

## CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL DERECHO ESPAÑOL<sup>1</sup>

María del Mar Martín  
*Universidad de Almería*

**Abstract:** This study attempts to ascertain the notion of family underlying the Spanish Law, taking into consideration, mainly, its constitutional text. It also analyzes the consistency of that notion with the latest legal changes in this issue, from a realistic perspective. The study addresses some generic reflections about the notion of family in the world of the Law. From these reflections the article specifies the social functions that society can and must require from the family. These functions will serve as criteria to discern the different legislations on family law.

**Keywords:** Family, Family Law, legal realistic perspective.

**Resumen.** Este estudio pretende determinar la noción de familia subyacente en el Ordenamiento jurídico español, teniendo en cuenta, principalmente, su texto constitucional. También se busca analizar la congruencia de ese concepto en relación con los últimos cambios legislativos en esta materia en España, todo ello desde una perspectiva de realismo jurídico. Precisamente por partir de esta visión del Derecho, se inicia el estudio con unas consideraciones más generales sobre el concepto de familia en el mundo del Derecho. Éstas llevan a concretar las funciones sociales que son exigibles a la familia por parte de la sociedad. Estas funciones servirán como criterio para valorar las distintas legislaciones en derecho de familia.

**Palabras clave:** Familia, derecho de familia, realismo jurídico.

**SUMARIO:** 1. Distintas perspectivas.- 2. Intento de esclarecimiento desde la perspectiva del Derecho.- 3. Dimensión jurídica de la familia.- 4. Crisis y

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación financiado por el MEC SEJ2007-67096 "Políticas Jurídicas sobre el Menor" y ha sido presentado como comunicación en el XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico "Il Ius divinum nella vita della Chiesa", Venezia, 17-21 settembre 2008.

evolución del derecho de familia.- 5. Análisis más detenido sobre el artículo 39 de la Constitución.- 6. Reflexiones conclusivas

## 1. DISTINTAS PERSPECTIVAS

Las referencias explícitas a la familia en los textos legales españoles son más bien escasas y, en cierto modo, ambiguas. Ambiguas en el sentido de que no es fácil saber *a priori* qué debe entenderse por familia. De hecho, por ejemplo, las normas del Código civil español que se refieren al interés de la familia se pueden aplicar a realidades diversas: mientras que la mención de la familia en el artículo 524, en referencia a los derechos de uso y habitación, hay que interpretarla extensamente como el conjunto de personas que normalmente conviven en la casa<sup>2</sup>, la mención en el artículo 1319, en referencia al régimen económico matrimonial, la pone en relación con la comunidad conyugal. Por otra parte, si se tiene en cuenta este segundo significado de familia se pueden apreciar dos sentidos. El primero se refiere a la familia como conjunto de personas ligadas entre sí por un vínculo de parentesco, del que el Ordenamiento puede extraer algunas consecuencias jurídicas. Es la familia en sentido amplio o familia-linaje. El segundo se refiere a la familia formada por los padres unidos en matrimonio y los hijos, donde también se incluiría la familia en la que no ha habido prole. Es la familia en sentido estricto o familia nuclear.

Al contrario que el Código civil, la Constitución española de 1978 dedica a la familia un solemne texto en el artículo 39.1, en el que se asegura su protección social, económica y jurídica por parte de los poderes públicos.

Fuera del ámbito de lo jurídico, se puede definir la familia como aquella primaria forma o estructura de convivencia en la cual el ser humano se personaliza y se socializa; es decir, el lugar propio y básico del devenir del individuo y la sociedad. Se justifica esta definición porque es en un ámbito familiar donde la persona humana es –o debería ser– aceptada sin ninguna condición; y, precisamente por ello, en el ámbito familiar se aprende a reconocer el valor –bondad esencial– de cada persona concreta y de la sociedad como comunidad de personas<sup>3</sup>.

<sup>2</sup>Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, volumen 1º, 10ª edición revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, G. y CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., Madrid, 1983, p. 33, nota a pie de página nº 2. Se cita, en apoyo a esta afirmación, la sentencia de 23 de marzo de 1925.

<sup>3</sup>Cfr. ALVIRA, R., *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, Pamplona, 1998, p. 23. No obstante, este criterio no es realmente aprehensible para el Derecho, si bien es enormemente ilustrativo y capta una dimensión importante de lo familiar, hasta el punto de que sirve en ocasio-

Por otra parte, históricamente el concepto de familia se relaciona con el sometimiento de la comunidad doméstica —parientes y criados incluidos— a una autoridad o potestad<sup>4</sup>. De esa forma, la familia estaría constituida por el conjunto de personas sometidas a la autoridad o potestad doméstica. No obstante, si acudimos al diccionario, una de las primeras acepciones del término *familia* es la de *grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*. Este significado nos lleva de nuevo a relacionar la realidad familiar con la comunidad conyugal y la de sangre, de donde surgen originariamente los parentescos, o a los cuales imita el instituto de la adopción<sup>5</sup>.

## 2. INTENTO DE ESCLARECIMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO

Antes de entrar a analizar con un mayor detenimiento el Ordenamiento español, interesa hacer alguna consideración, más general, sobre el concepto de familia en el mundo del Derecho.

Esta pretensión de delimitar un concepto de familia desde la perspectiva del Derecho<sup>6</sup>, nos sitúa ante la necesidad de elegir entre dos posibilidades. La primera es buscar el concepto de familia desde una perspectiva meramente sociológica o descriptiva, preguntándonos qué muestran los estudios sobre la realidad de la familia, tal como ha sido vivida histórica o actualmente. La segunda es hacerlo desde la perspectiva del *ser* y del *deber ser*<sup>7</sup>, interrogándonos sobre los elementos que configuran la familia y sobre su mejor modo de ser. En buena lógica el modo en que deba configurarse el Ordenamiento jurídico para proteger la familia variará: desde la primera perspectiva la función

---

nes como parangón para otras realidades sociales que, en sentido estricto, no son realidades familiares pero a las que metafóricamente se les aplica el calificativo.

<sup>4</sup> Manifestativo de tal significado es el ya señalado artículo 524 del Código civil. En esa misma línea hay que suscribir que, según el origen etimológico de la palabra *familia*, ésta se compone por el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa: cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil ... cit.*, pp. 29-31.

<sup>5</sup> En igual sentido, aunque sin referencia al instituto de la adopción, véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., *La familia en la Constitución española*, en "Revista Española de Derecho Constitucional", 58(2000), p.16.

<sup>6</sup> Remito a las consideraciones que, respecto al concepto de familia, realiza SEGURA desde un punto de vista filosófico, cuyas argumentaciones me han parecido muy interesantes, aunque no me detengo en ellas por exceder de los límites del presente trabajo. Véase, SEGURA, A., *La familia y el fenómeno de la globalización*, en VARIOS, *La familia en el siglo XXI*, Granada, 2004, pp. 13-42. (Es un cuaderno que carece de ISBN, y que está editado por el Patronato del Colegio Mayor Albayzín, en colaboración con la Fundación *Sociedad y Cultura*).

<sup>7</sup> Entiendo aquí con HERVADA, si lo interpreto bien, el *deber ser* como el bien o conducta que, en relación con el ser de la persona humana, tiene la nota de debitudo, es decir, que es algo debido, algo que debe ser, pero que, por la libertad del hombre, puede no ser. Cfr. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, 1992, p. 458.

del Ordenamiento será la de ser un espectador ante el devenir sociológico y cultural que dé cobertura legislativa a la realidad preexistente<sup>8</sup>. Desde la segunda perspectiva, el Ordenamiento deberá proteger de manera privilegiada al modelo de familia que, fundadamente en derecho, sirva mejor para cumplir la función que le debe ser asignada.

Aunque pueda parecer una obviedad, estimo útil tener presente las siguientes consideraciones: para aclarar cuál debe ser la función del Derecho respecto a la familia, primero habrá que aclarar cuál deba ser la función del Derecho ante cualquier realidad. Por otra parte, para que el Derecho pueda tener alguna función respecto a una realidad, ésta debe contener o generar relaciones jurídicas, es decir, relaciones sociales en las que los sujetos están unidos o pueden llegar a estarlo por razones de justicia; por tanto, relaciones sociales en las que hay algo que uno debe al otro y que le es socialmente exigible<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> A pesar de la extensión de la siguiente cita de HERVADA, la transcribo debido a su acierto e interés: «Veamos, en primer lugar, el punto de vista lógico. De que algo *es*, no puede deducirse que *debe ser*, porque *es* resulta ser un presente y *deber ser* denota un futuro ser de algo que aún no es. Si ya es, no puede deber ser (que implica un no ser aún). Sólo por una falacia puede pasarse lógicamente del ser al deber-ser.

»Desde el punto de vista ontológico, también puede ser falaz pasar del ser al deber-ser. De un hecho, de lo que ya es, no puede deducirse que eso debe ser, es decir, del hecho no puede pasarse al derecho: esto es así, luego tiene derecho a ser así, tal cosa es ley. Si ese tránsito deductivo se hace, se comete la falacia lógica y, además, se comete una falacia ontológica. El hecho, lo que sucede o es, puede ser lícito o ilícito, justo o injusto; esto está implícito en la noción misma de deber-ser, de derecho, de ley. Lo que es, puede no haber debido ser o puede haber debido ser: del hecho de ser no puede deducirse que debe ser.

»En esta falacia, lógica y ontológica, han incurrido a lo largo de la historia, cuantos han elevado una situación de hecho al rango normativo de derecho o de ley. Tal era la falacia de los sofistas cuando decían que la ley natural es la dominación de los fuertes sobre los débiles; es así que el fuerte de hecho domina al débil, luego eso es lo justo, lo normativo, lo que debe ser. Esta deducción es ejemplo de la falacia naturalista. De igual modo han incurrido en esa falacia aquellos autores que, de una u otra forma, han llamado derecho o ley naturales a la situación fáctica del dominio por la fuerza, como es el caso de Hobbes, Spinoza y otros. Es ésta la falacia en la que incurre el *sociologismo*: tal pauta de conducta es la mayoritaria y comúnmente seguida, luego debe ser ley, es lo que debe ser. Eso es mezclar indebidamente el ser con el deber-ser. El ser no es normativo por su frecuencia o su carácter mayoritario; de ser normativo, sólo puede serlo por razón de su misma entidad. Claro que para captar esa normatividad es preciso entender que el ser es algo más que el mero hecho» (*ibidem*, pp. 64-65). A continuación expone este autor el tránsito del ser al deber-ser que no es falaz y que da explicación del Derecho como ciencia del deber ser. A su explicación y a la bibliografía que cita remito.

<sup>9</sup> Es claro el rechazo, en este planteamiento, de la concepción positivista del Derecho —tan difundida aún hoy, al menos como hábito mental—, que lo concibe como una superestructura, que puede tener a la realidad como referente más o menos lejano, pero en cualquier caso, que se presenta ante ella como un orden normativo que le es extrínseco. Al respecto, véanse las afortunadas consideraciones que, sobre la naturaleza de lo jurídico, se contienen en ERRÁZURIZ, C. J., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, Milano, 2000, pp. 93 ss.

De este modo, se puede entender que es función del jurista discernir qué es lo debido en las relaciones jurídicas que se promueven en la vida social de las personas -y piénsese que la vida familiar de cada uno es parte de esa vida social, y parte especialmente importante<sup>10</sup>. El jurista, por tanto, también deberá detectar si la regulación legal de determinadas relaciones jurídicas se acomoda realmente a ese criterio de lo que es socialmente exigible a cada uno, o si, por el contrario, está dejando de exigir algo que debería exigirse o exigiendo algo que, en justicia, no le es exigible<sup>11</sup>.

Por el contrario, no realiza propiamente la tarea del jurista, quien se propone detectar la realidad social y, sin valorarla desde el punto de vista de lo que a cada uno le es socialmente exigible, se apresta a ofrecerle o facilitarle una cobertura legal que la convierta en lícita<sup>12</sup>. Esta postura, además, pecaría de ingenua en el sentido de no considerar suficientemente al menos dos realidades. En primer lugar, que las conductas sociales son extraordinariamente susceptibles, más aún en una sociedad mediática como la nuestra, de ser manipuladas, por lo que pueden aparecer falsamente como espontáneas formas sociales de pensar y actuar que, sin manipulaciones no habrían surgido de ningún modo. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta la realidad de la función educadora o conductora de la norma. En ese sentido, esta postura no toma suficientemente en consideración la obligación del legislador de proveer de un adecuado *medio ambiente* social, el exigible, precisamente, por la dignidad del ser humano<sup>13</sup>, que puede llevar a motivar el que, si bien no se conviertan en ilícitas determinadas conductas, no se las propongan, precisamente, como modélicas, lo que se hace al convertirlas en lícitas y, más aún, cuando se les hace objeto de supuestos derechos subjetivos.

<sup>10</sup> Es más, en la génesis de cualquier sociedad, está la familia, entendida —en feliz formulación de D'AGOSTINO— como la estructura antropológica que une sujetos de edad, capacidad y papeles diferentes. Cfr. D'AGOSTINO, F., *Filosofía de la familia*, Madrid, 2006, p. 98.

<sup>11</sup> No ha de confundirse, en cualquier caso, esta función del jurista de discernimiento de lo justo —incluso en la interpretación y valoración de la norma legal— con la función del político de diseñar la sociedad de un modo concreto dentro de las formas justas de ordenación posibles. Sobre la función del jurista, véase, entre otros, HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas ... cit.*, pp. 71-87.

<sup>12</sup> En el contexto de una acertada e interesante argumentación, señala MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ que la Constitución española no obliga a proteger del mismo modo todo cuanto pueda darse en la espontaneidad social, lo que, según este autor, significaría no proteger nada, y hasta suprimir la distinción consustancial a la propia existencia del Derecho. Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La familia ... cit.*, p.17.

<sup>13</sup> Se hace referencia al bien común, que, como principio, tiende a resolver el problema de la coordinación entre los intereses individuales y los colectivos y al que tiende, de suyo, el Ordenamiento jurídico. Se toma la *imagen* del medio ambiente porque a lo que tiende el bien común es precisamente a la consecución de las condiciones más óptimas que, en cada circunstancia histórica, mejor permitan a las personas ejercer sus derechos y libertades y cumplir sus deberes. Al respecto, y ya en relación con la institución familiar, véase, *ibidem*, p. 12.

Estas consideraciones se apartan manifiestamente de una perspectiva positivista del Derecho, pues el criterio para distinguir lo justo de lo injusto en el tratamiento de una realidad no va a darlo, ni única ni principalmente, la norma positiva ni el dato sociológico<sup>14</sup>, sino la realidad de la naturaleza humana y su innata dignidad. Ahora bien, esta consideración de la naturaleza humana como criterio para el jurista no debe entenderse en un sentido ahistórico o atemporal, porque no es tal el ámbito en el que se mueve ni el ser humano en este mundo, ni el Derecho. Ciertamente, como ha sido señalado por MELCHIORRE<sup>15</sup>, es necesario distinguir en el interior del plexo naturaleza-cultura, pues no hay historia que no esté condicionada por referencias esenciales, ni tampoco hay historia que no sea el devenir de aquello que permanece<sup>16</sup>.

La solución vendrá, entonces, de delimitar las funciones de la familia y concluir, posteriormente, cuál es la forma o modelo de familia que, por su configuración, es la más adecuada para cumplirlas<sup>17</sup>. En cualquier caso, se

<sup>14</sup> Ambos –la norma positiva y el dato sociológico–, indudablemente, nos deberían acercar al conocimiento de lo justo, del Derecho, pero esto será así en la medida en que respondan a un adecuado y real conocimiento de la persona humana, pues los derechos dimanantes de su dignidad no pueden, en buena lógica, depender para su existencia –y exigencia– de ningún factor externo a su propio ser.

<sup>15</sup> Citado por D'AGOSTINO, F., *Filosofía de ...* cit., pp. 21-22. Se enmarca la cita en una interesante argumentación en relación con el cuestionamiento del concepto de familia.

<sup>16</sup> Llama la atención la argumentación que, respecto a la delimitación del concepto jurídico de familia, sigue ÁLVAREZ GÁLVEZ. Concretamente señala –y ciertamente con no poca lógica– que el análisis lingüístico debe concebirse como algo anterior al debate jurídico. Cfr. ÁLVAREZ GÁLVEZ, Í., *Sobre el concepto de familia. ¿Qué familia se protege en el artículo 39.1 de la Constitución española?*, en “Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid” 7(2004), p. 3. No obstante, cabe preguntarse si la necesidad del análisis lingüístico en la labor del intérprete jurídico no está suficientemente tenida en cuenta y comprendida en su indudable profundidad en el vigente art. 3.1 del Código civil español. Indudablemente, siendo una cuestión tan de vital importancia, procederá siempre una mayor profundización en su sentido, pero, al mismo tiempo, debe observarse que es ésta una cuestión cuya resolución dependerá de la actitud intelectual que adopte el intérprete respecto a lo que es el Derecho y respecto al alcance que se acepte de la capacidad humana de conocer la realidad de las cosas; obviamente, según esta actitud sea más o menos acertada, así serán las conclusiones a las que se lleguen. Por otra parte, y más en general, se echa de menos en el planteamiento de este autor una comprensión de las realidades humanas que, como señala MELCHIORRE –cfr. *supra*, nota n° 14– entre en la dinámica interna del plexo naturaleza-historia. Le falta, precisamente, vislumbrar una actitud de sano realismo, que rechaza un esencialismo ahistórico e irracional tanto como un convencionalismo relativista. Al margen de ello, se aprecia la aporía a la que se llega desde un planteamiento relativista de la actividad intelectual: se parte de la base de la imposibilidad de captar y comunicar mediante el lenguaje la esencia de las cosas –entre otros motivos por no aceptarse otro conocimiento científico que el empírico, como parece ocurrirle a este autor– sin percatarse de que esta postura admite el carácter relativo de toda afirmación menos de este punto de partida, por lo que se podría decir que se es tan esencialista - en negativo y entendiéndolo con el matiz de irracionalidad que el autor da a este enfoque en su trabajo. Cfr. *ibidem*, p.10 y 12- como la postura que critica.

<sup>17</sup> Resultan interesantes las consideraciones que, al respecto, se contiene en ALVIRA, R., *El lugar*

trata de encontrar una solución para la regulación o protección *jurídica* de la familia. Que sea jurídica supone, ciertamente, que esta regulación de la familia se configure de distinta manera en cada momento histórico, respetando lo propio de la familia porque forma parte integrante de lo propio del ser humano<sup>18</sup>. Este sería el criterio para el insoslayable juicio de las culturas a la hora de modelar o vivir la familia, partiendo de que, aunque la familia posee una verdad propia, como acertadamente señala D'AGOSTINO, esta verdad no puede expresarse de forma definitiva<sup>19</sup>, precisamente porque lo propio de la familia —como lo propio del ser humano, del que forma parte— no puede existir en este mundo sino históricamente, lo que supone estar insertado en una forma cultural concreta, que sí es juzgable en razón del respeto que su modelo ofrezca a las exigencias propias del ser humano<sup>20</sup>.

Se parte, además, del presupuesto de que la familia es una realidad universal; el motivo es que forma parte de lo humano, y, por eso, la encontramos siempre unida al sucederse de las sociedades humanas, al margen de que se la configure o se la viva de una forma u otra. En ese sentido —y permítaseme abundar un poco más en esta cuestión—, si se admite que la institución familiar tiene unos contornos esenciales fijados por el propio ser de la persona humana —en el sentido de que son las formas exigidas por su propia dignidad, por ser, entre las posibles, las más conformes a su propio ser—, se puede denominar familia natural o legítima a la que se corresponde o respeta esos contornos naturales. De modo que no necesariamente todas las formas de familia posibles, ni todas las formas de familia aceptadas social o legalmente se corresponden —al menos con igual proporción— con esta noción de familia natural o legítima.

Es necesario considerar, al respecto, la capacidad humana de crear infinitas variedades de expresiones culturales de una misma realidad, como es la familia. Esta capacidad —que constituye una de las expresiones de la libertad humana<sup>21</sup>—, D'AGOSTINO la compara a lo que sucede con el lenguaje, «que será

---

... cit., pp. 27-31.

<sup>18</sup> Lo cual no obsta, sino que manifiesta, la necesidad que tiene el jurista de la inestimable ayuda del filósofo o del antropólogo que, profundizando desde sus respectivos ámbitos científicos en lo que sea la esencia de la familia, formulen de esta realidad una definición válida.

<sup>19</sup> Cfr. D'AGOSTINO, F., *Filosofía de ... cit.*, p. 99.

<sup>20</sup> Sobre este juicio en torno a las culturas, señala D'AGOSTINO que «sólo puede hundir sus raíces en un principio extracultural, capaz de advertir el espíritu que anima a las culturas, pero que no quede reducido a éstas, so pena de perder su sentido propio. Por eso, el juicio en torno a las culturas jamás podrá llevar, propiamente, al intento de sustituir una forma cultural por otra forma distinta, sino al de conducir a su plenitud la verdad que en cualquier forma se encuentra encerrada, con la conciencia clara de que, a través de esa dinámica, se logrará siempre una aproximación al valor absoluto que esa específica forma cultural custodia y defiende, y nunca una concreción total del mismo» (*ibidem*, p. 103).

<sup>21</sup> No es propiamente humana la libertad que pretende poder dar cualquier forma a realidades

siempre el ejemplo más típico y aparente de libertad de forma que el hombre posee en virtud del principio ontológico de la necesidad de comunicación intersubjetiva»<sup>22</sup>.

humanas sin un referente en el propio ser del hombre. Esto, además, solo es posible –y de hecho ocurre casi generalizadamente en nuestro ambiente cultural–, cuando no se admite el carácter creatural del ser humano o se pretende negar la cualidad de científica a cualquier argumentación que no niegue o no ignore tal carácter. Por otro lado, debe considerarse que para llegar a la conclusión de este carácter no es necesario ni abdicar de la racionalidad, ni apoyarse en una religión revelada. Distinto es llegar a su conocimiento profundo o absoluto, o atisbar todas sus consecuencias, pues ciertamente es insoslayable para el hombre tropezarse, en este ámbito, con el misterio. Precisamente al concepto equivocado de libertad humana es achacable el apoyo y asentimiento que buena parte de los operadores jurídicos ofrecen a las propuestas legislativas que en materia de matrimonio y familia se están verificando tanto en el Ordenamiento español como en otros ordenamientos occidentales en los últimos años. Piénsese, entre otras cuestiones, en la disociación que se obra en estas propuestas entre sexo, filiación, matrimonio, familia.

Es ciertamente lógico que, si se considera que la vinculación entre matrimonio y principio de heterosexualidad –con la consecuencia, bien entendida por GÓMEZ, entre matrimonio y consiguiente creación de una familia– es una vinculación puramente de hecho y no de derecho, se postule la desaparición para el mundo jurídico de tal vinculación, y, yendo hasta sus últimas consecuencias, se postule también la desaparición para el mundo jurídico del matrimonio. Cfr. GÓMEZ, Y., *Familia y matrimonio en la Constitución de 1978*, Madrid, 1990, p. 190. Por otro lado, está plenamente en sintonía con el presupuesto de que la afectividad sea el fundamento de las relaciones familiares. Cfr. *ibidem*, p. 129. Lo propio, entonces, sería la desaparición de la familia para el mundo del Derecho, o crear un nuevo modelo al que se podría llamar familia, y darle el contenido que convenga, y que poco o nada tenga que ver con un concepto de familia para el cual lo jurídico sea una realidad intrínseca. Cfr. *ibidem*, p. 132. Se advierte que, o bien le falla a la autora una adecuada percepción de lo jurídico, o de lo familiar, o de ambas realidades.

Transcribo una cita de D'AGOSTINO, que, muy fundadamente, argumenta en sentido contrario a GÓMEZ: «Pero no es fácil admitir que la dimensión propia del hombre es la finitud; ésta impone el reconocimiento del carácter creado del hombre (lo finito no se hace a sí mismo, sino que *ha sido hecho*), la aceptación de hasta qué punto es esencial en la existencia humana la experiencia del límite: el límite como aquello que impone la renuncia a la pretensión de una expansión ilimitada del propio yo; cosa que exige reconocer exclusivamente en la aceptación de una determinación existencial el proceso de autoidentificación. No asombra, por tanto, que el anhelo de quebrantar el límite –con la pretensión de alcanzar una infinitud ontológica– contradistinga de maneras variadas toda la experiencia histórica del hombre; y que, en lo que a nosotros respecta más inmediatamente, ese impulso se condense en el intento de separar amor y familia, como si ésta constituyera el lugar del límite, y aquél, el de lo ilimitado; ésta, el espacio de la represión, y aquél, el de la inmediatez de la absoluta espontaneidad. Escindir amor y familia significa querer elevarse hasta lo absoluto, rechazando la norma”» (D'AGOSTINO, F., *Filosofía ... cit.*, p. 77). En realidad, GÓMEZ, si no la he malinterpretado, no pretende escindir amor y familia, incluso pretende unirlos, pero al vaciar de contenido al concepto de familia –desjuridificándolo– es eso, en realidad, lo que consigue.

<sup>22</sup>*Ibidem*, p. 130. Y continúa diciendo el autor: «Pero lo que hemos denominado *libertad de forma* no puede, obviamente, prescindir de las estructuras ontológicas constitutivas de lo *humanum*, sino que debe serles fiel, so pena de tornar irreconocibles sus realizaciones: respecto a todos los lenguajes, resulta vigente el principio general que los hace recíprocamente traducibles; de la misma forma, en las estructuras familiares impera el principio general de su común funcionalización, con vistas a la constitución de la identidad subjetiva. La fidelidad de la *libertad de forma* a

Al margen de la anterior consideración, y entrando en el análisis de las funciones sociales de la familia, se percibe que en el grupo familiar destaca una función básica y esencial, junto con otras —como son las políticas, económicas y socio-culturales...—, una y otras recíprocamente imbricadas.

La función básica apela a la conservación y perpetuación del ser humano. Ciertamente, esta función básica se refiere a la relación entre matrimonio y familia, pues hace referencia a un orden normativo en el ejercicio de la sexualidad. Ese orden normativo vendría a asegurar, precisamente, el orden de las generaciones<sup>23</sup>.

En cuanto a las otras funciones, la de tipo político era muy clara antiguamente, con la preponderancia social y jurídica de la familia amplia o familia-linaje. Por el contrario, en la actualidad —y al margen de que se considere o no criticable a esta concepción—, a la sociedad se la concibe como formada únicamente por individuos, no por familias<sup>24</sup>. No impide ello que, relacionando la función política con la social y cultural, se pueda afirmar, como se ha dicho más arriba, que la familia es un medio de socialización del individuo. Es, precisamente, el factor más importante para la inserción de la persona en la vida social y, por tanto, para su educación.

La función económica de la familia es también clara. Históricamente, antes de la división del trabajo a gran escala, la familia constituyó una unidad de producción en sentido bastante estricto. En la actualidad sirve como cauce de conservación del poder económico y de la riqueza —por ejemplo, en las

---

las estructuras ontológicas resulta, en cualquier caso, una fidelidad necesariamente creativa, (...)» (*ibidem*, pp. 130-131). Me parece que es el no entender esta capacidad humana de crear distintos modelos culturales de familia como manifestación de libertad de forma, sino entenderla como libertad de elección —en terminología de D'AGOSTINO. Cfr. *ibidem*, p. 130— lo que lleva a GÓMEZ a cuestionarse la necesidad de acudir, por parte del Ordenamiento a una definición de familia. Cfr. GÓMEZ, Y., *Familia y ... cit.*, pp. 250-251.

<sup>23</sup> Véanse, al respecto, las interesantes consideraciones de D'AGOSTINO, F., *Filosofía de... cit.*, p. 150. Y, respecto al Ordenamiento español, el acierto de las de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La familia... cit.*, p. 18.

<sup>24</sup> Como es sabido, desde la época de las codificaciones, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural estiman a la sociedad de los hombres como una sociedad de individuos, y no una sociedad de familias, con las ventajas y los inconvenientes —algunos de ellos importantes— que tal tesitura genera. Resulta muy interesante lo señalado al respecto por CASTÁN cuando, tras haber reconocido que el derecho civil moderno se estructura sobre la base de la persona individual y no de la familia, aclara el error de reducir las relaciones de familia a relaciones individuales entre los miembros que la constituyen, desconociendo el carácter de asociación natural y de fondo ético que tiene la familia. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil ... cit.*, p. 36 y p. 38.

Sin embargo, GÓMEZ parece entender que el fin de una organización democrática no puede ser otro que el de conseguir que, en la edad adulta, un sujeto no disminuido física ni psíquicamente esté en condiciones de asumir todos los aspectos de su vida íntegramente. Esto lo afirma a continuación de reconocer que nunca se ha intentado una sociedad de individuos independientes. Cfr. GÓMEZ, Y., *Familia y ... cit.*, p. 174.

empresas familiares o en el ámbito del derecho sucesorio—. Además, la familia es unidad de consumo y de disfrute de la renta, pues el consumo habitualmente es consumo familiar, y es la familia la beneficiaria de las rentas de sus miembros.

Unido a la cuestión de las funciones llamadas a cumplir por la familia está el hecho de que, en nuestro entorno social y jurídico, se advierte una cada vez más pronunciada tensión entre familia y grupos políticos en orden a lo que se pueden llamar prestaciones vitales. Ciertamente, cada día es mayor el traspaso de funciones del sector familiar al sector público, en ámbitos tan importantes como la enseñanza, la salud, etc. La cuestión clave, para discernir lo propio de cada uno y, por tanto, para tener una clara noción de la justicia en este ámbito, es esclarecer la proporción adecuada. En el fondo se trata de ver qué tipo de subsidiariedad subyace en un Ordenamiento y en una sociedad. Resolver esa cuestión es vital, y no solo teóricamente, pues es necesario que las funciones se desarrollen de forma consecuyente; además, de ello depende en buena medida que el Estado sea respetuoso con la dignidad y libertad de cada persona o, más o menos explícitamente, se torne totalitario<sup>25</sup>.

### 3. DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA

Es especialmente importante poner de manifiesto que la familia, en cuanto agrupación social, tiene una juridicidad intrínseca, es más, se puede afirmar con D'AGOSTINO, que entre familia y juridicidad se produce una convertibilidad evidente<sup>26</sup>. Los motivos son básicamente tres. En primer lugar, que las relaciones que se dan entre sus miembros son susceptibles de ser medidas conforme a criterios de justicia. Es decir, buena parte de las conductas entre los miembros de la familia son debidas en justicia, aunque en la mayoría de los casos se llevan a cabo con plena voluntariedad, es decir, sin tener en cuenta que el Ordenamiento jurídico las establezca o no como debidas. En segundo lugar, la familia genera relaciones jurídicas respecto a terceros. Y, en tercer lugar, y en realidad es una variante del motivo anterior, la familia genera ante la sociedad unas expectativas por las funciones que está llamada a cumplir que, si bien en algunos casos le son directamente exigibles y en otros no, provoca la necesidad de que el Ordenamiento jurídico facilite que las pueda cumplir de la mejor manera.

---

<sup>25</sup> Véase, *Infra*, nota nº 32.

<sup>26</sup> El autor aclara que esta convicción nos la facilita la antropología, y que no se trata de una convertibilidad axiológica, sino sistémica. Cfr. D'AGOSTINO, F., *Filosofía de ...* cit., p. 50. Para su comprensión, téngase en cuenta, además, que el carácter relacional del hombre es constitutivo de su identidad. Cfr., al respecto, *ibidem*, p. 51-52. Más adelante, en una interesante argumentación, afirmará que la normatividad del Derecho se constituye a partir de lo *familiar*. Cfr. *ibidem*, pp. 112-113.

No obstante, no basta la delimitación de estos tres motivos, sino que se debe señalar que los tres dependen, en realidad, de uno ulterior que está en su origen: en concreto, el hecho de que, como ya se ha apuntado, el carácter relacional del hombre es constitutivo de su identidad, y precisamente es en la familia donde el hombre va a poder crear su identidad, pues en ella va a asumir de manera originaria los papeles que, conforme le hacen asumir y crear su identidad, le posibilitarán insertarse en la sociedad.

Es, por tanto, importante subrayar que la dimensión jurídica de la familia no aparece porque el Ordenamiento jurídico la haga objeto de su regulación. Al contrario, el Ordenamiento jurídico hace objeto de su regulación a la familia porque ésta, de suyo, genera relaciones jurídicas.

Conviene hacer, sin embargo, alguna observación. En primer lugar, que este planteamiento contradice abiertamente aquellos otros que entienden la familia como una simple estructura o subestructura del Estado, que está relacionada con la defensa de una fase histórica de la humanidad, previa a la fase de la familia<sup>27</sup>. Ambos postulados, aceptados acríticamente –fundamentalmente de autores marxistas, cuyas argumentaciones en defensa de sus tesis dejan científicamente mucho que desear<sup>28</sup>–, están presentes en los autores que defienden un concepto de familia desconectado de una referencia al propio ser del hombre, y, por lo mismo, necesariamente relativista; a modo de ejemplo, en el ámbito español, GÓMEZ<sup>29</sup> y ÁLVAREZ GÁLVEZ<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> La relación entre ambos planteamientos la lleva a cabo, acertadamente, D'AGOSTINO, Cfr. *ibidem*, pp. 59-61.

<sup>28</sup> Remito, para su crítica, a la recensión que tuve ocasión de hacer del libro de FERRANDO, G., *Il matrimonio*, Milano, 2002, publicada en el "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", XIX(2003), pp. 926-934 y a la bibliografía que allí cito.

<sup>29</sup> La autora ofrece su opinión de que la familia fue elegida y el matrimonio creado como instituciones colaboradoras de la organización social. Cfr. GÓMEZ, Y., *Familia y ...* cit., p. 32. No obstante, no da pruebas de los datos que le han llevado a esta conclusión, que admite como probable, y que luego le servirá de presupuesto para el resto de sus conclusiones, pero sí que se apoya en argumentos de autoridad –la periclitada obra de ENGELS sobre la familia será un referente–. Es curioso, por otro lado, que aceptando de tan buen grado las tesis –bastante cuestionables, como ya se ha dicho– de algunos autores sobre la historia de la vida familiar –o de sus precedentes, si se prefiere–, más adelante cuestione las fuentes de conocimiento de la historia de la familia durante la edad media. Cfr. *ibidem*, p. 57. Parece como si a más cercanía histórica mayores fueran las dificultades para conocer la historia de la familia. Por otra parte, respecto a las relaciones incestuosas, tal y como fueron vividas en épocas prehistóricas, la autora hace suya la interpretación de ENGELS. Llama también la atención –aunque es precisamente lo propio de un planteamiento relativista– que el prácticamente universal rechazo de las relaciones incestuosas que parece verificarse en todas las sociedades no manifieste que el incesto sea algo que desdiga de la dignidad del ser humano, dado que esa universalidad en el rechazo no supone identidad en la forma de rechazo. En concreto, señala la autora que la variación de este rechazo de una sociedad a otra y la extensión de la prohibición a parientes en distinto grado, «parece destruir cualquier presunción de un *reconocimiento instintivo* de que determinadas relaciones entre consanguíneos sean indeseables.

#### 4. CRISIS Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

En el derecho de familia español se han ido produciendo grandes cambios desde hace varias décadas; cambios que corren paralelos a otros verificados en nuestro entorno europeo y que le afectan de manera muy incisiva. Se puede interpretar esta realidad, en cierta medida, como una crisis de la familia<sup>31</sup>, incluso de su misma noción, y también de las directrices e intereses políticos sobre ella.

Ha de tenerse en cuenta que, entre los factores sociales que más inciden en el derecho de familia, están, en primer lugar, la reducción o estrechamiento del círculo familiar<sup>32</sup>; en segundo lugar, la asunción de funciones tradicio-

---

En igual sentido se pronuncia ENGELS considerando el incesto como una invención social» (*ibidem*, p. 38). En relación con el incesto es, sin embargo, muy sugerente, la aportación de D'AGOSTINO, en el sentido de localizar en su prohibición la norma que, en la medida en la que se reconoce destinatario de ella, la persona queda revestida de una función familiar. A sus argumentaciones y a la bibliografía allí citada remito: D'AGOSTINO, F., *Filosofía de ...* cit., pp. 59-66, especialmente p. 62.

<sup>30</sup>Sobre la actitud intelectual de este autor y, consiguientemente, sus puntos de partida en el trabajo que dedica al concepto de familia cfr. *supra* nota nº 16. Por lo demás, respecto a su referencia a las supuestas fases históricas, véase, ÁLVAREZ GÁLVEZ, Í., *Sobre el ...* cit., pp. 18-19.

<sup>31</sup>Crisis en el sentido -que coincide con alguna de las acepciones del término en el Diccionario de la Real Academia Española- de momento decisivo de un negocio grave y de consecuencias importantes. En todo caso, crisis en el sentido de transición, como expone D'AGOSTINO -rechazando, por cierto, el término *crisis*- con lucidez: «(...) Quien, como el que redacta estas líneas, está convencido de que la familia constituye una realidad originaria, de la que se eleva una dimensión propia de lo que es específicamente humano; quien sabe devolver a sus legítimos y angostos límites ese *relativisme irrespectueux* que, al decir de CARBONNIER, se insinúa desde hace algún tiempo en las lecturas sociológicas de la familia; esa persona, digo, sabe que toda nueva crítica, todo nuevo cuestionarse lo que la familia es, adquiere un valor particular: no manifiestan ni la crisis ni, mucho menos, su fin, sino que ponen de relieve, únicamente, la transición. Y la transición pertenece constitutivamente a la realidad de la familia» (D'AGOSTINO, F., *Filosofía de ...* cit., pp. 21-22).

<sup>32</sup>En realidad, sería un cambio en el modo de vivirse la familia, que, en sí mismo considerado, no es necesariamente mejor ni peor que el que viene a sustituir, aunque quizás más vulnerable a intromisiones no del todo legítimas por parte del Estado. Al respecto, transcribo un párrafo elocuente de D'AGOSTINO: «Pero todavía es más destacable que la antropología enseñe que, entre los mitos jurídicos, el de la familia nuclear constituya uno de los más preciosos y menos inocentes. "El Estado -escribe ROULAND- encuentra una doble ventaja. Por un lado, la unidad nuclear es una base que le facilita las operaciones de control: es más fácil controlar, censurar y tasar sobre la base de familias nucleares que sobre grupos extensos. Por otro lado, más en profundidad, la familia nuclear representa los valores individualistas (contractualismo, autonomía de la voluntad) que se considera deben ser garantizados por el Estado: la institución de este último significa negar los grupos que podrían poner obstáculo a su poder".

»Se explica bien, así, por qué los *derechos de la familia* -reconocidos y positivizados en casi todas las grandes Declaraciones internacionales de los derechos- son ya interpretados como *los derechos (de los individuos) en la familia*» (*ibidem*, p. 262).

GÓMEZ, en cambio, parece partidaria de asumir el riesgo de una estatalización cada vez más plena

nalmente atribuidas a la familia por parte de organizaciones sociales y, muy particularmente, por la Administración pública; y, finalmente, el progresivo acrecentamiento del control público sobre las relaciones internas entre los miembros del grupo familiar.

El cuerpo legal que contiene, en el Ordenamiento español, la regulación básica del derecho de familia es, junto con la Constitución, el Código civil. Cifrándonos al Código, de entre las varias leyes que lo han reformado en el ámbito del derecho de familia desde la entrada de la democracia en el país destacan, en primer lugar, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Lo que pretende esta ley es traducir a lo concreto la abstracta igualdad jurídica de los cónyuges, ya establecida anteriormente -desde 1975- en el Ordenamiento, en el ámbito de los regímenes económicos conyugales y en el de las relaciones entre padres e hijos, concretamente en lo que se refiere a la distinción entre filiación matrimonial y extramatrimonial.

En segundo lugar, la Ley 30/1981, de 7 de julio, que regula las causas de nulidad, separación y divorcio. Esta ley, conocida vulgarmente como ley del divorcio se promulgó tras un polémico debate político y social, y fue considerada por sus partidarios como una consecuencia obligada del principio de igualdad.

Con estas dos leyes quedaba dibujada, en sus líneas maestras, la regulación civil del matrimonio y la familia en el derecho español. No obstante, más recientemente es preciso señalar, entre otras, dos nuevas leyes. La Ley 13/2005, de 1 de julio, sobre derecho a contraer matrimonio, por medio de la cual dos personas del mismo sexo pueden acceder, entre ellas, al contrato matrimonial. Y la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio, que ofrece una mayor facilidad y rapidez para el rompimiento del vínculo civil entre los cónyuges, hasta el punto de hacer innecesario que exista ninguna causa de divorcio distinta a la mera voluntad de ellos o de uno de ellos.

Por lo que respecta a la consideración y protección de la familia en la Constitución española de 1978 los preceptos básicos que han de tenerse en cuenta son los contenidos en los artículos 39, que recoge el principio de protección de la familia en el Ordenamiento jurídico; 32, que reconoce el dere-

---

de la sociedad, en pro de un concepto de Estado que tuviera la función de garante de que no se constituya la familia en una instancia que afianzase desigualdades entre los individuos, lo cual la convertiría en una institución antidemocrática. Cfr. GÓMEZ, Y., *Familia y ...* cit., p. 289. Quizás lo que convenga plantearse aquí es el sentido de la democracia y su relación con el principio de igualdad, para no entenderlo mal y convertir esta relación en un instrumento ideológico para conseguir el sometimiento de los ciudadanos, que se conseguiría en una sociedad que busque un igualitarismo a ultranza de los individuos.

cho a contraer matrimonio; 18, que reconoce el derecho a la intimidad; el 27, que reconoce la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, y el 50, sobre las obligaciones en torno a la tercera edad<sup>33</sup>.

Habida cuenta, por otra parte, de la remisión, a efectos interpretativos, del artículo 10 de la Constitución a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, es interesante considerar entonces que esta Declaración de 1948, expresamente mencionada, reconoce al hombre y a la mujer el derecho a casarse y fundar una familia, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión. Asimismo declara que sólo por el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio. Añade, finalmente, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966 dispone que se debe reconocer 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 educación de los hijos a su cargo. A la vez, este Pacto recoge que el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros esposos. Es interesante observar que en el texto de este Pacto explícitamente se relaciona a la familia con el hecho de la generación de los hijos<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Este último precepto resulta de interés en cuanto reconoce la existencia de obligaciones familiares respecto a las personas de la tercera edad, al señalar que, con independencia de estas obligaciones, los poderes públicos promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda y ocio. Precisamente se parte en este artículo 50, como señala acertadamente MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, de la presunción de que los nexos familiares –que arrancan de la relación esponsal, remarca el autor– que deben servir para prestar a los nuevos seres humanos la debida atención y cuidado, deben también servir para esa otra etapa de la vida en la que el ser humano vuelve a necesitar de la atención de los demás más intensamente, como es la llamada tercera edad. Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La familia* ... cit., p.32.

<sup>34</sup> En una crítica a DE LOS MOZOS, GÓMEZ entiende que del art. 23.1 de este Pacto no se puede colegir que ese elemento natural y fundamental que es la familia deba tener una específica configuración o que determinados supuestos no entren dentro de su ámbito. Cfr. GÓMEZ, Y., *Familia y ...* cit., pp. 249-250. No obstante, si se leen completos los art. 23 y 24 del Pacto, es bastante fácil y seguro, a mi parecer, la conclusión de que ese elemento natural y fundamental de la sociedad que es la familia tiene algún nexo intrínseco con el matrimonio y con la procreación, si no, no se entiende que se proclame en el mismo art. 23 el derecho del hombre y la mujer (principio de heterosexualidad) a contraer matrimonio y a fundar una familia. Ciertamente, es muy difícil aceptar estos principios si no se concede ningún valor jurídico –como parece hacer la autora en el texto que he citado– a la *naturaleza de la cosa*, expresión con la que se está haciendo referencia a la realidad ontológica del matrimonio y la familia. Por otra parte, en el art. 24 del Pacto –y es muy interesante esta observación para la interpretación del art. 39 de la Constitución de 1978– se reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, reli-

Afirma con tino y sin ambages MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ que todos los textos internacionales –por lo tanto, se incluyen todos los textos a cuyo sentido ha de conformarse la interpretación que se dé a los derechos fundamentales y libertades reconocidas constitucionalmente en España por mandato del artículo 10,2– sitúan a la familia explícita o implícitamente en relación intrínseca con el hecho de la generación de nuevas personas humanas<sup>35</sup>.

## 5. ANÁLISIS MÁS DETENIDO SOBRE EL ARTÍCULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN

El artículo 39 está incluido sistemáticamente en el capítulo III del título I (de los derechos y deberes fundamentales) de la Constitución, por lo que, aún sin estar en el capítulo II de ese título, sí que se enmarca en el ámbito de los derechos fundamentales. En cierto modo, se puede decir que consagra una especie de derecho fundamental de la persona y conlleva, por tanto, una facultad para su titular y la correspondiente exigencia a los poderes públicos para su real efectividad.

No obstante, lo que marca el artículo 39 es, fundamentalmente, un principio rector por el que toda la actuación del Estado debe ser en protección de la familia. Se pone en evidencia, de este modo, la conciencia que el Ordenamiento español tiene de que la sociedad se construye desde la familia<sup>36</sup>.

---

gión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como por la sociedad y el Estado. Es interesante porque se hace evidente que, en este Pacto, el reconocimiento de los derechos del menor es compatible con el reconocimiento de una relación intrínseca de la familia y el matrimonio heterosexual.

<sup>35</sup> Y añade que del texto del artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 se desprende que, en principio, los padres con sus hijos constituyen la familia ordinaria. Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La familia ...* cit., p. 15. Véase, asimismo, *ibidem*, pp. 28-29.

<sup>36</sup> Es interesante, al considerar este deber del Ordenamiento de proteger la familia, tener en cuenta, como recuerda MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, que la regulación jurídica –con la consiguiente imposición de situaciones de ventaja y de desventaja inherentes a ella– es una de las muy diversas formas que pueden y deben utilizarse en el fomento. Cfr. *ibidem*, p.13. Esta argumentación lleva a admitir la legitimidad del fomento de un modelo familiar por encima de otros, sin considerar discriminatorio todo trato desigual. En puridad sólo sería discriminatorio aquel trato o regulación jurídica insuficientemente fundado en derecho. Opina lo contrario TORRES DEL MORAL cuando deduce que, desde la perspectiva de los principios democráticos el legislador vulneraría la igualdad y, por tanto, la libertad, si interpreta la legislación de forma que deba establecer un régimen jurídico del matrimonio que lo favorezca respecto de otras opciones de vida. Cfr. *Prólogo* a GÓMEZ, Y., *Familia y ...* cit., pp. 11-12. (Aunque en este escrito el autor va comentando las tesis del libro que prologa, creo entender que éstas que señalo son ideas suyas que coinciden con las de la autora de la monografía, o bien de la monografía, que el autor hace suyas). El autor parece interpretar los principios democráticos en clave relativista; esto se percibe más claramente a continuación, cuando, apoyándose en la ausencia de definición constitucional de familia, termina concluyendo –confundiendo el ámbito jurídico, sociológico y político– que es función del legislador, de

Ciertamente, la Constitución no recoge una definición de familia. Bien es sabido, al respecto, que no es tarea de la norma definir realidades que son pre-existentes a ella, como es el caso de la familia, que es una realidad natural<sup>37</sup> y, por tanto, anterior al propio Estado y su Ordenamiento positivo. No obstante, se debe señalar que la noción de familia que la Constitución refleja es la surgida del matrimonio de los cónyuges, con independencia del dato de la procreación y de la composición más o menos amplia de sus miembros.

Avala la tesis de que la familia contemplada en la Constitución es, fundamentalmente, la de origen matrimonial, el hecho de que, cuando la Constitución ha querido establecer la equiparación entre la familia matrimonial y la no matrimonial lo ha hecho de manera expresa y para determinados ámbitos –filiación y maternidad no matrimonial–, como se deduce de la interpretación conjunta de sus artículos 39.1 y 39.2 y 39.3<sup>38</sup>.

No obstante, debe reconocerse que la anterior no es una afirmación pacífica, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Respecto a la doctrina, remito a lo ya visto a lo largo del trabajo, sobre las posturas de GÓMEZ y ÁLVAREZ GÁLVEZ, que, coherentemente con sus puntos de partida, discrepan de que se pueda mantener que la familia a la que se refiere el art. 39 tenga un contenido concreto, por lo que no se la puede identificar con la de origen matrimonial.

---

acuerdo con su programa político respaldado en las urnas, optar en cada momento por distintos modelos matrimoniales y familiares, entendiendo que todos tienen cabida en la Constitución de 1978. Cfr. *ibidem*, pp. 12-13. El que todos tengan cabida, es decir, cualquier modelo pensable, es tanto como decir que la Constitución no dice nada al respecto. Por otro lado, me parece que hay también una incorrecta –y muy común, por otro lado, en nuestra literatura jurídica– interpretación de la igualdad, que si se lleva a sus últimas consecuencias –y hay intentos de ello en distintos ámbitos de nuestro Ordenamiento– por una parte, vacía de contenido al propio Derecho, para el que es necesario fijarse justamente en la distinción, y, por otra, ignora que dentro del propio concepto de Derecho está ya ínsita la igualdad, pues es precisamente de la igual dignidad de todo ser humano de donde surge la conciencia del *deber ser* propio del Derecho. Por su parte, en la misma deformación de la igualdad parece caer GÓMEZ en su vigorosa crítica a la distinción entre prole legítima e ilegítima. Cfr., por ejemplo, GÓMEZ, Y., *Familia y ...* cit., p. 97-98 y 101-102. Evidentemente, a toda persona con un mínimo de sensibilidad le es costosa la distinción entre hijos legítimos o ilegítimos, y, en cualquier caso, hay que afirmar que esta distinción no debe justificar discriminación injusta para ninguna persona, pero es imposible eliminar esa distinción sin cerrar los ojos a la realidad. Pero, además, suprimir esa distinción supondría que el Estado renunciase a la regulación jurídica del matrimonio y la familia. Como esta renuncia es un imposible –lo cual se percibe cuando se entiende adecuadamente la naturaleza familiar y social de la persona humana–, la única alternativa es la ilegítima recreación por parte del Ordenamiento jurídico de lo que sea el matrimonio y la familia, sin contar ya con un referente cierto en el ser de la persona humana, salvo que, equivocadamente, se sitúe lo propio de lo humano en deseos más que en realidades.

<sup>37</sup> Y, como hemos explicado anteriormente, con una intrínseca dimensión jurídica.

<sup>38</sup> Véase, en el mismo sentido, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., *La familia ...* cit., pp. 18-19. Nótese en concreto, la sutileza de la interpretación textual de la norma llevada a cabo por el autor. Y, para un buen análisis tanto doctrinal como jurisprudencial, véase *ibidem*, pp. 19-28.

Con respecto a la jurisprudencia constitucional, en las no demasiado numerosas ocasiones en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el concepto de familia protegido por la Constitución<sup>39</sup> se deduce, en primer lugar, que no es discutible que el concepto constitucional de familia incluya la de origen matrimonial, si bien no puede entenderse que incluya únicamente a ésta. En segundo lugar, que se encuentran incluidas en tal concepto las familias formadas únicamente por los cónyuges, cuando no haya habido descendencia<sup>40</sup>. Y, en tercer lugar, que es innegable una relevante diferencia de partida entre las familias de origen matrimonial y las de origen no matrimonial.

## **6. REFLEXIONES CONCLUSIVAS**

En estas páginas únicamente he pretendido, como reza su título, hacer algunas consideraciones sobre el concepto de familia que maneja el Ordenamiento español cuando regula e intenta proteger esta realidad. Con ello quiero excusar su más claro defecto que, en mi opinión, es el de dejar irresueltas muchas cuestiones. No obstante, he intentado aportar claves para profundizar más en su estudio.

En esta sucinta valoración final quisiera destacar algunas observaciones. Por lo que se refiere a la Constitución de 1978, me parece que, bien leída e interpretada, hay datos suficientes para afirmar, en primer lugar, que cuando se refiere a la familia sí se refiere a un concepto concreto, no un concepto tan amplio que no venga a significar, a la postre, nada distinto a lo que el legislador inferior, la doctrina o la jurisprudencia digan que dice, y, en segundo lugar, que este concepto liga la realidad familiar a la realidad matrimonial. Otra cuestión distinta es que lo que dice la Constitución de 1978 en el ámbito de la familia nos parezca admirable, mejorable o rechazable, conclusiones que, en cualquier caso, no deben ser, para un jurista, dichas gratuitamente, ni desde perspectivas formales distintas a la del Derecho.

No obstante el texto constitucional, ciertamente la regulación de la familia en ámbitos normativos jerárquicamente inferiores genera perplejidades. Al margen del uso nominalista de términos intrínsecamente relacionados con la familia, en los cambios legales habidos en los últimos años en materia matrimonial, en los que, a la desaparición del principio de indisolubilidad, se añade

---

<sup>39</sup> Tomamos como referencia las sentencias 45/1989, de 20 de febrero; 222/1992, de 11 de diciembre y 116/1999, de 17 de junio.

<sup>40</sup> Para GÓMEZ, en cambio, no hay familia donde no existe ni ha existido relación de jerarquía y dependencia, de modo que el matrimonio entendido como pacto formalmente igualitario no puede considerarse por sí una familia. Cfr. GÓMEZ, Y., *Familia y ... cit.*, p. 258.

la desaparición del principio de heterosexualidad, sin duda se ha pretendido la conversión de una relación jurídica, como es esencialmente la matrimonial, en una relación meramente afectiva que, extrínsecamente, es regulada por el Ordenamiento. Indudablemente, esta conversión viene a significar la destrucción del matrimonio para el Derecho, o si se prefiere, su vaciamiento. La relación de esta circunstancia con la protección de la familia proclamada en el texto constitucional es patente. Ahora bien, quien sostenga que el Derecho puede crear su propia realidad, podrá dar por bueno este cambio; además, seguramente no reparará en las contradicciones del Ordenamiento jurídico en su conjunto, o vislumbrará su solución en un uso nominalista del lenguaje. Pero quien sostenga, como la que suscribe estas líneas, que el Derecho tiene como función ordenar con justicia la realidad humana intersubjetiva, sin duda apreciará el sinsentido.