

LA FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

*THE FAMILY INSTITUTION REFLECTED IN THE JURISPRUDENCE OF THE SPANISH
CONSTITUTIONAL COURT*

DRA. M^a JOSÉ SALAR SOTILLOS
Profesora de Ética y Deontología Empresarial y Profesional y
Profesora de Antropología
Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir"
mariajose.salar@ucv.es

RESUMEN: Podemos afirmar que la estructura familiar sobre la que se asienta la mayor parte de las normas del Derecho de Familia ha cambiado radicalmente en las últimas décadas. Hoy en día, cuando se habla de familia se está incluyendo en ese concepto gran variedad de supuestos: familias nucleares, homoparentales, monoparentales, parejas de hecho, con padres separados o divorciados... El Tribunal Constitucional no ha quedado al margen de esta realidad.

Muchas son las cuestiones propuestas ante el Tribunal Constitucional que han sido resueltas por el mismo y que afectan a la familia en ámbitos bien distintos, abordando también conflictos surgidos de estas nuevas formas de familia que hace algunos años hubiera sido impensable que se solventaran ante el mismo. La línea no siempre homogénea de esa jurisprudencia y la enorme extensión de la misma hacen difícil la aproximación a ella por los juristas, los profesionales del derecho y, más aún, por los ciudadanos en general. Por ello, en este artículo vamos a hacer un análisis y reflexión de esa amplia doctrina jurisprudencial para plantear una visión global del alcance que, para nuestro más Alto Tribunal tienen los preceptos de la familia en la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Familia, Tribunal Constitucional, Jurisprudencia.

ABSTRACT: *We can say that the family structure on which most of the family law rules are based has changed radically in recent decades. Nowadays, when one speaks about family, a wide variety of assumptions are included in this concept: nuclear families, homoparentales, single-parent, domestic partnership, unmarried couples, families with separated or divorced parents... The Constitutional Court has not been excluded from this reality.*

There are many varied family issues that have been proposed and resolved by the Constitutional Court, some of which relate to conflicts arising from these new forms of family that some years ago would have been unthinkable to be resolved by this court. The jurisprudence in this conflicts does not always follow a homogeneous line, therefore is difficult to approach by the jurists, the law professionals and, moreover, by the citizens in general. Consequently, in this article we will carry out an analysis and reflection of this broad jurisprudence doctrine to raise a global vision of the scope

that, the family articles in the Constitution have for our Highest Court

KEY WORDS: Family Law, Constitucional Court. Jurisprudence.

FECHA DE ENTREGA: 23/05/2018 FECHA DE ACEPTACIÓN: 30/06/2018

SUMARIO: I. TRATAMIENTO GENERAL DE LA FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- II. LA INSTITUCIÓN FAMILIAR.- 1. Concepto de familia.- 2. Hogares y nuevas formas de familiares.- 3. De las relaciones en el interior de la familia.- A) Relaciones paterno-filiales.- B) El papel de los mayores.- C) Los hermanos.- III. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO.- 1. Régimen jurídico.- 2. Crisis matrimoniales.- IV. CONCLUSIONES.

I. TRATAMIENTO GENERAL DE LA FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A lo largo de sus más de 30 años, muchas son las sentencias tratadas por el TC en el ámbito del Derecho de Familia. El 26 de enero de 1981, nuestro más Alto Tribunal, solemnemente constituido unos meses antes, dictó su primera sentencia en un recurso de amparo en el que, significativamente, el recurrente había alegado una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución. Y que precisamente tiene que ver con la materia que nos ocupa, en concreto, sobre el reconocimiento de efectos civiles a las sentencias dictadas por Tribunales eclesiásticos en materia matrimonial y respecto de las relaciones paterno-filiales (STC 1/1981)¹.

Conforme al artículo 2.1 LOTC², normalmente los asuntos planteados ante el TC son tutelados mediante los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (artículo 161.1.a) CE). Sin embargo, solo los derechos fundamentales y las libertades públicas (enumerados en la sección primera del capítulo II, artículos 15 al 29), así como el derecho a la igualdad y a la objeción de conciencia al servicio militar (arts. 14 y 30.2 CE), reciben una protección judicial y constitucional reforzada: cualquier ciudadano puede recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y a través del recurso de amparo ante el TC (artículo 161.1.b) CE)³. Ello explica que la mayoría de las sentencias que han aplicado las normas constitucionales específicas sobre matrimonio y familia hayan sido pronunciadas en procesos de control de leyes.

¹ STC 1/1981, de 26 de enero (RTC 1981, 1).

² Artículo 2. 1. El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina: a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley. b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo 53, 2 de la Constitución.

³ Artículo 161. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53. 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. [...]

Sin embargo, las numerosas resoluciones de amparo presentadas ante el TC, han abordado numerosas veces cuestiones relacionadas con la familia y el matrimonio, aunque lo han hecho desde la perspectiva de los derechos susceptibles de amparo constitucional. En particular, revisten especial importancia los principios de igualdad ante la ley y no discriminación (art. 14 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y las garantías procesales (art. 24 CE). El derecho a la igualdad se ha hecho eco de las previsiones constitucionales de igualdad entre los cónyuges y entre todos los hijos, con independencia de su filiación (arts. 32 y 39 CE)⁴.

Podemos afirmar que la estructura familiar sobre la que se asienta la mayor parte de las normas del Derecho de Familia ha cambiado radicalmente en las últimas décadas, algo que ya hemos comprobado. Hoy en día, cuando se habla de familia se está incluyendo en ese concepto gran variedad de supuestos: familias nucleares, homoparentales, monoparentales, parejas de hecho, con padres separados o divorciados... El TC no ha quedado al margen de esta realidad.

Muchas son las cuestiones propuestas ante el Tribunal Constitucional que han sido resueltas por el mismo y que afectan a la familia en ámbitos bien distintos, abordando también conflictos surgidos de estas nuevas formas de familia que hace algunos años hubiera sido impensable que se ventilaran ante el mismo. La línea no siempre homogénea de esa jurisprudencia y la enorme extensión de la misma hacen difícil la aproximación a ella por los juristas, los profesionales del derecho y, más aún, por los ciudadanos en general. Por ello, en los apartados posteriores vamos a hacer un análisis y reflexión de esa amplia doctrina jurisprudencial para plantear una visión global del alcance que, para nuestro más Alto Tribunal tienen los preceptos de la familia en la Constitución.

II. LA INSTITUCIÓN FAMILIAR

1. Concepto de familia

Un estudio de la doctrina y la jurisprudencia del TC nos hace ver, en primer lugar, que el concepto de familia es tratado con bastante parquedad, lo que ha dado lugar a múltiples debates. En esto ha podido influir la regulación que de la misma hace la Constitución Española puesto que el artículo 39 de la Constitución, que protege principalmente a la familia, tampoco concreta su definición, como ya hemos visto.

El TC se limita a señalar que no ha dado un concepto constitucional de familia y que tampoco considera que las sentencias en las que ha podido hacerlo, sean el lugar

⁴ PÉREZ VERA, E.: *Familia legítima, hijos naturales, adopción y relaciones de hecho*. Ponencia española en el XII Conferencia de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal. Roma, 8 y 9 de octubre de 2010. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA [en línea]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/eu/trilateral/Paginas/detalle-trilateral.aspx?ListItemId=196> [Última consulta: 3 de abril de 2017].

adecuado. Lo que sí debemos tener en cuenta es que, como reiteradamente ha establecido en numerosas sentencias, el concepto constitucional de familia no se reduce a la familia matrimonial. Así, la trascendental Sentencia 222/1992⁵ (de 11 de diciembre, FJ 5), en la que se declaró inconstitucional el hecho de que la ley de arrendamientos urbanos no reconociera a las parejas de hecho el derecho de las viudas a subrogarse en la vivienda familiar, afirmó: “Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no solo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 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 expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar”.

Y en otra sentencia más reciente (STC 198/2012⁶, por la que se reconoce la constitucionalidad de la ley del matrimonio homosexual), el Alto Tribunal, reitera que: “hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este Tribunal a definir un concepto constitucional de familia, y no siendo tampoco este el momento para elaborarlo, ello no impide determinar que en el art. 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen (STC 45/1989⁷, de 20 de febrero, FJ 4). Cabe recordar aquí que asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desconecta el derecho a contraer matrimonio y la garantía de protección de la familia, cuando establece que el concepto de vida familiar protegido por el art. 8 CEDH no se reserva únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino que puede referirse también a otras relaciones *de facto* (entre otras muchas SSTEDH en los asuntos X, Y y Z c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, § 36; y Van Der Heijden c. Países Bajos, de 3 de abril de 2012, § 50)” (FJ 5).

De este modo queda claro que la matrimonial no es la única familia constitucionalmente posible, aunque la unión matrimonial en sí misma ha de ser siempre considerada como familia.

A) Matrimonio

Aunque hasta finales del s.XX, se concebía el matrimonio como la unión estable entre un hombre y una mujer, la reconocida STC 198/2012 (por la que se reconoce la constitucionalidad de la ley del matrimonio homosexual), señala que el matrimonio, además de un derecho personal, es también una institución y por lo

⁵ STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222).

⁶ STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198).

⁷ STC 45/1989, de 20 de febrero (RTC 1989, 45).

tanto “sobre ella influyen los cambios sociales, las transformaciones culturales y éticas que tienen lugar en la sociedad y que están originando nuevos modelos de convivencia que reclaman su contemplación por el Derecho y chocan con la concepción clásica del matrimonio, pudiendo originar la alteración o el cambio de sus rasgos clásicos o incluso desembocar en los llamados matrimonios a la carta, es decir que se llame matrimonio a cualquier modelo de convivencia que la autonomía de la voluntad de las partes haya originado”⁸.

Con esta sentencia se viene a romper el principio de heterosexualidad que regía los matrimonios celebrados en España hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, y que se recogía en el Auto 222/1994, de 11 de julio, en relación a la pensión de viudedad entre una pareja de homosexuales:

“En suma, se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo”.

La Sentencia 198/2012⁹ define ahora el matrimonio como una comunidad de afecto o una sociedad de ayuda mutua que genera un vínculo entre dos personas, que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente, deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento.

De esos nuevos modelos de convivencia que menciona la sentencia vamos a ocuparnos en los siguientes epígrafes.

2. Hogares y nuevas formas de familiares

Partimos otra vez de la STC 198/2012, de 6 noviembre, sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo, que trata el concepto de familia desde una óptica muy amplia señalando los diferentes modelos de familia que podemos encontrar: “(...) matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que “el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio... ni tampoco limita a las relaciones con su descendencia” (STC

⁸ MORENO ANTÓN, M. “Matrimonio y creencias”. En: ALDANONDO SALAVERRÍA, I. Y MORENO BOTELLA, G. (coord.): *Derecho, cine y libertad religiosa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 283.

⁹ STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198).

19/2012¹⁰, de 15 de febrero, FJ5 y jurisprudencia allí citada). Por tanto, son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales (STC 222/1992¹¹, de 11 de diciembre) y, sobre todo, los hijos a los que el art. 39 CE, que “refleja una conexión directa con el art. 14 CE” (STC 154/2006¹², de 22 de mayo FJ 8), protege “con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 del Código Civil) o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (arts. 110 y 111 in fine, CC).” (STC 19/2012¹³, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada).

Y es que ya venía diciendo (STC 222/1992, ya mencionada) que “Existen otras (modalidades) junto a ella (la familia de origen matrimonial), como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo”.

Vamos pues a identificar estos modelos de familia en las sentencias del Tribunal Constitucional.

A) Familias monoparentales

La familia monoparental es uno de los modelos que más reflejan la evolución de la realidad familiar y teniendo en cuenta que muchas de ellas son consecuencia de divorcios o abandonos, son numerosos los casos que han llegado a los Tribunales.

El TC la define expresamente en su Sentencia 47/2001¹⁴, de 15 de febrero cuando en su Fundamento Jurídico nº 6, al mencionar los supuestos en los que la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas permite la declaración conjunta comprende los supuestos de las familias monoparentales, esto es, “las formadas por el padre o la madre con sus hijos, con independencia de que éstos hayan sido adoptados, sean el fruto de una anterior relación matrimonial o hayan sido concebidos fuera del matrimonio”.

Vamos a referirnos a aquellos casos de familias monoparentales por estar la madre sola y en los que los hijos no conocen a su padre que son los que más problemas han planteado ante nuestro Alto Tribunal.

Del artículo 39.2 CE se deduce un derecho de los hijos a que se declare su filiación biológica y el consiguiente deber de padres y poderes públicos de posibilitar dicha

¹⁰ STC 19/2012, de 15 de febrero (RTC 2012, 19).

¹¹ STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222).

¹² STC 154/2006, de 22 de mayo (RTC 2006, 154).

¹³ STC 19/2012, de 15 de febrero (RTC 2012, 19).

¹⁴ STC 47/2001, de 15 de febrero (RTC 2001, 47).

pretensión cuando establece que “la Ley posibilitará la investigación de la paternidad”. De este modo, la investigación de la paternidad prevalece en las acciones de filiación sobre la eventual intromisión en el derecho a la intimidad y a la integridad física del individuo afectado, siempre que la investigación de la paternidad sea indispensable para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos (lo que deberá estar suficientemente motivado), que no suponga para quien tenga que soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud, y que existan indicios serios de la conducta atribuida (SSTC 7/1994¹⁵ y 95/1999¹⁶. Esta última, en la que curiosamente el citado conflicto lo suscita una madre, recoge la doctrina jurisprudencial anterior sobre la materia).

En la Sentencia 7/1994, de 17 de enero, de gran trascendencia en esta cuestión, el Tribunal otorgó el amparo a una madre soltera que reclamaba la paternidad de su hija, cuya demanda civil había sido desestimada por falta de prueba suficiente, pues las cartas y las fotografías aportadas solo acreditaban la existencia de una relación sentimental, pero eran insuficientes para acreditar la paternidad. Tanto el Juzgado como la Audiencia habían acordado la práctica de pruebas biológicas, con citación personal del demandado y advertencia de las consecuencias legales; pero no pudo ser llevada a cabo porque el varón demandado se había negado a facilitar la toma de muestras. La Sentencia 7/1994 declaró que la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad física y moral, cuando se encuentra debidamente motivada y se acomoda a las precauciones establecidas por la ley para evitar demandas frívolas o injustas: “Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación” (FJ 6).

En esta línea jurisprudencial se afirma, igualmente, que el uso de la negativa a someterse a la prueba biológica puede ser utilizada como indicio probatorio de paternidad, siempre que se cumplan determinadas garantías: la prueba ha debido ser acordada por el órgano judicial, en un proceso que solo puede ser incoado previa presentación de un principio de prueba, mediante resolución motivada y tomando

¹⁵ STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 7).

¹⁶ STC 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999, 95).

en consideración la salud del demandado. La sentencia 95/1999 afirma que: “este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 in fine CC, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE”.

Pero esta admisión del principio biológico de la filiación que se deduce del art. 39, no es un principio absoluto y, por tanto, no impide el que haya casos en los que el menor no pueda acceder a la información sobre quién es su padre biológico. Es por ejemplo el caso de la inseminación con material de donante, en los que el consentimiento del que va a ser declarado legalmente padre impide la determinación de la paternidad biológica, llegándose incluso más allá al establecer el artículo 5 de la Ley 14/2006, que la donación será anónima, sin que pueda el nacido pedir la identificación de su padre genético, salvo en los casos previstos directamente por el propio artículo. Este precepto, que generó mucha polémica cuando se aprobó, fue declarado conforme a la Constitución en la sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999¹⁷, de 17 de junio, en la que el Tribunal Constitucional consideró que los hijos podían tener acceso a una determinada información¹⁸: “La Constitución ordena al legislador que “posibilite” la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor”.

Por lo tanto, podemos resumir la doctrina del Tribunal en este campo en tres puntos centrales: la práctica de la prueba biológica acordada por el órgano judicial con las debidas garantías no vulnera derechos fundamentales de la persona sometida a dichas pruebas; la negativa a someterse a la prueba puede constituir un indicio de la paternidad, aunque no es prueba suficiente por sí misma, sino formando parte de un conjunto probatorio; y por último, en los casos de inseminación artificial, la donación será anónima impidiéndose la investigación de la paternidad salvo casos excepcionales tipificados.

B) Familias ensambladas/reconstituidas

Nuestro TC no ha hecho ningún pronunciamiento al respecto, a diferencia del TC de Perú, que tutela la familia ensamblada en su sentencia del 30 de noviembre de 2007¹⁹. Esto puede ser debido a que tampoco hay ninguna regulación sobre las

¹⁷ STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999, 116).

¹⁸ Cfr. ROCA TRÍAS, E.: “Familia y constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad), pp. 207-228. Disponible en: http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/207_228%20ROCA.pdf [Última consulta: 3 de abril de 2017].

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente núm. 09332-2006-PA/TC, Lima, Reynaldo

mismas en nuestro ordenamiento, algo que ya reclamaba la actual vicepresidenta, portavoz y consejera de Igualdad y Política Inclusiva de la Generalidad Valenciana, Mónica Oltra, en el 2006²⁰, refiriéndose expresamente a las familias reconstituidas que tienen su origen en el divorcio de los padres, señalando que son el futuro, pero, por supuesto, también englobarían aquellas por causa de viudedad.

C) Familia homoparental

Como hemos señalado repetidamente, hoy en día el matrimonio es una figura en proceso de cambio y evolución, que, a su vez, refleja los cambios y transformaciones que se producen en la sociedad, como se desprende de la mencionada sentencia del TC 198/2012 sobre matrimonio homosexual.

Allí, la imagen actual del matrimonio en España ha sido descrita por este como “comunidad de afecto que genera una sociedad de mutua ayuda entre dos personas que gozan de la misma posición dentro de la institución y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento y manifestándolo expresamente mediante las formalidades previstas por el Ordenamiento”. Son pues notas esenciales de la institución matrimonial la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con persona libremente elegida y la manifestación de la voluntad.

Por lo tanto, en esta sentencia, el Tribunal establece que “el reconocimiento del derecho al matrimonio a cada individuo, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad de contraerlo con personas de su mismo o diferente sexo, no afectando al contenido esencial del derecho, pues ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse, por lo que no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares de dicho derecho” (FJ 11). Con la reforma legal, las personas homosexuales gozan del derecho a contraer matrimonio con personas del mismo sexo, y hace que, en el contexto sociojurídico actual, la institución matrimonial se mantenga en términos perfectamente reconocibles para la imagen que tiene la sociedad española actual del matrimonio (FJ 9).

D) Parejas de hecho

Una de las cuestiones más relevantes en la jurisprudencia constitucional sobre el art. 32 CE ha sido la de la entidad propia del matrimonio frente a las meras uniones de hecho. La doctrina esencial a este respecto puede resumirse en la idea de que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes sino

Armando Shols Pérez. Cfr. VEGA MERA, Y.” El nuevo rostro de la familia: Cuadros de una exposición”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 28, Universidad de Extremadura, 2010, pp. 535-555.

²⁰ “Es necesario introducir en el ordenamiento jurídico una regulación que contemple la realidad de las familias reconstituidas”. OLTRA JARQUE, M.: *Retos jurídicos de la Diversidad Familiar*. Conferencia en Jornadas internacionales de familias LGTB. “Diversidad Familiar en Europa”. Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006, p. 22.

realidades jurídicamente distintas” (STC 155/1998²¹, de 13 de julio, FJ 3).

Tanto la familia basada en el matrimonio, como la que se constituye mediante la unión de hecho están protegidas constitucionalmente, pero esto no significa que el complejo jurídico que se deriva del matrimonio sea directamente aplicable a la unión de hecho. Es más, según el Alto Tribunal, es constitucional establecer diferencias de tratamiento entre las parejas casadas y las no casadas en virtud de esa misma falta de equivalencia, y así, el Tribunal Constitucional ha reiterado que no es inconstitucional exigir el vínculo matrimonial para tener derecho a la pensión de viudedad.

El primer caso planteado ante el Tribunal Constitucional sobre las uniones de hecho fue resuelto por la Sentencia 177/1985²². Sin embargo, cuando entra por primera vez a analizar el fondo del problema de las uniones de hecho es en la STC 184/1990²³, de 15 de noviembre, (sentencia clave en este sentido) donde pronuncia una doctrina que resultaría consolidada (se dictaron seis sentencias conformes en los dos años siguientes), al declarar que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son en realidad equivalentes”, reproduciendo la expresión ya utilizada en el Auto 156/1987 y en otros posteriores.

Concretamente, la STC 184/1990, en su fundamento jurídico tercero nos dice, textualmente: “Es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.2). 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. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia. (...) En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento” (FJ 3).

Parece que con esta sentencia queda claro por tanto que son dos los principios básicos que en relación a las parejas de hecho deja sentados el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia:

- Por un lado, que tanto la familia basada en el matrimonio como la que se

²¹ STC 155/1998, de 13 de julio (RTC 1998, 155).

²² STC 177/1985, de 18 de diciembre (RTC 1985, 177).

²³ STC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184).

constituye mediante la unión de hecho están protegidas constitucionalmente, como quedó sentado en la STC 47/1993²⁴, de 8 de Febrero, o en la ya mencionada STC 222/1992, en la que en su fundamento jurídico 5º nos dice el Tribunal, textualmente “Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, (...). Existen otras junto a ella (la familia de base matrimonial), como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1 (...)”.

- Por otro lado, deja claro el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia, que matrimonio y convivencia extramatrimonial o *more uxorio* son situaciones distintas, y no equiparables, ya que mientras que el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución española, y el derecho a contraer matrimonio es un derecho constitucionalmente protegido, la pareja de hecho no es una institución garantizada ni existe un derecho constitucional a su establecimiento (STC 184/1990 (fundamento jurídico 3º), SSTC 29, 30, 31, 35, 38 y 77, todas ellas de 1991, así como en la STC 29/1992).

En la STC 66/1994²⁵, de 28 de febrero, volvió sobre el tema añadiendo que no es inconstitucional el trato favorable al matrimonio frente a las meras uniones de hecho. En ella se resolvía el recurso de amparo presentado por una señora que había vivido en pareja durante cincuenta y cinco años y a quien, a la muerte de su compañero, los tribunales le habían denegado la pensión de viudedad. Ambos convivientes de hecho, eran solteros, habían tenido hijos a los que les habían dado sus apellidos, y no se habían casado debido al rechazo que la institución matrimonial había provocado siempre al fallecido en virtud de sus convicciones anarquistas. El Alto Tribunal le denegó el amparo reiterando su tradicional doctrina según la cual “una vez admitida la constitucionalidad del vínculo matrimonial como presupuesto legítimo para que el legislador haga derivar de aquél determinados efectos como el de conceder las pensiones de viudedad reguladas en el art. 160 LGSS hay que concluir que no son inconstitucionales aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y mujer que desean convivir ‘more uxorio’” (STC 184/1990, FJ 2º). Por ello concluyó que “no cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer el vínculo matrimonial”.

En el mismo sentido, la más reciente sentencia 93/2014²⁶, de 12 de junio de 2014 que en su Fundamento Jurídico 3 señala que “La exigencia del vínculo matrimonial

²⁴ STC 47/1993, de 8 de febrero (RTC 1993, 47).

²⁵ STC 66/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 66).

²⁶ STC 93/2014, de 12 de junio (RTC 2014, 93).

como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales (STC 184/1990, 92/2014; ATC 222/1994)". Y es que cuando el legislador perfiló la pensión de viudedad en la LGSS de 1994, no estaba concebida "como una institución llamada, sin más, a compensar el daño de la minoración de ingresos sufrida por el superviviente de una pareja, sino a compensar ese daño cuando se producía en el ámbito de la familia sustentada en el previo matrimonio".

Esta argumentación deja bien claro que la pensión de viudedad, de algún modo, "viene a integrarse en la propia relación jurídico-matrimonial, formando parte de su contenido"²⁷. Pero a pesar de la claridad de esta formulación en la jurisprudencia constitucional, desde el establecimiento del TC, se siguen sucediendo cuestiones de inconstitucionalidad en las que insistentemente se planteaba la equiparación jurídica entre matrimonios y parejas de hecho, en especial a propósito de las pensiones de viudedad.

En una sentencia más reciente, STC 92/2014²⁸, de 10 de junio, el TC ha tratado además ese mismo tema en el caso de que la unión de hecho sea homosexual y ha dictaminado lo mismo. Así señala que "Al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento, todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional, art. 32.1 CE, que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990; ATC 222/1994)" (FJ 6).

Señalando además, en sentencia posterior sobre el mismo tema (Sentencia 93/2014, de 12 de junio de 2014²⁹, ya mencionada) que "ha de ser el legislador –en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público– el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance (FJ 3)".

Para cerrar este apartado, queremos señalar que el Derecho ha previsto una institución, el matrimonio, con determinados efectos jurídicos en términos de derechos y deberes para los contrayentes, de los que resultarán afectados también terceras personas. No es congruente que el mismo ordenamiento reconozca idénticos efectos, normalmente invocados para obtener solo los aspectos favorables, a quienes no han querido utilizar el medio previsto para este fin por las normas jurídicas, es decir, a quienes han actuado al margen de la ley. Y así parece que lo

²⁷ CARRIÓN OLMOS, S.: "Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2014, de 12 de junio de 2014 (Prestación de viudedad y matrimonio entre personas del mismo sexo)", en: MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. y ESCRIBANO TORTAJADA, P. (coord.): *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 96.

²⁸ STC 92/2014, de 10 de junio (RTC 2014, 92).

²⁹ Esta vez se instaba recurso de amparo.

entienda actualmente el Tribunal Constitucional.

E) Familias numerosas

Aunque las familias numerosas no son algo habitual en la sociedad actual, en la que ha descendido enormemente el número de nacimientos, como señalan numerosos informes, el TC sí se ha tenido que pronunciar al respecto recientemente.

Una sentencia de especial trascendencia constitucional precisamente por la ausencia de doctrina constitucional en materia de derecho a un trato igual y no discriminatorio respecto de las familias numerosas, es la STC 77/2015³⁰, de 27 de abril, que analiza el caso de una familia a la que se le denegó la devolución de ingresos indebidos en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales autorizada en la Ley 40/2003, de protección a las familias numerosas porque los recurrentes, aun cuando tenían la condición de familia numerosa, carecían de su título acreditativo en el momento de adquirir el inmueble en el que habitaban. Esta Sentencia afirma que “dado que el beneficio fiscal se vincula a la condición de familia numerosa, no puede negarse la devolución del impuesto por la simple ausencia del requisito del título de familia numerosa, el cual no debería tener eficacia constitutiva”.

Por otra parte, también se hace referencia a ellas en la reciente STC 271/2015³¹, de 17 de diciembre, donde se enjuicia la constitucionalidad de un precepto de la Ley 6/2009, de 30 de junio, de las Cortes Valencianas, de protección a la maternidad³², que establece, para los procesos de admisión de alumnos de centros docentes no universitarios mantenidos con fondos públicos, que los alumnos cuya madre se encuentre en estado de gestación, obtendrán la puntuación que les correspondería si ya hubiera nacido su nuevo hermano. Señala que “El precepto cuestionado no introduce una regla general y abstracta sobre el modo de contar los miembros que componen una familia, que venga a modificar los requisitos para tener la condición de familia numerosa; requisitos que siguen siendo los establecidos por la Ley estatal 40/2003” (FJ 6). Por lo tanto, el Alto Tribunal reconoce al no nacido como un miembro más de la familia en los procedimientos administrativos sobre beneficios sociales. De esta manera, “habrá casos de familias con la madre en gestación cuya puntuación no sea alterada en absoluto, al no cumplirse por esa circunstancia ninguna variación en la concurrencia o no de los supuestos a valorar (reducida capacidad económica, familia numerosa general o especial y discapacidad), y habrá supuestos en los que el embarazo de la madre pudiera llevar a obtener una mayor puntuación hasta por tres conceptos distintos”.

“El beneficio adicional pretende atender a una circunstancia objetiva (el embarazo de la madre), en la medida en que comporta una expectativa cierta de aumento del número de miembros de la unidad familiar, y con ello la previsible afectación de

³⁰ STC 77/2015, de 27 de abril (RTC 2015, 77).

³¹ STC 271/2015, de 17 de diciembre (RTC 2015, 271).

³² Recientemente derogada por la Ley 6/2017, de 24 de marzo, de la Generalitat Valenciana. Publicado en DOCV núm. 8010 de 29 de marzo de 2017.

algunos de los criterios de valoración en los que repercutirá el futuro nacimiento. El legislador valenciano no contradice así los criterios estatales, sino que modula la valoración que les corresponde en algunos de esos criterios (renta familiar, condición de familia numerosa o discapacidad de algún miembro), cuando se dan ciertas circunstancias (que al computar al concebido como ya nacido se pase a estar por debajo de un umbral de renta familiar, que la unidad familiar alcance un número de miembros suficiente para ser considerada numerosa o pase a serlo de categoría especial, o que el concebido venga con malformaciones determinantes de discapacidad)”.

F) Familias sin hijos

Como ya hemos mencionado, la doctrina del TC las contempla también expresamente como familia en la STC 198/2012³³ puesto que, “son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales” como ya señalaba en su Sentencia 222/1992 “En el concepto constitucional de “familia” entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras previsiones constitucionales (art. 18.1), con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 45/1989, 192/1991 y 200/1991) y, en definitiva, con la aceptación normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz “familia”, en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial de hombre y mujer sin descendencia (FJ 4)”³⁴.

3. De las relaciones en el interior de la familia

A) Relaciones paterno-filiales

- Filiación

En relación a la filiación, la doctrina constitucional se construye en base al art. 39.2 CE que establece que los poderes públicos tienen el deber de proteger a los hijos y asegurar que todos sean iguales con independencia de su filiación (STC 80/1982³⁵), como se deduce a su vez de la expresa prohibición de discriminación por razón de nacimiento recogida en el art. 14 CE.

De otro lado, si antes hemos comentado el derecho que tienen los hijos a que se declare su filiación biológica, prevaleciendo la investigación de la paternidad en las acciones de filiación, trataremos ahora la otra cara de la moneda: el derecho del progenitor no matrimonial al ejercicio de la acción de la filiación en casos de

³³ STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198).

³⁴ En el mismo sentido STC 116/1999, de 17 de junio.

³⁵ STC 80/1982, de 20 de diciembre (RTC 1982, 80).

inexistencia de posesión de estado, tal como falla la STC 273/2005³⁶, de 27 de octubre: “El legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. En efecto, la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art.24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. Pues bien, el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado desde el momento en que, aparte de que podría haber sido sustituido por otras limitaciones (como la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción), el sistema articulado por nuestro ordenamiento no permite, en ningún caso, el planteamiento y la obligada sustanciación de acciones que resulten absolutamente infundadas (...). En suma, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del artículo 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción”. (Ver asimismo la STC 52/2006, de 16 de febrero).

- Adopción

La doctrina del TC en este sentido se basa, como señala la Sentencia 200/2001³⁷, con cita a otras múltiples sentencias, en que la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, establecida por el artículo 14 de la Constitución, debe ser aplicada en conjunción con el artículo 39.2, “que obliga a los poderes públicos a asegurar ‘la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación’ (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (STC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5)” (FJ 4).

En concreto, respecto a la filiación adoptiva, el Tribunal se ha pronunciado en ese sentido en numerosas sentencias. Así la Sentencia 9/2010³⁸, de 27 de abril otorgó el amparo por discriminación contraria a la igualdad en materia de filiación. La cuestión esta vez versaba sobre derechos hereditarios: las demandantes de amparo eran hijas adoptivas de un hijo del causante; pero el abuelo, en su testamento, había limitado la herencia a los descendientes “legítimos”, lo que dio lugar a su exclusión. La Sentencia otorgó el amparo por discriminación contraria a la igualdad en materia

³⁶ STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273).

³⁷ STC 200/2001, de 4 de octubre (RTC 2001, 200).

³⁸ STC 9/2010, de 27 de abril (RTC 2010, 9).

de filiación.

En definitiva, en la legislación actual todas las formas de filiación –sea por naturaleza (matrimonial y no matrimonial), sea por adopción– surten los mismos efectos.

En relación a la controvertida posibilidad de las adopciones por parte de los matrimonios homosexuales, el TC en la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo señala que el interés del menor adoptado por un matrimonio ha de ser preservado conforme a lo dispuesto en el art. 39.2 CE, tutelándose en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge (FJ 12).

Es de señalar también que, la doctrina de nuestro TC en torno a los procedimientos de declaración de desamparo, asunción de tutela, constitución de acogimiento y procedimiento de adopción se construye, como regla general, en clave de indefensión, sobre la lógica de que, estando en juego intereses de la mayor trascendencia, han de extremarse las garantías procesales respecto de todos los intervinientes: de los progenitores biológicos y de los propios menores, sin duda, y también de otras personas afectadas.

En este sentido, el TC intenta mantener un distanciamiento como muestra el Auto 28/2001, de 1 de febrero al hilo de inadmitir el amparo solicitado por una Administración pública que había asumido la guardia y custodia de unos menores desatendidos o en situación de riesgo. En este caso, Tribunal reafirma su falta de competencia para intervenir en la “interpretación y ponderación de intereses” enfrentados entre los padres biológicos, las familias de acogida y la propia Administración pública y sus servicios sociales. Se trata de una ponderación de intereses “que este Tribunal difícilmente podrá revisar, no solo por su lejanía y falta de inmediatez respecto de las circunstancias del caso, que le vienen dadas como hechos que no puede revisar, sino también por no ser su función la propia de una tercera instancia llamada a revisar lo decidido por los órganos judiciales ordinarios”. La denegación de un acogimiento familiar preadoptivo resulta ajena a la Constitución, siempre que se decida mediante resoluciones judiciales motivadas y fundadas, que tengan en cuenta el interés superior del menor, ponderándolo con el de su madre biológica, que aun siendo de menor rango no resulta desdeñable (véanse las SSTC 71/2004³⁹, de 19 de abril, y 176/2008⁴⁰, de 22 de diciembre).

En relación con la prohibición de indefensión en el proceso del progenitor biológico, es de gran importancia la Sentencia 143/1990⁴¹, de 26 de septiembre, que

³⁹ STC 71/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 71).

⁴⁰ STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176).

⁴¹ STC 143/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 143).

otorga el amparo a la madre biológica del menor acogido, y finalmente adoptado, por otra familia. En el procedimiento de adopción la madre biológica fue citada por edictos, a pesar de que el Juez pudo llegar a conocer sin la menor dificultad su domicilio, pues constaba en las actuaciones practicadas ante el Tribunal Tutelar de Menores en el precedente expediente de protección del menor de edad. La Sentencia se limitó a aplicar la doctrina general relativa a las comunicaciones edictales a los procesos judiciales, no sin dejar de subrayar que en los procedimientos judiciales de adopción, en los que están en juego “intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar, resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor adoptado, lo que le obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales de comunicación con estos últimos que se practiquen en tales procedimientos” (FJ único).

En esa misma línea, la Sentencia 58/2008⁴², de 28 de abril, otorga amparo a otra madre biológica que no pudo intervenir en el proceso de adopción en los términos previstos por la ley. En este caso, el órgano judicial no tuvo a la madre biológica por personada y parte en el procedimiento, prescindió del asentimiento de la madre sin establecer la razón, a pesar de que la madre se opuso expresamente a la adopción, y rechazó la conversión del proceso de jurisdicción voluntaria en contencioso, como prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 781. Por el contrario, si el progenitor biológico no ha sufrido indefensión material en el procedimiento, como es el caso de la STC 298/1993⁴³, se deniega el amparo.

También debemos hacer referencia al hecho de que el TC intenta asimismo asegurar la intervención en el proceso de otros interesados. La Sentencia 124/2002⁴⁴, de 20 de mayo, otorgó amparo a los acogedores preadoptivos de dos menores, reconociendo su derecho a personarse en el procedimiento cuando no se les había permitido que actuaran como parte en el proceso iniciado por la madre biológica contra la Administración pública, oponiéndose a la declaración de desamparo de sus hijos y a la constitución de un acogimiento familiar por parte de la Junta de Andalucía.

B) El papel de los mayores

Al Tribunal Constitucional han llegado dos casos sobre el régimen de visitas de los abuelos con motivo del aumento de casos de crisis familiar, que hacen necesaria esta regulación. Así tenemos el Auto 83/2014, de 24 de marzo y la Sentencia 138/2014, de 8 de septiembre. En ambos casos se atiende a la ponderación del principio del interés superior del menor al conceder o no el derecho de comunicación y visita a los abuelos. “La determinación de la extensión del régimen de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos es una cuestión de legalidad cuya concreción corresponde a los Tribunales ordinarios, ponderando el interés superior

⁴² STC 58/2008, de 28 de abril (RTC 2008, 58).

⁴³ STC 298/1993 de 18 de octubre (RTC 1993, 298).

⁴⁴ STC 124/2002, de 20 de mayo (RTC 2002, 124).

del menor y valorando las circunstancias concretas del caso, por lo que nuestro canon de enjuiciamiento debe discurrir en la perspectiva del derecho constitucional a obtener una resolución fundada” (FJ 4 STC 138/2014).

C) Los hermanos

Aparte del caso de los abuelos tratado anteriormente y que se está empezando a regular en los últimos años, de manera muy reciente, la jurisprudencia constitucional se ha referido siempre a la familia nuclear: los padres y los hijos (principalmente los menores y los no-independientes). Los conflictos en los que han sido protagonistas los miembros de la familia en sentido amplio, tales como hermanos o sobrinos, no han sido nunca examinados desde la perspectiva del principio constitucional de protección de la familia. Si este precepto constitucional, artículo 39 CE, resulta o no aplicable a situaciones en que se ven involucrados familiares de segundo o ulterior grado, es una cuestión abierta.

III. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

1. Régimen jurídico

La entrada en vigor de la Constitución dio lugar a que el matrimonio canónico dejara de ser la forma ordinaria de matrimonio y el matrimonio civil, una mera institución subsidiaria. Como afirmó la Sentencia 180/2001⁴⁵, de 17 de septiembre (FJ 5):

“hasta la promulgación de la Constitución española la posibilidad de contraer matrimonio civil se condicionaba a la prueba de no profesar la religión católica, prueba que en los períodos normativos de menor rigor hubiera exigido a la demandante y al señor Lechuga una declaración expresa de no profesar tal religión, lo que hoy pugna frontalmente con la libertad religiosa y, en concreto, con el derecho derivado de ella a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias que proclama el art. 16 CE. Así lo entendió también la Dirección General de Registros y del Notariado que el día 26 de diciembre de 1978 dictó una Instrucción (publicada en el BOE del día 30, un día después de la entrada en vigor de la Constitución) por la que, atendida la eficacia directa del art. 16 CE, que proclama que nadie puede ser obligado a declarar sobre su religión, ordenaba a los encargados del Registro Civil que autorizasen los matrimonios civiles de todas las personas que desearan contraerlo ‘sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes’”.

La consecuencia de esta constatación fue declarar el derecho de la demandante de amparo a percibir una pensión de viudedad tras la muerte de su compañero, pues la falta de libertad efectiva para contraer matrimonio civil impidió efectivamente a los

⁴⁵ STC 180/2001, de 17 de septiembre (RTC 2001, 180).

convivientes *more uxorio* que contrajesen el matrimonio que constituye el requisito de la prestación pública. No podía admitirse que la falta de libertad religiosa que sufrió la demandante prolongara sus efectos en la actualidad.

Por consiguiente, la Constitución impone al legislador que establezca el matrimonio civil como regla general, como así lo hizo en la Ley de 1981, aunque no tiene vedada la posibilidad de admitir otras formas de celebrar el matrimonio (matrimonio canónico, islámico, evangélico, israelita). Eso sí, no está obligado a hacerlo. Así lo declaró el Tribunal Constitucional en la Sentencia 69/2007⁴⁶, de 16 de abril: el legislador puede válidamente limitar la concesión de pensiones de viudedad a quienes se encontraban casados legalmente; y “la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio”, por lo que no puede sostenerse la existencia de una discriminación.

“Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En este sentido pudieran tomarse en consideración las peculiaridades y el carácter de minoría étnica de la comunidad gitana, en línea con los principios del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo de 1969), y con las previsiones de su art. 1.4. Ahora bien, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE” (FJ 4).

Si bien es cierto que esta sentencia fue recurrida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que este condenó a España a pagar una indemnización a la recurrente con el fin de reparar los perjuicios causados por el Estado español al denegarle la pensión⁴⁷, los motivos no fueron la consideración del matrimonio gitano como legal ya que, coincidiendo con el TC, el TEDH considera que “el hecho de que las uniones gitanas no originen efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación ilegal” —ap. 81—. La cuestión por la que condena a España es que mientras el TC equipara el matrimonio de la señora Muñoz con una pareja de hecho, tal y como hasta ahora venían haciendo los tribunales internos, el TEDH lo considera como “algo más” que una simple unión *more uxorio*. En concreto, equipara este matrimonio gitano, el de la señora Muñoz, con los matrimonios nulos que de buena fe se consideran existentes y, por eso, no

⁴⁶ STC 69/2007, de 16 de abril (RTC 2007, 69).

⁴⁷ STEDH, caso Muñoz Díaz c. España, de 8 de diciembre de 2009.

estima suficiente que se le dispense el mismo trato que a una pareja de hecho⁴⁸. Por tanto, esta resolución del Tribunal de Estrasburgo no puede leerse como un reconocimiento jurídico civil a las uniones celebradas por el rito de la comunidad gitana, asunto que se remite a la legislación interna de cada país⁴⁹.

2. Crisis matrimoniales

Una de las primeras causas de divorcio tratadas por el TC fue la resuelta en la Sentencia 120/1984⁵⁰, de 10 de diciembre, por una presunta violación del principio de congruencia por parte de la Sentencia pronunciada en proceso matrimonial al estimar las consecuencias económicas del divorcio. En sus antecedentes jurídicos podemos comprobar que en este caso primero se solicitó demanda de separación conyugal ante el Tribunal Eclesiástico, en 1980, y ya posteriormente, cuando ya había entrado en vigor la Ley del divorcio de 1981, se solicitó demanda de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia (1981). En ella se hace referencia las características especiales del proceso matrimonial: “Caracteriza a todo proceso matrimonial el que se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del Derecho de familia. No se puede transitar por él y ampararse en sus peculiaridades para olvidarse de ellas a la hora de los efectos de la Sentencia que ponga fin a la relación conyugal, apelando entonces a los principios dispositivo y derogatorio del proceso civil español”.

Por otra parte, han sido los graves problemas que suscita la atribución de los derechos de guarda y custodia de los hijos comunes entre los padres, en los procesos de separación o divorcio, lo que ha dado lugar a la mayoría de pronunciamientos en este ámbito.

La Sentencia 144/2003⁵¹, de 14 de julio, amparó al padre de una niña de dos años de edad, porque su guarda y custodia había sido atribuida a la madre en aplicación mecánica de la preferencia que establecía el Código civil a favor de las madres en el caso de menores de siete años (antiguo art. 159 CC, derogado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo).

Por el contrario, ya vimos que la sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, sobre la restricción del derecho de visitas a un padre transexual, denegaba el amparo al mismo. La Sentencia señalaba que las Sentencias impugnadas no habían dispensado al recurrente un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de sus relaciones

⁴⁸ Cfr. BERENGUER ALBALADEJO, C.: “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el «matrimonio gitano»”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre 2010, pp. 109-162.

⁴⁹ GIMÉNEZ, S. Y REY, F.: “La discriminación de una mujer gitana ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensamiento y Cultura Gitanos. Revista Bimestral de la Fundación Secretariado Gitano (FSG)*, núm. 51-52, 2009.

⁵⁰ STC 120/1984, de 10 de diciembre (RTC 1984, 120).

⁵¹ STC 144/2003, de 14 de julio (RTC 2003, 144).

paterno-filiales, proscrito por el art. 14 CE, ya que la necesidad y proporcionalidad de la decisión de restringir el régimen de visitas se adoptó por los órganos judiciales teniendo en cuenta el interés prevalente del menor, sin que esta decisión se haya visto influida por el dato de la transexualidad del padre (FJ 8).

Por lo tanto, no basta con afirmar la existencia de una situación de trastorno emocional del progenitor para adoptar una medida tan restrictiva de los derechos paterno-filiales de este como la aquí considerada. Lo determinante será la efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor. Pues bien, en el presente supuesto tal repercusión negativa se ha justificado en las sentencias impugnadas en amparo como “riesgo relevante”, lo que permite descartar que la disforia de género del recurrente haya sido el verdadero motivo de la decisión de restringir el régimen de visitas de aquél⁵².

En sentido contrario tenemos el caso resuelto en la STC 141/2000⁵³, de 29 de mayo, también relativo al derecho de visita, pero los motivos que produjeron el amparo fueron algo diferentes. En este caso, la restricción de los derechos de visita del padre, miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, estaba justificada únicamente por su pertenencia a un movimiento espiritual. El Tribunal Constitucional distinguió aquí entre el derecho a la libertad religiosa de los padres y el de los menores, a quienes reconoció como titulares de este derecho, de acuerdo con el artículo 16 CE, resumiendo la doctrina de la siguiente forma:

“Frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad.”

Pero dicho esto, el Tribunal Constitucional entra a valorar las circunstancias del caso, en el que no se había probado que la pertenencia del padre a un movimiento espiritual produjese riesgo alguno para los menores, por lo que la falta de dichos datos debía llevar a concluir que la restricción de las visitas era desproporcionada y que se había lesionado la libertad religiosa del padre.

“Estas decisiones llevan a una conclusión altamente interesante: no se trata ya de la protección de los derechos fundamentales de los menores, sino que las relaciones paterno-filiales tienen dos caras, porque todos los sujetos de las mismas son titulares

⁵² Cfr. DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Transexualidad y restricción del régimen de visitas”, RCDI núm. 713. Disponible en: <http://www.unav.edu> [Última consulta: 3 de abril de 2017].

⁵³ STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141).

de los derechos fundamentales, que no pueden ser violados por la situación familiar en que deban ser ejercidos”⁵⁴.

De todas formas, en general, sí es cierto que “en materia de relaciones paternofiliales el criterio que debe presidir la decisión judicial debe ser el del interés prevalente del menor” (sentencia 176/2008⁵⁵, de 22 de diciembre) que se intenta proteger, como lo vuelve a corroborar en la reciente Sentencia 16/2016, de 1 de febrero en un expediente de sustracción internacional de menores, donde señala que “la integración del menor constituye un elemento de ponderación imprescindible... por lo que su valoración es esencial.”

“Asimismo, cuando, como ocurre en el caso de autos, la resolución judicial controvertida afecta a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe evaluarse en función del principio del interés superior del menor, que “con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, y 47/2009, de febrero, FJ 3 entre otras)” (STC 127/2013⁵⁶, de 3 de junio, FJ 6).

De esta suerte, “el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal)” (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6”).

En este caso, el procedimiento se había dilatado en el tiempo casi 20 meses por lo que la integración actual del menor en el nuevo medio resultaba notoria y por lo

⁵⁴ Cfr. ROCA TRÍAS, E.: “Familia, familias y Derecho”, *Anuario de Derecho civil*, 1990, p. 1073; O’CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de la persona y de la familia*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2016.

⁵⁵ STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176).

⁵⁶ STC 127/2013, de 3 de junio (RTC 2013, 127).

tanto este interés superior hace que finalmente el TC estime el amparo solicitado por la madre.

Un tema de gran actualidad es el de la custodia compartida ya que no hay una normativa estatal lo que es exigido por muchos abogados de familia que entienden que debería ser una práctica normal y no algo excepcional como se regula ahora en el art. 92.6 del Código Civil⁵⁷. El TC se pronunció al respecto en su STC 185/2012⁵⁸, de 17 de octubre en la que declara la nulidad parcial del precepto legal que, en los procesos de separación y divorcio en los que no medie acuerdo entre los padres, supedita al informe favorable del Ministerio Fiscal la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad. “No es lo mismo que sea el Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a que la tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, entre otras, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible, lo que supondría también ver comprometido gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva (Artículo 24 CE)”⁵⁹. Así, en esta Sentencia se señala que, “[l]a custodia compartida descansa en el principio general de existencia de acuerdo entre los progenitores, pero de no existir dicho acuerdo, la emisión de un informe desfavorable a la custodia compartida por parte del Ministerio público, no puede impedir una decisión diversa del Juez valorando sopesadamente el resto de la prueba practicada, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial (FJ 5)”.

Otro de los grandes temas que llegan al TC en los casos de crisis matrimoniales es el relativo a la audiencia del menor en un proceso, que ha generado un gran debate y una amplia bibliografía siempre puesta en relación con los múltiples acuerdos internacionales que velan por los derechos de los niños.

Como establece en su STC 163/2009⁶⁰, el Tribunal Constitucional considera que no existe una obligación de los Jueces de Familia en España para escuchar en un juicio a los niños menores de edad para fijar algunas de las condiciones del divorcio de sus padres, y, por tanto, no se produce una lesión de derechos fundamentales de los hijos recogidos en la Carta Magna.

Esta resolución judicial del TC aclara un debate que se ha venido suscitando en los tribunales españoles después de que en el año 2005 se produjera una reforma del

⁵⁷ Conclusiones XXIV Encuentro de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) *Una mirada realista*, celebrado los días 3 y 4 de marzo de 2017 en Madrid. Cfr. <https://confilegal.com> [Última consulta: 3 de abril de 2017].

⁵⁸ STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185).

⁵⁹ MORALES, M.: “Concesión de la custodia compartida sin el informe favorable del Ministerio Fiscal”, en <https://revistadigital.inesem.es/juridico/concesion-de-la-custodia-compartida-sin-el-informe-favorable-del-ministerio-fiscal/> [Última consulta: 3 de abril de 2017].

⁶⁰ STC 163/2009, de 29 de junio (RTC 2009, 163).

Código Civil⁶¹, mediante la Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, que dio una nueva redacción al artículo 92 del Código civil, cuyo apartado 6 establece: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

Esta disposición se complementa con el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, que garantiza el derecho del menor a ser oído. El apartado 2 de este artículo establece que el menor puede ejercitar este derecho “por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio” y que “cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente”.

Con anterioridad a esta reforma, el trámite de audiencia en los procesos de modificación de las medidas con relación a los hijos se entendía que era obligatorio para la autoridad judicial, incluso sin necesidad de que fuera solicitado por las partes. Esta obligatoriedad resultaba de la aplicación sistematizada e integrada del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y de los artículos 92.6 y 159 del Código civil. Y así lo recogían las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 152/2005, de 2 de junio, y 17/2006, de 30 de enero, que confieren a la audiencia al menor en este tipo de procedimientos la condición de trámite esencial cuya omisión puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En este sentido, el Fundamento Jurídico 5 de la STC 221/2002⁶², de 25 de noviembre, declara que “al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de

⁶¹ Vid. “El Tribunal Constitucional rechaza la obligación de escuchar a los menores en los juicios de divorcio” [en línea]. *Lex Family*. s/f. Disponible en: <http://www.lexfamily.eu> [Última consulta: 3 de abril de 2017].

⁶² STC 221/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002, 221).

noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE”. Esta doctrina es reiterada en las SSTC 152/2005⁶³, de 2 de junio, FJ 3, y 17/2006⁶⁴, de 30 de enero, FJ 5, que se refiere asimismo al art. 24.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

En esta última sentencia, el Alto Tribunal del Estado rechaza el recurso de amparo presentado en el 2008 por una madre vallisoletana, contra un fallo dictado por la Audiencia de Valladolid en donde la ex esposa reclamaba la necesidad de que se oyera por la juez a su hijo para conocer si este deseaba mantener contactos con el padre al que no veía desde hacía tiempo. Con carácter previo, el Juzgado de Primera Instancia había ordenado al equipo psicosocial que hiciera un informe sobre las relaciones familiares, en donde se recomendaba las visitas padre-hijo. El TC recuerda en esta sentencia que la audiencia del menor “no se concibe con carácter esencial”, ya que se puede conocer el parecer de este a través de determinadas personas especialistas, “y solo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal”. De ahí que no corresponda en el asunto proceder al trámite de audiencia del menor.

IV. CONCLUSIONES

No cabe duda de que el transcurso del tiempo constituye un auténtico banco de pruebas para comprobar la consolidación de un sistema jurídico, y por ello, tras este análisis de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal podemos comprobar que, aunque no hay una doctrina clara, actualmente nos encontramos frente a una nueva concepción de lo que deba considerarse como familia. El paso del matrimonio canónico, como sistema previo absolutamente dominante, a la admisión del matrimonio homosexual como meta más reciente denotan, sin lugar a dudas, una profunda transformación en la sociedad española⁶⁵ y producen una nueva imagen del concepto tradicional de familia, aunque sigue sin darse una definición de la misma.

Lo que sí debemos tener en cuenta es que, aunque la jurisprudencia constitucional se había referido siempre a la familia nuclear: los padres y los hijos (principalmente los menores y los no-independientes), últimamente se ha empezado a ampliar también a conflictos en los que han sido protagonistas también los abuelos, de resultas del aumento de casos de crisis familiar.

⁶³ STC 152/2005, de 2 de junio (RTC 2005, 152).

⁶⁴ STC 17/2006, de 30 de enero (RTC 2006, 17).

⁶⁵ Cfr. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, *Foro, Nueva época*, núm. 3, 2006, pp. 93-112.

Tras la mencionada sentencia 198/2012 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que sí encontramos es un concepto de matrimonio ya que en su Fundamento Jurídico nº 9 lo define como “comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento”.

Aunque esta esperada sentencia (el TC tardó 7 años en pronunciarse) ha sido muy polémica y fue aprobada solo por siete magistrados ya que se emitieron un voto particular concurrente y tres votos particulares discrepantes, es el concepto vigente actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Podemos decir por tanto que no existe ningún concepto jurídico de familia en el ordenamiento constitucional español. De ello se deriva que la política legislativa del Estado en el ámbito familiar deba ser capaz de detectar las necesidades de los diferentes grupos para ofrecerles la protección derivada del art. 39 CE.

Y es que se están produciendo muchos cambios y, fundamentalmente a una gran velocidad, lo que deviene en una legislación que se está quedando obsoleta muy rápidamente debiendo el Derecho actuar en consecuencia.

Como señala la profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, los actuales principios del Derecho de familia están basados en el desarrollo de la personalidad y de la autonomía del sujeto familiar, en la igualdad de los cónyuges y en la existencia de nuevos modelos de familia⁶⁶. Se asiste en los tiempos actuales a un tránsito de la familia “institución” a la familia como “comunidad” de personas en la que “lo que cuenta en primer lugar son los derechos de las personas que constituyen el núcleo familiar”⁶⁷.

De este modo, respecto a la protección que dispensa a la familia el TC, realmente lo que vemos en estas sentencias es más bien la protección jurídica que se concede a los integrantes de la familia en función de sus lazos familiares. Pero no hay una protección a la familia propiamente dicha (porque el art. 39 CE no es un derecho fundamental), sino a los derechos fundamentales de cada uno de los miembros que componen ese grupo familiar. Entre otras cosas, porque la familia no tiene personalidad jurídica⁶⁸. “Todo ello significa que en el caso que exista un conflicto entre el derecho del individuo y el interés familiar, deberá tener preferencia en la solución el derecho del individuo porque se trata de un derecho fundamental;

⁶⁶ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: “¿Es indemnizable la infidelidad?”, *Revista de Derecho de familia*, núm. 47, 2010, p. 32.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁶⁸ Hasta el Libro de Familia ha desaparecido en la nueva organización del Registro Civil prevista por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Publicado en: BOE núm. 175, de 22/07/2011. En su lugar, hay un certificado registral individual en el que se inscriben todos los hechos que afectan a cada persona desde el punto de vista civil.

mientras que en el caso que el conflicto se plantee en cuestiones que no tengan nada que ver con los derechos fundamentales, la preferencia en la decisión se dará a la familia porque esta es un instrumento para el desarrollo de los individuos”⁶⁹.

La familia como tal, por tanto, no es objeto de protección jurídica ni tiene un régimen jurídico propio. Los lazos familiares se protegen en la medida en que son relevantes para la protección de los derechos individuales. Esto puede deberse a que la Constitución es rica en derechos personalísimos que se sustentan en la dignidad de la persona, art.10.1 CE⁷⁰. En este sentido, la doctrina constitucional parece seguir la tendencia del Derecho de familia a configurarse como un "Derecho a la carta", esto es, tiende al establecimiento de distintos tipos de relaciones en cuyo contenido y consecuencias sería cada vez más determinante la elección individual antes que los valores tradicionales de la familia y la dirección parece apuntar a la protección de los lazos de hecho y el afecto, con independencia de las exigencias jurídicas⁷¹.

Pese a esta previsible tendencia, debemos tener en cuenta que el Tribunal Constitucional está siendo bastante conservador y, salvo en la sentencia sobre el matrimonio homosexual, evita pronunciarse sobre aspectos peliagudos concernientes a la familia. Es más, aunque vemos que sí que llegan a nuestro Alto Tribunal numerosos recursos de inconstitucionalidad en relación a leyes que están regulando las nuevas realidades familiares⁷², el TC normalmente lo que hace es referirse al defecto formal de las mismas (ámbito competencial) sin entrar en las cuestiones de fondo. Tal vez ello se deba a que todo lo que gira en torno al concepto de familia, por afectar a lo más íntimo de la persona y al ámbito de lo más personal, se caracteriza por tener una carga ideológica que suele terminar por condicionar el debate.

Tras ver cómo se refleja la realidad y los problemas que más se suscitan ante el TC, es posible afirmar la necesidad de un Tribunal que se muestre como una unidad frente a los ciudadanos y que base sus decisiones en fundamentos sólidos que deriven de valores universales. Esto es importante puesto que ya hemos visto la fuerza que tienen las decisiones adoptadas por el supremo órgano intérprete de nuestra Constitución.

Sin embargo, a pesar de todos los cambios contrastados en la familia, queremos concluir con las palabras positivas de la Magistrada del Tribunal Constitucional,

⁶⁹ ROCA TRÍAS, E.: “Familia”, cit., p. 211.

⁷⁰ Cfr. MORA, J. E.: “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”, *Cuadernos de bioética*, Vol. 11, núm. 42, 2000, pp. 257-272.

⁷¹ La dirección de las Sentencias en el campo de la investigación de la paternidad sería el ejemplo más claro.

⁷² En este sentido mencionamos, entre otras, las más recientes sentencias del TC en esta materia: STC 110/2016, de 9 de junio, respecto de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, STC 81/2013, de 11 de abril, sobre la Ley de Madrid, 11/2001, de 19 de diciembre, de parejas de hecho, STC 192/2016, de 16 de noviembre, respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (conocida como “Ley de custodia compartida”).

ROCA TRÍAS, que entiende que no por ello debe ser considerada la familia en crisis, “si por crisis debe entenderse algo parecido a apuros, conflictos o problemas de la institución. Crisis significa aquí cambio y es innegable que la familia se encuentra en una clara época de evolución y cambio sin que se sepa, al menos de forma clara, cuál será el resultado final de este proceso”.⁷³

BIBLIOGRAFÍA

BERENGUER ALBALADEJO, C.: “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el «matrimonio gitano»”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010.

CARRIÓN OLMOS, S.: “Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2014, de 12 de junio de 2014 (Prestación de viudedad y matrimonio entre personas del mismo sexo)”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. Y ESCRIBANO TORTAJADA, P. (coord.): *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Transexualidad y restricción del régimen de visitas”, *RCDI*, núm. 713. Disponible en: <http://www.unav.edu/matrimonioyfamilia>

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, *Foro, Nueva época*, núm. 3, 2006.

GIMÉNEZ, S. Y REY, F.: “La discriminación de una mujer gitana ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensamiento y Cultura Gitanos. Revista Bimestral de la Fundación Secretariado Gitano (FSG)*, núm. 51-52, 2009.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: “¿Es indemnizable la infidelidad?”, *Revista de Derecho de familia*, núm. 47, 2010.

MORA, J. E.: “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”, *Cuadernos de bioética*, Vol. 11, núm. 42, 2000.

MORALES, M.: “Concesión de la custodia compartida sin el informe favorable del Ministerio Fiscal”, en <https://revistadigital.inesem.es/juridico/concesion-de-la-custodia-compartida-sin-el-informe-favorable-del-ministerio-fiscal/>.

MORENO ANTÓN, M.: “Matrimonio y creencias”, en ALDANONDO SALAVERRÍA, I. Y MORENO BOTELLA, G. (coord.): *Derecho, cine y libertad religiosa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

OLTRA JARQUE, M.: *Retos jurídicos de la Diversidad Familiar*. Conferencia en Jornadas

⁷³ ROCA TRÍAS, E.: “Familia”, cit., p. 226.

internacionales de familias LGTB. “Diversidad Familiar en Europa”. Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006. Disponible en: <http://www.felgtb.org/rs/1408/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/479/fd/1/filename/oltra-retos-juridicos-de-la-diversidad-familiar.pdf>.

PÉREZ VERA, E.: *Familia legítima, hijos naturales, adopción y relaciones de hecho*. Ponencia española en la XII Conferencia de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal. Roma, 8 - 9 de octubre de 2010. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/eu/trilateral>

ROCA TRÍAS, E.: “Familia y constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad), pp. 207-228. Disponible en: http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/207_228%20ROCA.pdf

VEGA MERA, Y.: “El nuevo rostro de la familia: Cuadros de una exposición”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 28, Universidad de Extremadura, 2010.

