

LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ELEMENTOS DEL MODELO DE FAMILIA CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO: 1. *La generación, como hecho determinante básico del modelo constitucional de familia*. 2. *El matrimonio como vínculo fundante esencial de la familia constitucionalmente protegida y de la prolongación o ampliación de los vínculos familiares*.—III. FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA.—IV. EL DEBER CONSTITUCIONAL ADICIONAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE HIJOS Y MADRES EXTRAMATRIMONIALES.

I. INTRODUCCIÓN

La familia es una institución jurídico-privada si nos atenemos, como creemos que es lo más realista, a un criterio subjetivo en la delimitación de la *summa divisio* del Derecho en público y privado, que es, por cierto, tan importante mantener para garantizar del mejor modo la efectiva sumisión del conjunto heterogéneo de las relaciones interpersonales a lo requerido por la justicia (1). Pero es a la vez una institución cuya gran relevancia social justifica, desde luego, su vieja comprensión como *quasi seminarium rei publicae* que es algo que nada tiene que ver, de suyo, con «una concepción publicista de la familia» (2).

(1) Vid. sobre ello nuestra *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 15 y sigs.

(2) Contra lo afirmado por PIETRO PERLINGIERI, en «La familia en el sistema constitucional español», *Revista de Derecho Privado*, febrero 1988, pág. 110. Sorprende que este autor, tras negar, con buen criterio, la naturaleza publicista de la familia, trate de aplicarle principios de ordenación, como el democrático, que la Constitución predica específicamente de los Poderes y organismos públicos de base colectiva y que fuera de ellos extiende sólo explícitamente a algunas

Esa forma de subrayar el papel educativo de la familia se basa en consideraciones de otro tipo, de las que hablaremos en este trabajo.

La muy especial importancia de la familia para el interés general —para la más fácil consecución de las condiciones que permitan a todos ejercer con plenitud y armonía sus derechos y libertades y cumplir sus deberes— explica su relevancia constitucional y la muy amplia atención que le dispensa en concreto la Constitución española de 1978 (3). No hay ninguna otra institución o instituto jurídico-privado que cuente con tantas determinaciones constitucionales. Aunque nada de esto publiquen 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 Legislador.

Que un administrativista se introduzca en la cuestión objeto de este ensayo no comporta pretensión alguna de incluirla en el ámbito específico del saber propio del Derecho administrativo. Estamos básicamente en el ámbito del Derecho constitucional en su entrecruzamiento con una parte del Derecho privado. Ciertamente habrá luego algunas actuaciones protectoras de la familia que sí entren en el ámbito del Derecho administrativo o del fiscal, por ejemplo, cuyo fundamento se encontrará asimismo en el ordenamiento constitucional nacional, por lo que la cuestión no deja de tener relevancia para el ámbito específico del Derecho administrativo (4). Pero somos bien conscientes de que abordamos un tema multidisciplinar, aunque básicamente constitucional.

Estamos los administrativistas muy familiarizados con la interpretación del orden constitucional. No tenemos más remedio. Y son los hábitos metodológicos adquiridos en la percepción y análisis de todo el abanico de las intervenciones del Poder público lo que tal vez nos proporciona un enfoque y una perspectiva que quizás sean útiles a la hora de determinar el alcance de las

organizaciones privadas o libres pero de gran relevancia pública cuales son los partidos políticos y los sindicatos, precisamente en razón de su papel como cauces participativos en la vida de las instituciones públicas.

(3) *Hoy se reconoce que la familia no es sólo el eje capital del Derecho privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política (...), base insustituible para una organización estable y eficaz* (NICOLÁS PÉREZ SERRANO: *Tratado de Derecho Político*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1984, pág. 687).

(4) Vid. una manifestación bien interesante de lo que decimos en DAVID BLANQUER: «Familia y matrimonio en la Ley de extranjería (Comentario a la Sentencia del TSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 1997)», en *Revista Española de Derecho Administrativo* (Civitas), núm. 99, julio-septiembre, 1998, págs. 443 y sigs.

prescripciones constitucionales sobre las más diversas expresiones del vivir social. Y, en concreto, por lo que se refiere al mandato constitucional de proteger a la familia, va bien, por ejemplo, tener en cuenta que el *fomento* es fin y no sólo medio, que puede y debe realizarse de muy diversas formas, entre las que figura, desde luego, la regulación jurídica con la consiguiente imposición de situaciones de ventaja y de desventaja a ella inherentes (5).

Vaya por delante en cualquier caso la consabida fórmula —en la que creo muy seriamente— de que cuanto aquí se sostiene se somete con gusto a cualquier otro parecer mejor fundado *en Derecho*.

II. ELEMENTOS DEL MODELO DE FAMILIA CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO

Se ha hecho relativamente frecuente la afirmación de que la Constitución carece de un modelo de familia, mostrándose abierta a distintos tipos de familia. Nada más contrario, a nuestro parecer, a lo que resulta del texto constitucional con más que suficiente evidencia. Hay, desde luego, ciertos aspectos 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 familia. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, sobre la Ley del IRPF, afirmó claramente que *cualquier norma que incida sobre la vida de la familia debe ser respetuosa con la concepción de ésta que alienta en la Constitución* (6). Y los profesores Díez-Picazo y Gullón vienen sosteniendo que *puede hablarse de un «orden público familiar» en la medida en que las reglas básicas sobre las que la familia se organiza se en-*

(5) Tuvimos oportunidad de esclarecer el término *fomento* y sus análogos, en «La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al Fomento en la teoría de los modos de actuación de la Administración Pública», *Libro Homenaje al prof. Villar Palasí*, Civitas, 1989, 751-768.

(6) FJ. 7. El ponente de la Sentencia fue el profesor Rubio LLorente. Vid. Suplemento del BOE del 2 de febrero de 1989, BJC núm. 95, marzo 1989.

cuentran recogidas en el texto constitucional (7). Hay límites y exigencias constitucionales infranqueables y vamos a tratar de dar cuenta aquí de ellas.

1. *La generación, como hecho determinante básico del modelo constitucional de familia*

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, que manifiesta además, bien significativamente, una especial preocupación por los niños, es decir por las personas menores, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse muy particularmente de ellos.

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 o amistad y apoyo mutuo, aunque ciertamente las implique derivadamente, como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos. 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 a que luego aludiremos, que siempre habrán de mantener esta relación esencial al menos con lo que son las obligaciones subsiguientes a la generación (8).

(7) Cfr. L. Díez-PICAZO, y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV (*Derecho de familia. Derecho de sucesiones*), 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 42. También habla de este orden público familiar, por ejemplo, Pietro Perlingieri, aunque vinculándolo solamente, de forma verdaderamente insuficiente, a los valores superiores del ordenamiento del artículo 1.1 de la Constitución («La familia...», cit., pág. 111).

(8) Si la familia simplemente representara un lugar de comunidad, un grupo idóneo para el desarrollo libre y pleno de las personas que lo componen (PIETRO PERLINGIERI: «La familia...», cit., pág. 110), ¿dónde habría que poner el límite —si es que alguno tuviera— para deslindar lo que es familia y lo que no lo es, o para identificar lo que es familia? ¿En qué radicaría su especificidad como *formación social privilegiada y garantizada* de la que habla el mismo Perlingieri (*op. cit.*, pág. 109)? Ciertamente, *el afecto, el sentimiento, no puede ser dispuesto mediante remedio legislativo o judicial* (*op. cit.*, pág. 112), pero el Derecho no entra ni debe entrar en esas cosas:

Todos los textos internacionales que, desde el artículo 16 de la Declaración Universal de 1948, proclaman que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*, sitúan esta institución explícita o implícitamente en relación intrínseca con el hecho capital de la generación de nuevas personas humanas. De modo muy explícito, el artículo 10 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 13 de abril de 1977, *BOE* del 30 del mismo mes), 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 parte, el artículo 5 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, *BOE* del 31), 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 presente Convención*. Un texto del que se desprende que, en principio, los padres con sus hijos constituyen la familia ordinaria, aunque los deberes sobre los menores puedan tener que ser ejercidos, si faltan los padres (o en otros supuestos análogos que las legislaciones contemplan, como su incapacidad) por la *familia ampliada*, que efectivamente 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 colaterales. En cualquier caso, confirma de nuevo la esencial relación de la familia con la necesaria atención a los niños o menores integrados en ella precisamente por razón de la filiación que deriva de la generación. Por eso también el artículo 8 de la misma Convención incluye expresamente en la *identidad* que todo niño —toda persona humana menor— tiene derecho a ver respetada y preservada, sus *relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas*.

El artículo 9.4, para atender a situaciones anómalas o irregulares que pueden afectar a la relación paterno-filial, emplea, por su parte, el término de *familiar* para referirse a los padres o al niño en su relación con éstos. Y el artícu-

la protección jurídica de la familia constitucional mira a vínculos con sustancia jurídica y no se ocupa ni puede ocuparse de afectos, cabalmente. Sólo en el análisis de la teleología y del fundamento de las normas, como luego veremos, podrá aparecer la importancia que pueda reconocerse no tanto a los afectos como al amor, entendido como concepto distinto y más integrador.

lo 10 —siempre de la citada Convención de Naciones Unidas— se refiere a la *reunión de la familia* como reunión precisamente de los padres y sus hijos. Y es que, a la postre, todo el sistema jurídico de protección internacional de los derechos del niño descansa sobre *el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño* y de que *incumbirá a los padres* o, en su caso, a los representantes legales, *la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño* (art. 18 de la Convención), lo que encuentra su marco institucional ordinario y regular en la familia, basada precisamente en los vínculos determinados por la generación.

Sobra decir que lo que se deduce del artículo 39 de la Constitución, reforzado además por todos estos importantes textos internacionales —y los que aún hemos de citar más adelante, que contienen implícitamente la misma idea básica—, concuerda con la significación común que la palabra *familia* tiene en la lengua castellana. Dice el Diccionario de la Lengua que, en su significación primaria y más común, es un *grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas* (lo que, tras la Constitución y las reformas consiguientes del Código civil, sólo requerirá completar con la previsión de que esa autoridad sea ejercida por una o *varias* de ellas). Pero 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).

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 fundamental. Si se aplican los parámetros que, desde fechas tempranas, estableció nuestro Tribunal Constitucional para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales que lo tienen constitucionalmente protegido —aunque no sea éste exactamente el caso—, difícilmente cabría llegar a una conclusión diferente.

No se puede ignorar tampoco que la coherencia sistemática que imponen las reglas hermenéuticas obliga a tomar en consideración los elementos configuradores de la familia real que se establecen en el Título II de la Constitución y que es, como se sabe, una de sus pocas partes «duras» o esenciales, sólo alterables por el procedimiento de revisión constitucional del art. 168.

Los conceptos de Corona *hereditaria*, de *legítimo heredero*, de *Príncipe heredero*, expresados en el artículo 57, están inequívocamente vinculados a la

institución familiar como realidad jurídica basada en la generación y por eso se habla de *primogenitura*, se emplean los demás conceptos técnicos de las relaciones de parentesco de *representación*, *línea* y *grado*, o se habla de la condición de heredero *desde su nacimiento*.

En fin, las previsiones sobre la *Regencia* del artículo 59 o sobre la *tutoría del Rey menor* del artículo 60 muestran también la constitución de la familia sobre vínculos de paternidad o maternidad y filiación.

Todo ello excluye obviamente la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte completamente de su presupuesto institucional básico. Podrán darse, como se han dado tradicionalmente y se dan en el Derecho civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes 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, lo que, obviamente, será de particular aplicación a los menores (sería el caso del acogimiento y de la adopción, destacadamente, en la medida en que, concretamente esta última figura, comportará un vínculo analógico de filiación reconocido por el Derecho). Pero tales ampliaciones sólo podrán justificarse sobre la base precisamente del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva precisamente de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona humana.

Cualquier relación interpersonal no derivada inmediata o mediatamente de la generación (o de algún hecho jurídicamente equiparable según lo que acaba de recordarse) o que, por razones naturales, no constituya una estructura relacional de suyo y en abstracto o de modo general apropiada para generar nuevas vidas humanas de forma natural, no tiene encaje constitucional en el modelo de familia que la Constitución obliga a proteger, no sólo ni principalmente social y económicamente, sino también y sobre todo jurídicamente.

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 básicamente 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 18, o de

la libertad de residencia del artículo 19, o, en fin, más amplia y genéricamente, la garantía del derecho a la libertad en general que se contiene en el artículo 17.

Y, desde luego, el primer deber constitucional que dimana del art. 39.1 para los Poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia constitucional, evitando precisamente su desamparo como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico distinto y más protector que el que se dispense a formas de convivencia al modo *doméstico* contrarias precisamente al modelo familiar constitucional. Porque el fondo de la cuestión es que la Constitución —y los textos internacionales— quieren propiciar y proteger en consecuencia una forma determinada de producirse y estructurarse las relaciones vinculadas a la generación, fundando en ello el mandato de diferenciación jurídica, de desigualdad de trato jurídico que comporta el deber de proteger jurídicamente a la familia, establecido en el artículo 39. El modo en que se produzca la generación de vidas humanas y su necesaria atención subsiguiente no es indiferente para nuestro orden constitucional: hay sólo uno que la Constitución estima regular y ordena protegerlo especialmente mediante la institución familiar. No prohíbe, en principio o directamente, otros; cuenta, incluso, como luego veremos, con que en la realidad existan otros, a los efectos de garantizar algunos derechos que puedan quedar comprometidos con ellos. Pero, al ordenar que, en este campo y el que le rodea, sólo la familia goce de la adecuada y suficiente protección, prohíbe *a contrario* que se dispense similar protección a estructuras distintas que traten de realizar más o menos total o parcialmente sus mismas o análogas funciones.

Ello nos lleva directamente al segundo de los elementos esenciales del modelo constitucional de familia, que completa necesariamente al de la generación. Como venimos diciendo, toda familia ha de basarse en la generación, pero no toda relación basada en la generación, o relacionada intrínsecamente con ella, constituye una familia en el sentido constitucional.

2. *El matrimonio como vínculo fundante esencial de la familia constitucionalmente protegida y de la prolongación o ampliación de los vínculos familiares*

Es muy importante notar que el artículo 39 de la Constitución diferencia ostensiblemente entre lo que debe ser la protección de la familia (apartado 1) y la *protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil*, que los Poderes públicos deberán *asimismo* asegurar (apartado 2). Hay una filiación y una maternidad que para la Constitución son, por decirlo así, *familiares*, pro-

ducidas en el seno de la institución familiar que debe ser protegida, y hay o puede haber filiaciones o maternidades extrafamiliares, no integradas en la realidad de la familia. Precisamente porque esto es o puede ser así *de facto*, es por lo que la Constitución —de acuerdo también en este aspecto con diversos textos jurídicos internacionales— quiere garantizar *asimismo*, es decir también o además, de la forma más completa posible, a las personas humanas en su condición de hijos o de madres —por razón de la generación, en consecuencia—, tengan o no tal condición en el seno de una familia. Resulta evidente por el contexto que lo que se quiere asegurar en este apartado 2 del artículo 39 es especialmente la protección más integral posible a los *hijos* y *madres* aun cuando sean *extrafamiliares*, es decir, sin perjuicio y además de la protección que debe dispensarse a la familia. Luego volveremos sobre esto. Lo importante ahora es destacar la distinción constitucional entre filiación y maternidad familiares y extrafamiliares, que, por lo demás, implica también, obviamente, la posibilidad de una paternidad familiar y otra extrafamiliar (no en vano dice también el artículo 39.2 que *la ley posibilitará la investigación de la paternidad*).

Sorprendentemente son pocos los autores que hayan reparado en la importancia del adverbio *asimismo* para la correcta lectura y completa inteligencia del apartado 2 del artículo 39. Y algunos de los que lo han hecho han propendido a una interpretación difícilmente encajable en lo que tal término semánticamente aporta realmente. Muy tempranamente hubo quien entendió que con esa palabra se quería obligar a asegurar a los hijos la misma protección que el apartado 1 del artículo 39 garantiza a la familia como un todo, hasta llegar incluso a hacerla *prevalente* cuando hubiera de comportar el *sacrificio del resto familiar*. Pero no se entiende bien cómo puede extraerse este sentido de una palabra —*asimismo*— que, de un lado, significa «del mismo modo» y que por tanto no ampara prevalencia alguna, y que, de otro, en el contexto del apartado 2 del artículo 39, está exigiendo que la protección que el apartado 2 obliga a dispensar a la familia se dispense también a algo diferente, cual es la situación personal de filiación o de maternidad, cualquiera que ésta sea, es decir, por tanto, no sólo aunque no se produzca en el seno de la familia, sino precisamente cuando eso ocurra (puesto que la protección del hijo y de la madre como condiciones personales familiares es algo inherente a la protección de la familia misma) (9).

(9) La posición aludida es la de LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA, en «La familia en la Constitución Española», *Revista de Derecho Privado*, 1981, pág. 975, quien de esta forma introduce cierto grado de ambigüedad sobre su acertada afirmación inicial de que *la familia retratada* —en la Constitución— *es la legal o jurídica, es decir, la familia normal prevalente en nuestra sociedad, surgida por el matrimonio* (pág. 972).

Peor es aún la valoración que hizo, nada menos que un civilista tan ilustre como el profesor Lacruz Berdejo, quien, refiriéndose a la interpretación de quienes razonan que *si el párrafo segundo tutela «asimismo» a los hijos de cualquier clase, la familia a que se refiere el párrafo primero es sólo la matrimonial*, replica que tal conclusión no es segura, proponiendo que lo que ocurre es que *en el primer párrafo se refiere el precepto a la célula, y en el segundo, en particular, a algunos de los elementos que la constituyen*, y que, como *entran también en este segundo párrafo (pues no se distingue) los hijos matrimoniales y las madres casadas* junto a los hijos no matrimoniales y las madres no casadas, *no es que el párrafo primero considere a la familia legítima y el segundo a la no matrimonial, sino que el primero contempla el complejo y el segundo sus componentes* (10). Tesis, a nuestro juicio, insostenible, desde el mo-

Ha llamado, en cambio, muy acertadamente la atención sobre el término que comentamos GABRIEL GARCÍA CANTERO en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. II (arts. 42 a 107), 2.ª ed., EDERSA, Madrid, 1982, págs. 18 y sigs.

Examinando los antecedentes parlamentarios de la Constitución, se comprueba que no se dedicó la menor atención a la introducción de este importante término. Fue la enmienda 27 del Grupo Parlamentario Progresistas y Socialistas Independientes del Senado quien la introdujo, aunque, como en ella se pretendía aparentemente sobre todo meter la previsión de que la ley posibilitara la investigación de la paternidad —hasta el punto de que en la justificación de la enmienda sólo se alude a este extremo—, no consta que se discutiera la conveniencia de intercalar dicho adverbio. La enmienda 27 no prosperó en Comisión, pero el Grupo citado la sostuvo como voto particular 201, aprobándose en el Pleno del Senado, el 28 de septiembre de 1978, sin ningún voto en contra y sólo cinco abstenciones (*DS* núm.61, año 1978, pág. 3.077).

(10) Vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 3.ª ed., José María Bosch ed., Barcelona, 1990, pág. 27; e igualmente en la 4.ª ed., a cargo de Rams Albesa (1997), que mantiene aquí el mismo texto (pág. 24). Por eso Lacruz concluye diciendo que no cree, *en una apreciación que prescinda de cualquier juicio de valor, que en nuestra Constitución se pueda equiparar el concepto de «familia» con el de «familia legítima», de modo que sólo ésta se entienda nombrada en el artículo 39.1 (ibidem)*, si bien sostenga luego que *ello no implica que la protección haya de ser la misma para la basada en el matrimonio y la que no lo esté (ibidem y págs. 29 de la 3.ª ed. y —más abreviadamente— 26 de la 4.ª)*, ni que pueda alcanzar *a comunidades no basadas en la heterosexualidad o en el parentesco, o a la poligamia y poliandria* (pág. 28 de la 3.ª ed. y 25 de la 4.ª). Y en aparente contradicción con la argumentación que recogemos en el texto, afirmará en otro momento que *los derechos familiares se extienden a los hijos extramatrimoniales pero no al concubino, que sólo se considerará como familia en los casos concretos en que la ley otorgue al grupo extraconyugal, en cuanto tal, una tutela específica*, puesto que en principio la unión heterosexual extramatrimonial no es una suerte de *matrimonio de segundo grado*, y, *por tanto, tampoco es el núcleo de una familia en sentido legal* (págs. 30-31 de la 3.ª ed. y 26-27 de la 4.ª). Desde luego que esto debería ser así, conforme al modelo familiar que, a nuestro entender, protege la Constitución, pero no lo encontramos coherente con el punto de partida adoptado por el autor que citamos, quien, además, a propósito del artículo 32 de la Constitución y del matri-

mento en que el precepto reconoce de modo suficientemente explícito la existencia de distintos tipos jurídicos de filiación y de maternidad, por encima de los cuales se propone precisamente garantizar a *hijos y madres* una integral protección, como algo distinto de la que debe dispensarse a la familia. El prof. Lacruz invierte y fuerza completamente el sentido de la secuencia que preside la redacción de los apartados 1 y 2 del artículo 39. ¿Qué duda cabe que el apartado 1 se refiere a la *célula* y el 2 a *algunos de los elementos que la constituyen*? Pero es que a la vez este último sólo se explica en su redacción si se reconoce su propósito de proteger además otras situaciones de filiación y maternidad que no constituyen de suyo elementos de aquella *célula*, requiriendo por tanto una protección adicional y distinta de la que se refiere a la familia.

Por otro lado, aunque no se diga expresamente, resulta implícita la relación entre el apartado 2 y el apartado 3 —y de éste con el propio apartado 1— del mismo artículo 39, en cuanto que el 3 viene precisamente a concretar que *los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*. La filiación o la maternidad no familiares o extrafamiliares, cuya protección integral exige el apartado 2 como algo distinto de la protección de la familia (apartado 1), se traducen explícitamente en este apartado 3 en las producidas *fuera del matrimonio*. El *matrimonio* o la ausencia de él determina la existencia o no de la familia constitucional, sin perjuicio de que los padres deban ocuparse de los hijos por el hecho de serlo, como parte de la protección integral que el apartado 2 obliga a asegurar a los hijos. La referencia, en fin, del apartado 2 al *estado civil* de las madres, para decir que deberá dárseles protección integral cualquiera que aquél sea, alude inequívocamente también al *matrimonio*, pues en nuestro ordenamiento jurídico, desde tiempo inmemorial, éste es precisamente el determinante principal del estado civil relevante para la maternidad.

Como se escribió muy pronto, *el reconocimiento constitucional de las «relaciones estables de familia» no fundadas en el matrimonio que se recogía en los primeros textos del Anteproyecto de la Constitución, poco a poco fue diluyéndose hasta desaparecer* en el proceso de elaboración del texto constitucional definitivo (11).

monio, sostendrá —al menos en la edición 3.^a, de 1990— que no tendría *tacha de inconstitucionalidad la ley que aventaje a la familia legítima en el trato de los hijos* (pág. 40), si bien Rams Albesa suprime esto de la 4.^a ed., aun manteniendo alguna referencia a la doctrina que admite excepciones a la regla de igualdad en el trato de los hijos con base precisamente en el artículo 39.1 (pág. 32).

(11) Cfr. LUIS PRIETO SANCHÍS: «Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales», en *La Constitución Española de 1978*, estudio sistemático dirigido por A. Predieri y E. García de Enterría, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1981, pág. 349.

La redacción, en fin, del art. 39 sólo se justifica sobre la base de entender que, para la Constitución, la familia guarda intrínseca y esencial relación con el matrimonio (12).

Acertaba, por eso, el voto particular de Gimeno Sendra a la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre, cuando decía que, para negar a lo que él denominaba allí *uniones conyugales de hecho* la protección constitucional que se brinda a la familia, *se haría preciso identificar el concepto de «familia» del artículo 39.1 con el de familia «matrimonial» (o lo que es lo mismo, proyectar el artículo 32.1 sobre el 39.1)*. Ciertamente así es, aunque la *ratio* del art. 39.1 sea sobre todo positiva: proteger a la única familia que la Constitución considera tal, es decir a la fundada en el matrimonio, y no a otras unidades convivenciales *more uxorio*. El Magistrado Gimeno Sendra se opondría con su voto particular a esta interpretación, sin reparar en cuanto implica el apartado 2 del artículo 39 al obligar *asimismo* a proteger a hijos y madres, con independencia, en su caso, de la protección debida a la familia (13). La Sentencia a la que se opuso este Magistrado lo vio bastante claramente, en cambio, aunque no llegara a extraer todas las consecuencias. Sentó así la doctrina —reiterada luego en otras sentencias del mismo Tribunal Constitucional— de que no podría considerarse inconstitucional la falta de *paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales*, porque para nuestro orden constitucional *el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo*

(12) En el mismo sentido L. SÁNCHEZ AGESTA: en texto citado por LACRUZ BERDEJO en *op. cit.*, págs. 26 de la 3.^a ed. y 24 de la 4.^a, u O. ALZAGA: *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, pág. 311.

(13) El argumento que emplea Gimeno Sendra se basa precisamente en entender exactamente la misma cosa la familia del apartado 1 del artículo 39 y la filiación y maternidad del apartado 2, cualquiera que éstas sean. Adicionalmente pretende extraer un argumento del hecho de que *la redacción de la norma constitucional utiliza simplemente el término «familia» (y no el de familia fundada en el matrimonio) y tan familia es* —se empeña en decir— *la unión de dos cónyuges que, en su día, suscribieron el correspondiente convenio de matrimonio, como la unión afectiva y estable de una pareja*. Pero, aunque alguna Constitución como la italiana sí que haya definido explícitamente a la familia como *sociedad natural fundada en el matrimonio* (art. 29), tampoco se ve la necesidad de que nuestra Constitución lo hiciera. Como recordamos en otro momento, en el procedimiento de su elaboración se rechazó el intento de homologar expresamente con el matrimonio y la familia a las *«relaciones estables de familia» no fundadas en el matrimonio*. La tesis del entonces Magistrado es una petición de principio, que choca además con el contexto constitucional y el de los textos normativos internacionales citados en este trabajo.

régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2), mientras que nada de ello ocurre con la unión de hecho «more uxorio», que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. La Constitución no reconoce un pretendido derecho a formar una unión de hecho que por imperativo del artículo 14 sea acreedora al mismo tratamiento que el matrimonio (14).

El voluntarismo de la posición hermenéutica de Gimeno Sendra no tuvo reparo en distorsionar el auténtico sentido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para defender la *identidad* entre las uniones matrimoniales y las de hecho arguyó en el voto particular que era *proclamada* como tal por la doctrina de este Tribunal al interpretar el *derecho a la «vida familiar» del artículo 8.1 del Convenio de Roma que tiene su reflejo en el artículo 18.1 de la Constitución («derecho a la intimidad familiar»)*. Citó el Magistrado la Sentencia de 18 de diciembre de 1986 recaída en el caso *Johnston*, que, a su vez, recogía doctrina de la Sentencia de 13 de junio de 1979 en el caso *Marckx*, y en cuya virtud *el artículo 8, al garantizar el derecho a la vida familiar, presupone la existencia de una familia [núm. 55.a)] y es aplicable a la «vida de familia», tanto de la «natural» como de la «legítima» [núm. 55.b)], porque la principal finalidad del citado artículo 8 es proteger a la persona individual contra las intromisiones arbitrarias del Poder público, imponiendo además obligaciones positivas inherentes de «respeto» efectivo de la vida familiar [núm. 55.c)]*. Pero entendió sin más ni más estos pronunciamientos como una confirmación pura y simple de su tesis, sin explicar por qué el Tribunal acepta la terminología que utiliza en la que se distingue patentemente entre familia *legítima* y la que se llama *natural* —pero que *a contrario* habrá que considerar como *no legítima* o, lisa y llanamente, *ilegítima*, como la llama expre-

(14) Vid. FF. JJ. 2 y 3 de esta importante Sentencia, auténtico *leading case* en la materia, de la que fue ponente Jesús Leguina Villa, y que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley general de la Seguridad Social de 1981 (Suplemento del BOE de 3 de diciembre de 1990, BJC núm. 116, diciembre 1990). En el FJ. 5, la Sentencia confirma además que, a la luz de los Convenios de la OIT y de otros datos, *la extensión de la pensión de viudedad a quienes conviven de forma estable extramatrimonialmente está lejos de ser la pauta en la legislación internacional y en el Derecho comparado.*

Ya anteriormente, la STC 45/1989, ya cit., después de reconocer el calificativo de *familiares* en lo que tiene en general su origen en las relaciones de parentesco, relaciona directamente la noción de *unidad familiar* con el matrimonio y, por lo mismo, el artículo 39.1 de la Constitución con el 32 (FJ. 7), tras haber dicho también que hay un tipo de relaciones que efectivamente se dan entre los cónyuges y sus hijos menores que no se producen entre los integrantes de otras unidades de convivencia que, por el contexto, aparecen desvinculadas de la idea de *unidad familiar*, porque —como también se dice— *la definición de unidad familiar no incluye, ni en este ni en otros casos, las unidades de convivencia de otro género* (FJ. 6).

samente el mismo Tribunal en el asunto Marckx, de 1979 (15)— ni, sobre todo, por qué el Tribunal, precisamente en la misma Sentencia del caso *Johnston* manejado por el Magistrado, poco más adelante de las afirmaciones que acabamos de transcribir (las únicas citadas por éste), tratándose como se trataba de un caso en el que una unión afectiva y con descendencia, con más de quince años de convivencia efectiva, pretendía ser reconocido como *familia*, afirma paladinamente, *como la Comisión, que no considera posible deducir del artículo 8 del Convenio la obligación para Irlanda de establecer en favor de las parejas que no han contraído matrimonio un estatuto legal análogo al de las que están casadas* (núm. 68) (16). ¿Dónde está la equiparación, por tanto? ¿Dónde lo que Gimeno Sendra calificó nada menos que como *identidad*? Y eso que, como también se observa con una lectura completa de esa Sentencia, la pareja de los demandantes insistía en que su caso no era que no quisieran contraer matrimonio sino que no podían porque se lo impedía la legalidad irlandesa contraria al divorcio (*ibidem*).

Es cierto que esta misma Sentencia llega a afirmar que *la falta de un régimen legal adecuado que refleje los lazos familiares naturales de la tercera demandante* (la hija natural de la pareja de hecho) *supone una falta de respeto para su vida familiar* (núm. 75) pero esta afirmación, como otras que se hacen de similar tenor o en relación con ella, están insertas principalmente en la perspectiva propia del artículo 8 de la Convención —la misma del 18 de nuestra Constitución— que no es otra que la de la protección de la «privacidad», de la intimidad, tanto si es regular como si no lo es, siempre que no se conculquen las leyes, además de situarse también en la óptica de lo que el artículo 39.2 de

(15) Sentencia de 13 de junio de 1979, por ejemplo núm. 40. Habla también expresamente de la familia *ilegítima* la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe de 5 de marzo de 1985 sobre el mismo asunto *Johnston* (núms. 106 y 107) y para afirmar sin ambages que la protección que el artículo 8 pueda dispensarla *no quiere decir que tenga el derecho de disfrutar a todos los efectos del mismo régimen legal que la familia «legítima», por lo que el alcance de la obligación de respetar la vida familiar, tratándose de los miembros de una familia ilegítima, dependerá de las circunstancias de cada caso, y especialmente de si existe una verdadera relación familiar y de si los padres pueden regularizar su situación bien casándose, bien disolviendo el matrimonio existente. La situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio —principal cuestión del caso Marckx— merece, sin embargo, un examen separado. Por eso el Estado ha de tener el derecho, según el Convenio, de mantener la primacía de la familia basada en el matrimonio* (*ibidem*, núm. 108)

(16) El Juez Señor Pinheiro Farinha se sintió obligado a añadir a la Sentencia una precisión al núm. 55.b): «*El Tribunal reconoce que es legítimo, e incluso loable, apoyar y estimular a la familia tradicional*», que se trata de una cita del apartado 40 de la Sentencia (...) *Marckx*, cuya omisión puede llevar a interpretar esta Sentencia de que ahora se trata —y no es éste el caso— como si el Tribunal no considera importante la institución del matrimonio.

la Constitución española llama la *protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación*, de la que hemos de hablar más adelante y que, como venimos mostrando, es algo distinto de la protección de la familia en sí misma. La Sentencia que citamos dijo que *el desenvolvimiento normal de los lazos familiares naturales entre los dos primeros demandantes y su hija exige que se la coloque, legal y socialmente, en una situación semejante* —que no es lo mismo que *idéntica*— *a la de un hijo legítimo* (núm. 74), lo que el mismo Tribunal parece entender que se trata de un objetivo difícil, manteniendo como mantiene a la vez la legitimidad de la legalidad irlandesa, entonces cerrada al divorcio, por lo que remite al Estado demandado la elección de los medios de asegurarlo, sin insinuar siquiera alguno. Y *al escogerlos* —añade el Tribunal para que no se olvide su dificultad— *debe procurar Irlanda que se mantenga el equilibrio justo entre el interés general y los intereses de la persona individual* (núm. 77).

Ciertamente la terminología y hasta la sustancia misma del objetivo marcado dejan que desear en cuanto a precisión, rigor y realismo, pero lo que es evidente es que, en ningún momento, el Tribunal está pretendiendo contradecir su doctrina de que no tienen por qué equipararse las familias *legítimas* o matrimoniales y las que no lo sean, sino que está buscando el que los hijos, que no tienen responsabilidad alguna en el daño que sufren al ser procreados fuera de una familia propiamente dicha, sean situados en una situación que se asemeje lo más posible a la de los hijos *legítimos*, integrados en una familia normal. El que se emplee el adjetivo familiares para los lazos de la sangre, aunque sean sólo naturales y no *legítimos*, no puede utilizarse para desvirtuar los trazos básicos institucionales de fondo de la familia que el Tribunal en modo alguno rechaza, sino más bien lo contrario.

El Magistrado Gimeno Sendra consiguió, sin embargo, más adelante ganar en cierta medida a la mayoría del Tribunal para su desafortunada interpretación, y así, en la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, de la que sería ponente, introdujo su afirmación de que *nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión —dice— que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia, y en especial en el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter «social» de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresan*. Y a pesar de afirmar que el alcance del artículo 39.1 *ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo*, como aquí venimos soste-

niendo, su comprensión es precisamente completamente opuesta a la que la lectura de dichos apartados obliga, a nuestro juicio, a extraer. Amén de que la invocación del pluralismo, como luego diremos, en nada justifica lo que sigue siendo en este planteamiento una petición de principio contraria a las reglas de la hermenéutica jurídica. Como tampoco lo justifica la apelación a la cláusula del Estado social de Derecho, aunque sea cierto que en ella se apoyan desde luego los distintos mandatos tuitivos del apartado 1 y de los apartados 2 y 3 del artículo 39.

Como es sabido, esta Sentencia fue objetada por sendos votos particulares de los Magistrados Alvaro Rodríguez Bereijo y José Gabaldón López. El del primero denunció que la Sentencia se apartaba *por completo* de la *doctrina reiteradamente sentada* anteriormente por el propio Tribunal Constitucional *sin declarar expresamente las razones para tal cambio y sin explicar ni modular los efectos expansivos que de ella se desprenden*, y reiteró la necesidad de tener en cuenta el distinto objeto de protección que marcan los apartados 1 y 2 del artículo 39 para evidenciar que *la Constitución no ha establecido la equiparación o equivalencia a todos los efectos y en todos los órdenes entre el matrimonio (art. 32) —institución jurídica reconocida y garantizada constitucionalmente, como dice más adelante— y las uniones de hecho extramatrimoniales*, lo que, por cierto, no dejó por su parte de seguir afirmando, a pesar de todo, la propia Sentencia en su FJ. 6, aunque para decir después que la no equiparación a efectos del disfrute de la vivienda arrendada por el supérstite de una relación de convivencia «análoga» a la matrimonial, sí sería contraria a la igualdad garantizada por la Constitución. El del segundo, invocando también especialmente la Sentencia 184/1990, afirma además que *la Constitución considera el matrimonio (...) como procedimiento de formación de la familia y que, cuando se han querido prever —en la Constitución— situaciones familiares dignas de protección fuera de la familia matrimonial, se han formulado expresamente: así, igualdad de los hijos y de las madres ante la Ley* (aunque ya veremos luego que en el artículo 39.2 hay matices al respecto), *investigación de la paternidad, deber de asistencia a los hijos matrimoniales o no...*

Es realmente lamentable que se llegara a producir el viraje que quedó expresado en esta Sentencia 222/1992, introduciendo los planteamientos minoritarios de Gimeno Sendra contrarios a la estimación de la familia constitucional como algo exclusivamente fundado a la postre en el matrimonio. Pero, aunque así sea, nada impide que pueda darse en el futuro otro cambio que acabe centrando debidamente la interpretación del Alto Tribunal, con la adecuada lectura del art. 39 en su integridad y de todo su contexto constitucional e internacional.

En este sentido, y además de lo ya argumentado, si acudimos, por otra parte, al régimen de la *familia* real en el Título II de nuestra Constitución, luce

también la relación esencial de la institución familiar con el *matrimonio* en la previsión de la exclusión de la sucesión en la Corona que se hace en el art. 57.4 por razón de matrimonio contraído contra la prohibición del Rey y de las Cortes Generales, o en la previsión específica sobre el régimen de la Reina *consorte o el consorte* de la Reina que se hace en el art. 58 (la Constitución se siente obligada a establecer que el consorte no compartirá las funciones constitucionales del Rey o de la Reina, sin duda porque entiende el matrimonio como *consortium omnis vitae*, según la conocida y antigua formulación).

Desde un principio los comentaristas de la Constitución de 1978 han visto que *los principios básicos de nuestro Derecho de familia han venido a fijarse en los artículos 32 y 39 de la Constitución* (17) y que existe *la conexión más estrecha* entre la familia del artículo 39 *con el matrimonio* del artículo 32 (18),

(17) JAVIER GÁLVEZ: «Artículo 39», en F. GARRIDO FALLA *et alii*: *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pág. 39. Aunque este autor no extraiga rigurosamente las consecuencias de su acertada afirmación inicial y llegue a afirmar poco afortunadamente que *nuestro legislador constituyente mantiene una expresiva neutralidad conceptual y valorativa de la institución familiar*, porque —viene a decir— *en la regulación de la materia no se parte de una definición o modalidad específica de familia, ni de un planteamiento sobre la significación de la misma en la sociedad*, no tiene más remedio que relativizar a renglón seguido esta afirmación diciendo que, sin embargo, *esta orientación tan amplia no impide apreciar la concurrencia de ciertos rasgos subyacentes en el texto constitucional*, deduciendo de la *consideración global de los artículos 32, 39 y 50 de la Constitución la conclusión de que el modelo inspirador ha sido precisamente el de la familia nuclear*, etc. (*ibidem*). En realidad, hay, pues, un modelo constitucional claramente vinculado al matrimonio, sin que sea cierto lo que este mismo autor llega a afirmar más adelante, relativizando a su vez lo anterior, cuando dice que *en todo caso, la Constitución presenta una fórmula que resulta ser lo suficientemente amplia para comprender cualquier género de transformación que pueda experimentar esa realidad social que es la familia* (pág. 761). No podemos estar de acuerdo con esto, que, además, nos parece contradecir lo anterior y prescinde de cualquier análisis sobre la relación entre los apartados 1 y 2 del artículo 39 y de ambos con el artículo 32. El autor pasa por encima de expresiones importantísimas del texto constitucional sin ni siquiera notarlas.

(18) Cfr. DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: «Artículo 39. Protección de la familia», en OSCAR ALZAGA VILLAAMIL (dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, Edersa, Madrid, 1984, pág. 20, quien más adelante dirá que *indudablemente, el análisis constitucional pone de relieve la preocupación por el matrimonio y por la protección de los hijos, base tradicional del núcleo familiar*, referencias que califica de *bases familiares*, con expresa nueva mención conjunta de los artículos 32 y 39 (pág. 22), aunque en seguida se aparte de la interpretación que defendemos en el texto, al no valorar el tenor del apartado 2 del artículo 39 (en ningún momento en el trabajo citado), lo que le lleva a decir —contra lo aquí sostenido— que *la deducción lógica de esos principios constitucionales* (se refiere no sólo a los citados, sino también al principio de igualdad) *es que la familia a que se refieren no puede estar reducida a la originada por consecuencia de la procreación dentro del matrimonio, pues ello implicaría una discriminación para la procreación habida fuera del matrimonio, lo que pugnaría con el derecho fundamental de igualdad ante la ley*. Argumen-

o que los preceptos *básicos* de la Constitución en materia de *Derecho de familia* son los artículos 32 y 39 (19).

La esencial vinculación de familia constitucional y matrimonio queda reforzada si además, como impone el artículo 10.2 de la Constitución y recordara el voto particular de Gabaldón a la Sentencia 222/1992, acudimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los demás textos jurídicos internacionales más importantes. El artículo 16 de la Declaración Universal configura como objeto del *mismo derecho* fundamental el *casarse y fundar una familia*, y este derecho es el único que en el conjunto de la Declaración se atribuye explícitamente a *los hombres y las mujeres* y con la precisión de que sólo *a partir de la edad núbil*, lo que constituye una evidente condición de capacidad física bien precisa que sólo se justifica en razón de la unión sexual con la consiguiente función esencial generativa reconocida al ejercicio de este derecho en su doble dimensión. La referencia al *matrimonio* se hace además cuatro veces explícita en este artículo de la Declaración Universal dedicado a la *familia*: los que se casen *disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de matrimonio*, y *sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio*. La unión inescindible entre matrimonio y familia es evidente en la Declaración Universal. Hay en ella un diseño, un modelo único básico de familia: la basada en la generación matrimonial o producida en el matrimonio entre un hombre y una mujer con capacidad generativa. Lo que refuerza la interpretación que en el mismo sentido ha de hacerse del artículo 39 de la Constitución española, a la luz del artículo 10.2 del mismo texto constitucional.

El esquema del artículo 16 de la Declaración Universal se reproduce en términos muy similares en el artículo 23 del Pacto Internacional de Nueva York

tamos contra esta posición más adelante, pero debe llamarse la atención sobre la dificultad o imposibilidad de explicar la redacción del apartado 2 e incluso del apartado 3 del artículo 39 si se asume esta afirmación. Otra cosa ocurriría si donde el artículo 39.2 dice *asimismo*, hubiera dicho por ejemplo, *por consiguiente* o *en consecuencia* o se hubiera construido la redacción de forma que mostrara inequívocamente la voluntad de la Constitución de romper con la realidad y la tradición jurídica española —y generalizada internacionalmente—, incluyendo necesariamente en la familia los vínculos de procreación no matrimonial.

(19) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV (*Derecho de familia. Derecho de sucesiones*), 7.^a ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 38. Igualmente GABRIEL GARCÍA CANTERO, en *Comentarios...*, cit., pág. 9. Este autor, sin embargo, juzga excesiva lo que entiende una disociación entre matrimonio y familia por la distancia que hay en su tratamiento del artículo de la Constitución. No estamos de acuerdo con esta apreciación, que no toma en cuenta la inmediata conexión que se establece a través, entre otras cosas, de la terminología del artículo 39.3 con el 32.

de 1966 sobre los derechos civiles y políticos (ratificado por España también el 13 de abril de 1977, *BOE* del 30), añadiéndose tan sólo la precisión de que *en caso de disolución (del matrimonio) se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos*, donde vuelve a lucir la dimensión generativa propia tanto del matrimonio como de la familia, realidades éstas que se contemplan como esencialmente vinculadas. En el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de igual fecha, ya citado antes, vuelve a mostrarse esa intrínseca relación entre matrimonio y familia en el apartado 1 del artículo 10, en el que refiriéndose a la protección de ese *elemento natural y fundamental de la sociedad* que vuelve a decir que es la familia, se reitera que *el matrimonio* —al que por el contexto se le entiende como medio de *constitución* precisamente de la familia— *debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges*. Y también aquí, por cierto, se trata por un lado de la protección de la *familia* (y del *matrimonio*) y luego, por otro, en apartados distintos y sucesivos, de la de las *madres* y de la de los *niños y adolescentes*, del mismo modo que el Pacto de los derechos civiles y políticos, después de dedicar el artículo 23 citado a la familia y al matrimonio, contiene otro precepto diferente, el artículo 24, que dedica a la protección de los *niños*, cualquiera que sea su nacimiento. Lo que confirma también la interpretación que exponíamos del artículo 39 de nuestra Constitución, que sigue este planteamiento.

No es diverso el tratamiento que encontramos en el más lacónico artículo 12 del Convenio europeo de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, *BOE* del 10 de octubre), que reproduce parcialmente el 16 de la Declaración Universal de 1948, con escasas variantes, pero con todos sus elementos más decisivos: *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* (un sólo y mismo derecho, de nuevo, y con una, si se quiere, más inequívoca referencia al contenido necesariamente conyugal del «casamiento» o matrimonio fundante de la familia como vinculación entre un hombre y una mujer con aptitud para la procreación) (20).

Análogamente, la Carta Social Europea, adoptada en el Consejo de Europa el 18 de octubre de 1961 y ratificada por España en 1981, muestra su distinto

(20) El Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo reconoce esta relación entre matrimonio y familia en *Rees* (1986) o *Cossey* (1990), y la consiguiente potestad del Estado de incentivar la familia legítima (*Marckx*, 1979, y *B., R. y J. v. Alemania*, 1984). Vid. D. J. Harris, M. O'BOYLE y C. WARBRICK: *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres-Dublín-Edimburgo, 1995, págs. 440-442, y P. Van Dijk y G. J. H. Van Hoof: *Theory and Practice on Human Rights*, 2.ª ed., Kluwer, Deventer-Boston, 1990, pág. 448.

concepto de lo que es la protección de la familia —que vincula, siquiera sea incidentalmente, con el matrimonio— y lo que es la protección a niños y madres, contemplando sucesivamente en el artículo 16 el *derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica (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)*, y en el artículo 17, el *derecho de las madres y los niños a una protección social económica (incluyendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios apropiados)* (21).

Una desvinculación, en suma, entre la familia constitucionalmente protegida y la institución matrimonial contradice al artículo 39 de nuestra Constitución y las normas internacionales universales y europeas mencionadas, con todo su valor hermenéutico constitucional. Y lo mismo ocurriría con cualquier intento de desvincular al matrimonio de su orientación constitutiva institucional a la generación, consustancial, como ya se ha dicho, a la familia constitucional e indesligable de la especificidad con que el matrimonio es contemplado tanto en el artículo 39.3 de nuestra Constitución como en los diversos textos internacionales que hemos analizado. Lo que no quiere decir —como se ha llegado a argumentar de forma simplista e interesada— que el matrimonio sin hijos no podría entrar entonces en la noción constitucional de familia, al faltar la generación. Es evidente que una cosa es la estructura relacional propiamente constitutiva del matrimonio —esencialmente vinculada a la posibilidad de generación— y otra cosa es que en casos concretos un matrimonio, por la razón que sea, aun reuniendo en principio los elementos esenciales que permiten reconocerlo como tal, carezca de descendencia. Y, por supuesto, en nada sustancial afecta a la relación familiar debidamente constituida el hecho del fallecimiento de un cónyuge, y de uno o los dos padres, aunque entonces la familia se encuentre incompleta. Parte de la debida protección a la familia atenderá precisamente a esos supuestos en los que la muerte —o la incapacidad, la ausencia, etc.— daña la vida ordinaria de la familia, sin suprimirla. Los lazos o relaciones de parentesco, nacidos de la generación (entre progenitores y prole y entre los mismos progenitores o los que por su relación matrimonial podrían

(21) El nuevo texto revisado de la *Carta Social Europea*, de 3 de mayo de 1996, aún no ratificado por España, no se refiere ya a las madres en el artículo 17, sino sólo a niños y adolescentes, y en el Anexo advierte que la protección a la familia del artículo 16 cubre a las *familias monoparentales*, sin más precisiones. No creemos que esto sea necesariamente un tipo distinto de familia, sino simplemente una manera de referirse a una situación de anormalidad en que puede encontrarse la familia por causas naturales (fallecimiento de uno de los padres).

llegar a serlo), son en realidad inmutables, por la fuerza misma de la biología y aun de la psicología humanas (22).

Todas estas connotaciones reaparecen también en el artículo 32 que la Constitución de 1978 dedica precisamente al matrimonio, en cuyo apartado 2 se hace una mención expresa a la necesidad de que la ley regule *la edad y capacidad para contraerlo*, lo que, en el contexto de lo que todo el mundo ha venido desde hace siglos entendiendo por matrimonio, y más en nuestro país, y en el contexto de las referencias explícitas a la edad *núbil* de la Declaración Universal y del Convenio europeo de Derechos Humanos (también aludida en el Pacto de Nueva York sobre derechos civiles y políticos, art. 23.2), comporta una orientación constitutiva esencial de la figura jurídica institucional del matrimonio al ejercicio de las facultades generativas entre el hombre y la mujer, de manera que, desde luego, el matrimonio constitucional sólo es posible entre un hombre y una mujer cuanto menos en edad *núbil*.

Debe hacer reflexionar a la vez la inusitada atención que presta la Constitución no sólo a la familia sino concretamente al matrimonio. No existe, en efecto, ninguna otra relación entre personas singulares que haya merecido tan detallada consideración al constituyente, el cual se ha preocupado de asignar —y dentro de la sección en la que se regulan los derechos fundamentales que gozan no del máximo pero sí de un muy garantista segundo grado de protección constitucional— un preciso deber de la ley de regular sus *formas*, las ya comentadas *edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*. Y todo ello, además, como se desprende del artículo 149.1.8.^a, se ha considerado de tan básica trascendencia para la ordenación jurídica de la nación, que se ha querido reservar expresamente a la competencia legislativa exclusiva del Estado, al que le compete en efecto, según dicho precepto, dentro de la *legislación civil, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*, fórmula que bien puede comprender todos los conceptos más desagregados del artículo 32.

¿Por qué todas esas exigencias constitucionales? ¿Por qué en particular esa

(22) La STC 222/1992, 11 de diciembre, de la que fue ponente Vicente Gimeno Sendra, y que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos urbanos de 1964 (Suplemento del *BOE* de 19 de enero de 1993, BJC núm. 141, enero 1993), afirmó que *en el concepto constitucional de «familia» entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo* y reconoció, como no podría ser de otra forma, que por el hecho del fallecimiento de uno de los componentes de la unidad familiar, no deja de ser precisamente la familia *el fundamento de la protección* específica que a los restantes en determinados supuestos dispense el poder público [FJ. 4.b)].

especial regulación de esas dos figuras que se contemplan como distintas de la *separación* y de la *disolución*, y aun de esa específica mención a sus *efectos*? No será posible encontrar una explicación sin tener en cuenta la especial trascendencia biológica, psicológica, humana y social del vínculo matrimonial, a partir del cual se constituye o se expande la familia con la fundación (por decirlo con el término tradicional empleado por la Declaración Universal) de nuevos núcleos familiares, de nuevas familias en su sentido más restringido, compatible con el concepto de *familia ampliada*, expresamente mencionado por el artículo 5 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, alusivo, sin duda, a la concatenación familiar que desde el núcleo formado por el matrimonio de los padres con sus hijos se extiende a ascendientes, descendientes y parientes colaterales, unidos todos por vínculos de matrimonio o/y de generación con más próxima o más lejana inmediatez a aquel núcleo (según el correspondiente grado de parentesco, en suma).

La protección jurídica de la familia que ordena el artículo 39.1 comienza, pues, por la debida protección jurídica del matrimonio a la que obliga con particular énfasis el artículo 32 de la misma Constitución, favoreciendo con ella lo más posible una estabilidad jurídica del vínculo que refleje adecuadamente lo imperecedero e indeleble del nexo biológico —necesariamente además siempre *personal*, tratándose de seres humanos— que subsiste entre las personas por razón de la generación y, por lo mismo, en la realidad de lo que debe ser la familia constitucionalmente protegida. Es ese el contexto en el que tiene su sentido la referencia contenida en el artículo 50 de la Constitución a las *obligaciones familiares* para con las personas en la tercera edad. Se parte de la presunción de que los nexos familiares que arrancan de la relación esponsal y, en armonía con la dignidad de toda persona humana, deben servir para prestar a los nuevos seres humanos que vienen al mundo la debida atención y cuidado, deben servir también, en razón precisamente de su permanencia e inalterabilidad sustancial, para esa otra etapa de la vida en la que el ser humano vuelve a necesitar de la atención de los demás más intensamente, cual puede ser la llamada tercera edad. Y la Constitución, que entiende que la atención al menor corresponde de suyo y primariamente a la familia, parte también en el artículo 50 de la consideración de que es igualmente a la familia a la que principalmente corresponde la atención de los mayores que empiezan a decaer en la plenitud de sus facultades, sin perjuicio de la acción complementaria o supletoria que se asigna a los poderes públicos.

Por lo demás, ningún argumento en contra de lo que va dicho podría extraerse del artículo 14 de la Constitución en cuanto, en aras de la igualdad ante la ley, prohíbe las discriminaciones *por razón de nacimiento (...), religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Aunque

cualquier opinión o posición ideológica o religiosa está en principio —con el límite siempre del orden público— constitucionalmente protegida en sí misma y en sus manifestaciones individuales y colectivas por el artículo 16 de la misma Constitución, es evidente que, además del ya mencionado *orden público protegido por la ley*, en modo alguno ello impide a los Poderes públicos establecer criterios de ordenación y de actuación que supongan en la práctica primar a unas opiniones o convicciones sobre otras, máxime cuando tales opciones vengan determinadas nada menos que por la propia Constitución y su entorno normativo internacional. Los Poderes públicos están obligados a ese trato diferenciado, precisamente para cumplir adecuadamente el orden constitucional y hacer respetar los derechos humanos, aunque haya quienes discrepen sobre éstos y su contenido y alcance. Esas diferenciaciones, como ha dicho reiteradas veces el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, no constituyen discriminaciones contrarias al principio de igualdad, pues éstas sólo son tales cuando carecen de una justa fundamentación y toman como base de la diferencia de trato precisamente un elemento de diferenciación que por sí sólo o en sí mismo en modo alguno puede justificar el distinto trato.

Ya hemos dicho que es el mismo artículo 39 el que obliga a proteger a las personas en cuanto hijos, cualquiera que sea su filiación, con implícita referencia evidente a la alternativa de su nacimiento dentro o fuera de una familia, como fruto o no, respectivamente, de un matrimonio. En este sentido, no hace sino reafirmar, en lo que puede tener de relevante para la familia (lo mismo que los acuerdos internacionales mencionados), la prohibición de discriminación por razón de nacimiento (también establecida en aquellas normas internacionales).

Pero, como venimos explicando, una cosa es la protección de los hijos y otra la de la familia, aunque lo normal y más frecuente será que aquélla se logre con ésta. Y, desde el momento en que la Constitución garantiza una protección especial a la familia —algunos de cuyos aspectos se materializan ya expresamente en diversos preceptos de la Constitución, pero sin pretensiones de exhaustividad, pues el artículo 39 se explica precisamente como un mandato de una protección más amplia—, es evidente que las ventajas apropiadas que se otorguen precisamente por razón del matrimonio y del resto de los vínculos propiamente familiares, no sólo serán legítimas constitucionalmente y no discriminatorias sino hasta exigibles constitucionalmente, por mucho que puedan ser también apetecidas por quienes se encuentren en relaciones interpersonales que se pretendan análogas o próximas y a las que las leyes no podrían en rigor proteger de igual modo que a las relaciones familiares, sin vaciar de contenido al artículo 39.1 y al artículo 32 básicamente. Sólo el adicional mandato de pro-

tección a hijos y madres, aun cuando no sean *familiares* en el sentido constitucional, justificará respecto a ellos medidas de protección de algún modo similares, aunque sobre ello hemos de establecer aún alguna precisión más adelante (23).

Por otra parte, en fin, no puede olvidarse que nuestro sistema constitucional de garantía de las libertades ideológica y religiosa, plenamente acorde con los principios del Estado de Derecho (e implícitamente, del Estado *social* de Derecho, con sus deberes de promoción y de remoción de obstáculos aludidos en el art. 9.2), que se completa en el mismo art. 16 con una clara opción por la *aconfesionalidad* del Estado (que habrá que entender tanto religiosa como ideológica de cualquier género, incluida la conocida como «laica» o *laicista*), se remata expresamente con algo que dimana netamente del principio *democrático* (art. 1.1) y que no es sino el deber de los poderes públicos de *tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española* y de *mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones* con suficiente grado de implantación. Los Poderes públicos no deben adherirse institucionalmente a ninguna de las opiniones o creencias que son objeto de la libertad ideológica y religiosa, pero no deben dejar tampoco de reflejar y transparentar y, sobre todo, de tomar en adecuada consideración las corrientes mayoritarias en la sociedad, al tiempo que respetan el legítimo pluralismo real de la sociedad.

Pues bien, estos criterios constitucionales tienen su indudable relevancia a la hora de interpretar y aplicar lo que no esté suficientemente determinado por la propia Constitución y las normas internacionales de obligada aplicación al respecto en la materia de que tratamos. Y si el propio artículo 16 reconoce el hecho incuestionable de la muy especial presencia en España de las creencias religiosas propias de la Iglesia Católica, no parece discutible que precisamente en esta materia se deban tener en cuenta muy especialmente —a la hora de resolver dudas o de asumir posibles opciones— las creencias de esta mayoritaria y extendida confesión religiosa (24), máxime en cuanto además haya sido pre-

(23) Algún autor ha pretendido reconocer como familia a la que de hecho surgiría de la filiación extramatrimonial, por entender que así lo exigiría el artículo 39.2, aunque oponiéndose a que las uniones extramatrimoniales sean reconocidas como familia y equiparadas al matrimonio (FRANCISCO JOSÉ CAÑAL GARCÍA: «Matrimonio y uniones de hecho en la reciente jurisprudencia constitucional», *Ius Canonicum*, núm. 69, 1995, págs. 287 y sigs.). Es evidentemente diferente la postura que sostenemos en el texto. Nos parece que una vez más, en posiciones como ésta no se ha reparado suficientemente, entre otras cosas, en la redacción del 39 en su conjunto y en particular en el *asimismo* de su apartado 2.

(24) Expuestas en este siglo destacadamente en la Constitución «*Gaudium et spes*», del Concilio Vaticano II, Segunda Parte, Capítulo I, aunque también en otros importantes documentos co-

cisado y determinado en los acuerdos normativos establecidos entre el Estado y dicha Iglesia (25). No será desde luego el parámetro más decisivo y habrá que tener en cuenta análogamente —en la medida proporcionada a su arraigo— las demás creencias con presencia relevante en la sociedad española, también quizás a la hora de regular el matrimonio y la familia constitucionales con el pluralismo eventual de formas y regulaciones que admitan los elementos esenciales de su modelo constitucional, pero no se puede preterir cuanto deriva del rico contenido del artículo 16 en su conjunto. No parece aventurado afirmar además que ese deber de tener en cuenta la creencias religiosas y de cooperar con las iglesias —sobre todo con la Católica— refuerza, si cabe, en cualquier caso, los dos elementos —generación, matrimonio— que hemos señalado como esenciales al modelo constitucional de familia. Aunque desde luego haya que denunciar quizás, siquiera sea de pasada, la desprotección jurídica de algo tan básico para la comprensión católica de la familia —y objeto de uno de los acuerdos jurídicos de 1979 entre el Estado y la Santa Sede— como el matrimonio indisoluble (salvo por muerte de uno de los cónyuges y los llamados privilegios paulino y petrino) (26), desde que en 1981 se aprobara la ley del divorcio. Este punto del mayor o menor rigor de la estabilidad jurídica matrimonial —que es en sí mismo, como vimos, un valor constitucional— bien podría ser uno de aquellos en que podría manifestarse el pluralismo admisible en las formas de matrimonio y familia, dentro del esquema básico constitucional y de acuerdo con lo que reclama el artículo 16.3 del mismo texto constitucional, y podría encontrar amparo también en otros preceptos constitucionales (27).

mo los más recientes de Juan Pablo II (*Exhortación Apostólica «Familiaris consortio»*, 22 de noviembre de 1981, *Carta a las Familias*, 2 de febrero de 1994; *Carta a los Jefes de Estado con motivo de la Conferencia sobre Población y Desarrollo de El Cairo*, 19 de marzo de 1994, etc.).

(25) Artículos VI y VII (y protocolo final) del *Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos*, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979 (BOE 15). Del matrimonio, por lo demás, se ocupan también análogamente, por otra parte, las Leyes 24/1992, de 10 de noviembre, que aprueba el *Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España* (art. 7), 25/1992, de la misma fecha, que aprueba el *Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España* (art. 7), y 26/1992, de la misma fecha, que aprueba el *Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España*, artículo 7 (BOE 12 de noviembre).

(26) Código de Derecho Canónico de 1983, cánones 1.141 y sigs.

(27) Vid. nuestro estudio «Posible inconstitucionalidad parcial de la Ley española de divorcio de 1981», *Persona y Derecho*, vol. 11, 1984, págs. 171 y sigs.

¿Qué podría impedir la permisión legal de cláusulas matrimoniales voluntarias de indisolubilidad, que obligasen a su debida tutela judicial efectiva como cualesquiera otros derechos libre-

III. FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

La profusión de referencias explícita o implícitamente relativas a la familia y a su protección que aparecen en la Constitución —más allá desde luego del ya rotundo artículo 39.1— invita a preguntarnos por el porqué de ese empeño constitucional protector. Un interrogante que podríamos llevar igualmente al plano de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos jurídicos internacionales ya citados. Por qué también ese énfasis en estos textos en el carácter de la familia como *elemento natural y fundamental de la sociedad*, que parece situarse precisamente como causa de su *derecho a la protección de la sociedad y del Estado* (art. 16.3 de la Declaración Universal).

¿Qué es lo que hay en la familia para que se la reconozca como algo *natural* —exigido por la naturaleza misma del ser humano, parece querer decirse— y como algo tan rotundamente *fundamental* para la sociedad toda? Un interrogante que nos invita a identificar sus funciones específicas y a intuir que será

mente pactados? Nuestra legislación no admite hoy tales cláusulas con contenido propiamente jurídico, exigible, porque ha impuesto a todos un sistema matrimonial determinado, que entra dentro del modelo básico constitucional, en sí mismo considerado, pero que no viene exigido por él (la apertura al divorcio no es constitucionalmente obligada —tampoco está prohibida— y menos como algo imperativamente necesario a todos los matrimonios). Por cierto, debe recordarse que el Tribunal de Estrasburgo tiene afirmado que *el sentido ordinario de las palabras «derecho a casarse» es claro: se refieren al nacimiento de las relaciones conyugales y no a su disolución y que, incluso si, como sostienen los demandantes, se puede considerar la prohibición del divorcio como una limitación de la capacidad para contraer matrimonio, en una sociedad en que impera el principio de la monogamia no cabe que se califique dicha limitación como un ataque a la esencia del derecho garantizado por el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Sentencia de 18 de diciembre de 1986 en el caso *Johnston y otros*, núm. 52). Es más, *hay que añadir que el derecho al divorcio tampoco figura en el Protocolo núm. 7 del Convenio, abierto a la firma el 22 de noviembre de 1984, en el que, incluso, se llega a señalar expressis verbis, que las palabras «en el caso de disolución», que aparecen en el artículo 5, «no implican ninguna obligación para el Estado de prever la disolución o los modos especiales de disolución del matrimonio»* (*ibidem*, núm. 53). La misma Sentencia excluiría también expresamente la posibilidad de fundar en el artículo 8 del Convenio Europeo, un derecho al divorcio exigible ante las legislaciones de los Estados (*ibidem*, núm. 57).

Como escribió MAURICE HAURIU en sus *Principios de Derecho público y constitucional*, 2.ª ed., tr. esp. de Carlos Ruiz del Castillo, Reus, Madrid, *la familia es una institución social, que reposa en una trama subjetiva, sobre los sentimientos afectivos del marido y la mujer, de los padres y de los hijos, pero a esta trama subjetiva se ha entrelazado una urdimbre de ideas objetivas, la idea de perpetuidad del hogar, de la indisolubilidad del matrimonio y, sobre todo, la de la monogamia en oposición a la poligamia. Estas ideas han constituido una institución* (págs. 76-77).

precisamente en ellas donde radique su especial relevancia social y pública. Aunque quedará aún por aclarar por qué se enfatiza la necesidad de disponer en su favor de una especial protección social y estatal, lo que da a entender que se supone una especie de congénita fragilidad o debilidad en tan fundamental realidad, que reclama precisamente esa especial protección.

Si pensamos que la familia se enraiza en el hecho capital de la generación humana y en la necesidad de atención personal que requiere todo nuevo ser humano hasta llegar a ser adulto, no es difícil situar precisamente ahí la clave de su carácter tanto natural como fundamental que tiene para el hombre y el conjunto de la sociedad. Pocas cosas más importantes para la dignidad del ser humano, fundamento último de todo el Derecho, como con tanto acierto viene a proclamarse en el artículo 10.1 de la Constitución española, que el modo y circunstancias en que es procreado, dado a luz, criado, cuidado y educado hasta que adquiere la capacidad de valerse enteramente 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 sobre lo que la sociedad y los Poderes públicos deben velar para que ninguna persona sea tratada como cosa sino cabalmente como persona, es precisamente todo ese proceso en el que toda persona humana es especialmente débil, frágil y moldeable.

La naturaleza revela lo que la filosofía intuye —y la teología cristiana y hebrea conocen— como sabio designio divino de que todas esas delicadas funciones, vitalmente necesarias a todos los hombres, se lleven a cabo con la especial actitud de entrega y dedicación que es propia del amor, entendido como entrega incondicionada al otro por ser quien es, por su persona, con el que, en consecuencia, se experimenta la realidad de una vinculación indestructible, no alterable en lo esencial por ninguna circunstancia ni cambio alguno (porque la persona será siempre ella misma, haga lo que haga, cambie lo que cambie) (28). Nadie en la familia debería ser nunca objetivado como cosa, ni siquiera fugaz u ocasionalmente. Debería ser el ámbito donde cada uno se experimenta aceptado y tratado como persona, como quien es, por lo que es y no por lo que tiene o lo que puede hacer o dar. La generación humana debería así producirse en la relación de amor que surge con esas características entre un hombre y una mujer unidos en matrimonio, donde toda reducción de uno u otra

(28) Vid. en similar sentido el *Documento sobre la Familia de las 40 ONG's*, presentado en Madrid el 26 de noviembre de 1994 en conmemoración del Año Internacional de la Familia, ed. especial patrocinada por CONCAPA, coordinada y dirigida por Pedro-Juan Viladrich, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Pamplona 1995, *passim* y particularmente pág. 32.

a la condición de mero objeto se excluye de suyo, como se excluye también cualquier consideración meramente objetiva del hijo. Y todas las operaciones ulteriores de atención a la nueva vida humana, deberían ser proyección de esa misma afirmación amorosa de la persona del otro en el sentido expuesto. Precisamente por eso mismo, la familia, constituida sobre tales bases, se encuentra en condiciones de asumir otras funciones no menos importantes para el bienestar físico, la estabilidad psíquica y la seguridad personal de las personas, también en su edad adulta, y, desde luego, en situaciones de enfermedad, minusvalencia o decaimiento por la vejez. De eso precisamente se hace eco la Constitución, en el artículo 50, cuando reconoce un importante espacio a las *obligaciones familiares* en la atención cabalmente a los ciudadanos durante la tercera edad.

Los filósofos, moralistas y sociólogos señalan la trascendencia que tiene de hecho la familia así realizada para la felicidad personal y para la buena marcha social. El aprendizaje de una convivencia anclada en el respeto a la dignidad de toda persona y en el servicio a los demás, tiene su ámbito apropiado en la familia así vivida, que por ello recibió desde antiguo la calificación de *quasi seminarium rei publicae*. ¿Cómo no reconocer trascendencia social —y grande— a lo que pase realmente con la familia en la sociedad?

Ocurre, sin embargo, que la experiencia demuestra que, por muy diversas causas, la realización efectiva de lo que debería ser la familia para que cumpla sus funciones esenciales resulta permanentemente amenazado por comportamientos que tienden a separarse de lo que la familia requiere, y que, no sin frecuencia, tienden además a justificarse con replanteamientos teóricos tendentes a difuminar o a desfigurar los constitutivos esenciales de la familia, buscando una aceptación moral, social e incluso jurídica no inferior a la que pueda reconocerse a los comportamientos conformes con las exigencias racionalmente naturales de la familia. Por ser campo, precisamente, que, por lo dicho, afecta a las estructuras más íntimas del ser personal, y mueve, por ello mismo, las más hondas pasiones humanas, provoca y desata actitudes y confrontaciones de gran densidad emocional y complejidad psicológica.

De ahí la debilidad congénita de la familia y la necesidad de su protección social, económica y jurídica. El ordenamiento jurídico es un medio limitado que no podrá aspirar con eficacia y sin serias dificultades de todo tipo a imponer sin más el orden natural necesario a la familia, y habrá incluso de permitir comportamientos contrarios a ella, al menos algunos. Pero el Poder público no puede abdicar de su deber de favorecer en cuanto pueda a la familia, protegiéndola en la mayor medida posible. De ahí el tenor del mandato constitucional del artículo 39.1 y el alcance que deba reconocérsele.

Sin que en este momento vayamos a pretender precisar todo su alcance, lo

que no cabe duda es que, además del cumplimiento de las garantías constitucionales específicas que la Constitución concreta en otros preceptos como expresamente el artículo 18 en materia de derecho a la intimidad e incluso al honor, el deber de protección habrá de impedir a los Poderes públicos homologar de cualquier forma con la familia a relaciones incompatibles y aun netamente contrarias a ella y a sus funciones esenciales.

Toda la amplia regulación del matrimonio y de los vínculos familiares que efectúa la legislación civil sólo se justifica en razón del deber de pública protección de la familia que la Constitución ha reconocido que recae sobre los Poderes públicos y que desde siempre, en nuestra tradición cultural multiseccular, han ejercido (29). La familia resulta también particularmente reconocida y protegida en el Derecho sucesorio y debe seguir siendo así: a ello en realidad está aludiendo el artículo 33.1 de la Constitución cuando proclama y garantiza el derecho a la *herencia* entre los derechos fundamentales del segundo nivel de protección constitucional, con un rango, pues, similar, al del derecho a la propiedad privada. Y lo mismo habría que decir de la especial consideración que merece la familia tanto desde la perspectiva general del Derecho laboral —en la que el artículo 35.1 de la Constitución declara el derecho a que la remuneración laboral sea *suficiente para satisfacer* no sólo las necesidades individuales del trabajador sino también *las de su familia*— como desde la más específica del régimen de la Seguridad Social, en el que los vínculos familiares siempre han sido fundamento de algunas de sus prestaciones más importantes, como reconocimiento a la importancia de la familia de cada trabajador directamente afiliado, y, en el fondo, como algo implícito también en la garantía antes citada del artículo 35.1 de la Constitución.

Otras medidas de protección de la familia pueden tener y tienen carácter fiscal o toman la forma de prestaciones y ayudas de diversa índole, aunque con frecuencia integradas en actuaciones de asistencia social que toman en especial consideración —o deben hacerlo— la realidad familiar. Si bien debe advertirse, desde luego, sobre la conveniencia de diferenciar lo que sea asistencia social y lo que sea apoyo y protección a la familia, para que, cuando sea necesaria

(29) La STC 222/1992 reconoce, por ejemplo, expresamente *que la protección de la familia se presente hoy como el fundamento constitucional de la subrogación* en los derechos y obligaciones del arrendamiento al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, que se contemplaba en el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que fue objeto de esa intervención del Tribunal Constitucional, aunque en el mismo lugar se aclare que no sea esta medida concreta algo *constitucionalmente obligado* pues compete a la *libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo tal mandato constitucional* (del art.39.1 de la Constitución) [FJ. 4.a)].

rio integrar una y otra línea de actuación, se haga adecuadamente y no se produzca el efecto —nada hipotético— de que medidas de tipo social puedan realmente desproteger, marginar o perjudicar a la familia.

No se puede olvidar, finalmente, que, ciertamente, la debida protección familiar deberá articularse sin lesión de ningún otro derecho fundamental o principio constitucional. El Tribunal Constitucional lo ha recordado especialmente en relación con el principio de igualdad [STC 222/1992, FJ. 4.a)], y, siendo así efectivamente, debe tenerse presente que, como ya hemos explicado, la simple diferencia de trato entre la familia y las relaciones familiares con respecto a las que propiamente no lo son, no podría estimarse contrario por sí mismo a la igualdad sin desconocer el mandato del artículo 39.1 e incluso del artículo 32 de la Constitución, y hasta la naturaleza misma de las cosas.

IV. EL DEBER CONSTITUCIONAL ADICIONAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE HIJOS Y MADRES EXTRAMATRIMONIALES

Ya hemos ido advirtiendo sobre la distinción constitucional —presente igualmente en las normas internacionales sobre Derechos Humanos— entre protección de la familia y protección de hijos y madres extrafamiliares o extramatrimoniales. No es necesario volver a mostrar ahora la inequívoca base normativa de dicha distinción, que ya ha quedado suficientemente expuesta, aunque, efectivamente, el Tribunal Constitucional haya pasado de tenerla correctamente en cuenta a obscurecerla y parecer preterirla. No faltan otras actuaciones públicas en las que no se tiene en cuenta esa distinción constitucional, con los consiguientes riesgos de incurrir en desviaciones en la aplicación del orden constitucional. Así, por ejemplo, al comienzo mismo de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se afirma, sin más, *la obligación de los Poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores*. Donde la Constitución dice expresamente que *asimismo*, esto es que también, además o del mismo modo, el legislador dice que *dentro de* la misma protección a la familia, lo que, a tenor del artículo 39.2 de la Constitución, no siempre podrá ser así. La realidad es que, luego, no tiene esto —nos parece— trascendencia real en el contenido de esta Ley, pero nunca es bueno adoptar posiciones de partida en contradicción con la Constitución.

En cualquier caso, dando ya por sentada esta capital cuestión, convendrá insistir en algo que sólo hemos apuntado antes: que el cumplimiento del deber constitucional de proteger a aquellos hijos y madres que tienen esa condición

al margen de la familia constitucional, debe comprender una efectiva *protección integral* —lo que parece aludir a las distintas vertientes *social, económica y jurídica* explicitadas para la familia en el apartado 1—, como exige el apartado 2 del mismo artículo 39 de la Constitución, pero por medios que no impidan el cumplimiento del deber constitucional de proteger la familia (30). Se marca con ello al legislador y al conjunto de los Poderes públicos competentes un, ciertamente, difícil objetivo, en el que habrá que desplegar no pocas ni pequeñas dotes de conocimiento, sensibilidad y prudencia jurídicas para dar con las fórmulas que mejor armonicen ambas protecciones constitucionalmente exigibles. La clave quizás se encuentre en que la protección de los hijos (menores, especialmente) y madres extramatrimoniales —cuya situación no deja de reconocerse implícitamente por el artículo 39 como algo inicialmente irregular o disconforme con el orden familiar que la misma Constitución se compromete a proteger, pero que, al no poderse seguramente evitar, reclama la debida atención e *integral protección* subsidiaria— mira, sin duda, a su respectiva condición propiamente personal y bajo la presunción de encontrarse sujeta a una situación de debilidad y de necesidad de amparo y asistencia, precisamente por faltarles el medio, el marco apropiado de la familia. Deberá hacerse todo lo necesario para protegerles, pues, y asegurarles la debida asistencia —en primer lugar, claro está, por parte de las personas más directamente responsables de tal situación (de ahí la referencia a los padres del apartado 3 del mismo art. 39)— pero precisamente en su condición personal. Mientras que lo que exige la protección de la familia es algo más amplio, que afecta desde luego a las personas que la constituyen (en particular en cuanto hijos o madres también, y eventualmente respecto a otras situaciones de necesidad), pero que se extiende asimismo a la institución en sí misma y a cuantos vínculos la constituyen, que deben estar garantizados con la oportuna prioridad protectora. La protección *integral* de los hijos y madres extramatrimoniales no significa, en suma, un deber de igualdad familiar con respecto a los matrimoniales que además resulta en la realidad imposible. La Constitución prohíbe un trato desigual de la ley, en ge-

(30) Es bastante frecuente en la doctrina esta salvedad, incluso cuando el punto de partida sobre la interpretación del conjunto del artículo 39 y del modelo de familia constitucional se aparta del aquí defendido. Vid. por ejemplo, L. MARTÍNEZ CALCERRADA: «La familia...», cit., pág. 977 (la equiparación legal de los hijos *ha de ser «racional» y nunca debe serlo con carácter absoluto, porque entonces rompería los más elementales cimientos de la propia convivencia familiar constituida, provocando mayores inconvenientes que ventajas*), u O. ALZAGA: *La Constitución...*, cit., pág. 312 (donde sostiene que debe aplicarse a la Constitución de 1978 la doctrina dominante en la interpretación del artículo 43 de la Constitución de 1931, favorable a compaginar la protección de los hijos y madres con la protección de igual rango constitucional de la familia, *lo que en la práctica significa una no total equiparación de los hijos legítimos e ilegítimos*).

neral, hacia las personas por razón de su nacimiento (art. 14) y concretamente por el tipo de su filiación (art. 39.2), a la vez que obliga a dar la indicada *protección integral* también a las madres, *cualquiera que sea su estado civil* (art. 39.2) —sin referir a ellas, sin embargo, de forma explícita y con el mismo énfasis la exigencia de *igualdad*—, pero no obliga a tratar legalmente como familia lo que para la Constitución no es familia. Es más, una equiparación completa desde el punto de vista familiar de unas y otras situaciones comportaría realmente una violación del artículo 39.1 que obliga a dispensar un trato, una protección específica a la familia, concebida como algo diferente, como vimos, de la generación-filiación en sí misma, puesto que ésta puede producirse fuera de la familia, a tenor de cuanto se dice el artículo 39.2 (31). Ciertamente, podrá admitirse y aun ser exigible un cierto grado de asimilación de la filiación y de la maternidad o paternidad extramatrimoniales a las propiamente familiares, en cuanto resulte imprescindible para la máxima protección posible de las personas de hijos y madres que también reclama la Constitución, que habrá de ser todo lo *integral* que la naturaleza de las cosas y la necesidad de protección de la verdadera familia permitan. Pero la Constitución no ordena —todo lo contrario— que esa *integral* protección se traduzca en una completa asimilación o igualación con las correspondientes relaciones propiamente familiares, lo que, por otra parte, resulta imposible, salvo que se acepte una desfiguración de la familia constitucionalmente protegida (y se dañen los correspondientes legítimos derechos). Es posible incluso que la misma solidaridad inherente a la institución familiar llegue a justificar, hasta cierto punto, la imposición de cierta participación —que habrá de ser prudente y limitada— en las cargas que alguno de sus miembros haya de asumir precisamente como consecuencia del incumplimiento de obligaciones familiares esenciales con resultados generativos extrafamiliares. Pero ello nunca ha de poder llegar al extremo —repetimos— de obligar a considerar familiar en sentido propio y sin distinciones ni matices lo que realmente no es tal. Y siempre dejando claro, por supuesto, que esa diferencia de situación y régimen, derivada del deber inexcusable de proteger la familia, habrá de reducirse a la situación o posición de hijos y padres y madres respecto al Derecho de familia y a cuanto con él esté esencialmente relacionado, sin que sea admisible ninguna otra diferencia ante el resto del ordenamiento jurídico por tales circunstancias.

Deben darse, en suma, adecuadas soluciones a la patología familiar con vistas a garantizar la máxima protección realmente posible de los hijos, especialmente —en cuanto sujetos enteramente pacientes de aquella patología, a

(31) Vid. análogamente G. GARCÍA CANTERO: *Comentarios.....*, cit., págs. 19-20.

los que se debe evitar el daño consiguiente en todo lo que sea ópticamente posible—, e incluso también de las madres, en particular en tanto deban ocuparse de sus hijos menores —que es probablemente a lo que mira la previsión del artículo 39.2 (que tiene alcance diferente para los hijos y para las madres)—, pero en ningún caso permite el artículo 39.1 ni el más general principio de justicia, como valor superior del ordenamiento proclamado desde el artículo 1.1 del propio texto constitucional, que la patología se acoja en sí misma, social, económica y jurídicamente, como la normal fisiología de la institución familiar.

El análisis pormenorizado de las distintas alternativas posibles para articular adecuadamente los dos deberes constitucionales establecidos por los apartados 1, y 2 y 3 del artículo 39, así como de las soluciones dadas por nuestro ordenamiento jurídico ya en vigor o las que deberían reconsiderarse, excede ya con mucho, obviamente, del objetivo de este estudio (32).

(32) La *Convención Europea sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio*, de 15 de octubre de 1975, aún no ratificada por España, trata de lograr la mayor aproximación posible de la protección jurídica de la prole no matrimonial respecto a la matrimonial, pero es una buena prueba de las dificultades de una igualdad completa y del reconocimiento de la familia matrimonial como lo normal, hacia lo que lo anormal debe tratar de aproximarse en consideración a la persona de quienes no tienen culpa en ello.

