias del niño desamparado, procede investigar la actuación de padres y tutores, bien entendido que ni las autoridades administrativas, ni los tribunales de esta clase son competentes para privar a los padres de la patria potestad (arts. 169 y 170 C.c.), sino que son los tribunales civiles los que resuelvan sobre los derechos y deberes de los progenitores.

También parece excesiva la intervención exclusiva que la Ley de 1987 otorga a la Administración en la formalización de la adopción, cuya naturaleza jurídica no puede ser distinta de la de un negocio jurídico familiar, que tiene su origen en un generoso sentimiento por parte de los adoptantes, de naturaleza exquisitamente privada. El odioso tráfico de niños se encauza hoy por redes internacionales, frente a las cuales la Ley española de 1987 apenas si ofrece medios eficaces de defensa. La burocratización excesiva origina la fuga de los potenciales adoptantes hacia fórmulas más sencillas, que no pocas veces bordean la legalidad.

#### 4. FINAL

He examinado, hasta aquí, algunos aspectos del nuevo Derecho español de familia que me parecen reformables. El Año Internacional a ella dedicado puede pro-

piciar una reflexión interdisciplinar sobre su actual estado y sobre la prospectiva que esta rama del Derecho civil puede tener en el próximo milenio. Los agoreros de la «muerte de la familia», allá por los años sesenta de este siglo, han fracasado estrepitosamente. La familia no sólo no ha muerto, sino que cuando se resquebrajan otras instituciones públicas (por ej., la «quiebra técnica» en que se encuentra la Seguridad Social) es la familia el último reducto para sus miembros en dificultades financieras. Es cierto que una vida floreciente y sana de la familia no depende exclusivamente del Derecho. Pero el Derecho de Familia constituye un factor educativo y conformador de la vida familiar\*.

G. García Cantero

Universidad de Zaragoza

\* No se han tenido en cuenta en el texto los Proyectos de Ley sobre parejas no casadas, hetero- y homosexuales, ni sobre separación y divorcio, en trámite parlamentario al corregir pruebas. Tampoco las disposiciones de la Ley de 24 de noviembre de 1994, que normativizan la subrogación *mortis causa* de los convivientes de hecho del arrendatario, con independencia de su orientación sexual, incluso con eficacia retroactiva (arts. 16.1, letra *b*, disp. transitoria 2.ª, apartado 7).