

5.8. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA

María Pilar Ferrer Vanrell

Sumario

Introducción

I. LA FAMILIA EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL.

1. Precedentes y génesis del artículo 39 de la Constitución Española, en su aspecto de protección constitucional a la familia.

1.1. Precedentes

1.2. Génesis del artículo 39 de la Constitución de 1978.

1.2.1. Génesis del art. 39 CE.2.

1.2.2. La aprobación de la Constitución Española.

2. Los artículos 39 y 32 de la Constitución Española de 1978.

II. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

1. El artículo 39 de la Constitución Española de 1978 y la institución de la familia.

1.1. La protección constitucional del artículo 39 CE.

1º. Análisis de los cuatro apartados del art. 39 CE

2º El desarrollo derivado del art. 39 CE.

1.2. La familia como objeto de protección constitucional

1.2.1. Interpretación del concepto de familia que manda proteger la Constitución.

1.2.1.1. Los debates parlamentarios, como criterio de interpretación del concepto de familia.

1.2.1.2. El artículo 10.2 CE como criterio de interpretación auténtica del concepto de familia constitucional.

- 1º. Los textos internacionales ex art. 10.2 CE
- 2º. El concepto de familia en los instrumentos internacionales, como criterio interpretador de la “familia constitucional”.
- 1.2.2. Análisis de la existencia o no de la “familia constitucional”.
- 1º. ¿Familia o familias?
- 2º. La “familia constitucional” y la “familia”
- 1.3. La familia protegida por la Constitución (art. 39.1 CE). Su concepto.
 - 1.3.1. La familia en su concepto sociológico.
 - 1.3.2. Concepto jurídico de familia.
 - 1º. El parentesco.
 - 2º. Su concepto jurídico.
2. Concepto constitucional de familia.

Introducción.-

La Constitución Española de 1978, aprobada por las Cortes Generales el 31 de octubre de 1978, fue refrendada por el pueblo español el 6 de diciembre; sancionada y promulgada por el Rey el día 27 y publicada el 29 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311), fecha que entró en vigor. Como norma jurídica (art. 9,1 y 53,1 CE), ha sido, desde su entrada en vigor, y sigue siendo hoy, en su cuadragésimo aniversario, la norma fundamental del Estado.

La realidad social no es la misma, pero la Constitución sigue prestando el mismo servicio a la sociedad, en buena medida, por la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

En este breve estudio, abordaré el tratamiento que hace la Constitución Española sobre la familia. Analizaremos la familia separando dos conceptos que, en ocasiones, distorsionan, que es la estructura o forma de constituir la familia, y el modo de protección en atención a la forma de constituirse.

Si analizamos los debates de los constituyentes al tiempo de la redacción de los artículos 32 y 39 CE, de sus antecedentes legislativos, puede parecer que la Constitución pretendía otorgar una distinta protección a la familia en relación a la forma como se había constituido. No parece exacto distinguir

entre “familia” y “familias”¹⁸⁹, porque entraña desigualdad, que está prohibida por el art. 14 de la Constitución Española. La familia no está definida en la Constitución, sólo determina su modo de protección.

Dos artículos son esenciales en relación al tema propuesto, el artículo 39 CE y, en menor medida, como explicaremos más adelante, el art. 32 CE. Los artículos concordantes, de la Carta Magna, son, por una parte, sus artículos. 9.2; 10.2; 14; 20,4; 27,3; 32, CE; por otra, desde un concreto ámbito de poner fundamentos o bases a la protección a la familia, sus arts. 35.1 y 41 CE.

El artículo básico para este estudio es el 39 CE, que determina que los poderes públicos aseguran la protección a la familia.

El artículo 39 CE, tiene su encaje sistemático en el Capítulo Tercero “De los principios rectores de la política social y económica”, del Título Primero de la Constitución “De los derechos y deberes fundamentales”. Al estar colocado en el Título Primero, el Defensor del Pueblo (art. 54 CE) es el Alto Comisionado para la defensa de los derechos recogidos en este Título I. Este encuadre sistemático significa también que: a) por una parte son principios informadores de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos (*ex art. 53,3 CE*); b) por otra, tales principios sólo podrán ser desarrollados por ley (*ex art. 86,1 CE*), por lo que queda prohibida la regulación por Decreto-Ley.

El estudio se divide en dos partes; 1) en la primera analizaremos la materia en la historia del constitucionalismo español. Cómo llegó la familia a la Constitución, sus precedentes; y, seguidamente, el *iter* legislativo del art. 39, la génesis del vigente artículo 39 CE que comentamos. 2) En segundo lugar el concreto estudio de la familia como objeto de protección en la vigente Constitución de 1978.

I. LA FAMILIA EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL.

1. Precedentes y génesis del artículo 39 de la Constitución Española, en su aspecto de protección constitucional a la familia.

En la historia del constitucionalismo español, la protección a la familia no aparece en las Constituciones del siglo XIX. En este apartado nos

¹⁸⁹. Lo distingue, entre otros, ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia, Familias y Derecho de Familia*. ADC 1990, pág. 1065 y 1087.

detendremos en dos momentos; por una parte, intentaremos encontrar los precedentes próximos de la protección constitucional a la familia, o por las Leyes Fundamentales en el período de la Dictadura franquista; por otra, la génesis del vigente artículo 39 CE, en cuanto a protección a la familia; es decir, cómo formuló el anteproyecto de Constitución Española de 1978 esta protección y, a través de su tramitación parlamentaria, cómo se ha materializado en el vigente texto constitucional tal protección.

1.1. Precedentes.

1º El Proyecto de Constitución Federal de la 1ª República Española de 1873

En este proyecto de Constitución redactada, principalmente, por D. Emilio Castelar que no llegó a aprobarse por las Cortes, aparece la palabra matrimonio, sin definirlo, sólo se remite a las leyes civiles para su inscripción, concretamente se refería a la Ley del Registro Civil de 1870. El proyectado artículo 37, del Título II decía:

Artículo 37. Las actas de nacimiento, de matrimonio y defunción, serán registradas siempre por las autoridades civiles.

2º El Proyecto de Constitución de 6 de julio de 1929

Por primera vez, en la historia del constitucionalismo español, se menciona la familia en el Proyecto de Constitución de la Monarquía española de 6 de julio de 1929, la *non nata* de Primo de Rivera, que pretendía sustituir la Constitución liberal de 1876. En su artículo 24 decía:

Artículo 24. El matrimonio y la vida familiar estarán bajo la especial protección del Estado.

Las leyes protegerán la maternidad contra todo género de actos y propaganda a ella opuestos, ampararán la infancia y defenderán a la juventud contra la explotación, la ignorancia y el abandono moral.

La educación e instrucción de la prole serán facultad y obligación natural de los padres, sin perjuicio de los derechos y deberes supletorios del Estado.

Este artículo 24 (*non nato*) une familia y matrimonio y los coloca bajo la especial protección del Estado; además, determina que el Estado, mediante

leyes, protegerá distintos momentos que aparecen dentro de la familia, la maternidad, la infancia y la juventud; como también declaraba la primacía de los padres en la educación e instrucción de sus hijos, siendo para aquéllos una facultad y a la vez una obligación; en tanto que el Estado asumía el derecho y el deber supletorio, como no podía ser de otra forma, ya que, de otra manera, podría desembocar en supuestos de desamparo.

3º Constitución de 9 de diciembre de 1931.

La Constitución de la II República de 9 de diciembre de 1931 (Gaceta de Madrid, núm. 344, de 10 de diciembre de 1931) contempla, por primera vez en el constitucionalismo español (ya que la Constitución de 1929 no entró en vigor), la familia en su artículo 43, colocado sistemáticamente en el Capítulo II “Familia, economía y cultura”, del Título III “De los derechos y deberes de los Españoles” que decía:

Artículo 43. La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa.

Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución.

Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él.

Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad.

No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna.

El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la Declaración de Ginebra” o tabla de los derechos del niño.

En este artículo 43 de la Constitución de 1931, la familia también se une al matrimonio, y determina que son obligaciones de los padres, la alimentación, la educación y la instrucción a sus hijos, siendo el Estado el obligado subsidiario, como ya decía el proyecto de 1929. También dispone

que los padres tienen los mismos deberes para con los hijos habidos fuera del matrimonio y se permitirá la investigación de la paternidad, sin que pueda consignarse la legitimidad o no de esta filiación.

El Estado prestará asistencia a enfermos, ancianos, madres y niños. Respecto de los niños, hace suya la Declaración de Ginebra de 1924, que es la primera declaración de los derechos del niño que trataba, exclusivamente, de derechos del menor, sin mencionar a la familia o familias sustitutas. La Declaración constaba de cinco puntos:

1) El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

2) El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.

3) El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

4) El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

5) El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

4º Leyes Fundamentales. El Fuero de los Españoles.

En los años de la Dictadura franquista, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, modificado por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, aprobado por Decreto 779/1997, de 20 de abril (BOE nº 95 de 21 de abril de 1967), de las Leyes Fundamentales, dedicaba los artículos 22 y 23, del Título I, del Capítulo II, a la familia.

Artículo 22. *El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva.*

El matrimonio será uno e indisoluble.

El Estado protegerá especialmente a las familias numerosas.

Artículo 23. *Los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos. El Estado suspenderá el ejercicio de la patria potestad o privará de ella a los que no la ejerzan dignamente, y transferirá la guarda y la educación de los menores a quienes por ley corresponda.*

1.2 Génesis del artículo 39 de la Constitución de 1978.

Para interpretar el artículo 39 de la Constitución, en relación al planteamiento que hace de la familia, analizaremos la generación de dicha disposición legal.

1.2.1. La génesis del artículo 39 CE.

El análisis de la génesis del artículo 39 de la Constitución nos lleva a tener que referirnos al artículo 32 del texto constitucional. La referencia a la familia, en los precedentes constitucionales próximos (1929 y 1931), se concreta en un solo artículo, que une la referencia al matrimonio y a la familia y el alcance de su protección. Por esta razón y por la propia gestación de los vigentes artículos 32 y 39 CE, tenemos que hacer referencia a ambos.

1.2.1.1. Los artículos 27 y 34 del anteproyecto de 5 de enero de 1978.

En el Boletín Oficial de las Cortes nº 44, de 5 de enero de 1978, se publica el anteproyecto de la vigente Constitución española. El artículo 27 del anteproyecto corresponde al vigente artículo 32 CE y el artículo 34, al vigente artículo 39 CE.

Como demuestra el texto del anteproyecto, su artículo 27 (hoy 32 CE) determinaba la forma de constituirse la familia. En tanto que el artículo 34 (hoy 39) su forma de protección. Ambos artículos en la Constitución de 1931, como precedente constitucional, estaban unidos en su art. 43. El texto del artículo 27 proyectado decía:

Artículo 27 del Anteproyecto de la Constitución de 1978.

1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia.

2. El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos.

Por otra parte, el texto del art. 34 del Anteproyecto, que está encuadrado en su Capítulo Tercero “Principios rectores y derechos económicos y sociales”, decía:

Artículo 34 del Anteproyecto de la Constitución de 1978.

1. Los poderes públicos aseguran la protección económica, jurídica y social de la familia, en particular, por medio de prestaciones sociales, de disposiciones fiscales y de cualquier otra medida adecuada.

2. La madre y los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, disfrutarán de la protección oficial del Estado y de todos los poderes públicos.

3. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él, sin perjuicio del respeto a la institución familiar.

De una primera lectura, tanto del art. 24 del Anteproyecto *non nato* de 1929, como del art. 43 de la Constitución de 1931, antecedentes constitucionales del vigente art. 39, la familia se fundaba en el matrimonio.

En el anteproyecto de la vigente Constitución de 1978, la familia también se fundaba a partir del matrimonio. El artículo 27 proyectado (vigente art. 32 CE), unía el matrimonio a la constitución de la familia; el artículo decía: “(...) el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear (...) relaciones estables de familia”.

Es cierto que, el propio artículo añade que en situaciones de generación de hijos, fuera del matrimonio, estos hijos tenían protección. A las madres y a los hijos, éstos iguales ante la ley, como no podía ser de otra forma en cumplimiento al derecho de igualdad (art. 14 CE), el Estado les aseguraba su protección. Los padres, respecto de los hijos habidos fuera del matrimonio tenían los mismos deberes para con ellos, aunque debían respetar la institución familiar. Esto demuestra, claramente, que para el legislador la generación, fuera del matrimonio, no era institución familiar.

Se ha querido ver, en el artículo 34 del anteproyecto (antecedente del art. 39 CE), el instituto de la familia, que no está definida ni en el proyectado art. 34 CE ni en el art. 39 del texto vigente. El artículo 27 proyectado (hoy art. 32 CE) es el que determina que la célula creadora de la familia es el matrimonio: “crear y mantener (...) relaciones estables de familia”; en tanto que el art. 34 proyectado (vigente art. 39 CE) determina la protección del Estado

respecto a la familia constituida de acuerdo con el proyectado art. 27 (hoy 32). Por otro lado, el apartado 2 del proyectado art. 34 determina, también, la protección a las madres e hijos, protección distinta a la que dispensa a la familia (apartado 1), ya que, de no ser así, estaríamos ante una repetición del apartado primero; así como, en el apartado 3, la obligación de los padres para con los hijos habidos fuera del matrimonio, son relaciones de generación distintas a la familia, porque el mismo texto proyectado advierte que estos deberes deben cumplirse “sin perjuicio del respecto a la institución familiar”.

El anteproyecto de la Constitución de 1978 dedica dos artículos a la familia: uno, art. 27 donde determina como se constituye la familia; y el art. 34 en el que dispone la protección que se dispensará a la familia y, también, a otras situaciones en la que existan madres e hijos. En los precedentes al anteproyecto de la Constitución de 1978 (Proyecto de 1929 y Constitución de 1931), se dedicaba sólo un artículo al matrimonio y la familia.

1.2.1.2. Tramitación parlamentaria de los artículos 27 y 34 del anteproyecto de la Constitución.

Analizaremos la evolución de ambos artículos hasta llegar al texto definitivo de los vigentes artículos 32 CE y 39 Ce.

1) Redacción según Informe de la Ponencia de 12 de abril de 1978.

1º. Artículo 27 del Anteproyecto de 1978.

En el Boletín Oficial de las Cortes, nº 82, de 17 de abril de 1978, siendo Presidente del Congreso de los Diputados D. Fernando Álvarez de Miranda, se insertó el texto del Informe de la Ponencia (y, en anexo, se insertó el texto del anteproyecto), que había sido designada al efecto y que estudió las enmiendas presentadas al anteproyecto de Constitución. El texto del artículo 27 quedó redactado, una vez introducidas las modificaciones efectuadas por dicho Informe¹⁹⁰, dando una nueva redacción al apartado 1 del propio art. 27, con el siguiente texto:

190. “Conforme a la enmienda nº 779 del Grupo de Unión de Centro Democrático, la Ponencia, con el mantenimiento de los votos particulares y enmiendas por los representantes de los Grupos de la Minoría Catalana, Socialista y Comunista, da una nueva redacción a este apartado, aceptando también la idea fundamental contenida en la enmienda nº. 35 del Sr. De la Fuente de la Fuente y la enmienda nº 736 del Sr. Ortí Bordás y no aceptando, por mayoría, las enmiendas nº 64 del Sr. Letamendía Belzunce, nº. 125 del Grupo de la Minoría Catalana, nº. 479 del Grupo Mixto, nº 607 del Grupo Vasco, y nº 697 del Grupo Comunista, así como tampoco las enmiendas nº. 2 del Sr. Carro Martínez, nº 691 del Sr. López Rodó y nº. 756 del Sr. García Garrido”.

Artículo 27

Apartado 1. *“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia”.*

El apartado 2 del texto del artículo 27, quedó redactado según el texto del Informe de la Ponencia¹⁹¹, sin modificación alguna respecto al texto del anteproyecto, como sigue:

Apartado 2. *“El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.*

2º. Artículo 34 del Anteproyecto de 1978

El artículo 34 del anteproyecto, a su paso por la Ponencia, corresponde al artículo 35 del Informe. El texto del artículo 35, una vez introducidas las modificaciones efectuadas por dicho Informe¹⁹², da una nueva redacción al apartado 1, con el siguiente texto:

El artículo 35

Apartado 1. *“Los poderes públicos aseguran la protección económica, jurídica y social de la familia”.*

El texto del apartado 2 del art. 35, también quedó modificado en el Informe¹⁹³:

191. “La Ponencia, por mayoría, con el mantenimiento de los votos particulares y enmiendas por los representantes de los Grupos Socialista, Minoría Catalana y Comunista, mantiene el criterio que se contiene en la redacción del anteproyecto y, en consecuencia, no acepta las enmiendas n.º 3 del Sr. Mendizábal Urjarte, n.º 35 del Sr. de la Fuente de la Fuente, n.º 63 del Sr. Fernández de la Mora, n.º 72 del Sr. López Bravo, n.º 125 del Grupo de la Minoría Catalana, n.º 479 del Grupo Mixto, n.º 607 del Grupo Vasco, n.º 691 del Sr. López Rodó, n.º 697 del Grupo Comunista, n.º 736 del Sr. Ortí Bordis y n.º 756 del Sr. García Garrido. Tampoco se aceptan las propuestas de nuevos apartados contenidas en las enmiendas n.º 125 del Grupo de la Minoría Catalana, n.º 451 del Sr. Güell de Sentmenat, n.º 897 del Grupo Comunista y n.º 736 del Sr. Orti Bordás”.

192. En este apartado, la Ponencia, con la oposición de los representantes de los Grupos Socialista, Minoría Catalana y Comunista, da una nueva redacción, aceptando, en parte, la enmienda n.º 2 del Sr. Carro Martínez. No se acepta por la Ponencia la enmienda n.º 64 del Sr. Letamende Belzunce, la enmienda n.º 35 del Sr. de la Fuente de la Fuente, la enmienda n.º 92 del Sr. Mendizábal Uriarte, cuya propuesta, no obstante, se considera incluida en la redacción contenida en el apartado 2 del art. 9 del texto, y la enmienda n.º 699 de la señora Calvet Puig.

193. Conforme a las propuestas contenidas en las enmiendas n.º 22 del Sr. Jimbo P y n.º 779 del Grupo de Unión de Centro Democrático, la Ponencia da una nueva redacción a este apartado, no aceptando las enmiendas n.º 2 del Sr. Carro Martínez y n.º 587 del Sr. Rosón Pérez, aceptando, en parte, en la nueva redacción las enmiendas n.º 5 de la Sra. Fernández-España, n.º 699 de la Sra. Calvet Puig y n.º 739 del Sr. Mayor Zaragoza

Apartado 2. *“Los poderes públicos aseguran la protección integral de los niños, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”.*

En cuanto al apartado 3, el Informe de la Ponencia también modificó¹⁹⁴ la redacción del anteproyecto, en el siguiente sentido:

Apartado 3. *“Los padres deben prestar a sus hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, alimentos, educación, instrucción y toda asistencia durante la minoría de edad”.*

El Informe de la Ponencia¹⁹⁵, introduce en el artículo 34 del anteproyecto un nuevo apartado, en el que se somete al cumplimiento de la Declaración de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas de 1959. Recordemos que la Constitución de 1931, en su artículo 43, introducía el sometimiento a la Declaración de Ginebra de 1924. El apartado 4 queda redactado con el siguiente texto:

Apartado 4 (nuevo). *“Los poderes públicos aseguran especialmente el cumplimiento de la Declaración de los derechos del niño proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959”.*

Continuó la labor parlamentaria, y el Informe de la Ponencia pasó a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. El debate se prolongó durante 24 sesiones y el Dictamen de la Comisión, las enmiendas que se mantenían y los votos particulares, pasaron al Pleno, donde se defenderían.

2) Redacción aprobada en el Pleno de las Cortes de 11 de julio de 1978.

1º. La redacción del artículo 27 del Informe de la Ponencia, que pasa a ser el art. 30.

En la Sesión Plenaria nº 36 de 11 de julio de 1978 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 107), el artículo 27 pasó a ser aprobado como artículo 30, con el siguiente texto:

194. “La redacción de este artículo sobre la base de la propuesta del Grupo Socialista, no aceptando la enmienda nº 2 del Sr. Carro Martínez y aceptando, en parte, en la nueva redacción, las enmiendas nº 137 del Grupo de la Minoría Catalana, nº. 611 del Grupo Vasco y nº. 770 del Grupo de Unión de Centro Democrático”.

195. “De acuerdo con las propuestas de las enmiendas nº 481 del Grupo Mixto al art. 28, nº 45 del Sr. Gómez de las Rocas, todas las enmiendas sobre los derechos del niño a los diferentes apartados del art. 34 y nº 612 del Grupo Vasco, la Ponencia redacta sobre la base de la enmienda nº. 138 de1 Grupo de la Minoría Catalana un nuevo apartado 4”

Artículo 30

1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio.

2. La ley regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

2º. Redacción del artículo 35 del Informe de la Ponencia.

En la Sesión Plenaria nº 36 de 11 de julio de 1978 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 107) el artículo 35, al no existir ni oposición ni enmienda (se votó junto con los artículos 34 y 36 que tampoco sufrieron modificación), mantuvo la redacción del Informe de la Ponencia; tan sólo se dio una mejor redacción al apartado 4, sin modificar el fondo.

Artículo 35

1. Los poderes públicos aseguran la protección económica, jurídica y social de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

3. Los padres deben prestar a sus hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, alimentos, educación, instrucción y toda asistencia durante la minoría de edad.

4. Los niños gozarán de una protección especial de la sociedad y de los poderes públicos de acuerdo con los textos internacionales que velan por sus derechos.

3) Modificaciones propuestas en los debates del Senado y aprobadas por el Pleno del Senado en sesión de 13 de octubre de 1978.

El Proyecto pasó al Senado para debatir el texto del Congreso, entre los días 25 de septiembre y 5 de octubre. Se presentaron unas modificaciones al texto del Pleno del Congreso. La sesión de 13 de octubre de 1978 (Boletín Oficial de las Cortes, nº 161), propuso las siguientes modificaciones.

1º. Artículo 32. Se propuso la modificación de la redacción del apartado 1, del artículo 27, que ahora es el artículo 32 con la siguiente redacción:

Artículo 32

1. El hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio, basado en la igualdad jurídica de los cónyuges.

2º. Artículo 39. A la redacción del artículo 35, ahora art. 39 CE, se propuso una nueva redacción a sus apartados 2,3 y 4.

Artículo 39

2. Los poderes públicos aseguran así mismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, y a los subnormales en todo caso.

4. Los niños y los subnormales gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

4) El Dictamen de la Comisión Mixta, Congreso-Senado. La nueva redacción de los artículos 32 y 39 CE.

Debido a las discrepancias entre los textos que se aprobaron en el Congreso de los Diputados y en el Senado, se constituyó la Comisión Mixta de Diputados y Senadores, de acuerdo con lo preceptuado en la Ley para la Reforma Política, bajo la Presidencia de D. Antonio Hernández Gil, Presidente de las Cortes, para llegar a un acuerdo sobre un texto único, que debería someterse a su aprobación por los Plenos del Congreso y el Senado.

La Comisión Mixta se reunió en distintas sesiones, de carácter secreto, para llegar a un texto único. Se publicó el Dictamen de la Comisión Mixta (Boletín Oficial de las Cortes nº 170 y en el nº 172 de 30 de octubre la corrección de errores, que en nada afectaba a los artículos 32 y 39), en sesión de 28 de octubre de 1978, y el texto de los artículos 32 y 39 quedaron redactados del siguiente tenor:

Artículo 32

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos

Artículo 39

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

1.2.2. La aprobación del texto constitucional.

El texto constitucional fue aprobado por ambas Cámaras. En sesión de 31 de octubre de 1978.

1º. Aprobación en el Congreso de los Diputados

Como consta en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (nº 130), en la Sesión Plenaria nº 52, celebrada el martes, 31 de octubre de 1978, bajo la presidencia del Excmo. Sr. D. Fernando Álvarez de Miranda y Torres, se aprobó el texto de la Constitución Española (de acuerdo con el texto del Dictamen de la Comisión Mixta que se había publicado en el Boletín Oficial de las Cortes nº 170, del 28 de octubre de 1978).

El Presidente abrió la sesión a las once y cuarenta minutos, anunciando que la asistencia, en la tribuna de honor, de una Delegación del Parlamento Europeo. Después de pronunciar unas palabras indica que la votación del texto constitucional será nominal y pública. El resultado fue: votos emitidos 345; ausencias, cinco. Votos a favor 325; en contra, 6; abstenciones, 14.

2º. Aprobación en el Senado

En la Sesión Plenaria nº 42, celebrada el 31 de octubre de 1978, bajo la Presidencia del Excmo. Sr. D. Antonio Fontán Pérez, como consta en el Diario de Sesiones del Senado nº 68, se aprobó por el Senado el texto de la Constitución Española (de acuerdo con el texto del Dictamen de la Comisión Mixta, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes nº 170, del 28 de octubre de 1978). El Presidente abrió la sesión a las diez y veinticinco minutos de la mañana y dio la palabra a D. Antonio Hernández Gil, que presidió los trabajos de la Comisión Mixta para exponer el Dictamen. Después del debate de acuerdo con el art. 127.2 del Reglamento, el Presidente manifiesta que se va a proceder a la votación nominal y pública que arrojó el siguiente resultado. Votos emitidos 239; votos a favor, 226; votos en contra, 5; abstenciones, 8.

Los Presidentes de ambas Cámaras comunicaron al Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil, Presidente de las Cortes, el resultado de la votación. Éste declaró aprobado el Dictamen de la Comisión Mixta y se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes, nº 177, de 6 de noviembre de 1978.

3º. Referéndum y sanción del Rey.

El Proyecto de Constitución Española se sometió a Referéndum el 6 de diciembre de 1978, aprobado por el 87,78% de votos.

Su Majestad el Rey sancionó la Constitución en el Palacio de las Cortes el 27 de diciembre de 1978 y se publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 311, el 29 de diciembre de 1978, entrando en vigor el mismo día de su publicación.

2. Los artículos 39 y 32 de la Constitución Española.

Una vez vistos los precedentes y la génesis del artículo 39, dedicado a la familia, que unía en un solo artículo familia y matrimonio, la vigente Constitución Española lo desdobló en dos artículos, colocados sistemáticamente en el Título Primero “De los derechos y deberes fundamentales”. El art. 32, tiene su encuadre en el Capítulo II, “Derechos y libertades”, en su sección

segunda “De los derechos y deberes de los ciudadanos”. El art. 39, en el Capítulo Tercero “De los principios rectores de la política social y económica”. El matrimonio está colocado como un derecho constitucional, en tanto que a la familia la ha relegado a un ámbito de política económica, social y jurídica.

La redacción de ambos artículos, aprobados por la Constitución Española de 1978, es la siguiente:

Artículo 39

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Artículo 32

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos

II. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

1. El artículo 39 de la Constitución de 1978 y la institución de la familia.

La lectura del artículo 39 CE y, también, del art. 32 CE, ya que ambos iniciaron su *iter* legislativo haciendo referencia a la familia, no procuran su

definición. Esto no significa que la Constitución no tenga un concepto de familia, sino que necesariamente lo tendremos que averiguar a través de la labor hermenéutica desde la propia Constitución.

El art. 39 CE, asegura que los poderes públicos ofrecerán distintos ámbitos de protección a unas determinadas personas que están unidas por relaciones de generación y por relaciones que conocemos como familiares.

La protección constitucional del art. 39 CE se constriñe al ámbito de política económica, social y jurídica. Quizá la Constitución se ha quedado corta. Ha otorgado un puesto prevalente al matrimonio (Capítulo II) y ha relegado a la familia (Capítulo III). El hecho de separar matrimonio de familia, que en la Constitución de 1931 iba unido en su art. 43, dentro del Capítulo “de los derechos y deberes de los españoles”, ha provocado esta degradación. En el art. 39 CE existen otros derechos tan o más importantes que el matrimonio, especialmente visto su desarrollo legislativo, que podría degradarse y pasar de un derecho constitucional a un derecho propio del ámbito del derecho de familia. Podrían calificarse como derechos constitucionales, entre otros, el derecho a la maternidad, el derecho de la infancia, el derecho a la verdad biológica de los hijos, del art. 39 CE.

Al redactarse la Constitución, el artículo 32 tuvo su entrada en el anteproyecto al considerarse como el núcleo creador de la familia. En el art. 27 del anteproyecto decía, en su apartado 1 *“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia”*. Y, más claramente, en la redacción según Informe de la Ponencia de 12 de abril de 1978, el apartado 1 del art. 27, decía: *“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia”*.

En este sentido, el art. 39 confirma la distinción, al referirse a hijos y madres, colocando en dos sectores diferenciados a los nacidos de matrimonio o fuera de él; así como respecto de las madres, en atención al estado civil. Significa que, la Constitución, parte de esta doble concepción existente en el momento de su redacción, la privilegiada, que es la matrimonial y la carente de algunos derechos como es la no matrimonial; por esto manda, en relación al derecho proclamado en el art. 14, la igualdad de ambos supuestos, prohibiendo la discriminación.

Las cuestiones sugeridas en el art. 39 CE deben encauzarse desde un doble planteamiento:

1) Por una parte, la “protección constitucional”. El tratamiento de la protección por parte de los poderes públicos, mandando proteger a la familia desde el ámbito económico, jurídico y social; y también (“asimismo”) manda proteger a ciertas personas que pueden ser o no miembros de una familia, “hijos y madres”, por ej. hijos abandonados por las madres o que entregan sus hijos para futura adopción; como también, la protección a los “niños”, pertenezcan o no a una familia; incluso aquellos que no tengan determinada su filiación. Por esta razón, la Constitución utiliza el término “asimismo”¹⁹⁶, indicando que estas personas también deben ser protegidas por los poderes públicos.

2) Por otra, el art. 39 no define el concepto de familia, seguramente por considerar que es un concepto prejurídico, esto es, un hecho social que el derecho toma en consideración para atribuirle unas consecuencias jurídicas, la “*fattispecie*”. Tendremos que definir lo que es la familia en cada momento que el derecho lo tome en consideración para aplicarle su protección. Nos ocuparemos, más adelante, del concepto de familia a la que manda proteger, que calificaremos como “familia constitucional”.

1.1. La protección constitucional del art. 39 CE .

El art. 39 CE contiene cuatro apartados que requieren interpretarse para determinar el objeto de la protección constitucional y su alcance por parte de los poderes públicos y demás obligados.

El art. 39 CE despliega una doble protección, por una parte, a la familia (apartado 1) y, por otra, ampara situaciones de vínculos paterno-filiales con independencia de su determinación legal (apartado 2 y 3). El apartado 4, que se introdujo en el debate del Pleno del Senado, otorga protección a la infancia, según los Acuerdos Internacionales sobre los derechos de los niños.

1º. Análisis de los cuatro apartados del art. 39 CE:

1) El apartado 1, manda a los poderes públicos la protección económica, social y jurídica a la familia. El alcance de esta protección significa que los poderes públicos quedan obligados a otorgar una protección completa a la familia, desde todos los ámbitos, el económico, el social y el jurídico; esta amplia protección ha determinado un amplísimo desarrollo legislativo.

196. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, José Luís. “La Familia en la Constitución Española”. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, núm. 58. Enero-abril 2000.

2) El apartado 2, también (“asimismo”) ordena proteger, de forma “integral”, por parte de los poderes públicos, a los hijos y a las madres.

El término “asimismo” que utiliza el apartado 2 nos sitúa en un doble ámbito de protección, por una parte, la protección constitucional por parte de los poderes públicos que deben dispensar a la familia y que alcanza al ámbito económico, social y jurídico (ap.1); y, por otra parte, el apartado 2, también (“asimismo”) ordena proteger a los hijos y a las madres en la medida determinada, la protección “integral”

Manda, a los poderes públicos, dispensen una protección “integral” a los hijos, con independencia de que su filiación sea matrimonial o no matrimonial, por esto fue necesario un desarrollo legislativo para evitar toda discriminación con el fin de asegurar la igualdad (art. 14 CE). Además, la norma manda proteger a las madres, sea cual fuere su estado civil, porque también merecen esta protección “integral” por el hecho de serlo. Es una norma de protección a la maternidad, que para hacerlo efectivo necesitó y necesita, también, el desarrollo mediante leyes contra la discriminación, como también en el ámbito laboral, entre otros aspectos.

La protección “integral” a los hijos incluye la investigación de la paternidad¹⁹⁷ con la finalidad de adecuar la verdad jurídica a la verdad biológica; así pasó al art. 127 Cc por ley 11/1981, que quedó derogado por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. El vigente art. 767 LEC, admite toda clase de pruebas para determinar la paternidad y la maternidad. Están obligados, al cumplimiento de esta protección a los hijos, los padres y también los poderes públicos. El TC ha ido dictando criterios doctrinales sobre la exigencia de la investigación de la paternidad, entre otras, STC 273/2005, de 27 de octubre.

3) El apartado 3 impone al padre y a la madre la obligación de protección “asistencial” a sus hijos menores de edad y cuando legalmente proceda (mayores de edad, discapacitados), con independencia de que sean hijos matrimoniales o no. Los padres no pueden hacer dejación de sus obligaciones de alimentar, en el amplio sentido de la palabra (art.142 Cc), ni en el ámbito afectivo ni patrimonial; siempre deben prestar todo tipo de asistencia necesaria para los hijos.

La distinción de los obligados a prestar protección queda determinada en los apartados 2 y 3. El apartado 2 manda a los poderes públicos prestar protección “integral” a hijos y madres. El apartado 3º, la obligación de

197. En la sesión de 13 de octubre 1978 d el Pleno del Senado, a raíz de una enmienda presentada por el Senador Villar Arregui se introdujo el derecho a la investigación de la paternidad.

protección “asistencial” a los hijos es del padre y de la madre; significa que los obligados primeros son los padres y los poderes públicos cumplirán en defecto de los padres, es decir, subsidiariamente. Esta subsidiariedad incluye también velar por el cumplimiento de la asistencia por parte de los padres, protegiendo siempre “el interés del menor”. El art. 39, 3 no ha incluido, claramente, la subsidiariedad del Estado, como hacía el art. 43 de la Constitución de 1931 que decía claramente “*Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución*”.

4) Por último, el art. 39 incluyó un apartado 4, determinando la protección a la infancia según los Acuerdos Internacionales, durante el debate del pleno del Senado de 13 de octubre de 1978, y el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado dio la redacción final. En el Informe de la Ponencia¹⁹⁸, se redactó el nuevo apartado 4 que somete al cumplimiento de la Declaración de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas de 1959, en el siguiente sentido: “*Los poderes públicos aseguran especialmente el cumplimiento de la Declaración de los derechos del niño proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959*”. En la redacción final desaparece la referencia a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

En 1978, la protección internacional a la infancia aún no se fundamentaba en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, aunque ya se había iniciado la propuesta para tal protección; por esta razón, seguramente, desaparece del texto definitivo la referencia a la Declaración de 1959. Polonia, en 1978 (al tiempo de la redacción de nuestra Constitución), presentó una iniciativa a Naciones Unidas para adoptar un cuerpo de normas protectoras de la infancia. Se creó una Comisión de trabajo que culminó con la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de Naciones Unidas 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Al momento de introducir el apartado 4, los Acuerdos Internacionales iban referidos a la Declaración de los Derechos del Niño de 1924¹⁹⁹, aprobada por la Sociedad de Naciones, llamada la Declaración de Ginebra; y a la Declaración de los Derechos del Niño, aprobado por la Organización de Naciones Unidas en 1959, que contenía un catálogo de 10 principios.

198. “De acuerdo con las propuestas de las enmiendas nº 481 del Grupo Mixto al art. 28, nº 45 del Sr. Gómez de las Rocas, todas las enmiendas sobre los derechos del niño a los diferentes apartados del art. 34 y nº 612 del Grupo Vasco, la Ponencia redacta sobre la base de la enmienda nº. 138 de1 Grupo de la Minoría Catalana un nuevo apartado 4”

199. La Constitución de 1931, en su artículo 43, introducía el sometimiento a la Declaración de Ginebra de 1924.

2º. El desarrollo legislativo derivado del art. 39 CE.

La protección del art. 39, por su encuadre sistemático, es un principio informador de la legislación positiva (*ex art. 53.3 CE*), por esta razón tuvo, tiene y tendrá un gran desarrollo en el derecho positivo.

La protección económica y social ha determinado las modificaciones legislativas que se han producido y las pendientes de legislar en materia penal, laboral, administrativa, social, tributaria etc; entre ellas, la modificación del Código penal por LO 10/1995, de 22 de noviembre; la ley 39/1999, de 5 de noviembre sobre conciliación de la vida familiar y laboral; la ley 42/2003, de 18 de noviembre, de familias numerosas; la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género; Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Dependencia; LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; respecto a las pensiones de viudedad Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Las principales modificaciones de la materia civil y procesal civil, además de las dos primeras e importantes leyes modificativas del Código civil, ya citadas, la ley 11/1981 de 13 de mayo y, la ley 30/1981 de 7 de julio, hubo una extensa modificación de la materia civil adaptando las instituciones civiles al principio de igualdad y a las necesidades de la sociedad actual. Citaremos, entre otras:

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos; La ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio; Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el CC y la LEC, en materia de separación y divorcio; Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional; Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Las modificaciones que introdujo, en esta materia, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

1.2 La familia como objeto de protección constitucional.

La familia tiene garantizada la protección de los poderes públicos por mandato de la Constitución; por esta razón será necesario saber qué entiende por familia a la que manda proteger. O dicho de otra forma, qué es familia desde el ámbito jurídico-constitucional.

La Constitución, al hablar de la familia, se está refiriendo a una estructura jurídica, no social. Las comunidades de afecto, de convivencia, no son aspectos que atañen a la Constitución, aunque en la familia exista afecto y convivencia, porque la Constitución no se ocupa de este ámbito, sino de aquellas estructuras que son “la familia” y, por ello, merecen su protección.

Estas afirmaciones las basamos en la propia interpretación del Tribunal Constitucional cuando, en la Sentencia 45/1989, de 20 de febrero (esta Sentencia fue a propósito de la Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que perjudicaba tributariamente a la familia), en su FJ7, después de decir “(...)sino también con los que se deducen del concepto de familia y matrimonio que alienta en los artículos 39 y 32 y que es incompatible con una concepción de grupo en la que sólo es «sui iuris» la cabeza y «alieni-iuris» todo el resto de sus integrantes, siquiera sea únicamente a efectos fiscales»; más adelante, en este mismo FJ7, el TC determinó que “(...) partimos del supuesto que cualquier norma que incida sobre la vida de la familia debe ser respetuosa con la concepción de ésta que alienta en la Constitución, (...)”.

Por esta razón, la Constitución tiene un concepto de “familia constitucional” (la que “alienta”, en términos del TC) que deberemos averiguar aplicando criterios de interpretación.

En 1978, que entra en vigor la Constitución, la familia tiene su fundamento básico en la relación conyugal y el parentesco, de donde surgen las relaciones familiares como conjunto de derechos y obligaciones de carácter familiar. La familia por excelencia era la matrimonial. Hoy, pasados cuarenta años, las relaciones de familia surgen no sólo a partir del matrimonio, sino de relaciones convivenciales de pareja, de situaciones de monoparentalidad, de familias reconstituídas, entre otras formas de creación de una familia.

1.2.1. Interpretación del concepto de familia que manda proteger la Constitución.

Encontrar el concepto de familia que protege la Constitución (art. 39CE), nos conduce a realizar una labor hermenéutica mediante los criterios de interpretación que ofrece la propia Constitución y el art. 3.1 Cc.

El criterio literal, poco aporta o mucho, porque el art. 39 no la califica, por lo que tendremos que saber que significa el término literal de familia. Si no es suficiente, se tendrá que acudir al criterio histórico, centrandolo en la investigación en los antecedentes legislativos, para determinar lo que entendió el legislador constituyente al referirse a la familia. Los debates legislativos en las Cortes constituyentes ofrecerán indicios del concepto de familia constitucional; una vez entendida la idea que tuvo el legislador al dictar la norma, la encauzaremos hacia las nuevas circunstancias o realidad social del momento que la norma se tiene que aplicar.

El proceso hermenéutico nos conduce, en primer lugar al análisis de los debates parlamentarios.

1.2.1.1. Los debates parlamentarios, como criterio de interpretación del concepto de familia.

En la sesión plenaria del Senado, de 28 de septiembre de 1978, se propuso que en el apartado 1º del art. 32 CE y el apartado 1 del art. 39 CE, se definiera la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”.

Esta propuesta se retiró²⁰⁰ al entender que ya estaba incluida en el artículo 10.2 CE. En el debate en el Senado, se dijo: “el apartado 2 del artículo 10, ya aprobado, contiene la suficiente garantía (...) que la institución familiar, (...), está perfectamente incorporada al texto constitucional desde el momento en que se han considerado como fuentes de interpretación del contenido de los derechos constitucionales la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los acuerdos y tratados ratificados por España”.

Sin contravenir esta afirmación, se aprobó el art. 39 de la Constitución. El propio Tribunal Constitucional, como máximo intérprete, dice que el art. 10.2 CE manda interpretar los preceptos constitucionales a luz de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los derechos Humanos y los

200. Núm. 61 Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria núm. 35 celebrada el jueves, 28 de septiembre de 1978. Así lo explica el senador Gutiérrez Rubio: “Sin embargo, las razones que ha aducido nuestra compañera la señora Landáburu, unidas a las razones que ha expuesto también esta misma tarde el señor Osorio, creo que son suficiente motivo como para formular en este momento la retirada del voto particular. (...) porque creemos que lo que nosotros pretendíamos está ya acogido en el texto de la Constitución. El apartado 2 del artículo 10, ya aprobado, contiene la suficiente garantía (...) que la institución familiar, (...), está perfectamente incorporada al texto constitucional desde el momento en que se han considerado como fuentes de interpretación del contenido de los derechos constitucionales la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los acuerdos y tratados ratificados por España. Entendemos que bajo esta garantía y confiando, precisamente, en el efecto que de este apartado 2 del artículo 10 de la Constitución, ya aprobado, se deriva, tenemos base suficiente para retirar el voto particular, como así lo hacemos”.

Acuerdos y Tratados Internacionales ratificados por España. En este sentido lo declaró la STC 36/1991, de 14 de febrero, en su FJ5, “(...) No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”.

1.2.1.2. El art. 10.2 CE como criterio de interpretación auténtica del concepto de familia constitucional.

El propio legislador constitucional ofrece la interpretación del concepto de familia constitucionalmente protegida, en su artículo 10.2 CE. La familia es lo que determina “la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España”.

Estos textos internacionales, a los que remite el art. 10.2 CE, para que puedan ser criterio de interpretación, deben ser acuerdos y tratados ratificados por el Estado Español, por esto han de cumplir los requisitos del art. 96.1 CE, es decir, que formen parte del ordenamiento jurídico interno al haber sido incluida “oficialmente” su publicación.

1º. Los textos internacionales ex art. 10.2 CE.

Analizaremos el concepto de familia que ofrecen los principales instrumentos internacionales

1) La Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A), en su art. 16, dispone:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976), art. 23.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado y ratificado por la Asamblea General en Resolución 2.200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor el 3 de enero de 1976), art. 10.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos

nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

4) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la Asamblea General en su resolución 63/117, de 10 de diciembre de 2008, entrada en vigor, 5 de mayo de 2013), art. 23.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

5) Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General en su resolución 4/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990).

En el Preámbulo de la Convención, dice “(...) *Convencidos* de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (...)”.

2º. El concepto de familia en los instrumentos internacionales, como criterio interpretador de la “familia constitucional”.

En el *iter* legislativo en las Cortes Constituyentes y de sus precedentes, el matrimonio es el elemento generador de la familia.

El criterio de interpretación auténtica que ofrece el art. 10.2 CE, del término familia constitucional que manda proteger el art. 39 CE, sólo la califica como el “elemento natural y fundamental de la sociedad” y por tal razón es digna de protección “social, económica y jurídica” por parte del Estado y de la sociedad.

Ahora bien, la degradación de la familia al art. 39 del Capítulo III, durante el *iter* legislativo, deja a la familia al margen de la interpretación según los criterios del art. 10.2 CE, ya que el objeto de interpretación del art. 10.2 son los derechos fundamentales y libertades públicas del Capítulo II.

Los Tratados y Acuerdos internacionales ligan la constitución de la familia al matrimonio, como elemento generador de la misma. El matrimonio está colocado en la el art. 32 CE., por tanto, en el Capítulo II.

¿Significa que sólo el matrimonio es el elemento creador de la familia, o bien existe “familia” creada por otras estructuras, distintas al matrimonio?.

Esta cuestión nos conduce a dos conceptos distorsionadores, por una parte la estructura o forma de constituir la familia, y por otra el grado o modo de protección otorgado por los poderes públicos, en atención a su forma de constitución. Si la protección constitucional a la familia no es la misma, en relación a su estructura constitutiva, estaríamos ante una desigualdad, porque familia sólo hay una, aunque difiera en la forma de constituirse.

Esto no impide que debamos seguir averiguando si la familia protegida constitucionalmente abarca, también, la generada por otras estructuras constitutivas.

1.2.2. Análisis de la existencia o no de la “familia constitucional”.

Para seguir avanzando en el concepto de familia constitucionalmente protegida tendremos que averiguar si las distintas formas de constituirse dan lugar a poder hablar de “familia”, o bien de “familias”, en cuyo caso nos conduciría a la desigualdad, principio reprobado por la Constitución (art. 14 CE).

Faltando la definición de lo que la Constitución entiende por familia, a la que sólo define (del art. 10.2 CE) como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, será necesario acudir a la concepción que la propia sociedad tiene de la misma.

El concepto sociológico de familia y, también, su concepción jurídica, nos permitirán interpretar el objeto de la protección constitucional.

Este problema de la falta de concreción constitucional de la familia, como grupo de personas a proteger por los poderes públicos, la ha puesto de relieve la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. En el 30º período de Sesiones (1990), en la Observación nº 19, a propósito del art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales, que la define como “elemento natural y fundamental de la sociedad” dice que varía “de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”. Es decir, se está refiriendo a su concepto sociológico. En su punto 5, añade que “5. El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos (...)”. En consecuencia, en este documento nº 19, se exhorta a los Estados Partes que propongan una definición de la familia y, además, les indica que determinen si es que existe más de una concepción de familia (nuclear o extendida) y cuál es el grado de protección con el que cuentan. De igual modo, la Observación nº 19, hace referencia a otros tipos de familia como las parejas de hecho o la familia monoparental²⁰¹, solicitando a los Estados que indiquen las medidas legislativas o prácticas nacionales por las que se reconoce o tutela a estas estructuras de familia.

Estos términos, indicando que concreten el alcance de la protección a la familia creada por otras estructuras distintas al matrimonio, son indiciarias de que puede otorgarse distinta protección en atención a la estructura creadora de la familia.

1º. ¿Familia o familias?.

Hablar de “familias”²⁰², es hablar de desigualdad. La Constitución manda amparar a la familia, art. 39.1 CE. Significa que familia sólo hay una; se constituya como se constituya, porque los elementos generadores de la familia son plurales. La estructura o forma de constituirse es independiente de la existencia o no de “una familia”; esto no significa que puede ocurrir que “una familia” reciba un distinto grado de protección, de acuerdo con las

201. David, Olivier y otros, *Les familles monoparentales en Europe*, Université Rennes, 2. Mars 2004. (Dossier nº 54).

202. ROCA TRÍAS, Encarna, “nos encontramos con un modelo en plena evolución” porque “no existe familia sino “familias, lo que va a llevar a un sistema de modelos plurales, determinados previamente por la consideración que el grupo social tenga en cada momento de lo que deba considerarse como familia”, *Familia, Familias y Derecho de Familia*. ADC 1990, pág. 1065 y 1087. En mi opinión, familia siempre es una, aunque su elemento generador sea plural.

leyes dictadas en desarrollo de la Constitución, en función de su estructura creadora.

2º. La “familia constitucional” y “la familia”.

Si constatamos que hay desigualdad en la protección a la familia, en función de la estructura o forma de constituirse, tendremos que concluir que la Constitución, en su artículo 39, le otorga una distinta protección. En tal caso, estaremos ante “la familia constitucional”, que es la que manda proteger; y “la familia” *tout court*, que la Constitución permite proteger de forma distinta porque no se ha constituido por los cauces del matrimonio (art. 32 CE del Título I, cap. II, sec.2ª), que es un derecho constitucional.

Del mismo artículo 39 CE y del estudio que le precede sobre los debates parlamentarios de los constituyentes, podremos responder a la pregunta si la Constitución ampara, por igual, la familia, con independencia de su estructura constitutiva.

Si las leyes, en desarrollo de la Constitución, y el Tribunal Constitucional que es su intérprete, permiten distintos grados de protección a la familia por parte de los poderes públicos, determinará la existencia de la familia constitucionalmente protegida y la familia no amparada por la Constitución al gozar de menor protección. El TC, en la famosa Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, se pronunció diciendo que no son realidades equivalentes el matrimonio y la convivencia extramatrimonial y, por esto, cabe otorgar, por parte de los poderes públicos, una protección distinta y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales²⁰³.

Si la familia debe tener la misma protección, con independencia de su estructura creadora, se debería declarar la inconstitucionalidad de las leyes que no le otorguen la misma protección. Si, por el contrario, el Tribunal Constitucional permite esta desigualdad, estaremos ante la distinción de “familia constitucional”, que es la que manda proteger (ex art. 39 CE), y la “familia” (“no constitucional”) que la Constitución permite que reciba una menor protección por parte de los poderes públicos.

203. En su FJ2 dice “no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales”. La reforma del art. 174 LGSS ha permitido que pueda solicitarse la pensión de viudedad por parejas convivenciales siempre que se cumplan los requisitos que exige la norma.

1.3. La familia protegida por la Constitución (art. 39.1 CE). Su concepto.

Si existe, o no, la “familia constitucional” que es la protegida por mandato del art. 39.1 CE, es necesario conocer el concepto de familia, al ser el objeto de su protección.

La familia es una realidad anterior a la propia Constitución, requerirá un estudio desde el ámbito sociológico y el jurídico, para finalizar con el concepto de “familia constitucional”.

La familia es una realidad social que el derecho puede tomar o no en consideración. Si el derecho se ocupa de ella y le deriva derechos y obligaciones, estaremos ante la familia como supuesto de hecho o *fattispecie*. El derecho toma una realidad social a la que le atribuye consecuencias jurídicas.

1.3.1. La familia en su concepto sociológico.

Sociológicamente, la familia está en función del contexto social de cada momento. La familia dependerá de su contexto cultural, religioso, económico, histórico.

En tiempos pasados la familia tenía carácter patriarcal, la familia era extensa; desde mitad del XX, apareció la familia nuclear.

Son muchas las estructuras familiares actuales, apartaremos el estudio antropológico y nos ceñiremos al ámbito actual. La familia, hoy, es el resultado de diversas estructuras o circunstancias que han concurrido para su creación.

La generación puede parecer el carácter creador o determinante de la existencia de una familia, aunque puede existir, también, familia sin hijos.

La familia está ligada a una gran variedad de estructuras que se producen por circunstancias diversas. Entre ellas podemos distinguir:

a) La familia extensa, compuesta por padres o ascendientes, hijos o descendientes, cónyuges o parejas estables, colaterales. En tiempos pretéritos, era la familia patriarcal; hoy este tipo de organización familiar no se produce en el mundo desarrollado, es fruto del pasado, pero puede existir una familia extensa, sin la connotación de patriarcal porque no existe una relación de poder propia de la patriarcal. Por efecto de la crisis económica, en España, ha resurgido la familia extensa, al convivir en una unidad familiar ascendientes

y descendientes y sus cónyuges o parejas; aún en zonas rurales (por ej. en Galicia) existe este modelo de familia, no patriarcal.

Dentro de esta familia extensa, se puede incluir una modalidad más actual que es la familia compuesta por varias familias nucleares ligadas por parentesco, la familia polinuclear. Esta estructura puede surgir por motivos de rupturas de familias nucleares; hijos casados o que viven en pareja, con hijos comunes y que rompen su matrimonio o su convivencia y pasan a vivir con sus padres o bien, con su padre y pareja, o bien, con su madre y pareja; y, a su vez pueden convivir junto a nuevas parejas. Conviven dos o tres generaciones formando cada una de ellas su familia nuclear.

b) Familia nuclear. Aunque hemos iniciado la clasificación partiendo de la familia extensa, deberíamos haber comenzado con la familia nuclear, que es la más generalizada en nuestro tiempo.

La familia nuclear puede ser biparental, monoparental o bien, homoparental.

La familia nuclear biparental es la formada por padre y madre e hijos, ya sean biológicos o adoptados (excepcionalmente por hijos por gestación subrogada). Es el modelo clásico de nuestra sociedad. Esta familia puede convertirse en monoparental, por el fallecimiento del padre o la madre, por divorcio o separación; o bien porque desde su inicio se constituyó monoparental, generalmente una madre soltera con hijos biológicos o adoptivos; o, más raramente, un padre, ya sea adoptivo o un padre biológico por contrato de gestación subrogada.

Más excepcionalmente, la familia nuclear puede ser homoparental, que es la formada por dos padres o dos madres, con hijos propios de uno de los progenitores, adoptados, acogidos o, consecuencia del contrato de gestar para otro, aunque lo prohíba el art. 10 de la LTRHA, mediante la inscripción en el Registro Civil²⁰⁴.

También incluimos en la familia nuclear, la familia recompuesta o reestructurada, que es la que puede estar formada por una pareja, y los hijos de uno de ellos o de cada uno de ellos, y, si es el caso, los hijos comunes de la pareja.

204. FERRER VANRELL, M.Pilar, “El llamado superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro”, en *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la Infancia y a la adolescencia*, (dirigido por LLEDÓ YAGÜE, F; FERRER VANRELL, M.P; TORRES LANA, J.A; ACHÓN BRUÑÉN, M.J.), EDITORIAL Dykinson, Madrid 2018, (pp.73-100). Ver también, Instrucción de 14 de febrero de 2019 y su derogación.

Finalmente, puede existir familia nuclear sin hijos, porque aún no los han tenido, porque no pueden tenerlos y, pasado el tiempo, acuden a la adopción; bien porque, pasado el tiempo se incorpore un miembro a la familia formada por la pareja, sea un ascendiente, sea un colateral, que conviva con la pareja.

La pareja matrimonial o la no casada legalmente constituída, sin hijos, debe considerarse familia, porque es un núcleo con estructura potencialmente familiar. A mayor abundamiento, la ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, en el párrafo 2 de la EM dice “(...) estas circunstancias pueden implicar una diferencia sustancial con el nivel de vida de otras familias con menos hijos o sin ellos (...)”; la ley califica a la pareja sin hijos como familia. Por otra parte, el art. 67 del Código civil dice “Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”, el matrimonio comporta la creación de la familia.

Estos grupos convivenciales, creados por el matrimonio o por otras estructuras, son familia desde el ámbito sociológico. Hoy, la sociedad admite y considera familia distintas uniones, con o sin hijos. Mañana, está por ver cuál es el concepto sociológico de la familia porque, hoy, la familia es “líquida”, siguiendo al sociólogo y filósofo Zygmunt Bauman que acuñó el término “modernidad líquida, en el sentido que “lo líquido no se fija en el espacio ni se ata al tiempo, se desplaza con facilidad, no es posible detenerlo fácilmente” incluso “disuelven a otros o se filtran a través de ellos empapándolos”, frente a lo “sólido” que es propio de una sociedad “predecible y controlable”. Para Bauman la modernidad cambió las reglas.

La familia “líquida”, es cambiante, como la costra volcánica, se endurece y se funde de nuevo. En apariencia es dura y estable, pero tiene la fragilidad propia de la costra volcánica, como explica Bauman.

Esta volatilidad de las distintas estructuras de la familia, nos conduce a estudiar si existe un concepto jurídico de familia.

1.3.2. Concepto jurídico de familia

La familia desde la perspectiva de la realidad social, si el derecho la toma en consideración hará derivar derechos y obligaciones; o dicho de otro modo, si el derecho vincula al hecho social familia, la *fattispecie*, unas consecuencias jurídicas, ha creado una norma jurídica; el concepto de la *fattispecie*, lo da la realidad social, porque es un hecho que, simplemente, el derecho ha tomado en consideración; el derecho a este hecho le liga consecuencias jurídicas.

No es fácil dar un concepto de familia, como supuesto de hecho de una norma jurídica, en unos momentos en que la realidad social y jurídica es tan cambiante. En todo caso, será la propia norma jurídica que, en atención a la estructura creadora de la familia, le dará unos determinados efectos jurídicos, así por ej., los derechos que surgen en materia de pensión de viudedad del matrimonio o de la constitución de pareja convivencial legalmente constituida; o los derechos hereditarios en ambos supuestos; o bien, la relación de parentesco entre cada uno de los miembros y los parientes del otro.

La base de la familia es la generación. La relación de parentesco nos da la pertenencia a una familia. Los lazos de consanguinidad atribuyen, a los consanguíneos, la calificación de “familiar” y por esto nacen relaciones familiares de las que derivan derechos y obligaciones entre sus miembros.

1º. El parentesco (art. 915 y ss Cc), puede ser en línea recta o colateral.

1) El parentesco en línea recta o directa es indefinido, existe parentesco entre las personas que descienden unas de otras. Así, los ascendientes y descendientes son familia y entre ellos existen derechos y obligaciones, por ejemplo, el derecho de alimentos (arts. 143.2º Cc); la línea recta tiene derecho a suceder sin limitación de grado (arts. 930 a 942 Cc).

2) La línea colateral está en referencia a la procedencia de un tronco común. El parentesco, en la línea o familia colateral, se extiende, jurídicamente, hasta el cuarto grado (art. 954 Cc), en el derecho a suceder. En derecho de alimentos, sólo existe el deber entre hermanos (art. 143.3º Cc).

3) Entre cónyuges no existe relación de parentesco, sino relación matrimonial, de la que derivan los mismos derechos de los parientes, en materia de alimentos (art. 143.1º Cc); y en materia de sucesiones (art. 943 Cc). El matrimonio también crea una línea de parentesco, entre cada cónyuge y los parientes del otro, es el parentesco por afinidad. La reforma de 1981 suprimió la afinidad como el impedimento para contraer matrimonio. Se ha mantenido el parentesco por afinidad, en el art. 754 Cc., como límite dispositivo para el testador; tampoco podrán ser testigos en los testamentos (arts. 681 y 682 CC).

4) Entre los miembros de la pareja de hecho tampoco existe parentesco, existe una relación convivencial *more uxorio* que guarda semejanza con la relación matrimonial, y tendrá distintas consecuencias dependiendo de cada una las leyes autonómicas, ya que el Estado no ha regulado la pareja conviviente. Por ej, en Baleares, la Ley 18 /2001, de parejas estables, en su

art. 13 le otorga a la pareja estable los mismos efectos sucesorios que tiene el matrimonio.

El parentesco por afinidad, entre cada uno de los miembros de la pareja de hecho y los familiares del otro, no existe, al faltar una regulación nacional, aunque dependerá de la regulación autonómica. En Baleares, la Ley 18/2001, de parejas estables, en su art. 3 determina que no existe parentesco entre cada uno de los miembros de la pareja y los parientes del otro.

Aunque haya desaparecido el parentesco por afinidad, casi totalmente, del Código civil (en el derecho canónico sigue siendo impedimento para contraer matrimonio); en otras ramas del derecho se mantiene vigente, incluso respecto de las parejas convivenciales *more uxorio*, como es en el derecho penal; en el laboral; en la ley orgánica del Poder Judicial; en el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas; en las leyes de reagrupación familiar de extranjeros; en normas de dependencia, entre otras.

2º. Su concepto jurídico.

El parentesco por sí sólo no es lo mismo que la familia. Los unidos por parentesco son familia o familiares, pero no es la familia a la que nos referimos, o a la que se refiere la Constitución. El parentesco junto a la convivencia en una unidad familiar, es una familia. La familia nuclear está constituida por padres e hijos (sean biológicos o adoptivos). Conceptos sociológicos.

La familia es el fundamento del derecho de familia y en torno a ella se desarrollan todas las instituciones que le afectan. El derecho de familia regula las relaciones jurídico-familiares, entre ellas, matrimonio, patria potestad, adopción, acogimiento familiar, tutela, guarda, defensor judicial, pero no existe un solo precepto que defina la familia, porque la familia es una realidad social.

Por otra parte, no solamente es el derecho de familia el que regula cuestiones familiares, sino que otras ramas del derecho inciden también en ella; la familia desde el ámbito laboral, el penal, el tributario, el internacional y un largo etcétera. Por ejemplo, a efectos de reagrupación familiar, la ley determina quienes son la “familia” que tiene derecho a reagruparse.

Desde el ámbito constitucional y visto el estudio de sus precedentes y antecedentes, no sería difícil concluir que la familia a la que hace referencia la Constitución es la que se funda en el matrimonio entre hombre y mujer, artículos 32 y 39 CE, vistos los debates en las Cortes Constituyentes. Esta

familia de 1978 que se fundaba en el matrimonio heterosexual²⁰⁵ queda ya alejada de la familia de hoy, tras la aprobación de la ley 13/2005, de 1 de julio²⁰⁶, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Incluso, hoy, no es necesario que el elemento fundador o creador de la familia sea el matrimonio.

En este sentido, la existencia de relaciones jurídico-familiares tampoco son determinantes de una familia unida por lazos parentesco, sino que puede ser consecuencia de distintas estructuras de uniones convivenciales, de las que la ley hace derivar relaciones familiares; por ej. las leyes autonómicas sobre parejas de hecho legalmente constituídas. Como también de otras estructuras de uniones convivenciales, por ejemplo, el acogimiento de personas mayores, como se regula en la *Llei catalana 22/2000, de 29 de desembre, d'acolliment de persones grans*, que crea una unidad familiar por el pacto de acogimiento entre una persona sola, pareja casada o convivencial, o familia monoparental que por razones de edad o discapacidad quedan acogidas por una persona o pareja que los aceptan “en condicions semblants a les relacions de parentiu (...)”, dice su art. 1. Por este pacto, se crean relaciones jurídicas *quasi* familiares de la que surgen derechos y deberes e, incluso, otorgan a los acogedores, unos derechos propios de las relaciones familiares, como son los derechos hereditarios, así los arts. 8 y 9 de la citada ley, determina que los acogedores tienen derecho a una cuarta parte de la herencia; una *quarta* semejante a unos “derechos legitimarios”.

2. Concepto constitucional de familia.

Hemos afirmado que la Constitución no define la familia, que es el objeto de protección por parte de los poderes públicos y principio rector que tendrá que informar la legislación positiva. Interpretar el concepto de familia del art. 39.1 CE no nos debe conducir, simplemente, a aplicar el criterio sociológico o el criterio jurídico, ya tratados; sino el criterio constitucional que se concreta en la siguiente cuestión: la familia que la Constitución manda proteger es la *fattispecie* o realidad social de lo que entendemos por familia a la que la ley liga unas determinadas consecuencias jurídicas.

205. FERRER VANRELL, María Pilar, “El modelo constitucional de la institución del matrimonio” en *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del siglo XXI* Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid 27-28 de junio de 2005. Ed. Carlos LASARTE. Coedición IDAFNE, UNED Y EL DERECHO EDITORES. Madrid 2006, pp. 450-460.

206. FERRER VANRELL, María Pilar, “Las nuevas situaciones convivenciales como fuente de relaciones de carácter familiar: el concepto de familia”. *Revista Jurídica del Notariado*, n° 55, 2005, pp. 45 a 72.

La familia que mandó proteger el legislador constituyente vistos, especialmente, los antecedentes legislativos era la familia matrimonial²⁰⁷; ahora bien, la doctrina del Tribunal Constitucional, como intérprete de la Constitución, ha sido vacilante; en unas sentencias se decanta por la familia matrimonial como la célula merecedora de la protección por parte de los poderes públicos, así lo declaró en la Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre²⁰⁸, en su FJ2º dice: que “no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales” y la razón es porque a su entender (FJ3º) “el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art.32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay derecho constitucional expreso a su establecimiento”. En el mismo sentido, en Sentencia de 14 de febrero de 1991, determinó que el matrimonio goza de reconocimiento constitucional expreso en el artículo 32 CE, por esto implica un régimen jurídico diferenciado no aplicable a las parejas no casadas. Incluso, posteriormente, en Auto del TC de 9 de marzo de 2004²⁰⁹ reproduce, en su FJ 3º, la doctrina constitucional en los términos siguientes: “las amplias atribuciones del legislador para configurar legalmente el derecho a la pensión y establecer las condiciones que han de acreditarse para causar derecho a la misma, entre ellas la del vínculo matrimonial legítimo, sin que suponga una vulneración de los preceptos constitucionales, puesto que la unión de hecho no es una realidad equivalente al matrimonio y de realidades distintas puede el legislador extraer consecuencias distintas reconociendo una superior protección a las uniones bajo vínculo matrimonial legítimo, dentro de su amplia libertad de decisión”.

Por el contrario, en otras resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional argumenta que la Constitución ampara otras formas de estructura familiar

207. MARTÍNEZ CALCERRADA, Luís, «La familia en la Constitución Española», *Revista de Derecho Privado*, 1981, dice : “la familia retratada —en la Constitución— es la legal o jurídica, es decir, la familia normal prevalente en nuestra sociedad, surgida por el matrimonio”, pág. 972.

208. Esta Sentencia 184/1990 es la primera que inicia una doctrina de no considerar discriminatoria la situación legislativa que permite denegar la pensión de viudedad al supérstite de una pareja de hecho. Le siguen las STC 29/1991; 30/1991; 31/1991; 35/ 1991; 38/1991; 77/1991,66/1994; Auto TC 232/1996, ATC 204/2003; entre otros, que exigen el vínculo matrimonial para la pensión de viudedad. Este razonamiento del TC, de entender que matrimonio y pareja convivencial son realidades distintas, se ha ido repitiendo en otras Sentencias, además de las por ej. la de 28 de febrero de 1994 y la de 17 de febrero de 1998, entre otras, como en el Auto TC 204/2003, que en su FJ3º, dice “sin que las uniones no matrimoniales —que no constituyen una institución constitucionalmente garantizada— gocen de esa protección”.

209. Auto por el que se declara la inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el juzgado de lo Social nº 25 de Barcelona, sobre el artículo 174.1 de la Ley General de Seguridad social, que exige el requisito de vínculo conyugal para acceder a la pensión de viudedad, y reproduce, en su FJ 3º, la doctrina constitucional.

distintas a la matrimonial, así en la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre (FJ5º), que reitera en Sentencia 47/1993, de 8 de febrero (FJ2º), mantiene que la Constitución “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio” y que no existe ninguna “constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura, en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales, esa modalidad de vida familiar; existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural”.

Esto nos conduce a distinguir el modelo familiar, de la protección familiar constitucional, como conceptos distintos. La familia sólo es una, aunque se asiente en estructuras o modelos distintos; la protección por parte de los poderes públicos²¹⁰ puede variar según los modelos creadores de la familia. El modelo familiar constitucional es el basado en el matrimonio²¹¹, y la protección constitucional debe alcanzar, también, a otras estructuras creadoras de la familia, porque en nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto cerrado de familia²¹², al ser la familia un concepto prejurídico tomado de la realidad social.

Los valores de 1978 respecto a la familia y al matrimonio eran uniformes. La familia, como elemento social, ha evolucionado como la propia sociedad; se ha ido adaptando en función de los cambios sociales y así se constata en las leyes²¹³ publicadas en desarrollo del art. 32 (la ley 13/2005) y del art.39 CE.

En desarrollo del art. 39 de la Constitución, se dictó la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas. El art. 2 de esta

210. Ver entre otros, DÍEZ PICAZO, L. *Familia y Derecho*, en *Familia y Derecho*. Cívitas. Madrid 1984, pág.21.

211. ROCA TRÍAS, E., *Familias, familia y Derecho de Familia*. ADC 1990, pág.1057, entiende que “la Constitución protege una familia histórica, en un momento concreto, lo que no significa que se excluya, a este nivel, la posibilidad o incluso la necesidad de proteger a familias formadas de otra forma o con caracteres distintos a las que existen en un momento histórico determinado”.

212. En opinión de GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, dice: “ni tampoco un único tipo de familia que sea el modelo al que deba ajustarse el grupo social merecedor de de dicho *nomen*”. *El concepto de familia en los textos legales del derecho catalán*. La Ley, 1996-1, pág. 795.

213. El FJ 4 D), del Dictamen del Consell Consultiu de Catalunya al *Projecte de llei de modificació de la LLei 9/1998, del Codi de Família, de la LLei 10/19998, d'unions estables de parella i de la LLei 40/1991, del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, en matèria d'adopció i tutela*. (BOPC de 17 de gener de 2005, n°136), argumenta esta idea al decir “(...) en la direcció d'adaptar-se als canvis socials i d'obrir els possibles entorns familiars objecte de protecció, el Tribunal Constitucional ha desvinculat n'l'article 39.1 CE del 32 CE, en el que es reconeix el dret de l'home i la dona a contraure matrimoni. De forma que el matrimoni no té perquè ser exclusivament el nucli d'un ambient familiar objecte de protecció constitucional, sinó que aquest pot reure en un individu o en una parella estable, malgrat que el constituent no es va plantejar en el moment de debatre la Constitució altres unitats familiars. Això darrer no obsta l'evolució d'aquesta interpretació autèntica cap a una hermenèutica de caràcter finalista que seguís de proa les transformacions de la societat (com el mateix Tribunal ha sostingut en l'esmentada STC 26/1987, de 27 de Febrer, FJ4)”

ley, define lo que es la familia numerosa a efectos de la protección por parte de los poderes públicos.

“Artículo 2. Concepto de familia numerosa. 1. A los efectos de esta ley, se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes. 2. Se equiparan a familia numerosa, a los efectos de esta ley, las familias constituidas por: a) Uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar. b) Dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes. c) El padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal. En este supuesto, el progenitor que opte por solicitar el reconocimiento de la condición de familia numerosa, proponiendo a estos efectos que se tengan en cuenta hijos que no convivan con él, deberá presentar la resolución judicial en la que se declare su obligación de prestarles alimentos. En el caso de que no hubiera acuerdo de los padres sobre los hijos que deban considerarse en la unidad familiar, operará el criterio de convivencia. d) Dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas. e) Tres o más hermanos huérfanos de padre y madre, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es discapacitado, que convivan y tengan una dependencia económica entre ellos. 3. A los efectos de esta ley, se consideran ascendientes al padre, a la madre o a ambos conjuntamente cuando exista vínculo conyugal y, en su caso, al cónyuge de uno de ellos. Se equipara a la condición de ascendiente la persona o personas que, a falta de los mencionados en el párrafo anterior, tuvieran a su cargo la tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo de los hijos, siempre que éstos convivan con ella o ellas y a sus expensas. 4. Tendrán la misma consideración que los hijos las personas sometidas a tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo legalmente constituido (...).”

Esta ley se está refiriendo a una familia nuclear, padres e hijos, comunes o no; si faltan los padres, son familia, a efectos de la ley, los hermanos convivientes con sus tutores o en acogimiento familiar; incluso padres, que constituyen dos familias distintas, si han tenido hijos comunes y los tienen que alimentar, tienen la consideración de familia a efectos de la ley.

La ley contempla distintas situaciones familiares, tal como está constituida la familia hoy, con independencia de su estructura creadora, sea

el matrimonio u otro tipo de unión convivencial, como supuesto de hecho de la protección que deben recibir por parte de los poderes públicos, si cumplen los requisitos que exige la ley.

La acelerada mutación social ha afectado a la familia que, hoy, es heterogénea en su estructura.

El matrimonio se ha devaluado en un doble sentido: 1) por una parte, no es el único elemento fundador de la familia que merece protección por parte de los poderes públicos; y, 2) por otra, el supuesto de hecho previsto en el art. 32 CE se ha ampliado, al dar cabida al celebrado entre personas del mismo sexo (por Ley 13/2005) aun cuando el Tribunal Constitucional, en Auto 222/1994, de 11 de julio había dicho: «la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)». El mismo TC, declaró constitucional la Ley 13/2005 en STC de 6 de noviembre de 2012, dando por constitucional y, amparado por el art. 32 CE, el matrimonio entre dos personas con independencia del sexo. Esto dificulta, en cierta medida, el reconocimiento de la familia como núcleo de generación que parece consagrar el art. 39; situación que, por otro lado, tampoco es contradictoria, ya que el matrimonio entre personas del mismo sexo (en especial de dos varones, porque la mujer puede engendrar a través de técnicas de reproducción humana asistida) son núcleos generadores de familias a través de contratos de “gestar para otro”, prohibidos en el derecho español (art. 10 LTRHA), pero que permiten su inscripción en el Registro Civil, desde la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010²¹⁴. Como también pueden acudir a la adopción de menores. Además, el mismo matrimonio es, de por sí, familia.

La estructura creadora de la familia está en continua y convulsa evolución social, es la “familia líquida”²¹⁵ a la que el legislador constitucional manda proteger por parte de los poderes públicos. Por esto, las leyes en desarrollo del art. 39 CE determinarán, en cada momento, el ámbito su protección de la estructura generadora de la familia.

214. Posteriormente (se ha obrado con mucha ligereza por parte de la DGRN y por parte del Ministerio de Justicia), la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, dejó sin efecto la Instrucción, también, de la DGRN de 14 de febrero de 2019, volviendo a la aplicación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Ver un comentario sobre la Instrucción de 14 de febrero de 2019 GARAU SOBRINO, Federico, *Conflictus Legum*, de 18 de febrero de 2019. También, ver comentario a la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 FERRER VANRELL, María Pilar “La discutible constitucionalidad de la Instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución”, *En Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n° 1, Enero 2013.

215. Como se ha expuesto al tratar del concepto sociológico.