

UNA REFLEXIÓN SOBRE LA OPORTUNIDAD DE REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN GARANTIZADA CONSTITUCIONALMENTE*

Federico de Montalvo Jääskeläinen
Profesor propio agregado de D.º Constitucional
UPCOMillas (ICADE)
Vicepresidente del Comité de Bioética de España

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La familia como institución reconocida constitucionalmente; 3. El fundamento del reconocimiento constitucional de la familia como institución a proteger por los poderes públicos; 4. La familia como institución garantizada constitucionalmente; 5. ¿Qué modelo de familia garantiza institucionalmente nuestra Constitución?; 6. ¿Cuál sería el núcleo esencial o rasgo o rasgos que dotan de carta de naturaleza a la familia?; 7. ¿Afecta la maternidad subrogada al contenido esencial de la familia como institución garantizada constitucionalmente en el artículo 39.1 CE?.

RESUMEN

El debate acerca de la conveniencia de regular en nuestro ordenamiento jurídico la gestación por sustitución o maternidad subrogada constituye uno de los más complejos que está afrontando nuestra sociedad. Expresión de dicha complejidad es la dificultad en encontrar puntos de encuentro que permitan unir posturas muy distantes. Además, de complejo, el debate se muestra paradójico, ya que aúna posiciones ideológicas muy enfrentadas en otros temas que aquí van de la mano.

En el presente trabajo se afronta el debate desde una perspectiva muy concreta, como es de en qué medida una posible regulación de la maternidad subrogada puede afectar al núcleo esencial de la familia como institución garantizada constitucionalmente a través del artículo 39 CE.

PALABRAS CLAVE

Familia, gestación por sustitución, garantía institucional, núcleo esencial, parentesco.

ABSTRACT

The debate about the opportunity of regulating in our legal system the surrogacy is one of the most complex that our society is facing. Expressing this complexity is the difficulty in finding meeting points that allow to join positions which are very distant. In addition, this debate is paradoxical, as it combines ideological positions very conflicted in other issues that in this go hand in hand.

In the present work the debate is tackled from a very specific perspective, as to the extent to which a possible regulation of surrogacy can affect the essential content of the family as an institution guaranteed constitutionally through article 39 CE.

KEYWORDS

Family, surrogacy, essential content, institutional guarantee, parenthood.

* Agradecer a la profesora María Teresa López López la información y documentación facilitada para preparar este trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

El debate acerca de la oportunidad o, incluso, necesidad de regular en nuestro ordenamiento jurídico la gestación por sustitución o maternidad subrogada¹ puede afirmarse que constituye uno de los más complejos que está afrontando nuestra sociedad. Expresión de dicha complejidad es la dificultad en encontrar puntos de encuentro que permitan unir posturas muy distanciadas, entre los que proponen dejar la regulación actual en los términos que está, véase, mediante la declaración la nulidad del contrato por el que se pacta el uso de una mujer para que lleve a buen fin el alumbramiento del hijo de unos terceros, o los que proponen admitir alguna forma de maternidad subrogada tal y como sería la altruista o gratuita, normalmente, con compensación, e incluso aquellos otros que en los últimos meses han cobrado especial fuerza que promueven ir más allá de una mera declaración de nulidad, y así prohibir expresamente la actividad².

Además, desde una perspectiva meramente ideológica el debate resulta ciertamente paradójico, y así puede verse como grupos tan distantes y enfrentados en otros debates como el del aborto o de las técnicas de reproducción humana asistida, caminan aquí de la mano. La prohibición de la maternidad subrogada es promovida por sectores que pueden ser tildados de conservadores, a los que se unen sectores de la

izquierda y, singularmente, el movimiento feminista. Sin perjuicio de tales diferencias, todas las posiciones admiten que los niños que nacen fruto de dichos acuerdos han de quedar protegidos legalmente, fundamentalmente, en lo que se refiere a la inscripción de su nacimiento en el Registro español, lo que no obsta para que ello sea visto no tanto como una aceptación tácita del fenómeno, sino como expresión del interés superior del menor³.

En el presente trabajo no queremos afrontar el debate de la maternidad subrogada desde una perspectiva general, tratando los diferentes argumentos jurídicos que se esgrimen por las distintas posiciones frente al nuevo fenómeno social, sobre lo que ya ha escrito extensamente doctrina muy cualificada en estos últimos años, y para lo que puede acudir también, entre otros, al reciente Informe del Comité de Bioética de España de fecha de 19 de mayo de 2017, y bajo el título de “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, en el que este autor ha participado en su condición de miembro de dicho órgano consultivo⁴. Nuestro abordaje del debate pretende centrarse únicamente en una perspectiva, la de la protección constitucional de la familia, que no nos consta que, más allá de algunos apuntes que se recogen en dicho Informe, haya sido tratada por la doctrina. En el debate que se ha suscitado en la academia, en el discurso político y en la propia opinión pública se habla de la dignidad y libertad de la mujer que acepta ceder su cuerpo, del mejor interés del menor que va a nacer a través de dicho acuerdo o de un presunto derecho, ya no mera libertad, de los denominados padres

1 El fenómeno al que vamos a referirnos ha recibido diferentes denominaciones, muchas de las cuales no son neutras sino que reflejan una posición ideológica frente al fenómeno. Los términos más empleados son los de maternidad subrogada, gestación subrogada, gestación por sustitución o, incluso, la de vientres de alquiler. Nosotros, siguiendo el criterio del Comité de Bioética de España, consideramos más adecuada la de maternidad subrogada, ya que que denominar a esta práctica ‘gestación por sustitución’ o ‘gestación subrogada’ supone ocultar la palabra maternidad, lo que resulta inadecuado pues ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz un bebé. En todo caso, y siguiendo nuevamente el criterio del citado Comité, no creemos que el principal eje del debate deba situarse en la denominación que se atribuya al fenómeno, pudiendo recibir indistintamente la de maternidad subrogada, gestación subrogada o gestación por sustitución, sin olvidar que el término legal *stricto sensu* en nuestro ordenamiento jurídico es el de gestación por sustitución, tal como recoge el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006.

2 En 2016 este debate se suscitó por primera vez en una sede regional parlamentaria, concretamente de la Asamblea de Madrid. En ella se debatió una propuesta no de ley instando “al Gobierno de la Comunidad de Madrid a instar, a su vez, al Gobierno de la Nación a impulsar, de forma inmediata, una Ley de regulación de Gestación Subrogada que garantizara los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, a los menores fruto de esa técnica de reproducción”. Dicha iniciativa no salió adelante porque, si bien contó con los votos a favor de PP (salvo tres de sus diputados) y Ciudadanos, recibió el voto en contra de PSOE y Podemos.

3 Un ejemplo de dicha voluntad de nuestro ordenamiento y de nuestros Tribunales de, al margen de la falta de reconocimiento de efectos jurídicos al contrato, dar respuesta a las necesidades que en cada caso pueda plantear la situación del niño nacido en dicho contexto es la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social) de 19-X-2016 (rec. casación 1650/2015) que dispone, literalmente, en su Fundamento Jurídico 5.º que “resulta claro que aunque la maternidad por sustitución no tiene en el Derecho de la Unión la misma protección que la maternidad natural, esta circunstancia no sería óbice para que el Derecho español pudiera -en su caso- atribuirle la misma consideración a los efectos legales; máxime cuando -y esta es otra diferencia entre los supuestos a contrastar- el Derecho comunitario únicamente contempla como objeto de protección la gestación propiamente dicha, en tanto que nuestra legislación de Seguridad Social atribuye los mismos efectos a la adopción y al acogimiento, lo que -al menos a efectos dialécticos- pudiera dar una cierta cobertura argumental a la pretendida aplicación analógica de la prestación en los supuestos de maternidad subrogada; cuestión esta que no vamos a analizar en el presente procedimiento, precisamente por impedirlo la falta de contradicción”.

4 Puede accederse a dicho Informe a través de la página web del Comité de Bioética de España, en <http://www.comite-bioetica.es>.

comitentes de cara a exigir que se respete su decisión de tener un hijo acudiendo a dicha posibilidad que viene ahora médicamente facilitada por el desarrollo de la técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, la institución de la familia y los efectos que sobre la misma pudiera provocar la regulación y autorización de la maternidad subrogada no han sido abordados, y ello es lo que pretendemos hacer ahora para aportar más elementos al debate público sobre el tema.

Así pues, estas reflexiones quedan circunscritas a dicha cuestión o interés concreto, el de la familia, sin que a través de las mismas pueda buscarse una reflexión legal general acerca del citado fenómeno para lo que nos remitimos a lo ya publicado de una manera más general por otros autores. Se trata, meramente, de aportar una nueva perspectiva al debate, no tanto de pretender resolver el conflicto que ha dado lugar al mismo.

2. LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN RECONOCIDA CONSTITUCIONALMENTE

El artículo 39 de la Constitución proclama, en su apartado primero, que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Tal precepto se inspira en diferentes textos internacionales que otorgan a la familia una posición preeminente en nuestra organización social, dotando a la misma de protección jurídica⁵. Así, puede verse, especialmente, el artículo 16 de la Declaración Universal de 1948, el cual proclama que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, situando esta institución explícita o implícitamente en relación intrínseca con el hecho capital de la generación de nuevas personas humanas. Igualmente, el artículo 10 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de 19 de

diciembre de 1966, afirma que 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. Por su lado, la Carta Social Europea dispone en su artículo 16 que “Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas”. Como resume LORENZO-REGO, de estas normas internacionales se deduce que la familia es la célula fundamental de la sociedad⁶.

Interesa destacar también el artículo 5 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el cual obliga a los Estados Partes a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención. Para MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ la importancia de esta norma radica en que distingue entre familia ordinaria, integrada por los padres y sus hijos, y la familia ampliada, que prolonga el núcleo familiar básico a través de los correspondientes vínculos de consanguinidad, dependientes a la postre de la generación, hacia otros ascendientes o descendientes y parientes colaterales⁷.

La propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al amparo de la interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que consagra el derecho a la vida familiar, supone un reconocimiento y una protección reforzada de la institución familiar, más allá de la previsión contenida en el artículo 12 que proclama el derecho a fundar una familia. En el marco de dicha prolija doctrina del TEDH se reconocen una serie de derechos y

⁵ Ya la Constitución de 1931 incorporaba la protección de la familia en su 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”. También la Constitución de Weimar proclamaba, en similares términos, en su artículo 119, que “El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexos. Incumbe al Estado y a los municipios velar por la pureza, salud y mejora de la familia. Las familias numerosas tienen derecho a asistencia social compensatoria. La maternidad tiene derecho a la protección y asistencia del Estado”.

⁶ LORENZO-REGO, I., *El concepto de familia en Derecho español: un estudio interdisciplinar*, JB Bosch Editor, Barcelona, 2014, p. 36.

⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La familia en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 58, enero-abril 2000, p. 15.

facultades a los sujetos por su condición de ostentar uno de dichos vínculos de parentesco o roles familiares que, por el contrario, no se reconocen a quien no los ostente⁸.

Finalmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reproduce en su artículo 9 el tenor del artículo 12 del Convenio: “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Por otro lado, la mayoría de Constituciones de nuestro entorno recogen un precepto similar. Así, el artículo 29 de la Constitución italiana señala que la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El artículo 6 de la Ley Fundamental de Bonn prescribe que el matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal. El artículo 36 de la Constitución portuguesa dice que todos tendrán derecho a constituir una familia y a contraer matrimonio en condiciones de igualdad plena. Conforme al artículo 21 de la Constitución griega quedan bajo la protección del Estado la familia, en cuanto constituye el fundamento de la conservación y el desarrollo de la nación, así como el matrimonio, la maternidad y la infancia. El artículo 41 de la Constitución de la República de Irlanda dedica un amplio espacio a la familia, señalando que el Estado reconoce a la familia como el natural, primario, y fundamental grupo unitario de la sociedad y como una institución moral poseedora de derechos inalienables e imprescriptibles, anteriores y superiores a cualquier ley positiva, añadiendo a continuación que el Estado, en consecuencia, garantiza la protección de la familia en su constitución y autoridad, como base necesaria del orden social y como indispensable para el bienestar de la Nación y del Estado. El artículo 22 de la Constitución de Chipre establece que toda persona que alcance edad núbil es libre de contraer matrimonio y constituir una familia conforme a la ley relativa al matrimonio aplicable a tal persona, según lo dispuesto en la presente Constitución. La Constitución de Eslovenia en su artículo 53 dispone que el Estado protegerá la familia, la maternidad, la paternidad, los niños y los jóvenes y creará las condiciones necesarias para dicha protección. El artículo 15 de la Constitución de Hungría señala que la República de Hungría protege

la institución del matrimonio y de la familia. El artículo 18 de la Constitución de Polonia proclama que el matrimonio, unión de hombre y mujer, así como la familia, la maternidad y la paternidad, estarán bajo la protección y el cuidado de la República de Polonia. El artículo 38 de la Constitución de Lituania manifiesta que la familia es la base de la sociedad y del Estado, por lo que estará junto a la maternidad, la paternidad y la infancia bajo la protección y cuidado del Estado.

Los Estatutos de Autonomía recogen también preceptos similares al 39.1 CE. Así, el Estatuto de Cataluña proclama en su artículo 40.2 que “Los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las distintas modalidades de familia previstas en las leyes, como estructura básica y factor de cohesión social y como primer núcleo de convivencia de las personas. Asimismo, deben promover las medidas económicas y normativas de apoyo a las familias dirigidas a garantizar la conciliación de la vida laboral y familiar y a tener descendencia, con especial atención a las familias numerosas”.

El artículo 17 del Estatuto de Andalucía que lleva por título “Protección de la familia”, dispone que “1. Se garantiza la protección social, jurídica y económica de la familia. La ley regulará el acceso a las ayudas públicas para atender a las situaciones de las diversas modalidades de familia existentes según la legislación civil”. Y añade, a continuación, que “2. Todas las parejas no casadas tienen el derecho a inscribir en un registro público sus opciones de convivencia. En el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma, las parejas no casadas inscritas en el registro gozarán de los mismos derechos que las parejas casadas”.

El artículo 10.3 del Estatuto de la Comunidad Valenciana señala que “la actuación de la Generalitat se centrará primordialmente en los siguientes ámbitos: defensa integral de la familia; los derechos de las situaciones de unión legalizadas”. Y el de Aragón en su artículo 24. “Los poderes públicos aragoneses orientarán sus políticas de acuerdo con los siguientes objetivos: ... b) Garantizar la protección integral de la familia y los derechos de toda forma de convivencia reconocida por el ordenamiento jurídico”.

Podemos destacar, también, en el ámbito autonómico la Ley de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, Ley 3/2011, de 30 de junio, que en su Exposición de Motivos manifiesta que “La evolución histórica y la complejidad progresiva de la

⁸ Tampoco debe olvidarse que, como ha señalado el TEDH en *Odièvre v Francia*, 2003, un simple vínculo biológico, en ausencia de una íntima, real y personal relación no es suficiente para fundamentar la existencia de una vida familiar en el sentido de lo que el art. 8 CEDH garantiza.

organización social encuentran reflejo y acogida en la familia como institución en permanente evolución” y añade, a continuación, que “Fórmulas de convivencia que sin ser nuevas eran hasta ahora infrecuentes tienen cabida en la familia como estructura básica de la sociedad y como medio natural de desarrollo y crecimiento de la persona. Por ello es deber de los poderes públicos reconocer y amparar a la familia y todas sus manifestaciones y formas de organización, dándoles un especial apoyo y protección”.

3. EL FUNDAMENTO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN A PROTEGER POR LOS PODERES PÚBLICOS

Como nos recuerda ROCA TRÍAS, el reconocimiento constitucional de la familia responde al propio concepto de Estado social, en la medida que la familia cumple un papel asistencial sustancial. A este respecto, la Constitución establece un sistema de protección mixto, en el sentido de que determinados fines los cumple el propio Estado y otros los particulares⁹, y en relación a éstos la familia ocupa un papel primordial como institución de solidaridad que es. Ello explicaría, en parte, la incorporación de la institución de la familia a la práctica unanimitad de las Constituciones europeas de la segunda mitad del siglo XX, coincidiendo temporalmente con la proclamación del Estado social y el reconocimiento de los correspondientes derechos sociales.

Sin perjuicio de ser lo anterior cierto, la especial protección que la familia recibe de la Constitución entendemos que va más allá de tal labor de colaboración en la protección y solidaridad social, ya que la familia, como grupo humano de interés social primario que es, está ligada a la subsistencia de la sociedad, en cuanto posibilita el nacimiento de nuevos ciudadanos, y ofrece un marco adecuado para su desarrollo integral como personas y su integración armónica en el cuerpo social. Estas son las llamadas funciones estratégicas de la familia. La familia resulta ser una estructura de humanización y socialización barata, eficaz, al alcance de prácticamente cualquier ciudadano y por ello mismo masiva. Estas funciones esenciales de la familia son las que justifican la especial atención que la sociedad le dedica, lo que se traduce, primordialmente, en la existencia de una específica

regulación jurídica. De ahí también su consideración como grupo de interés social, pero no de interés social secundario o accesorio, sino primario o radical, en cuanto que es en último término la misma supervivencia de la sociedad la que resulta concernida. Desde esta misma perspectiva, queda también claro que la familia es una institución de interés social en la medida en que, a través de los hijos, posibilita la existencia y socialización de nuevos ciudadanos¹⁰, pero no sólo eso.

La familia se enraíza en la necesidad de atención personal que requiere todo nuevo ser humano hasta llegar a ser adulto. Pocas cosas más importantes para la dignidad del ser humano, fundamento último de todo el Derecho, que el modo y circunstancias en que es procreado, dado a luz, criado, cuidado y educado hasta que adquiere la capacidad de valerse por sí mismo. Todas esas fases determinan en altísimo grado la identidad de cada persona humana, su intimidad personal, sus referentes y sus actitudes más básicas y vitales. Si hay algo por lo que la sociedad y los poderes públicos deben velar para que ninguna persona sea tratada como cosa sino cabalmente como persona es ese proceso en el que toda persona humana es débil, frágil y moldeable¹¹.

La familia es, pues, la institución primigenia nucleadora de las relaciones entre hombres y mujeres. Su importancia deviene, sobre todo, de su carácter histórico. Ha estado inscrita en todas las culturas. De ahí su importancia intemporal. No ha estado sujeta a los tiempos. Ha existido a pesar de ellos. Desde el momento en que el hombre se sedentariza empieza a valorar la existencia de un sitio de recogimiento (llámese casa), acompañado de una mujer como complemento para atemperar sus miedos, alegrías y penas. La familia es el epicentro natural para la incubación de las relaciones formales. El núcleo familiar es la unidad básica de la sociedad, epicentro del desarrollo psicoafectivo del ser humano. Es en su seno donde se transmiten y cultivan los valores, la ética y la moral de cada uno de sus integrantes, ya que es una institución educativa por excelencia. Este núcleo familiar es una estructura social vital en toda comunidad, es un sistema social viviente y complejo en la que sus miembros desempeñan diferentes roles y se interrelacionan para llevar a cabo una serie de funciones

10 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Nuevos modelos de familia: la respuesta legal”, *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 163, año 2007, p. 714.

11 PLÁCIDO, A., “El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993”, *Derecho PUCP*, núm. 71, año 2013, p. 81.

9 Vid. ROCA TRÍAS, E., “Familia, familias y Derecho de familia”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, núm. 4, año 1990, pp. 1055 y 1056.

importantes para cada miembro, para la familia como un todo, contribuyendo así a la sociedad en la que se encuentra inmersa¹².

La familia, en términos de personalización, sería aquella forma o estructura donde el ser humano se socializa, es decir, el lugar propio y primario del devenir del individuo y de la sociedad. Es únicamente en la familia donde el ser humano es o debería ser absolutamente aceptado por sí mismo y no únicamente a condición de que sea considerado inteligente o simpático, además posiblemente en la historia personal de cada uno la influencia más importante sea la propiciada por la familia. Las personas somos seres sociales, pero aportaría que el hecho de ser seres sociales se funda en que somos seres familiares. En la familia se aprende el valor esencial de la persona individual y de la sociedad al mismo tiempo¹³.

La familia juega un papel preponderante en la organización y funcionalidad de cualquier sociedad medianamente civilizada. Por ello, el Estado, a través de sus diversos poderes y organismos está en la obligación de brindarle todas las herramientas necesarias para su buen desarrollo y así alcance su objetivo ideal, cual es formar hombres y mujeres íntegros, con valores y virtudes, capaces de transformar su entorno y calidad de vida¹⁴.

4. LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN GARANTIZADA CONSTITUCIONALMENTE

El artículo 39 CE, pese a asentarse en la tradición jurídica que hemos resumido, no recoge en puridad un derecho o libertad y no ya por su ubicación constitucional como cabecera de los denominados principios rectores de la política social y económica, ya que dentro de los mismos sí se proclaman verdaderos derechos, aunque con una eficacia matizada, como son los que se recogen en los artículos 43 (derecho a la protección de la salud), el artículo 44 (derecho de acceso a la cultura) o el artículo 45 (derecho al medioambiente) o el artículo 46 (derecho a la vivienda), sino por los términos en los que se expresa el

precepto. El propio Tribunal Constitucional así lo reconoce *obiter dicta* en su Sentencia 116/1999: “el art. 39.1 C.E. no regula, en puridad, ningún derecho o libertad pública” (FJ 3).

En todo caso, el derecho o libertad de constituir una familia sí se deduciría de lo dispuesto en el artículo 32 en el que se proclama el derecho a contraer matrimonio, de manera que de la interpretación conjunta de ambos preceptos podemos deducir que la Constitución incorpora, por un lado, una libertad, y, por el otro, una garantía institucional, aunque es cierto que no hay una coincidencia exacta entre las instituciones reguladas en ambos preceptos, matrimonio y familia, ya que, como nos recuerda la STC 198/2012, la garantía de protección de la familia va más allá de las familias fundadas en el matrimonio. En todo caso, tal manifestación no supone, obviamente, que la familia fundada en el matrimonio no goce de protección.

Además, sostener que el artículo 39.1 CE incorpora tanto un derecho como una garantía institucional se deduce igualmente de la relación de dicho precepto con lo dispuesto en el artículo 18.1 CE cuando proclama el derecho a la intimidad familiar. Ciertamente es que la interpretación que de este derecho ha desarrollado nuestro Tribunal Constitucional se ha apartado tradicionalmente de la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al artículo 8 CEDH en la medida que aquél no ha reconocido al amparo de tal intimidad, como sí ha hecho éste, la existencia de un derecho a la familia. Tradicionalmente, para el Tribunal Constitucional el artículo 18.1 no consagra el derecho a la vida familiar, entendido como derecho fundamental a mantener relaciones familiares, sino el derecho a la protección frente a terceros de determinadas esferas de mi vida íntima, entre las que cobra también relevancia, la vida que se desarrolla en el ámbito familiar. Sin embargo, esta posición del Tribunal Constitucional, poco congruente con su tradicional apertura y permeabilidad respecto de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo, en aplicación del principio de integración, como, por cierto, exige el artículo 10.2 CE, ha cambiado ya a partir de la Sentencia 11/2016, en la que se incorpora la interpretación amplia europea.

Por otro lado, el artículo 10.2 CE obliga *ope constitutione* a una interpretación integradora de nuestros preceptos constitucionales en materia de derechos y libertades de conformidad con lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre

12 ÁLVAREZ PERTUZ, A., “Constitucionalización del Derecho de familia”, *Juridicas CUC*, núm. 7, vol. 1, año 2011, p. 29.

13 ROCHA ESPÍNDOLA, M.A., “El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia”, *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 2, vol. 2, año 2016, p. 10.

14 ÁLVAREZ PERTUZ, A., “Constitucionalización del Derecho de familia”, *cit.*, p. 32.

otros textos internacionales, y éste precisamente consagra conjuntamente los derechos al matrimonio y a formar una familia en el precitado artículo 16: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

Por todo ello, una lectura integradora de la Constitución que vaya más allá del artículo 39.1 CE, y atienda a lo dispuesto en los artículos 18.1 y 32 permite admitir sin ambages que nuestra Constitución proclama el derecho a formar una familia, aunque, como viene proclamando el Tribunal Constitucional, este derecho no queda circunscrito a la familia matrimonial. Y ello, sin perjuicio de que no resulta muy congruente que se regule una garantía institucional sin admitir que al mismo tiempo se proclama un derecho de acceso a la institución garantizada, como en este caso sería sostener que la familia está constitucionalmente garantizada pero sin que se haya proclamado el derecho a formar una familia. Ello responde como vamos a ver de inmediato a una interpretación incorrecta de las garantías institucionales que olvida la conexión de éstas con los derechos y libertades, sobre todo, si trascendemos a la mera interpretación de los derechos en clave individual y atendemos a la dimensión objetiva que todos ellos incorporan ya.

Las categorías de derecho y garantía institucional no son, en todo caso, idénticas, puesto que, en palabras del Tribunal Constitucional, la garantía institucional exige una protección objetiva que debe garantizar que el legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución, exigiendo en el derecho fundamental una protección subjetiva, de manera que se garantice al ciudadano, titular del derecho en cuestión, que la posición jurídica derivada del reconocimiento del derecho no queda eliminada o desnaturalizada por el legislador. Una expresión de dicha protección reforzada de la institución y de sus elementos caracterizadores la encontramos en el propio Código Penal, al recoger en su Título XII los delitos contra las relaciones familiares.

El concepto de garantía institucional, originalmente formulada por Carl Schmitt¹⁵, se incorpora a nuestro acervo jurídico a través de la doctrina del Tribunal Constitucional, y ello, por influencia del

Derecho alemán, del que se deduce que la primacía de la norma constitucional sobre la legislación impone al legislador que toda institución o derecho contenido en la Constitución goza de una garantía frente al mismo, salvo el supuesto de que expresamente la propia Constitución confiera al legislador una absoluta libertad para regular una institución. El origen dogmático de la figura está vinculado a la labor de interpretación constitucional en relación con la protección de los derechos y libertades públicas, así como de determinadas estructuras organizativas previstas en la norma fundamental, ante el peligro de vaciamiento de su contenido constitucional por la actuación del legislador ordinario, dada la inexistencia en el texto constitucional de Weimar de técnicas de protección de esas libertades o instituciones¹⁶. Se trata, por tanto, de una técnica de interpretación constitucional aplicable a las instituciones que aparecen reconocidas y, por ende, garantizadas por la Constitución. Como nos recuerda CIDONCHA MARTÍN, la garantía institucional vendría a ser aquella protección constitucional que preserva a una institución no sólo de su destrucción, sino de su desnaturalización, al prohibir vulnerar su imagen maestra. Éste es su significado típico, que en un principio se circunscribe a instituciones públicas, pero que después se proyecta sobre instituciones privadas e incluso sobre determinadas manifestaciones sociales¹⁷, lo que puede verse tiene pleno encaje con el debate que nos ocupa.

En una temprana Sentencia, la número 32/1981, sobre la autonomía local, el Tribunal Constitucional manifiesta que la garantía institucional supone la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. En palabras de CIDONCHA MARTÍN, el Tribunal no nos dice lo que es una institución garantizada constitucionalmente, aunque parece considera como tales las organizaciones que aparecen enunciadas pero no reguladas en la Constitución. No se protegen todas las instituciones, sino aquellas a las que se considera “componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales”, es decir, “las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del

15 Véase, “Freiheitsrechte und institutionell Garanden” (1931), en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, 1958, pp. 141 y ss. Referencia tomada de BAÑO LEÓN, J.M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, p. 166.

16 FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J., “El principio de autonomía local y la posible superación de la teoría de la garantía institucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 175, enero-abril 2008, p. 124.

17 CIDONCHA MARTÍN, A., “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, año 2009, p. 150.

orden constitucional". El Tribunal parece reservar la garantía a instituciones que, siendo esenciales dentro del orden constitucional, no están reguladas (tan sólo enunciadas) en el texto constitucional¹⁸. Tales requisitos, como iremos viendo, encajan plenamente con la institución de la familia que se proclama en el artículo 39.1 CE.

Más adelante, la STC 26/1987, de 27 de febrero, sobre la Ley de Reforma Universitaria, ya hace referencia a una garantía institucional que guarda estricta relación con una libertad como es la libertad universitaria. En esta resolución, el Tribunal acude a la distinción entre derecho fundamental y garantía institucional para calificar la autonomía universitaria. Sin embargo, tampoco debemos olvidar que esta primera incorporación de este nuevo concepto constitucional no estuvo exento de polémica doctrinal, porque el propio Tribunal optó por una interpretación de la garantía institucional por contraposición a la de derecho fundamental que, resumidamente, provocó un doble efecto: una menor protección de la garantía frente al poder configurar de legislador y la no aceptación de que la institución garantizada gozara del límite que respecto de dicho poder de configuración suponía el núcleo esencial. Así pues, el Tribunal Constitucional incorpora el concepto pero en términos muy flexibles por lo que a los límites que del mismo se derivan para el legislador.

Como nos recuerda BAÑO LEÓN, esta interpretación del Tribunal venía a coincidir con la que mantenía parte de la doctrina española, para la que la garantía institucional no respondía estrictamente al esquema del derecho subjetivo, sino que tenía como punto de referencia una organización o institución cuya existencia se trataba de asegurar. La garantía institucional confería a una organización o institución social su aseguramiento, pero no en la forma de un poder de excluir la intervención estatal, como en los derechos fundamentales (de libertad), sino tan sólo de limitar esa injerencia, de manera que el legislador no podía en absoluto desconocer su existencia. El legislador gozaba, por tanto, de una gran libertad en la configuración de su contenido y sólo cuando borrara por completo tal institución podría entenderse que habría traspasado la frontera de la inconstitucionalidad¹⁹.

El propio BAÑO LEÓN, con apoyo en el voto particular emitido por el Magistrado Rubio Llorente, vendría a criticar dicha interpretación, al considerar que la contraposición entre derecho fundamental y garantía institucional no responde a la naturaleza de ambas figuras. Parafraseando al profesor Rubio, señala que la idea que subyace a la errada elaboración teórica del Tribunal Constitucional es la de que el núcleo esencial o reducto indisponible para el legislador es más rígido o resistente en los derechos fundamentales que en las garantías institucionales, lo que no es desde luego ni evidente ni de general aceptación, pues las garantías institucionales no son sino variedades de los derechos fundamentales²⁰. La interpretación que lleva a cabo el Tribunal y la propia doctrina en la que se apoya parte de una concepción de los derechos extremadamente individual y liberal, olvidando la dimensión objetiva que todos ellos encierran, dimensión que en muchas ocasiones se materializa a través de una institución que es precisamente la que pretende garantizarse. Así pues, tal distinción entre derecho e institución responde a una visión ya muy superada de aquél. La Constitución construye los derechos fundamentales tanto con derechos subjetivos, como con la garantía de ciertas instituciones o con la fijación de mandatos al legislador que éste ha de concretar²¹.

La idea de garantía institucional puede contrastarse con la de derecho subjetivo, pero no con la de derecho fundamental, ya que mientras que el derecho subjetivo atribuye un poder al individuo para su ejercicio y defensa, la garantía institucional implica la protección de una determinada organización, no en la forma de un *statu quo*, sino en el respeto de sus rasgos esenciales, tal como se configuran históricamente (dinámicamente). La noción de derecho fundamental puede englobar sin dificultades a las otras dos restantes; derechos subjetivos y garantías institucionales²².

Más adelante, el Tribunal parece dejar atrás dicha diferencia entre derecho fundamental y garantía institucional y así en la STC señala, en relación a la libertad de empresa, que "si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial -en libertad-, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino

18 *Ibidem*, pp. 150 y 151.

19 BAÑO LEÓN, J.M., "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", *cit.*, p. 157.

20 *Ibidem*, p. 158.

21 *Ibidem*, p. 159.

22 *Ibidem*, pp. 170 y 171.

también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general” (FJ 3).

Algún sector de la doctrina discrepa de que el artículo 32 CE consagre el matrimonio como garantía institucional, argumento que es perfectamente trasladable al debate acerca de la familia. Para dichos autores el propio concepto de garantía institucional en general es discutible y responde a un modelo constitucional ya superado con la vinculación directa del legislador a las normas constitucionales y, singularmente, a los derechos y libertades: “el concepto de garantía institucional resultó acuñado por la doctrina alemana en un contexto normativo —la Constitución de Weimar— en el que se ignoraba la existencia de mecanismos efectivos de vinculación del Legislador a la Constitución y de aplicabilidad directa de los derechos fundamentales para proteger determinados sectores del ámbito infraconstitucional frente a la actuación del Legislador ordinario. En origen la garantía institucional servía al objetivo de conferir a los derechos cierta indisponibilidad, especialmente frente al Legislador. Y añade que “en un Estado que somete a los ciudadanos y a todos los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 CE), que garantiza la aplicación inmediata de los preceptos de la Norma Fundamental, que proclama que “la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social” (art. 10.1 CE), que se fundamenta en valores como la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo (art. 1.1 CE), esa garantía de indisponibilidad se consigue a través de la constitucionalización de los derechos, que impone a los poderes constituidos, y singularmente al Legislador, la obligación de respetar su contenido”. De este modo, lo que la Constitución consagra en el artículo 32 sería en realidad la salvaguardia de una esfera vital, dando amparo constitucional a cualquiera de los posibles comportamientos que en principio se puedan encuadrar en la definición abstracta de la mencionada esfera vital que es objeto del permiso constitucional establecido por la norma iusfundamental²³. En similares

términos se ha señalado que esta noción (garantía institucional) surge en la Alemania del periodo de Weimar como una estrategia intelectual conservadora para intentar defender ciertas “instituciones” en especial sensibles (propiedad privada, familia, universidades, función pública, estatuto público de las religiones) frente a los posibles excesos “revolucionarios” del primer legislador democrático, tras la generalización del sufragio, de la historia del país. En el constitucionalismo contemporáneo, el concepto de “garantía de instituto” es innecesario en un sistema como el nuestro que, a diferencia del de Weimar, es de Constitución normativa²⁴.

Pese a lo que acabamos resumir, tales posiciones críticas con la figura de la garantía institucional, y aunque sea en relación con el matrimonio y con la familia, acaban por admitir que dichas figuras gozan de protección constitucional frente a la potestad de desarrollo de la figura por parte del legislador, a través de la noción de “contenido esencial” que a la postre produce el mismo efecto jurídico que la garantía institucional. Ello puede perfectamente apreciarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, en la que se señala que la reforma en el matrimonio que produce la aceptación por el legislador del que se contrae entre personas del mismo sexo, no afecta al contenido esencial del derecho, ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho²⁵. En similares términos se expresa, a nuestro modo de ver, acertadamente, CIDONCHA MARTÍN, cuando señala que el tipo de protección constitucional que confiere la garantía institucional coincide con el propio de la garantía del contenido esencial del derecho fundamental, ya que ambos preservan el objeto de protección frente a su supresión, desnaturalización o vaciamiento por el legislador (que es a quien compete básicamente la configuración del objeto protegido). De este modo, “imagen maestra” de la institución y “contenido esencial” del derecho fundamental tienen una misma función²⁶.

sexo y la jurisprudencia comparada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 10, núm. 19, enero-junio 2013, pp. 425 y 426.

24 REY MARTÍNEZ, F., “Homosexualidad y Constitución (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 24 de noviembre de 2004)”, *Pensamiento Constitucional*, año XI, núm. 11, p. 104.

25 En similares términos puede verse también la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 17 de julio de 2002, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Vid. ÜBERMEYER, S., “La garantía constitucional del matrimonio y la regulación legal de la pareja”, *Teoría y realidad Constitucional*, núm. 14, año 2004, pp. 392 y ss.

26 CIDONCHA MARTÍN, A., “Garantía institucional, di-

23 PRESNO LINERA, M.A., “El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo

Se trata, por tanto, de realidades cualitativamente distintas, lo que tiene repercusiones jurídicas evidentes: los derechos subjetivos son situaciones jurídicas activas (poderes jurídicos) conferidas a la persona, que se integran en su patrimonio jurídico, y que son accionables judicialmente por su titular. Por contra, las instituciones son ámbitos objetivos de la realidad política y social, sin titular concreto o, en su caso, de titularidad colectiva, respecto de los cuales se impone una prohibición objetiva de destrucción o desnaturalización. La protección constitucional otorgada al derecho fundamental es una protección subjetiva: al derecho del ciudadano a determinadas posiciones jurídicas sigue un deber del legislador de no eliminarlas o desnaturalizarlas; se trata, pues, de un deber relacional. Por contra, la protección constitucional conferida a la institución es una protección objetiva: el deber del legislador de no suprimir o vaciar la imagen maestra del instituto es puramente unilateral, resultante de un mandato constitucional (implícito) de preservar esa imagen²⁷. Pero, en todo caso, como hemos destacado antes, las consecuencias jurídicas son esencialmente las mismas: preservar los rasgos esenciales del derecho o la institución.

Frente a lo que mantenemos podría alegarse que, a diferencia de lo que prescribe el artículo 32.1 CE, el artículo 39.1 CE no proclama ningún derecho subjetivo, sino que recoge una mera institución, y, por ello, el concepto de contenido esencial no sería de aplicación a éste como lo es a aquel precepto. Ello, sin necesidad de gran esfuerzo argumentativo, carece de verdadera fundamentación y es imposible de sostener porque implicaría tanto como manifestar que el matrimonio sí queda garantizado como institución frente a las posibles veleidades del legislador, mientras que la familia no, y ello, simplemente porque el artículo 39.1 CE no incorpora un derecho subjetivo sino una mera institución. Así pues, ya admitamos, como hemos desarrollado antes, que el artículo 39.1 CE incorpora tanto una institución como un derecho subjetivo, o ya que sólo incorpora aquella, lo que es difícilmente discutible es que la familia, atendidos los términos en los que se expresa la propia Constitución (véase, en especial, el artículo 18.1) y las normas internacionales a las que hay que recurrir necesariamente para integrar el texto de nuestra Constitución, por obra de los dispuesto en su artículo 10.2, no goce de protección constitucional, bien a través de la figura de la garantía institucional, o bien a través de la del contenido esencial.

5. ¿QUÉ MODELO DE FAMILIA GARANTIZA INSTITUCIONALMENTE NUESTRA CONSTITUCIÓN?

La consideración de este artículo 39 de la Constitución como proclamación de una garantía institucional y no sólo de un mero derecho subjetivo a formar una familia, tiene importantes consecuencias a la hora de interpretar el mismo, más allá de su literalidad. Al ser considerado, sustancialmente, como una garantía que la Constitución proclama respecto de una institución con una relevante trascendencia antropológica, cultural y social, como es la familia, sus rasgos definidores y esenciales que la propia Constitución describe deberían quedar inertes frente a la voluntad del legislador, a salvo de reforma constitucional, y, por tanto, cerrarían el paso a cualquier interpretación que tratara de alterarlos sustancialmente. Y así, el Tribunal Constitucional ha declarado en su Sentencia 45/1989 que cualquier norma que incida sobre la vida de la familia debe ser respetuosa con la concepción de ésta que alienta en la Constitución. Posteriormente, en su Sentencia 116/1994 señala que la Constitución garantiza el instituto de la familia y, por ende, la existencia de un “reducto indisponible o núcleo esencial” a cuya preservación en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar la Constitución obliga.

El Tribunal Constitucional acudió igualmente al concepto de la garantía institucional al enjuiciar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, de conformidad con los términos en los que se expresa el artículo 32 CE. Así, en la Sentencia 198/2012, señala, literalmente, que “desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada” (FJ 9 in fine). Así pues, el Tribunal no vino a proclamar la constitucionalidad de dicho matrimonio sobre la base de renunciar a aquel concepto, sino, todo lo contrario, porque consideró que la regulación instituida por el legislador era respetuosa con dicha garantía constitucional. Para el Tribunal, el matrimonio es una “comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen

mención institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial”, *cit.*, p. 183.

²⁷ *Ibidem*, p. 183.

idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. De este modo, los rasgos identificadores o esenciales son la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad, de manera que la institución no se ve alterada o desconfigurada por el hecho de que actualmente se permita los contrayentes puedan ser del mismo sexo.

Todo ello nos lleva inexorablemente a preguntarnos que, si la Constitución garantiza la familia, ¿qué modelo de familia cae bajo tal protección? o, en similares términos, si existe un específico modelo constitucional de familia que es el que la Constitución protege.

Si partimos de que la familia es, como apuntara Díez-Picazo y Ponce de León, un producto evidentemente cultural y no necesariamente natural, la Constitución ha de ofrecer un concepto abierto y adaptado a la realidad social²⁸. No cabe, pues, partir de un modelo de familia estático, fundado en la tradición y ajeno a los cambios a los que se ve sometida la sociedad española. Si bien la familia basada en el matrimonio responde a dicho modelo e incluso puede afirmarse que aún impera en la realidad social, bajo el modelo constitucionalmente garantizado deben poder incorporarse otros modelos de familia también presentes en la realidad. El modelo tradicional asentado en las notas de a) estar fundado en el matrimonio, b) caracterizarse por la estabilidad institucional que deriva de la indisolubilidad o la disolubilidad limitada, y c) 3) ser un modelo formado por un hombre y una mujer (heterosexual y monógamo, por tanto), y vinculado a la procreación²⁹, no es, pues, el único que cabe bajo la protección del artículo 39, aunque ello tampoco puede ser interpretado como que dicho modelo quede fuera del marco de protección. Bajo el artículo 39 quedan garantizados tanto el citado modelo tradicional como los otros que al amparo de la realidad social vayan surgiendo.

Como señala SALAZAR BENÍTEZ, la misma ubicación constitucional de la protección de la

28 ROCA TRÍAS, E., “Familia y Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, año 2006, p. 209.

29 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Nuevos modelos de familia: la respuesta legal”, *cit.*, p. 705.

familia en un artículo distinto al del matrimonio nos da la pauta para entender que no necesariamente tiene que ser la vinculada al matrimonio y que, por tanto, hay un amplio margen para que el legislador defina a quienes extiende la protección social, económica y jurídica a que se refiere dicho artículo³⁰.

Uno de los hechos socioculturales más destacado por la mayoría de los científicos sociales españoles en las últimas décadas, es la importancia y radicalidad de las transformaciones que se están produciendo en el ámbito del parentesco en general, y en la institución familiar en particular, dando lugar a diversas y plurales formas de relación y configuraciones familiares. Las transformaciones debidas principalmente a factores demográficos (descenso de la nupcialidad y aumento de la cohabitación; disminución de la natalidad; aumento de las tasas de divorcio; aumento de la esperanza de vida); económicos (introducción de nuevos sistemas de producción y organización del trabajo, incorporación /reincorporación de las mujeres al mercado laboral); culturales (nuevas expectativas y aspiraciones de las parejas, expresión del reconocimiento social y legal de valores como el pluralismo normativo, la tolerancia, la autonomía e igualdad de las personas como sujetos de derechos y deberes) y tecnológicos (utilización de las técnicas de reproducción asistida)³¹.

Los cambios que provocan estos nuevos factores con relación a la composición y estructura de la familia, así como a las representaciones y prácticas familiares, introducen una serie de rupturas conceptuales que exigen disociar de la categoría familia otras que se le habían supuesto implícitamente³²:

En primer lugar, la necesidad de evitar la confusión entre los conceptos “hogar” y “familia”. El concepto “hogar” hace referencia a un grupo de personas que residen juntas sean o no parientes, mientras que el término “familia” alude a un grupo de personas unidas por relaciones de parentesco, ya sean de consanguinidad o afinidad, que pueden o no vivir juntas, pero que comparten una identidad moral y simbólica que les hace percibirse y ser percibidos por los demás como una familia.

30 SALAZAR BENÍTEZ, O., “Derecho al matrimonio y diversidad familiar”, *Revista de Derecho Político*, núm. 86, enero-abril 2013, p. 219.

31 RIVAS RIVAS, A. M., “Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las recomposiciones familiares”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 26, núm. 1, año 2008, p. 180.

32 *Ibidem*, pp. 181 y 182.

En segundo lugar, la disociación entre relaciones conyugales y relaciones filiales. Hasta ahora la relación filial entre padres e hijos estaba vinculada a la relación conyugal esposo/esposa, a partir de los matrimonios o uniones de hecho de separados/as y divorciados/as con hijos no comunes (familias reconstituidas), la pareja conyugal (esposos) no tiene por qué coincidir con la pareja progenitora (padres biológicos) que puede seguir siendo o no la pareja parental (padres sociales). Si bien el divorcio disuelve el vínculo conyugal de los adultos que habían estado casados, no ocurre así con los lazos filiales entre padres e hijos. La diferencia con los segundos matrimonios de viudos/as está en la presencia física de todas las figuras implicadas, aunque bien es cierto que se puede estar ausente socialmente sin estar desaparecido físicamente.

En tercer lugar, la posibilidad de establecer lazos de filiación independientemente de tener una relación de pareja heterosexual u homosexual. Este sería el caso de las adopciones de hombres y mujeres solteros/as; el de las inseminaciones artificiales de mujeres solteras y/o el caso de mantener relaciones sexuales esporádicas con fines intencionadamente reproductivos. No se trata de un hecho sobrevenido involuntariamente, sino que es una opción que se elige voluntaria y libremente.

Por último, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida rompe el orden simbólico del parentesco occidental centrado en un modelo genéticobiologista, que asocia la sexualidad a la reproducción, la reproducción a las relaciones heterosexuales, las relaciones heterosexuales al matrimonio, el matrimonio a la domesticidad común, la domesticidad común a la familia y la familia al modelo nuclear.

Para algunos autores, la familia está en decadencia por cinco razones: a) se orientan menos hacia metas colectivas; b) cumplen menos funciones tradicionales, como la procreación y la socialización de los jóvenes; c) han perdido poder frente a otras instituciones, tales como la escuela o el Estado; d) son más pequeñas y menos estables; y e) los compromisos individuales con los vínculos familiares son más débiles³³.

Por ello, se postula un nuevo concepto de familia que no sólo se instituya sobre la base de la convivencia y las relaciones de afectividad, sino también

su capacidad para generar relaciones de cuidado. De esta manera, la convivencia, la solidaridad, la creación de vínculos afectivos y cuidadores no necesariamente condicionados por la sangre, deberían convertirse en factores esenciales de las nuevas familias³⁴. Nuestra sociedad no conoce un único modelo familiar (que cabría identificar con la familia de fundación matrimonial), sino una multiplicidad de modelos, que resultan de las diferentes concepciones existentes sobre la sexualidad y las relaciones afectivas y convivenciales, así como de las distintas formas que tienen los ciudadanos de organizar esas mismas relaciones. En ejercicio de su libertad, los ciudadanos pueden organizar su vida afectiva y de convivencia como prefieran, dentro de unos límites crecientemente amplios, de forma que al Derecho solo le quedaría reconocer y regular igualmente todas estas situaciones. Estaríamos por tanto ante modelos (matrimonial o no matrimonial, heterosexual u homosexual) equivalentes y en términos generales intercambiables. A partir de ahí, lo que procedería sería dar un tratamiento equivalente a los diferentes modelos de familia: si son socialmente equivalentes, parece que habrían de ser jurídicamente equivalentes; lo que se conseguiría sujetándolas a un régimen semejante, cuando no idéntico³⁵.

Aunque también se ha apuntado, creemos que con acierto, que la mera convivencia y afectividad no serían por sí mismo suficientes para extender la cualificada protección que la Constitución otorga al matrimonio y a la familia, ya que cuando se habla de relación de afectividad de lo que se está hablando es pudorosamente de la mutua disponibilidad sexual. Cuando las leyes hablan de “relación de afectividad análoga a la conyugal” a lo que quieren referirse básicamente es a que esa relación de afectividad incorpore un contenido sexual, que es lo que la diferenciaría de otras relaciones de mera afectividad, pero sin esa dimensión sexual. Para constituir una pareja de hecho jurídicamente relevante, sería, pues, la convivencia unida a la mutua disponibilidad sexual escondida bajo la capa de la “relación de afectividad análoga a la conyugal”, no, por tanto, cualquier convivencia, ni tampoco una convivencia fundada en una relación de afectividad no análoga a la conyugal³⁶.

34 SALAZAR BENÍTEZ, O., “Derecho al matrimonio y diversidad familiar”, *cit.*, p. 221.

35 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Nuevos modelos de familia: la respuesta legal”, *cit.*, pp. 709 y 710.

36 *Ibidem*, p. 713. En contra de esta postura se muestra Rodríguez Ruiz, para quien de la lectura del concepto constitucional de familia que hace el tribunal Constitucional se deduce que permite incluir en él otros modelos de convivencia, encajando,

33 HOCHSCHILD, A.R., *La mercantilización de la vida íntima. Apuntes de la casa y el trabajo*, Katze Editores, Madrid, 2008, p. 241.

Frente al modelo tradicional surgen modelos alternativos o novedosos se caracterizarían, frente al matrimonial por la irrupción de modelos no matrimoniales (parejas de hecho), basados en la afectividad y la convivencia; frente al modelo jurídicamente comprometido, institucionalmente estable, por la aparición de modelos no comprometidos jurídicamente e institucionalmente inestables; frente al modelo heterosexual, el modelo sexualmente neutro, que incluye tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales, y que queda desligado casi por completo de cualquier relación con la procreación³⁷. Existen, por tanto, modelos de familia, y entre ellos, se incluye a la familia tradicional, basada en el matrimonio de los progenitores; las familias de hecho, en las cuales los convivientes no están casados entre sí; las familias monoparentales, integradas por un sólo progenitor y sus hijos; finalmente familias reconstruidas, formadas por agregación de individuos procedentes de familias anteriores ya disueltas³⁸. Se distingue también entre familia moderna, como modelo patriarcal y estable, y familia posmoderna, como no patriarcal, diversa e inestable³⁹.

El Tribunal Constitucional en la reiterada Sentencia 198/2012, señala que la protección constitucional del matrimonio, proclamada en el art. 32 CE, no debe conectarse necesariamente con el artículo 39 CE, por considerar que la familia tenga su fundamento principal en el matrimonio tradicional, debiendo recordarse que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por

por ejemplo, las parejas de amigas/os, hermanas/os, u otros parientes cuya relación, sin ser para-conyugal, se encuentra presidida por los principios de solidaridad y dependencia recíproca (afectiva, financiera, asistencial), y también en él encajan relaciones convivenciales, para-conyugales o no, de más de dos personas, en la medida en que estén presididas por esos mismos principios. Ello, en palabras de la misma autora aleja aún más el ámbito del artículo 39.1 CC del modelo de familia matrimonial protegido por el artículo 32 CE, a lo que nosotros añadiríamos del propio concepto de familia si es interpretado así porque basa el mismo en la mera convivencia lo que puede determinar determinado tipo de relación jurídica pero nunca equiparse a la familiar so pena de vaciarla de contenido. Vid. RODRÍGUEZ RUIZ, B., “Matrimonio, género y familia, en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril 2011, p. 90.

37 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Nuevos modelos de familia: la respuesta legal”, *cit.* pp. 705 y 706.

38 ROCHA ESPÍNDOLA, M.A., “El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia”, *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 2, vol. 2, año 2016, p. 37.

39 HOCHSCHILD, A.R., *La mercantilización de la vida*, *op. cit.*, p. 238.

voluntad expresa del constituyente, de modo que el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada). Por tanto, son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales (STC 222/1992, de 11 de diciembre). Sin perjuicio de lo anterior, es cierto, añade el Tribunal, que, hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha dado lugar a la definición de un concepto constitucional de familia, lo que no impide determinar que en el art. 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4).

La misma Sentencia dice que en realidad tanto el matrimonio como la familia son realidades antropológicas que el derecho se limita a reconocer. El matrimonio es pues, como se nos recuerda (FJ 6), lo que ya reconocía la citada STC 184/1990, FJ 3: una institución garantizada por la Constitución, tan conocida como para no necesitar definición, según refleja el propio debate constituyente, que tampoco se ocupó de definir qué es la educación, la religión, la propiedad o el mercado.

La Constitución española parte de un concepto abierto, adaptable y no constrictivo, de manera que el ordenamiento jurídico juega un papel muy importante en la determinación de los modelos familiares que van a ser merecedores de tutela jurídica en un determinado momento histórico. Los poderes públicos, a través del Derecho, toman partido en la definición de un modelo y deben estar en disposición de discriminar, ofreciendo o negando la regulación, o matizando las soluciones⁴⁰.

La doctrina del propio Tribunal Constitucional nos ofrece algunas respuestas y así ha venido declarando, de manera reiterada, que de la Constitución se deriva un deber público de protección de la familia, tanto cuando ésta se fundaba en el matrimonio, como cuando no. En dicha doctrina, debe destacarse, como nos recuerda RODRÍGUEZ RUIZ, la Sentencia 222/1992, que introduce un punto de inflexión. En ella, el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 58.1 de la Ley de arrendamientos urbanos, que tras

40 ROCA TRÍAS, E., “Familia y Constitución”, *cit.*, pp. 209 y 210.

la muerte del titular del contrato de arrendamiento sólo permitía la subrogación en el mismo del cónyuge superviviente, no de la persona con quien el primero hubiese convivido *more uxorio*. Asumiendo lo que hasta entonces había sido una posición minoritaria, expresada en algunos votos particulares (véase, en especial, los votos particulares de los Magistrados Gimeno Sendra y López Guerra a la STC 184/1990), el Tribunal abordó por primera vez la doble tarea de esbozar un concepto constitucional de familia y de establecer criterios para determinar el ámbito de las obligaciones de los poderes públicos para con las familias no matrimoniales. Para ello se acogió a una noción amplia y flexible, apuntando que la familia es siempre «un marco de solidaridades y de dependencias» (FJ 4) conectándolo con la *convivencia* con base en esos parámetros. Sin embargo, como apunta misma autora, el Tribunal no precisó que son exactamente las relaciones convivenciales que constituyen una familia a efectos constitucionales, limitándose a destacar la obligación constitucional de los poderes públicos en un Estado social de Derecho de atender a “la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen” (FJ 5)⁴¹.

No puede sostenerse, por tanto, que exista un único concepto de familia susceptible de protección constitucional, y menos aún que el que la Constitución consagra sea el de la familia matrimonial. En la Sentencia 116/1999 el Tribunal señala que siendo evidente que en el art. 39.1 C.E. se incluye la familia matrimonial (STC 45/1989, fundamento jurídico 4.º), también lo es que nuestra Constitución “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio”, ni 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 (...)” (STC 222/1992, FJ 5,º, reiterada en la STC 47/1993, FJ 2). Ello se corresponde con el pluralismo de opciones personales existente en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad. La Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio -aunque a ésta la proteja especialmente (STC 45/1989)- sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja (STC 47/1993, F. 3).

41 RODRÍGUEZ RUIZ, B., “Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear”, *cit.*, pp. 89 y 90.

La amplitud del concepto constitucional de familia es notable. En él encajan las parejas no casadas que conviven en una relación afectiva análoga a la conyugal, las parejas o uniones de hecho, de sexo distinto o del mismo sexo, siendo éste un modelo de familia de creciente presencia social, como consecuencia de factores económicos (resistencia a, o imposibilidad de, asumir los costes asociados a la ceremonia matrimonial), por razones estratégicas (resistencia a asumir las obligaciones inherentes a la institución matrimonial), como fase prenupcial, o bien, y esto es lo interesante, como una opción ideológica. de entre las parejas de hecho de larga duración, estas últimas parecen ser mayoría en nuestro país.

Tal línea jurisprudencial coincide con la que ha seguido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir, principalmente de los casos *Goodwin v Reino Unido* y *I v Reino Unido*, 2002, en los que se diferencia, pese al tenor del artículo 12 CEDH, entre el derecho al matrimonio y el derecho a fundar una familia, de manera que el primero no es ya condición necesaria para el segundo. El Tribunal Europeo al amparo de los artículos 8 y 12 CEDH no distingue entre “familia legítima” y “familia natural”, sino que su protección se extiende a cualquier relación en la que, de hecho, se generen lazos de mutua dependencia equivalentes a los familiares, por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio⁴². Al decidir si se puede decir que una relación es “vida familiar”, el Tribunal de Justicia atiende a una serie de factores que pueden considerarse relevantes, tales como si la pareja vive en común, la duración de su relación y si han demostrado su compromiso mutuo al tener niños juntos (*STEDH X, Y y Z v. Reino Unido*).

La siguiente pregunta que cabría formular en nuestro debate es si, la ausencia de un modelo constitucional único o prevalente de familia, permitiría afirmar que no cabe encontrar un núcleo esencial o unos rasgos mínimos que identifiquen, singularicen y, en definitiva, doten de naturaleza propia a la familia, sino que aquéllos dependerán del hecho social. Mantener esta posición resulta, en principio y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual, contradictorio con el propio tenor del artículo 39 CE, ya que si éste consagra la garantía constitucional de la familia como institución,

42 SANTOLAYA, P., “El derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (art. 8 CEDH)”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2.ª ed., CEPC, Madrid, 2009, p. 553

algún rasgo debe poderse predicarse de la institución que se protege, sin perjuicio de que bajo la protección puedan incluirse diferentes modalidades de familia. La Constitución no obliga a proteger del mismo modo todo cuanto pueda darse en la espontaneidad social, lo que realmente significaría no proteger nada, y hasta suprimir la distinción y diferencia consustancial a la existencia misma del Derecho (todo límite entre lo correcto e incorrecto, entre lo justo e injusto, lo debido e indebido, lo mío y lo tuyo). La familia que el artículo 39 obliga a proteger es una realidad específica, con perfiles básicos suficientemente determinados, un determinado modelo de familia y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia, pues para eso basta y sobra la intensa protección que la Constitución garantiza a los derechos de reunión y asociación en los artículos 21 y 22, además de la garantía de la libertad e inviolabilidad del domicilio y de la intimidad personal que garantiza el artículo 18⁴³, aunque el modelo sea más o menos abierto. El mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos protege bajo el derecho a la vida familiar, como hemos visto, relaciones equivalentes a las familiares, lo que debe ser interpretado en el sentido de que no se protege cualquier relación, sino aquellas que compartan los rasgos mínimos o esenciales del concepto jurídico de familia, entre los que ya no se encuentra el de su origen en el matrimonio. Sin embargo, este no es el único rasgo esencial o caracterizador del matrimonio, de manera que se haya abandonado al mismo no puede ser interpretado en términos de que bajo la familia queda protegida cualquier forma de relación social, comparta o no, algún rasgo con aquélla.

Además, que la familia sea una expresión cultural tampoco debe hacernos olvidar que, como forma de organización social, no es un mero constructo jurídico, sino que surge natural y espontáneamente allí donde hay seres humanos, sin intervención del Estado y sin necesario reconocimiento del Derecho, aunque este le otorgue un estatus jurídico en garantía de su protección. El Derecho, frente al hecho familia es un *posterius*: el legislador no la crea, limitándose a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana, y a regular sus diversos aspectos⁴⁴. La intervención estatal tiene lugar mediante leyes, las cuales no solo han de dirigirse a darle a la familia una estructura interna, acorde con las concepciones y las aspiraciones y posibilidades actuales, misión del derecho civil, sino que, en el campo del derecho social,

e inclusive en el derecho fiscal, tenderán a crear las condiciones más favorables para la subsistencia y desarrollo de esta. La intervención tendrá como fin no sustituir a la familia, sino facilitar el cumplimiento de su misión, supliendo la acción de los esposos o compañeros y de los padres donde ellos no pueden llegar favoreciendo la de nuevas familias y el aumento de las ya existentes, y cerciorándose de que las funciones familiares se desempeñen correctamente⁴⁵.

El reconocimiento jurídico de la familia no obedece al propósito de dar relevancia en Derecho a un deseo psicológico de los particulares (que existe, pero no es jurídicamente lo esencial), sino que tiene por finalidad regular y proteger una estructura antropológica objetiva⁴⁶. La institución familiar es tan antigua como el hombre mismo y surge de su necesidad de vivir en comunidad, de agruparse y ayudarse mutuamente a solventar sus necesidades básicas, las cuales con el correr de los años se fueron diversificando, hasta el punto de que hoy en día no se concibe un ser humano sin una familia. Los modelos de familias con el tiempo han sufrido cambios en la medida que el hombre va evolucionando en distintos aspectos⁴⁷.

La familia si bien es una realidad preexistente a las normas, no puede desenvolverse, añadimos nosotros, plenamente, sin un reconocimiento social y jurídico que consagre el vínculo que une a los cónyuges entre sí y a los hijos con sus padres⁴⁸. Por ello, se ha señalado con acierto que la familia es una institución jurídico-privada pero es a la vez una institución cuya gran relevancia social justifica, desde luego, su vieja comprensión como *quasi seminarium rei publicae*⁴⁹. Y si no hay ninguna otra institución o instituto jurídico-privado que cuente con tantas determinaciones constitucionales, ello no determina la publicación en rigor en modo alguno a la familia, como tampoco hace de las asociaciones o de la relación laboral realidades jurídico-públicas el hecho de que se ocupe de ellas la Constitución y luego el Legislador⁵⁰.

45 ÁLVAREZ PERTUZ, A., “Constitucionalización del Derecho de familia”, *cit.*, p. 33.

46 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Nuevos modelos de familia: la respuesta legal”, *cit.*, p. 718.

47 ÁLVAREZ PERTUZ, A., “Constitucionalización del Derecho de familia”, *cit.*, p. 29.

48 Vid. SÁNCHEZ MAILLO, C., “La familia: una institución natural preexistente a la ley. Perspectivas sobre su regulación actual en España”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 31, diciembre 2014, pp. 183 y 186.

49 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “La familia en la Constitución Española”, *cit.*, p. 11.

50 *Ibidem*, p. 12.

43 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “La familia en la Constitución Española”, *cit.*, p. 17.

44 LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil IV*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 2.

Cierto es que lo que se protege es lo que se entiende por familia en cada momento y lugar, pero sin renunciar a que el concepto conlleva necesariamente unos rasgos esenciales que lo diferencian de otras formas de organización social o asociación y aún cuando al amparo de los cambios sociales la institución sea más inclusiva de lo que ha podido ser tradicionalmente. El que la Constitución se limite a proclamar la protección de la familia sin ofrecer una definición de la misma no puede interpretarse en el sentido de que bajo la misma sea posible incluir cualquier forma de vida en comunidad o similar. Tampoco la Constitución ofrece definición alguna de muchas otras instituciones que, por su tradición, se dan por conocidas (véase, partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales o universidades, entre otros) y ello no significa vaciarla de contenido o permitir amoldarla a cualquiera forma de organización o institución, aún cuando no comparta unos mínimos rasgos esenciales. Con ello, no se pretende que la institución de la familia sirva como una especie de bloqueo del cambio social, sino tan sólo admitir que no todo cambio social puede encontrar encaje en la protección constitucional que otorga la familia. Tal posición supone ofrecer una Constitución no ya abierta a las generaciones futuras, sino carente de valores, lo que precisamente no puede predicarse de la Constitución de 1978 que se enmarca en una tradición constitucional que pretende, tras los acontecimientos acaecidos en la mitad del siglo XX, superar el más puro positivismo jurídico.

El Tribunal Supremo ya nos decía en su Sentencia de 30 de mayo de 1984, no lo que es familia, pero sí lo que no era al resolver un litigio acerca de una reclamación formulada por una comunidad religiosa que exigía la extensión de las prestaciones por fallecimiento a los miembros de la misma. Así, señala el Tribunal que la vida religiosa es creadora de vínculos distintos de los que determinan la familia y que no puede confundirse con éstos ni reputarse equivalentes en el plano jurídico y social⁵¹.

Como apunta con acierto MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, hay, desde luego, ciertos aspectos de la familia que no quedan constitucionalmente determinados y cerrados, por lo que, como ocurre con el común de las instituciones de relevancia constitucional, lo que se denomina el modelo de familia no queda totalmente fijado, como es lógico, a nivel constitucional. Pero eso no quiere decir que no haya un modelo constitucional. La Constitución contiene unos cuantos elementos, pocos,

pero muy decisivos, sobre lo que entiende por familia y eso es el modelo de familia constitucionalmente garantizado. Algo parecido de lo que podríamos decir sobre el modelo de propiedad, el sistema económico, el educativo, el laboral, etc. Constituye, pues, una falacia afirmar que el legislador puede modelar enteramente a su gusto la familia⁵². El Derecho de familia difícilmente puede ser neutral en su modo de regular la familia: el fundamento de su intervención viene determinado directa y objetivamente por las funciones estratégicas de la familia. Y su fundamento determina su sentido: es la propia razón de su intervención sobre la familia, en sus aspectos más radicales (no en otros ligados a circunstancias económicas, culturales, sociales, etc.) la que determina el sentido de dicha intervención. Sobre estas bases, la absoluta neutralidad del Derecho entre formas funcionalmente diferentes —y, por tanto, de distinta eficacia social— de organizar jurídicamente las relaciones familiares no parece razonable, porque desaparecería entonces la razón de ser de la propia actuación del Derecho sobre la familia. Sería contraria al propio fundamento de su intervención⁵³. Y dicha intervención o, mejor dicho, protección responde, como antes hemos explicado, al papel que la familia cumple en el orden social como sistema de desarrollo y protección del individuo y al propio fin que se persigue a través de la misma de garantizar el desarrollo de la especie humana. Ello no implica que las demás formas de convivencia cuyos fines no responde a éstos deban de quedar desprotegidas, sino tan sólo a que el legislador no ha de olvidar cuáles es el fundamento que justifica tal garantía constitucional, de manera que se salvaguarden al menos los rasgos que permiten mantener la institución de manera que sea susceptible de alcanzar dichos fines.

Pero es que bajo la pretendida neutralidad a la que se recurre en la definición del concepto de familia se encierra en muchas ocasiones una forma de ideología que, en cierto modo, pretende tan sólo negar el propio concepto de familia, degradando la misma a una mera expresión de organización burguesa o liberal que, pretendidamente, limita el desarrollo del individuo. El debate se plantea, en ocasiones, en términos similares a los que surgen en relación con la libertad religiosa, cuando tras la pretendida neutralidad religiosa del Estado no se persigue más que una fórmula que rechace por integrar el propio hecho o expresión religiosa (véase, el laicismo beligerante o negativo).

⁵² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La familia en la Constitución Española”, *cit.*, p. 13.

⁵³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Nuevos modelos de familia: la respuesta legal”, *cit.*, p. 718.

⁵¹ Vid. ROCA TRÍAS, E., “Familia, familias y Derecho de familia”, *cit.*, p. 1055.

Por otro lado, y volviendo al propio concepto de garantía institucional, su aceptación no significa, como ocurre en similares términos con el propio concepto de núcleo esencial como límite a los límites a los derechos y libertades, que se acaba por reducir la institución a un mínimo contenido protegido que quedará vinculado a la concepción histórica que pueda tenerse de ella. Como nos recuerda la doctrina, la garantía institucional no se limita a defender un contenido competencial mínimo, ya que el que su construcción tenga una función de garantía frente a los excesos del legislador, no significa que lo garantizado sea un elemento estático, ni que se alimente únicamente de elementos históricos⁵⁴. Una cosa será, por tanto, aceptar que la institución protegida bajo la denominación de familia puede aceptar nuevas modalidades bajo las que pueda expresarse contemporáneamente la misma y otra es admitir, bajo la propia categoría, una fórmula que contravenga las características que le dan sustantividad propia a la figura a lo largo de su evolución, véase, aquellos elementos que se han presentando como inertes a los largo de su evolución social.

6. ¿CUÁL SERÍA EL NÚCLEO ESENCIAL O RASGO O RASGOS QUE DOTAN DE CARTA DE NATURALEZA A LA FAMILIA?

La misma doctrina del Tribunal Constitucional se ha encargado también de aclarar dicho extremo y así señala que, si bien no existe una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (SSTC 289/1993 y 114/1997), sí que puede afirmarse que los lazos de parentesco, ya sean naturales o meramente jurídicos constituyen uno de los elementos sustanciales o esenciales que han de quedar garantizados constitucionalmente so pena de infringir lo dispuesto en el artículo 39.1. El vínculo del parentesco es lo decisivo, y éste no es, según el mismo Diccionario, sino vínculo, conexión, enlace por consanguinidad o afinidad, conceptos uno y otro vinculados necesariamente al hecho de la generación biológica (el de la consanguinidad) o a éste más el de la unión conyugal, también intrínseca y directamente relacionado de suyo con la generación (la afinidad)⁵⁵.

54 ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Las competencias como paradigma de la autonomía local”, *Justicia Administrativa*, número monográfico sobre régimen local, año 2000, p. 43. Vid., también, FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J., “El principio de autonomía local y la posible superación de la teoría de la garantía institucional”, *cit.*, p. 131.

55 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La familia en la

Esta es también la definición que ofrece la propia antropología social: agrupación o comunidad social cuyos miembros se hallan unidos por lazos de parentesco⁵⁶.

La familia se caracteriza, por tanto, por ser una forma de asociación natural o unión social natural que liga a sus componentes por mediación de vínculos de parentesco, es decir, que se funda en el parentesco, garantizando la solidaridad entre sus miembros y la mutua asistencia de sus componentes⁵⁷. Es el grupo de personas con las cuales se comparten objetivos de vida así como algún parentesco (de consanguinidad o no): madre, padre, abuelos, hermanas y hermanos, tías y tíos, primas y primos⁵⁸. Lo que daría forma y esencia a la familia sería justamente los lazos entre quienes la integran, los cuales se reducen a tres relaciones básicas, la primera tiene un polo masculino y otro femenino en la mayoría de los casos, sin perjuicio actualmente pueden ser ambos masculinos o ambos femeninos, es más, puede que sólo sea uno de ellos. Cuando existen dos polos estamos ante una relación afectiva, reconocida principalmente como matrimonio por los demás miembros de la comunidad, al cual se pueden agregar también las parejas de hecho. La segunda se da entre aquel polo y los hijos y se denomina relación paterno-filial, mientras que la tercera tiene lugar entre los hermanos y es denominada relación fraternal. La familia implica la existencia de relaciones de paternidad, maternidad y filiación, estas tienen un carácter de universalidad, está presente en todas las sociedades actuales y en todas las sociedades conocidas⁵⁹.

La noción constitucional de familia no alude pues, esencialmente, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. No se refiere a simples relaciones de afecto

Constitución Española”, *cit.*, p. 16.

56 Vid. BEALS, R.L. y HOUER, H., *Introducción a la antropología*, Aguilar, Madrid, 1972. p. 475; y LÉVI-STRAUSS, C., *Antropología estructural*, Fabela, Buenos Aires, 1968, pp. 35 y ss. Referencia tomada de SERNA, P., “Crisis de la familia europea: una interpretación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, núm. 2, año 1994, p. núm. 10, año 2006, p. 235.

57 SÁNCHEZ MAILLO, C., “La familia: una institución natural preexistente a la ley. Perspectivas sobre su regulación actual en España”, *cit.*, p. 187.

58 OLIVA GÓMEZ, E. y VILLA GUARDIOLA, V.J., “Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización”, *Justicia Juris*, vol. 10, núm. 1. Enero-junio 2014, p. 12.

59 ROCHA ESPÍNDOLA, M.A., “El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, ...”, *cit.*, p. 9.

o amistad y apoyo mutuo, aunque ciertamente las implique derivadamente, como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos. En la cultura, en el sistema de conceptos socialmente aceptados, en el marco de las normas jurídicas que determinan la interpretación que debe hacerse de lo que es la familia para la Constitución de 1978, no es concebible ésta sin relación alguna posible con el hecho básico de la generación y consiguiente cuidado de nuevas vidas humanas, encontrándose por el contrario en este hecho su elemento más netamente determinante y fundamental⁶⁰. La familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere⁶¹. La familia pone en evidencia el vínculo de pertenencia que se instaura entre los sujetos que la componen, es esa forma específica de sociedad primaria lo que une y lo que de hecho permite un desarrollo armónico de las diferencias constitutivas del ser humano. La relación “tú-yo” cotidiana y estable que pasa a través de las relaciones primarias que se viven en la familia favorece también el crecimiento equilibrado de la persona. La autoconciencia del hombre, incluso de forma inconsciente, se apoya por tanto en un vínculo y en una pertenencia originaria en la que es posible volver a encontrarse en todo momento. La familia, así entendida, se difunde en la sociedad no como un bien privado sino como un auténtico y verdadero bien común: saca a la luz la intrínseca naturaleza relacional de la experiencia humana⁶².

Como señala SEGALÉN, la existencia de las redes de parentesco reviste una gran importancia en una sociedad que aísla al individuo, pudiendo hablarse de “familia refugio”. No se trata sólo de integrarse en el grupo doméstico conyugal, sino de situarse en la red familiar que permite identificarse en el tiempo y en el espacio. Es por la historia familiar por la que se sabe quién se es y de dónde se viene. Contenido en la sucesión de las generaciones, inscrito en las redes de colateralidad, identificado en relación al origen geográfico familiar, cada uno reconoce su lugar. Las redes proporcionan un sentimiento de estabilidad, de pertenencia, funcionando como un verdadero sistema de identificación. Incluso, cuando se trata de

parientes que no residen en un espacio cercano. Los parientes lejanos en el espacio tienen una función latente, pudiendo ser reactivada rápidamente la red en caso de una crisis o una necesidad⁶³.

La importancia del vínculo de parentesco como elemento caracterizador de la familia ha sido también destacada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su prolija doctrina sobre los artículos 8 y 12 del Convenio. Así, en especial, pueden verse las Sentencias *Görgülü v Alemania*, 2004, y *Haase v Alemania*, también de 2004. En esta se establece que sobre el Estado recae el deber de permitir el desarrollo de los vínculos familiares, debiendo tomar las medidas necesarias para hacer posible la vida en común de padres e hijos⁶⁴.

La prestigiosa Corte Constitucional de Colombia define la familia como aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos⁶⁵. También, la Corte Suprema de Estados Unidos manifestó en *Lehr v Robertson*, 1983, que la conexión biológica es la que ofrece al padre natural una oportunidad que ningún otro varón posee para desarrollar una relación con su descendencia.

A la vista de ello, puede afirmarse que todo intento de “ensanchar” lo familiar a vínculos no relacionados con la generación y las obligaciones que de ella intrínsecamente derivan, principalmente para los progenitores (aunque puedan prolongarse esas obligaciones con diversa intensidad por los vínculos de parentesco), debe considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 39.1, sin perjuicio de las extensiones analógicas que siempre habrán de mantener esta relación esencial al menos con lo que son las obligaciones subsiguientes a la generación⁶⁶. Queda excluida la constitucionalidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte completamente de su presupuesto institucional básico. Podrán darse

60 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La familia en la Constitución Española”, *cit.*, p. 16.

61 DE PINA VARA, R., *Diccionario de Derecho*, Porrúa, 2005, México, p. 287. Vid. OLIVA GÓMEZ, E. y VILLA GUARDIOLA, V.J., “Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización”, *Justicia Juris*, vol. 10, núm. 1. Enero-junio 2014, p. 12.

62 ROCHA ESPÍNDOLA, M.A., “El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, ...”, *cit.*, p. 3.

63 SEGALÉN, M., *Antropología histórica de la familia*, Taurus Universitaria, Madrid, 1992, p. 91.

64 GEERLINGS, J., “Matrimonio y familia en el ordenamiento jurídico europeo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 68, año 2007, pp. 331 y 332.

65 Sentencia C-821/2005.

66 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La familia en la Constitución Española”, *cit.*, p. 12.

algunas ampliaciones analógicas de la institución tendientes precisamente a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella o la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales adecuadamente. Pero tales ampliaciones sólo podrán justificarse sobre la base precisamente del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia⁶⁷. El concepto jurídico de familia responde al grupo conformado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos⁶⁸.

Por lo tanto, si bien es cierto que el concepto de familia puede encontrar diferentes interpretaciones en la sociedad actual, más compleja y plural que la de hace unas décadas, ello no significa que haya que renunciar a un concepto de familia o, al menos, a unos rasgos definidores mínimos. Señalar que el legislador ordinario no está sujeto a un concepto constitucional de familia y que, por tanto, su posibilidad de configuración legal de lo que se entienda por ésta es muy amplia, como expresa algún autor⁶⁹, no guarda congruencia con el propio hecho de que la Constitución proclame expresamente la garantía institucional de la familia. Dicha interpretación no puede sostenerse so pena de olvidar no sólo el tenor del artículo 39 y de las normas internacionales de las que el mismo surge, sino de la propia presencia de la familia en la Constitución.

La familia es una institución en constante cambio en razón de los propios cambios sociales, pero independientemente de ello, ha conservado las funciones que en todas las sociedades le han sido asignadas como institución primaria para la transmisión de valores y tradiciones, producción, reproducción, protección de la vida y control social⁷⁰. A lo que no-

sotros añadiríamos, que ha conservado igualmente unos rasgos caracterizadores como es el del parentesco, ya sea natural o jurídico.

El Tribunal Supremo (Sala 1.^a) en su Sentencia de 12-V-2011 así lo reconoce cuando señala que “el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”. Como el mismo Tribunal recuerda en su Auto de 2-II-2015 (rec. 245/2012), el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico o solamente reconocidos por otros ordenamientos jurídicos distintos del español. El legislador español goza de un cierto margen de libertad para atribuir el carácter de relación paterno-filial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o maternidad biológicas, pero de ello no deriva la obligación de los poderes públicos de otorgar necesariamente el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que en ordenamientos extranjeros son reconocidas como tal filiación, pero que no lo son en el ordenamiento jurídico español.

La transformación social o, en términos más correctos, la ampliación del modelo tradicional de familia no es óbice para reconocer que sí al menos pueden deducirse unos elementos mínimos caracterizadores de la institución que configuran su núcleo esencial o que al menos a los roles más tradicionales, si bien pueden ver incorporados otros nuevos y ser complementados, no pueden alterarse sustancialmente cuando se mantienen o pretenden mantenerse, y, entre ellos, destaca la presencia de una serie de relaciones de parentesco que corresponden a cada uno de sus miembros y que en su conjunto conforman la familia. Lo que la Constitución protege, desde la perspectiva de la garantía institucional, es el núcleo básico de la institución, pudiendo afirmarse que tales roles son parte de tal núcleo. La simple lectura del artículo 39 de la Constitución permite deducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que expresamente se refiere dicho precepto. El propio Diccionario de la RAE define familia a

67 *Ibidem*, p. 17.

68 BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R., *Derecho de Familia y Sucesiones*, 2.^a ed., Oxford, México, 2001, p. 9. Vid. OLIVA GÓMEZ, E. y VILLA GUARDIOLA, V.J., “Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización”, *Justicia Juris*, vol. 10, núm. 1. Enero-junio 2014, p. 17.

69 Véase, en especial, LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, enero-diciembre 2013, p. 179.

70 VELA CARO, A.C., “Del concepto jurídico de familia

en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana: un estudio comparado en América Latina”, *Repositorio institucional de la Universidad Católica de Colombia*, p. 6.

partir de dichos roles que la singularizan e identifican y que forman parte de su núcleo esencial. Así, las dos primeras acepciones de familia son: 1. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas; y 2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.

Como señala LORENZO-REGO⁷¹, no toda comunidad de vida es familia, ya que se requieren unos vínculos de parentesco⁷², siendo la familia, en palabras de HERRERA, la comunidad de vida fundada en el parentesco que tiene por fin el desarrollo personal y la ayuda mutua de quienes la forman⁷³. La familia supone, pues, parentesco y comunidad de vida, aunque puede también afirmarse que es la primera característica la más esencial en la medida que permite incluir tanto a la familia en sentido restrictivo, véase, los parientes que viven en comunidad, como suelen ser los padres, hijos y en muchas ocasiones los abuelos, como a la familia en sentido amplio, parientes sin vida en común o bajo el mismo techo. HERRERA distingue así dentro del concepto de familia entre familia como comunidad de personas relacionadas con la idea de hogar y casa (cohabitación y convivencia) y los parientes⁷⁴. La familia requiere, pues, dos condiciones: el parentesco y la comunidad de vida. Si falta la comunidad de vida entre parientes, existe parentesco, o sea, parentela, relaciones de consanguinidad o afinidad con deberes de solidaridad y -en ciertos grados- con derechos y deberes, con relaciones de justicia (v. gr. el deber de los hijos de ayudar a los padres necesitados). Y concluye HERRERA que si no hay parentesco, la comunidad de vida no es familiar, sino de otro tipo, aunque adopte formas semejantes⁷⁵.

¿Significa todo ello que el legislador y el intérprete constitucional ha de hacer caso omiso de la realidad y sus cambios? LORENZO-REGO señala, citando a García Cantero, que la norma no puede ser mera traducción a términos jurídicos de lo que acontece en el diario quehacer social. No es mera legalización de lo que ha sucedido o está sucediendo en la vida real. De ser ello así, sobrarían los órganos legislativos y todo sería costumbre o uso social, o, incluso, mero hecho jurídico, convertido automáticamente

en regla de Derecho⁷⁶. Ello no es óbice, entendemos, para que en pos de la teoría evolutiva del Derecho que nuestro Tribunal Constitucional incorpora como estándar de interpretación constitucional en la Sentencia 198/2012 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo no pueda entenderse que la Constitución haya de hacer caso omiso a la realidad social. Sin embargo, no toda realidad social provoca necesariamente una mutación social. Hay que valorar en qué medida dicha realidad respeta o no los derechos y libertades y las instituciones garantizadas constitucionalmente y, más concretamente, por lo que a éstas se refiere, aquellos rasgos mínimos que la singularizan y la dotan de realidad, como en el caso que nos ocupa es el parentesco.

Así pues, no puede afirmarse que nuestro ordenamiento constitucional haya de renunciar al concepto de familia en los términos que ha venido siendo entendida, por el mero hecho de que determinados grupos sociales o personas reivindiquen una ampliación de sus elementos caracterizadores en mera satisfacción de un deseo personal, aunque sea el tan honroso de tener hijos. Ni una nueva realidad social ha de provocar necesariamente la desfiguración de la institución ni tampoco nuestro orden constitucional haya renunciado al menos a un mínimo que permite diferenciar a la familia de otras instituciones o formas de convivencia o agrupación social o que, al menos, los tradicionales roles que la han singularizado puedan verse, más allá de ser complementados con otros, sustancialmente alterados. Pueden acogerse dentro del concepto contemporáneo de familia nuevos roles pero no alterar sustancialmente los ya existentes, so pena de infringir la garantía institucional. El legislador puede crear vínculos jurídicos similares a los derivados de los lazos biológicos que existen entre padres e hijos como consecuencia de la relación biológica de filiación, pero no alterar sustancialmente éstos o permitir que se alteren, lo que ocurriría en aquellos casos en los que se conjugaran en una misma persona un doble rol biológico como sería, por ejemplo, el de madre y tía, madre y prima o abuela y madre. Desde la perspectiva de meros roles sociales ello puede admitirse, pero cuando entramos ya en las relaciones biológicas de filiación no. La paternidad social puede admitir diferentes formas de expresión, pero la biológica no sin menoscabo del mejor interés del menor. No todo lo posible ha de ser necesariamente permitido dado que el Derecho tiene una función de ordenación cuyo objetivo se centra

71 LORENZO-REGO, I., *El concepto de familia en Derecho español: ...*, op. cit., p. 22.

72 *Ibidem*, p. 22.

73 HERRERA, F.J., "La estructura jurídica de la familia", *Persona y Derecho*, núm. 10, año 1983, p. 358.

74 *Ibidem*, p. 356.

75 *Ibidem*, pp. 357 y 358.

76 LORENZO-REGO, I., *El concepto de familia en Derecho español: ...*, op. cit., p. 22.

en estructurar la filiación para asegurar la protección en la igualdad y en el respeto de la dignidad y de la libertad de cada uno.

La configuración institucional concreta se encomienda al legislador ordinario al que la Constitución fija como límite el de respetar ese núcleo esencial de la institución que la propia Constitución garantiza. Esta técnica de protección actúa contra cualquier pretensión de desvirtuarla o desnaturalizarla, de manera que sólo mantenga el nombre pero no sus rasgos característicos.

7. ¿AFECTA LA MATERNIDAD SUBROGADA AL CONTENIDO ESENCIAL DE LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN GARANTIZADA CONSTITUCIONALMENTE EN EL ARTÍCULO 39.1 CE?

El contenido o núcleo esencial de la familia puede verse sustancialmente alterado por la gestación subrogada altruista, tanto en cuanto, por la dinámica de ésta, se alterarán las relaciones de parentesco o roles que permiten identificar a la familia y diferenciarla de otras instituciones. Así, tal legalización supondrá, como ocurre en el ámbito de la donación de órganos entre vivos, que quien está habitualmente dispuesto a ceder su vientre para portar el futuro bebé de unos terceros será un familiar, alguien próximo y perteneciente al núcleo familiar, lo que a la postre provocará la alteración de los roles o concurrencia de roles dentro de la familia, afectando a los rasgos que la identifican y singularizan. Los roles acabarán por alterarse y duplicarse. La condición de abuela concurrirá con la de madre (aquella que siendo madre de uno de los comitentes acepta ceder temporalmente su vientre) o con la de tía o prima. Tal alteración de los roles en los que se asienta la familia y que la singulariza y diferencia de otras formas de agrupación social supone, lisa y llanamente, una alteración de sus rasgos esenciales, que es precisamente lo que prohíbe la Constitución al dotar a dicha institución de una garantía institucional. Tal alteración afecta especialmente al propio interés superior del menor pues, como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Frette c. Francia* de 26 de febrero de 2002, no se trata de dar un niño a una familia, sino una familia a un niño.

Frente a este argumento podrá alegarse, recurriendo incluso al caso de la donación de órganos entre vivos, que la aprobación en nuestro sistema jurídico de la gestación subrogada no ha de suponer

el que se superpongan y, consecuentemente, se alteren dichos roles o vínculos, ya que también cabe que un tercero ajeno a la familia pueda ceder gratuitamente su vientre, como de hecho ocurre con la mencionada donación entre vivos de órganos. Sin embargo, este argumento ignora que precisamente si acudimos a las estadísticas de la donación de órganos entre vivos podemos observar cómo la mayoría o casi unanimidad de casos, con alguna muy contada excepción, se produce en el entorno familiar porque es difícil encontrar a un tercero que, más allá de los vínculos o compromisos morales que genera la familia, esté dispuesto a ceder un órgano a un tercero⁷⁷. El caso del *buen samaritano* ha existido en nuestro país pero es muy excepcional. Incluso, tal posibilidad se ha planteado realmente cuando se trata de una donación en cadena, pero este supuesto muy específico no parece que sea factible en el caso de la gestación subrogada. La propia Organización Nacional de Trasplantes recoge en sus estadísticas que el donante vivo altruista que no tiene relación de parentesco con el receptor suponía el 1% del total de las donaciones entre vivos en el año 2010. En las estadísticas del año 2014 el donante no familiar, sino amigo, supone el 8% del total de donaciones entre vivos y en el 2015 el 7%.

En definitiva, la gestación subrogada altruista, en el caso de incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico, va a desarrollarse con casi exclusividad en el marco de las relaciones biológicas familiares, como de hecho ocurre en otros ámbitos como es el de la donación de órganos entre vivos, lo que, necesariamente supondrá una alteración sustancial, sino de la familia, sino de los roles biológicos que coexisten en la misma, produciéndose una duplicación de tales roles que puede considerarse contraria tanto a la protección constitucional que se reconoce a la familia como al propio interés superior del menor.

Ciertamente, el caso de la poligamia no es equiparable al que estamos planteando, aunque una de las razones que se esgrimen en nuestro orden jurídico para rechazar el mismo, más allá de la incidencia que dicho fenómeno tiene en la dignidad e igualdad de la mujer radica también en la simultaneidad de roles. La poligamia incide directamente sobre la capacidad para contraer matrimonio. Se inserta en el momento

⁷⁷ VVAA, “Actitud hacia la donación renal de vivo entre el personal sin relación con el trasplante en un hospital con programa de trasplante de órganos sólidos de cadáver y de vivo”, *Diálisis y Trasplante*, vol. 28, núm. 1, año 2007, pp. 10 a 16. Vid., también, OCHARAN-CORCUERA, J., “Trasplante renal en España”, *Diálisis y Trasplante*, vol. 32, núm. 4, año 2011, pp. 139 a 141.

de constitución del vínculo y lo desvirtúa en su mismo espíritu, al dar respaldo jurídico a un esquema que permite su simultaneidad con otro vínculo ya establecido y vigente. Por esta razón, choca de frente con la estructura monogámica del matrimonio y la exclusividad de los derechos interconyugales⁷⁸. En nuestro caso, podría afirmarse que la maternidad subrogada desvirtúa el mismo espíritu de la institución de la familia al dar respaldo jurídico a un esquema que permite la simultaneidad de un rol con otro diferente ya establecido y vigente. No se trata de que un pariente venga a sustituir el rol que venía jugando el familiar fallecido (véase, el abuelo o abuela, hermano o hermana mayor o colateral tío o tía que suple el papel del padre o madre fallecidos), sino que los roles se duplican en el tiempo.

En definitiva, la maternidad subrogada en los únicos términos en los que pudiera desarrollarse en nuestro ordenamiento jurídico, de manera altruista y entre parientes, afecta directamente al núcleo esencial de la familia como institución garantizada constitucionalmente, lo que queda veda por la Constitución de conformidad con el tenor de su artículo 39.1 CE y la interpretación del mismo desarrollada por el Tribunal Constitucional.

Y concluimos citando una vez más a ROCA TRÍAS cuando señala en uno de sus trabajos que no puede considerarse que la familia como institución esté en crisis, si por crisis se entiende algo parecido a apuros, conflictos o problemas de la institución. Crisis significa aquí cambio y es innegable que la familia se encuentra en una clara época de evolución y cambio sin que se sepa, al menos de forma clara, cuál será el resultado final de este proceso⁷⁹, aunque como también apunta SERNA, si bien constituye un lugar común hacer referencia a que la familia se encuentra en crisis, esta aseveración, compartida por algunas de las voces más autorizadas de nuestra época, no convence, sin embargo, a todos. Otros piensan que la familia fue la institución más atacada por las ideologías libertarias de finales de los años 60 y 70, pero que hoy constituye un valor en alza consolidada y creciente, siendo la única institución de nuestros días por la cual una gran mayoría de los europeos declara estar dispuestos a sacrificar todo, incluida su propia vidas. La complejidad del tema es notable, y

la opción por uno u otro diagnóstico depende mucho de lo que entendamos por familia⁸⁰.

En todo caso, se admita o no la crisis o se debata cuál es el verdadero efecto de la misma sobre la percepción social de la familia, los cambios encuentran, al menos, unos límites que responden a lo que ha constituido y seguirá constituyendo el principal rasgo que otorga carta de naturaleza a la familia como es el de las relaciones de parentesco y si la maternidad subrogada puede poner en riesgo dichas relaciones, como entendemos que hemos explicado en este trabajo, será mejor optar por la cautela y no exponer a un notable riesgo a una institución milenaria por satisfacer los deseos, por muy nobles que sean, de unos pocos ciudadanos.

78 FERNÁNDEZ-CORONADO, A., "Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril 2009, p. 144.

79 ROCA TRÍAS, E., "Familia y Constitución", *cit.*, p. 226.

80 SERNA, P., "Crisis de la familia europea: una interpretación", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, núm. 2, año 1994, p. núm. 10, año 2006, p. 233.