

DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO DE FAMILIA

ROSA PEÑASCO *

La expresión «derecho de familia» se ha hecho habitual entre los juristas, la doctrina y las legislaciones de casi todo el mundo. Cualquier sistema jurídico occidental reconoce la importancia de esta parte del Derecho Civil; del mismo modo, ningún jurista parece obviarlo, hasta el punto que nos resultan frecuentes la multitud de obras que existen sobre el particular, las conferencias que se imparten o las reuniones de expertos que se celebran en torno a la materia.

Este reconocimiento general afecta también al concepto de Derecho de familia ya que, prácticamente de forma unánime se considera a éste como a aquella rama del Derecho Civil que se ocupa del estudio y regulación de las relaciones jurídico-familiares.

Su contenido tampoco parece ofrecer dudas y abarca la regulación de tres grandes bloques: el matrimonio, la filiación y el estudio de las instituciones tutelares de los menores e incapacitados.

Sin embargo, la aceptación general en torno al Derecho e Familia es tan grande y su tratamiento tan habitual que, jurídicamente, parece obviarse una cuestión esencial: ¿cuál es el fundamento del derecho de familia?; ¿cuál es el bien jurídicamente protegido con este conjunto de normas?; ¿qué sentido o en base a qué criterio existe una tan completa legislación?

Evidentemente, la respuesta no es otra que la familia, puesto que ésta es la médula del derecho que la regula. Ahora bien, mientras que la delimita-

* Profesora de Derecho Civil de la UNED.

ción del concepto y del contenido del derecho de familia no ofrece ningún tipo de dudas en el marco jurídico internacional, no parece, por el contrario, que ocurra lo mismo en cuanto a su objeto porque, ¿cuál es el concepto de familia?; ¿cuál es su contenido?; ¿qué entiende el Derecho por familia?

Dichas cuestiones pueden resultarnos quizás excesivamente simplistas y básicas, pero no por esto dejan de plantear un considerable problema. Y ello porque no debemos olvidar que, en ocasiones, las cosas más sencillas y evidentes son las más difíciles de describir. Así ocurre con la familia; es ésta una institución con una larga tradición jurídica, pero plantea la terrible paradoja de no haber sido definida (o haberlo sido incompleta o defectuosamente) por el Derecho.

Plantearnos la trayectoria histórica que ha seguido el tratamiento jurídico de las relaciones familiares agrava notablemente la situación; ningún jurista puede olvidar que la familia viene siendo regulada por el Derecho desde hace siglos y, sin embargo, éste casi nunca la ha definido. El caso es que, si observamos este milenarismo tratamiento jurídico, unido a la ausencia conceptual que venimos comentando, a cualquier jurista puede invadirle una extraña sensación: parece que el derecho de familia carece de base o fundamento, ya que regula exhaustivamente las relaciones jurídico-familiares pero no define su objeto, su razón de ser o su esencia y que no es otra que la familia.

La paradoja resulta aún mayor si tenemos presente que no es sólo el Derecho Civil el que apela con sus normas continuamente a la institución familiar, sino que son casi todas las ramas del derecho las que regulan de un modo u otro estas relaciones jurídicas.

Sin embargo, tampoco aquéllas definen el concepto de familia. Así, por ejemplo, la Constitución Española indica en su artículo 39.1: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia». Sin dar tampoco un concepto de ella, del aseguramiento de la protección hacia la familia participa también nuestro sistema fiscal, así como el régimen establecido en la Ley de Seguridad Social; de la misma forma, son varios los artículos del Código Penal los que hacen referencia a la institución familiar como, por ejemplo, el 466, que autoriza a los familiares a ejercitar la acción de calumnia o injuria del agraviado difunto «siempre que la calumnia o injuria trascendiere a ellos», es decir, a la familia.

Una vez conocido el problema del que adolece el derecho de familia, el siguiente paso será intentar analizar la razón por la cual el Ordenamiento jurídico apela con sus normas continuamente a la familia sin delimitar un concepto sobre la misma. Las razones de este fenómeno pueden ser varias:

- En primer lugar, por el hecho de que el instituto está regulado por diferentes ramas del Derecho, resulta más difícil encontrar un concepto global del mismo sin que a su vez quede restringido exclusivamente a un ámbito civil, penal, laboral, constitucional, etc.; además, dentro de una misma rama del Derecho tampoco existe un tratamiento unitario en torno a la materia. El Derecho Civil, por ejemplo, abarca hasta los parientes del cuarto grado en la herencia intestada; la restringe al cónyuge, ascendientes y descendientes en las legítimas y abarca también a los hermanos en materia de alimentos.
- Otro dato importante a tener en cuenta lo representa el hecho de que la familia, pese a ser una institución de existencia común en toda la geografía mundial, no posee el mismo carácter entre las distintas culturas que la integran. Así, entre los países occidentales, el modelo familiar único lo compone la familia basada en la monogamia, mientras que en los arábigos se permite la poligamia, existiendo incluso determinadas tribus aborígenes en donde pueden aún observarse ciertas formas de promiscuidad sexual que, como el incesto, castigan penalmente la mayoría de los países.
- Dentro de los que gozan de un mismo entorno cultural, como los que integran Europa, tampoco la doctrina ha podido observar un concepto único de familia. Tal vez se debe a que se conocen distintos tipos de esta institución; así, por ejemplo, suele distinguirse entre la familia nuclear, compuesta por el marido, la mujer y los hijos y una familia extensa, constituida a su vez por varias familias nucleares (varias generaciones con una única residencia), dando así lugar a la familia nuclear ampliada, en donde al mismo núcleo se añaden otros parientes; por último, también se reconoce la existencia de las llamadas familias incompletas o las formadas por madres solteras o viudos o divorciados con o sin hijos.
- Otro problema puede residir en el hecho de que el derecho de familia es sumamente amplio y abarca multitud de materias de muy diversa índole. Aunque aquellas están estrechamente relacionadas con la familia, su delimitación e interconexión es muy diferente. Así, por ejemplo, puede observarse la diferente relación existente entre nuestra institución y el parentesco, la obligación de alimentos o la adopción.

Sin embargo, tal vez el mayor inconveniente haya residido en la diferente configuración que la familia ha ido teniendo a lo largo de la historia; de tal forma que, pese a estar aquélla contemplada por el Derecho prácticamente desde siempre, su regulación y la idea existente en torno a la misma también ha sido siempre distinta. El ejemplo más típico lo representa el Derecho Romano antiguo, en donde la familia era agnaticia y de carácter extenso: es-

taba compuesta por un número considerable de personas sometidas a una misma autoridad, que era el *pater* y que tenía poder sobre la mujer a través de la *manus*, sobre los hijos a través de la *patria potestad* y sobre los esclavos con la *potestas*. Los poderes absolutos del *pater* eran, pues, los que daban sentido a la institución familiar.

Si nos adentramos en este breve recorrido histórico observamos que, con el paso del tiempo, la familia cognaticia o con vínculos de sangre sustituye a la anterior, entre otras causas, por la gran influencia ejercida por la doctrina cristiana, en donde comenzó a exigirse la formación de una nueva familia por cada matrimonio.

En la Edad Media la familia se presenta como una institución sólidamente constituida, con un sentido ético muy marcado y estricto; sigue existiendo la autoridad del padre hacia la mujer y los hijos, pero más como un modo de protección que como un poder absoluto sobre ellos; lo que sí es clave es que, con el tiempo, el núcleo familiar es cada vez más restringido, limitándose de manera exclusiva al matrimonio y a los hijos. Es quizás ésta la idea que recoge nuestro Código Civil, siendo el matrimonio el vínculo que permitía la creación de una familia diferente a la de procedencia.

En el mundo contemporáneo cabría preguntarse sobre el concepto de familia que implícitamente se deduce de las Constituciones de cada país; por poner algún ejemplo, podemos mencionar el artículo 29 de la italiana, en donde se indica que «la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio». En nuestro país parece que la base de la familia también reside en el matrimonio. En este sentido, según SÁNCHEZ AGESTA, «la familia es en nuestra Constitución el grupo constituido por un hombre y una mujer que han contraído matrimonio, en unión de sus hijos y eventualmente de sus ascendientes». Parece, pues, que la idea mayoritaria y usual tanto en nuestro Derecho como en el comparado es identificar la familia y el matrimonio como si de la misma institución se tratara.

A la vista de lo acabado de indicar, parece que las diferentes legislaciones existentes en la actualidad no sólo no se conforman con no definir la familia, sino que además parecen olvidarse de las nuevas realidades sociales existentes. Nos referimos, claro está, al llamado matrimonio de hecho y a la clara repercusión que éste genera en torno al derecho de familia. Aunque hoy en día parece que social y jurídicamente el matrimonio de hecho cobra cada vez una mayor aceptación y equiparación respecto a la familia, ¿qué relación puede existir entre ésta y las nuevas situaciones que se están produciendo en nuestra sociedad?; éstas eran, desde luego, impensables para la mentalidad de no hace muchos años, pero en la actualidad se nos presentan con cada vez mayor asiduidad. En base a ello, consideramos que el legislador no debe obviar situaciones que se presentan en la sociedad y que, a su vez, generan multitud de problemas jurídicos. De entre ellas podríamos des-

tacar las siguientes: matrimonios de hecho, madres solteras, mujeres solas que tienen hijos a través de las técnicas de reproducción artificial, parejas de homosexuales que desean contraer matrimonio, etc.

¿Cómo regulará el legislador estas nuevas realidades sociales? Y es más, ¿qué valor dará la sociedad a las mismas?; ¿se equipararán a la idea de familia nuclear o a la de cualquier otro tipo?; ¿se podría crear una nueva figura jurídica en torno a ellas?

Evidentemente, la respuesta es muy compleja: si, como hemos tenido ocasión de comprobar, prácticamente en toda la historia del Derecho, el legislador no ha podido conceptuar globalmente la institución familiar, muchos más inconvenientes existen en la actualidad a la luz de estas nuevas realidades que cada vez son más frecuentes en la sociedad.

Una última reflexión no se hace esperar: ¿Realmente es posible dar un concepto tan global de familia que pueda abarcar estas realidades? ¿Es posible que además dicho concepto no adoleciera de los inconvenientes anteriormente examinados...?

Evidentemente, no, o, al menos, no sin basarnos en un único criterio que resultase incompleto; así, por ejemplo, si lo que caracterizase a la familia fuera la consanguinidad, no quedaría comprendida dentro de ella la adopción o si fuese el matrimonio excluiríamos a las parejas de hecho. Con esta reflexión queda patente que cualquier criterio utilizado para definir la familia, excluirla por necesidad, situaciones que, evidentemente, están dentro de la institución.

A la vista de esta desalentadora deducción, ¿puede la familia definirse globalmente?; ¿existe un concepto de la misma válido para todo tiempo y lugar...?

Desgraciadamente, creemos que no; de esta forma, la familia seguirá siendo una idea ambigua de la que todos hablan, regulen y nadie conceptúe; seguirán creándose normas en torno a una realidad no definida jurídicamente. Será además la base de un derecho que carecerá de sentido por no poder perfilar el pilar en el que se basa.

Estas afirmaciones nos sitúan ante una conclusión pesimista: el derecho de familia carece de sentido; es un simple conjunto de normas concretas que giran ante una institución ambigua y cambiante. Los juristas de todos los tiempos han ido creando un verdadero sistema jurídico, perfectamente delimitado, en torno a una base que jurídicamente no han sabido delimitar.

Sin embargo, pese a lo dicho anteriormente, el mundo del Derecho no debe por esta razón presentársenos tan desalentador si tenemos presente lo

siguiente: la familia es un hecho, antes que nada, natural, y, por ello, no creado por el legislador, sino que éste se limita a regular *a posteriori* esta institución eminentemente social; la unión de un hombre y una mujer, la tenencia de hijos y la afectividad y respeto que estas relaciones proporcionan al ser humano, son hechos generados no por el Derecho sino por la propia naturaleza de la que el hombre participa.

Son, pues, las relaciones familiares, primeramente de Derecho Natural y no de Derecho Positivo o legislado, y ello porque las leyes, ante la institución familiar y las diversas relaciones que se generan en torno a ella, se limitan tan sólo a traducir o positivizar después lo que la naturaleza ya ha generado con anterioridad...

De esta forma, el derecho de familia es derecho positivo, puesto que ha sido creado por el legislador; sin embargo, por el hecho de no delimitar conceptualmente su base, no por ello carece de sentido —afirmación que líneas anteriores nos vimos obligados a realizar antes de llegar a esta conclusión—. Y es que este completo sistema jurídico no está sin fundamento, ya que éste le viene dado a través del Derecho Natural.

La familia es además una institución de las de «Derecho Natural de contenido variable»; tal expresión, creada por STAMMLER en este siglo, significa que la idea *familia* es para el Derecho positivo una simple forma externa que irá llenándose de contenido con la concepción que, en torno a esta idea, predomine en cada momento y lugar.

Es decir, desde los orígenes de la humanidad, ha existido la «idea» familia en la mente de todos los hombres, con independencia del momento o del lugar analizado; sin embargo, el contenido concreto o el concepto que tenemos sobre la institución es algo que deberá obtenerse de cada época y espacio geográfico, en particular en base a la aceptación social de una concreta colectividad.

Para finalizar este trabajo podemos afirmar que, concebida así la familia como una institución natural e innata en el hombre pero con un contenido diferente en cada tiempo y lugar, podremos, no sólo justificar la existencia del derecho de familia, sino comprender el porqué de un fenómeno mil veces repetido a lo largo de este trabajo y que, en síntesis, es éste: la familia ha estado siempre presente en cualquier sociedad a la vez que ha sido regulada por el Derecho, pero no ha podido darse un concepto global de la misma porque ello dependía siempre de lo que cada sociedad aprobaba o desaprobaba como tal.

Llegando a la conclusión de que la familia es una «institución de Derecho Natural de contenido variable» no sólo se eliminan los inconvenientes analizados en líneas anteriores, sino que, además, encontramos el fundamen-

to a la existencia de un Derecho Positivo como es el de familia, que, pese a gozar de una milenaria tradición jurídica, no ha podido nunca definir ni delimitar claramente su objeto.

Por último, esta deducción nos permite solucionar el dilema socio-jurídico que generan las nuevas situaciones sociales que se van produciendo. La equiparación o no con la institución familiar de realidades nuevas como el matrimonio de hecho, las uniones de homosexuales, la reproducción artificial y otras, es un hecho relativo que dependerá de la mentalidad social dominante.

Por lo tanto, aunque la familia esté y haya estado presente en la mente de todos desde siempre, es la sociedad la que de modo natural va a decidir sobre lo que es o no familia, y es el legislador el que se debe limitar a regular con sus normas la idea familiar que los tiempos demanden.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, «Curso de Derecho español, común y foral»: *Derecho de familia*, tomo IV, 1989.
- AMORÓS, GUARDIOLA y otros: *Comentarios a las reformas de Derecho de familia*, 1984.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel: *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 1988.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho de familia*, tomo V., vol. 1.º, «Relaciones conyugales», 1987; vol. 2.º: «Relaciones paterno-filiales y tutelares», 9.ª edición, 1985.
- CASTRO LUCINI: *Temas de Derecho de familia*, 1989.
- DÍEZ PICAZO Y GUILLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, tomo IV: «Derecho de familia. Derecho de sucesiones», 50.ª edición, 1989.
- FERNÁNDEZ GALIANO, Antonio: *Derecho Natural*, 5.ª edición, 1990.
- FOSAR BENLLOCH: *Estudios de Derecho de familia*, tomo I: «La Constitución de 1978 y el Derecho de familia», 1981; tomo III: «Las uniones libres. La evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España», 1985.
- GONZÁLEZ PORRAS: *La Familia, el Derecho y la Libertad*, 1987.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*; IV, «Derecho de familia», 3.ª edición, vols. 1 y 2.