

## **Las Familias que nos vienen: una reflexión desde la experiencia europea.**

**Rosario Valpuesta Fernández<sup>1</sup>**

**SUMARIO:** 1. Explicación.- 2. El impulso de los derechos fundamentales.- 3. La Protección de las familias por los poderes públicos.- 4. El comportamiento de las mujeres.- 5. Otra forma de entender la maternidad y la paternidad.- 6. Dedicación a la familia: los abuelos, los familiares y allegados.

### **1. Una explicación.**

Cuando tratamos de la familia, o más bien de las familias, nos situamos ante un fenómeno social que se mueve a impulsos de comportamientos individuales y colectivos en una dinámica de cambio cuyas causas y desenvolvimiento escapan a los juristas, pues son más específicas de otras ramas del conocimiento; pero no cabe duda que es el Ordenamiento el que en última instancia tiene que elaborar las respuestas. Por ello, el estudio sobre el Derecho de familia ha de tener en cuenta la realidad social a la que se dirige pero también y, sobre todo, ha de centrarse en su virtualidad para generar soluciones a los problemas y situaciones que se le pueden plantear, partiendo de los principios y valores que lo informan. Una reflexión sobre el Derecho de familia actual nos lleva casi inexorablemente a preguntarnos también sobre su futuro, habida cuenta del proceso de transformación en el que están inmersas las relaciones familiares; un proceso que siempre ha existido, pero que en estos tiempos de cambios acelerados se nos antoja aún más acentuado. En efecto, el panorama actual de las familias nos trasmite la idea de que estamos ante una realidad jurídica inacabada o, para ser más exactos, no cerrada, en la medida que está siendo desbordada por comportamientos y hechos no previstos por el legislador que reclaman su reconocimiento en el plano jurídico.

Ahora bien, no se pretende en este trabajo adivinar el futuro en lo que concierne a las familias, ni tampoco diseñar qué tipo de relaciones serán las que se consoliden en un plazo más o menos lejano. Se intenta, por el contrario, algo más modesto: identificar

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla Licenciatura en Derecho en la Universidad de Sevilla. Catedrática de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo Olavide.

las posibles líneas de evolución, las claves que pueden marcar su desenvolvimiento, o los retos que se han de superar, partiendo de la realidad actual, la que ha de analizarse en toda su complejidad, en el convencimiento, como nos ha enseñado la historia, de que esta realidad actual es el resultado de un proceso evolutivo que ha abocado a lo que hoy identificamos como familias y que marcará su desarrollo en adelante; un proceso que en ningún caso es lineal, pues acusa las contradicciones en las que se desenvuelve toda sociedad, la diversidad que la caracteriza y la multiplicidad de causas y fenómenos que la impulsan. Y en este punto los cambios que se avecinan o los que podemos intuir puede ser que ya se estén germinado al interior de las familias y en el conjunto de la sociedad pues, con independencia de que avatares o acontecimientos imprevistos den un giro inesperado en la evolución social, parece cierto que se puede avizorar por dónde pueden ir las cosas a partir del momento actual, aunque debemos actuar con la cautela que nos indica Caplow., (2000: 389), "Todas las imágenes del futuro son inciertas, pero las imágenes que se derivan de las ciencias sociales son más vulnerables que las que se derivan de las ciencias físicas, puesto que los sujetos de predicciones sociológicas frecuentemente toman medidas para invalidarlas."

En este trabajo se reparará, como no puede ser de otra forma, en los distintos modelos familiares vigentes, ya que su diversidad constituye, sin duda, la novedad más significativa del Derecho de familia actual; pero también se identificarán los cambios de comportamientos que se producen en su seno, pues precisamente son éstos los que han transformado la familia que conocíamos y los que han propiciado los nuevos tipos de relación. Con ello se quiere deshacer una práctica muy extendida de identificar los modelos familiares casi exclusivamente por su estructura y composición, sin tener en cuenta que la situación jurídica y las conductas de las personas que la integran impregnan de un significado y un sentido a las relaciones familiares, el que no se puede apreciar desde el apriorismo de categorías dadas. Así, identificar la familia nuclear burguesa que se consolida normativamente tras la entrada en vigor de los Códigos, con la que actualmente tiene su origen en el matrimonio heterosexual, porque ambas se integran por los cónyuges y los hijos menores, es desconocer que aquélla resultó ser un elemento de una estructura social caracterizada por la desigualdad intrínseca de las mujeres y los hombres, y de éstos entre sí, dominada por la supremacía de un sujeto de derechos que se identificaba con el hombre burgués que ejercía su hegemonía en las relaciones sociales y económicas así como en la política, y también en la familia, a través de la cual se aseguraba la reproducción social del modelo; de ahí que esta familia burguesa se organizara interiormente bajo los principios de desigualdad y sometimiento, incompatibles con la igualdad y la libertad

que ahora informan la familia matrimonial. Precisamente ha sido la transformación del matrimonio, debido al cambio de la situación jurídica de los cónyuges y a la influencia de los comportamientos que lo acompañan, lo que ha permitido que se regule la posibilidad de que puedan contraerlo las personas homosexuales, sin que deba considerarse que se vulnera la Constitución, un acontecimiento que se ha debido al hecho de que hayamos perdido el rastro de aquella institución que regularon los viejos Códigos.

## **2. El impulso de los derechos fundamentales.**

### *2. 1. Consideraciones generales.*

El impulso de los derechos fundamentales ha sido, sin duda, de enorme importancia para los cambios que se han operado en el Derecho de familia unido, claro está, a los cambios en los comportamientos individuales y a una mayor tolerancia social hacia los mismos. Un impulso que se ha producido en toda la Europa democrática –la evolución en Rusia y en los llamados países del Este tiene otros fundamentos y connotaciones que no podemos reproducir- con independencia de que sus Constituciones contuvieran disposiciones referidas a la familia, o contaran con garantías específicas que asegurasen su eficacia, y que ha dado un giro copernicano en la concepción que se tenía de la familia, que de ser una “entidad”, cuerpo moral o realidad natural de la que se predicaba unos fines e intereses propios que se imponían a los de sus miembros, pasó a ser un ámbito de relación presidido por el respeto de los derechos fundamentales de las personas que la integran.

Y así la labor desarrollada por la jurisprudencia constitucional, caso de los países que cuentan con esta garantía como Alemania e Italia entre otros, las modificaciones normativas aprobadas por unos Parlamentos más sensibles con las demandas sociales y, especialmente, con las reivindicaciones de los movimientos feministas, así como la evolución de la doctrina hacia una concepción de la familia más acorde con los principios democráticos, han sido determinantes para que una institución, que se organizaba conforme a los principios de desigualdad y sometimiento, derivara en un tipo de relaciones presididas por la igualdad y la libertad, además de otros derechos; y han venido a ser concluyentes también para el reconocimiento de la pluralidad de modelos familiares más acordes con la diversidad que caracteriza a las sociedades contemporáneas. Cuando España contó con una Constitución, siguió la estela de los demás países europeos, en un tiempo en el que se habían superado los principales obstáculos y definido las soluciones más emblemáticas, por lo que se benefició de la experiencia comparada que facilitó, sin duda, la adaptación del régimen familiar a las

exigencias del Estado Democrático en un periodo relativamente corto aunque no podemos considerarlo culminado.

Y en efecto, la transformación del Derecho de familia exigió de un proceso, no exento de dificultades, que se extendió durante la segunda mitad del siglo XX, en el que los derechos fundamentales fueron mostrando sus distintos semblantes hasta configurar el rostro del Derecho de familia actual. En este recorrido se produce una evolución en la aplicación de dichos derechos, propiciada sin duda por las nuevas situaciones que van surgiendo en el devenir social y por las demandas de los diferentes colectivos, pero también por una renovación del pensamiento que ha ido aportando nuevas miradas al contenido de los derechos fundamentales, con lo que se ha ido ampliando su ámbito de eficacia. No es este el momento de reproducir esa experiencia jurídica, que desborda los objetivos del trabajo, pero sí de dejar constancia de esta evolución.

Si se observa el camino recorrido con una cierta perspectiva, se podría entender que las posibilidades que nos brindan estos derechos para provocar modificaciones legales se han agotado; que no cabe extraer de los mismos otras consecuencias que las que ya se han puesto de manifiesto, habida cuenta de que en algunos países, como el nuestro, se ha reconocido a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio, lo que supone, quizás, el cambio más trascendental que se ha producido en esta institución y en todo el Derecho de familia, y que nos puede hacer pensar que las novedades en este ámbito han tocado techo. Así, el tratamiento de otras realidades que a partir de ahora se puedan producir ha de hacerse con criterios de oportunidad política, sin que estén envueltos necesariamente los derechos fundamentales de las personas; pero parece que ello no sea así, pues no se puede aventurar que en el futuro se planteen otras reivindicaciones en cuya solución se involucren los reiterados derechos. Y algo más que no podemos ignorar: la potencialidad de tales derechos para desarrollar líneas de interpretación no consideradas inicialmente, o aportar soluciones que en su momento no se estimaron. De ahí que se pueda apreciar una evolución en la aplicación de los derechos fundamentales impulsada, como hemos dicho, por las transformaciones sociales, pero también por los cambios de mentalidades o por el avance en las técnicas de aplicación. Una evolución que no podemos considerar agotada, sino al contrario, muy viva en el tiempo presente. Y en efecto, los derechos fundamentales resultan ser la plasmación normativa de unos valores que se insertan en los principios que informan el Estado Democrático y Social, unos valores cuya capacidad de renovación y adaptación al tiempo histórico brinda a aquellos unas posibilidades de desarrollo que pueden llegar, incluso, a una mutación constitucional en su manifestación más radical. Como nos dice Häberle (2000: *passim*): La Constitución no es solo una obra normativa, sino la expresión de un

estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación cultural del pueblo, un espejo de su patrimonio cultural y de los fundamentos de su esperanza, palabras éstas que reflejan su pensamiento sobre la Constitución desde una perspectiva científico-cultural. Más en concreto, Peces Barba (1999: 384) insiste en la capacidad de apertura a su entorno de los derechos fundamentales, cuya adaptación se opera de manera directa con la intervención del legislador y de los tribunales, e indirectamente por influencia de la doctrina.

Y en todo esto se debe tener en cuenta, igualmente, el impulso de los derechos consagrados en los Tratados Internacionales, que constituyen parámetros de interpretación de las normas constitucionales en esta materia (art. 10.2 CE), como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás Convenios impulsados por NNUU; aunque también son fuentes normativa de soluciones, lo que ocurre con el Convenio Europeo de Derechos Humanos cuyo art. 10, sobre derecho al respeto de la vida familiar, y el art. 12, referido al derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, han propiciado importantes resoluciones. En esta línea, también se han de tener presentes las sentencias dictadas por TJCE, con pronunciamientos sobre la familia.

Son muchos los derechos fundamentales que están implicados en las relaciones de familia, cuya interpretación se debe impregnar de los valores que representan y de los principios en los que se inspiran; en estas páginas, por razones de espacio, se reparará en dos de ellos, la igualdad y la libertad, con referencia al libre desarrollo de la personalidad, por ser los que más han influido en la transformación del Derecho de familia, y los que sin duda marcarán su futuro.

## 2. 2. *La igualdad.*

### 2.2.1. *La igualdad formal.*

La aplicación del principio de igualdad ha sido clave para la evolución de la familia. Nos referimos, más en concreto, a la igualdad de los cónyuges y a la de los hijos con independencia de su filiación. Muchas han sido las reformas legislativas que se han llevado a cabo a fin de hacer realidad esta exigencia fundamental. En nuestro país, tras la entrada en vigor de la Constitución, se aprobaron diferentes leyes para adaptar la normativa reguladora de la familia a las exigencias del principio de igualdad, aunque todavía quedan vestigios de discriminación por razón de sexo en la elección del apellido de los hijos, que otorga una preferencia al padre para su determinación, a pesar de la reforma introducida por la L. 40/1999, de 5 de noviembre, que solo se explica por la influencia que aún tiene el principio de unidad de la familia en torno al *pater*, una situación que ha sido superada en muchos países de nuestro entorno y que

requiere de una reforma del Derecho positivo (Serrano Fernández, 2001:pp. 732 ss.). Ello nos confirma la idea anteriormente expuesta respecto de los derechos fundamentales y que ahora se comprueba con el principio de igualdad, que aún no han desplegado toda su virtualidad transformadora de la realidad jurídica existente, y que en España tiene otra asignatura pendiente con la utilización de los términos de patria potestad para referirse a las funciones que han de desempeñar el padre y la madre sobre sus hijos menores; unos términos que han desaparecido del panorama legislativo comparado y que aún quedan en nuestro Derecho como una reliquia de una situación que ya tendría que haberse superado por una expresión que refleje la titularidad de ambos padres (autorité parentale en Francia, potesta dei genitori en Italia).

### *2.2.2. El alcance de la igualdad sustancial.*

La igualdad entre los hombres y las mujeres adquiere otra dimensión cuando se traspasa la declaración formal de la misma y se repara en la igualdad sustancial de ambos. Y ello ocurre cuando se toma conciencia de la discriminación real en la que se encuentran aquéllas en muchas esferas de la vida social, y también en la familia, a pesar de las reformas legislativas que han extendido la igualdad formal a todo el Ordenamiento, con las carencias antes expuestas. Ante esta realidad y la reflexión que provoca, se produce un nuevo impulso en la aplicación del reiterado principio de igualdad, cuyo objetivo es conseguir que sea realmente efectivo. Con este planteamiento nos colocamos en el plano de la igualdad sustancial, exigencia del Estado Democrático y Social, que obliga a los poderes públicos, como dice el art. 9 CE, a promover las condiciones y remover los obstáculos que impiden o dificultan la libertad y la igualdad efectiva. De la lectura de tal norma y de la aplicación que se ha hecho pudiera parecer que nos referimos a medidas y acciones que tienen más que ver con políticas públicas de promoción de las mujeres que con el Derecho de familia; y esta impresión se acentúa aún más si pensamos en las acciones positivas que se han convertido en pieza emblemática de la aplicación de este artículo, más por la perplejidad que aún causa a algunos juristas que por su utilización real. Sin embargo, no se puede afirmar que la exigencia de la igualdad sustancial de mujeres y hombres sea ajena a las relaciones que se dan en el seno de la familia, por muy variadas razones.

En primer lugar, porque la preocupación por la igualdad sustancial ha provocado que aflore al debate político la discriminación de las mujeres en algunos ámbitos en los que antes no se había planteado la necesidad de regularlos, en el convencimiento de que la declaración formal de igualdad de los cónyuges era suficiente para transformarlos,

aunque el tiempo ha demostrado su ineficacia. Nos referimos, por ejemplo, a las responsabilidades domésticas y al cuidado de la familia, que las estadísticas demuestran que recaen casi en exclusiva en las mujeres, una situación, sin duda, de discriminación real, que además supone una rémora para la incorporación de éstas a la actividad laboral y profesional y su promoción, con lo que en última instancia se les está limitando el ejercicio de sus derechos. En ella repara la reforma del CC por Ley 15/2005, de 8 de julio, para añadir al texto del art. 68, referido a los derechos y obligaciones de los cónyuges: “Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.” No se puede negar que esta disposición tiene un alto valor simbólico, y algo de eso hay, pues la eficacia de los derechos y obligaciones que se derivan del matrimonio está muy debilitada desde el momento que su incumplimiento no tiene consecuencias jurídicas, por ejemplo, para solicitar el divorcio, como ocurre tras la última reforma operada en esta figura por la Ley antes mencionada. Sin embargo no se puede minimizar la trascendencia de esta nueva disposición hasta el punto de hacerla inoperante. De entrada, supone un cambio en la filosofía con la que hasta ahora se había abordado la dedicación de las mujeres al hogar, una cuestión de gran trascendencia que ha sido objeto de debate y pronunciamientos jurisprudenciales en Derecho comparado, y que no podemos abordar en este momento. Un cambio de filosofía, afirmamos, porque las disposiciones del Código en esta materia tendían a compensar económicamente una situación que no se cuestiona: la dedicación preferente o en exclusiva de muchas mujeres a la familia (arts. 97, 103.3, 1438 CC). La nueva disposición pretende, por el contrario, erradicar esta conducta, al implicar a ambos cónyuges en las responsabilidades domésticas y el cuidado de las personas aludidas, y lo hace apelando a la igualdad formal de ambos, que debe regir también en este espacio de relación, aunque el objetivo parece claro: la igualdad sustancial de las mujeres. Y para ello erige como criterio para medir la igualdad el reparto de las funciones familiares, de tal manera que una distribución desequilibrada de las mismas, que no responda a un acuerdo de los cónyuges, supone una vulneración del principio de igualdad que produce un daño indemnizable de forma autónoma, independiente de las compensaciones económicas a las que hemos hecho referencia (López de la Cruz, 2007: pp. 42 ss.). Así pues el derecho a la igualdad forma parte del patrimonio moral de las personas, como expresión de su dignidad, y debe ser respetado en todas las esferas de relación, incluida la familia, aplicable igualmente a la educación y formación de las hijas respecto a los hijos, en el sentido de que una disparidad de tratamiento no justificado por causas objetivas, lesiona el derecho a la igualdad de aquéllas, activando tal comportamiento de los padres la intervención judicial al amparo

del Art. 158.4 CC, pudiendo acordar, en su caso, la pérdida de la misma (Art. 170 CC), o la suspensión mediante la declaración de desamparo por la Autoridad Administrativa competente (Art. 172 CC).

La idea antes desarrollada también ha impulsado otras reformas legislativas que si bien no son específicas del Derecho de familia no se les puede negar su incidencia en el conjunto de relaciones que aquél regula. Esta renovada filosofía sobre las responsabilidades de los padres y las madres o de los miembros de la pareja está presente en las disposiciones que regulan la conciliación de la vida laboral, personal y familiar - la última versión se debe a la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, cuyas DAs. reforman las correspondientes normativas- que reconoce tanto a los hombres como a las mujeres los derechos para la atención y cuidado de los hijos y personas dependientes, incluso en circunstancias que nos podrían llevar a la convicción que sólo afectan a las madres, como la lactancia, permitiendo al padre que pueda hacer uso de los derechos correspondientes cuando la alimentación no sea por leche materna, o compartir el permiso de maternidad. Una Ley que profundiza en la idea expuesta con el permiso que concede a los padres tras el nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo, simultáneamente al que tiene la madre, por un plazo aún limitado; una decisión que con el tiempo se pretende equiparar en su extensión al permiso de maternidad. Se supera así la vieja idea de que la maternidad incumbe exclusivamente a las mujeres, y se involucra a los padres en la atención y cuidado de los hijos desde su nacimiento o adopción, también desde el acogimiento, facilitando así que desde el principio se creen lazos afectivos más intensos y se asuman de manera más efectiva las responsabilidades que con ellos se tiene. Disposiciones como éstas están llamadas a impulsar cambios de comportamientos de los miembros de la pareja, y de las madres y los padres, que tendrán, sin duda, reflejo en las relaciones familiares. A tal fin debemos tener presente las resoluciones que se están dictando acerca de la guarda de los hijos tras la crisis matrimonial, que en un alto porcentaje se atribuye aún a las madres, con la contestación cada vez más acusada de muchos padres; parece claro que las razones que justifican la preferencia por las madres tenderán a diluirse cuando aquellos demuestren las mismas condiciones y disposición a asumir la custodia y guarda de sus hijos, con lo que el conflicto entre padres y madres se acentuará, y lo que parece más importante, las razones para optar por uno u otro serán muy similares, sin que el recurso al interés de los hijos, que debe ser el predominante, pueda aportar una solución en todos los casos. Entonces, resplandecerá sin matices el derecho a la igualdad de trato de los padres. En este nuevo escenario parece que la guarda compartida, o soluciones similares, contemplada en la reciente reforma del Código



(art. 92) adquiere un mayor protagonismo del que ahora tiene, dada las críticas que ha suscitado esta medida. También afectará al cumplimiento del deber de alimentos con los hijos, y a la pensión compensatoria que tenderá a diluirse en supuestos en los que las mujeres, aligeradas de las cargas familiares, puedan acceder con más facilidad al mercado de trabajo y promocionarse, adquiriendo con ello mayor independencia económica y autonomía personal, aspecto éste de la relación de pareja que abordaremos más adelante.

Hasta ahora hemos reseñado manifestaciones del principio de igualdad de hombres y mujeres en las relaciones de familia que se desenvuelven en el plano de la igualdad formal, en la medida que sus previsiones afectan en los mismos términos a los dos sexos, si bien, como hemos dicho, estén motivadas por exigencias de la igualdad sustancial. Sin embargo, puede ser que la consecución de esta igualdad requiera de otro tipo de intervención legislativa, en la que se prevean acciones referidas más específicamente a las mujeres, entre las que están las acciones positivas, medidas éstas, como es sabido, admitidas por la jurisprudencia constitucional con determinados requisitos, y consagrada legislativamente en la L.O 3/2007 citada en su art. 11. Generalmente éstas se han adoptado para propiciar la participación de las mujeres en espacios de relación en los que aún no han conseguido una presencia efectiva a pesar de su preparación y aptitud. Sin embargo, hay otros supuesto que debemos reseñar pues afectan a las familias; nos referimos a la L.O 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que ha llevado al centro del debate, y del conocimiento del Tribunal Constitucional, el distinto tratamiento que se les dispensa a las mujeres y hombres. Así, se incluye dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incrementa la sanción penal cuando la agresión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia (Arts. 148.1 y 153 CP); también se castiga como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometida contra las mujeres mencionadas (Arts. 171, 172 y 620 CP). La justificación de estas medidas hay que buscarla, sin duda, en la extensión de esta práctica, con cifras alarmantes, que revela una patología que afecta a las familias españolas. Su fundamento último está en la percepción de que las relaciones de pareja reflejan en demasiados supuestos una distinta posición de hombres y mujeres, en términos de dependencia y subordinación de estas últimas, que permiten identificarlas como un colectivo vulnerable en clara situación de desventaja. No se trata, pues, de que una mujer sea víctima de malos tratos o, incluso, de homicidio o asesinato, sino que el colectivo de mujeres está siendo objeto de manera más sistemática de unos comportamientos que no se repiten con la misma extensión e

intensidad en otros, y esto responde a la pervivencia de la ideología de la desigualdad muy extendida aún en las relaciones de pareja.

Para ser precisos, y en una estricta interpretación de la noción de familias, muchos de estos episodios se cometen por hombres que ya han roto los vínculos con las mujeres, sean éstos afectivos o jurídicos, pero no se puede negar que estos comportamientos y las consecuencias que generan trascienden a las relaciones de pareja y las que se tienen con los hijos; baste únicamente reseñar la posibilidad de suspender la patria potestad del inculpadado (Art. 65), y el régimen de visitas (Art. 66), o el cambio de apellidos de la víctima (Art. 58 LRC), sin contar con la competencia que se le otorga en materia civil familiar a los Juzgados de Violencia sobre las Mujeres, que pueden generar una jurisprudencia diferente a la de los Tribunales civiles; de ahí que debemos considerar que estas disposiciones tienen un indudable reflejo en las familias.

Las exigencias de la igualdad sustancial impulsarán en el futuro reformas legislativas que sin duda afectarán también a las relaciones de familia, sobre todo en lo que concierne al comportamiento de las mujeres, que veremos más adelante.

### 2.2.3. *La igualdad de las familias.*

La igualdad también se ha hecho valer en el Derecho de familia como argumento para reclamar el reconocimiento jurídico de otras realidades. Más en concreto, se ha recurrido a este derecho para fundamentar las reclamaciones de los convivientes *more uxorio* para que se le apliquen los efectos del matrimonio. En una conocida jurisprudencia del TC, surgida inicialmente al hilo de la reclamación de la pensión de viudedad por una persona que había convivido con el afiliado a la SS, se ha afirmado que el matrimonio y las parejas de hecho son realidades diferentes (STC 222/1992, de 11 de diciembre); decisión que cambia, incomprensiblemente, cuando lo que se pide es el mismo tratamiento en la subrogación arrendataria, pues en este último caso llegó a declarar inconstitucional el antiguo art. 58 de la ya derogada LAU, por conceder este derecho, entre otros beneficiarios, exclusivamente al cónyuge con exclusión implícita de la pareja de hecho (STC 47/1993, de 18 de febrero). Ya he tenido ocasión de manifestar mi opinión al respecto: el principio de igualdad en el tema que nos ocupa tiene una aplicación diferente según hagamos referencia al estatuto matrimonial, es decir, el que regula las relaciones internas de la pareja imponiendo derechos y obligaciones, o al beneficio de los derechos sociales, pues si bien en el primer caso se está ante realidades diferentes, en el segundo, por el contrario, no se puede afirmar lo mismo. Los derechos sociales atienden a necesidades que se plantean en determinadas circunstancias, y éstas las puede tener tanto el matrimonio como la pareja de hecho, sin que el estatuto jurídico de uno y otro tenga relevancia

suficiente para desvirtuar o anular la similitud o identidad de presupuestos para el ejercicio de tales derechos; vulneran, pues, el principio de igualdad aquellas disposiciones que no siendo *strictu sensu* de Derecho de familia tienen a ésta como destinatarias de beneficios y prestaciones típicas del Estado social, (Valpuesta Fernández, 2006: p. 2435). Y esta es la línea que han seguido las Leyes autonómicas que regulan la convivencia *more uxorio*, que han dispuesto un régimen jurídico específico, diferente del matrimonio, para la relación de pareja, al mismo tiempo que las ha igualado a este último en lo que respecta al beneficio de los demás derechos. El TS, que ha tenido ocasión de conocer las reclamaciones de los miembros de las parejas de hecho sometidos a la disciplina del Derecho común que, como se sabe, carece de regulación al efecto, no ha llegado a equiparar plenamente a uno y a otro, aunque ha aplicado algunas disposiciones del matrimonio a tales parejas, cuando ha entendido que los problemas eran similares, con fundamento en un principio general, que ha identificado, y que trae directamente de la Constitución, de protección de este tipo de convivencia. Y es en este plano, el de la protección de los poderes públicos a las familias, en el que se debe abordar el reconocimiento jurídico de esta realidad social, y no en el de la igualdad. A ello haremos referencia más adelante.

Muy distinto es el caso de los homosexuales que reclaman un estatuto matrimonial, pues la realidad de la que parten, convivencia con pretensión de ser un matrimonio, no difiere de este último, como ocurre con las parejas de hecho en las que la opción implícita o explícita es otra. La cuestión que se nos plantea en este supuesto es la de indagar si la heterosexualidad del matrimonio forma parte de su contenido esencial y, ligado a ello, si este requisito tiene la suficiente trascendencia constitucional para justificar un distinto tratamiento a las parejas homosexuales. Con argumentos que no puedo reproducir, por razones de espacio, he manifestado mi opinión: se puede legítimamente entender que la última transformación del matrimonio es la pérdida de la exigencia de la heterosexualidad, y que en todo caso esa nota no integra su contenido esencial y, por consiguiente, no está en el núcleo básico de la figura que se preserva mediante la garantía institucional. Por ello, idear o defender una regulación de las parejas de homosexuales que quieren formalizar un proyecto de vida semejante al conyugal, diferente a la disciplina matrimonial, encontraría la dificultad real de identificar esa diferencia, como no fuera la de dar una menor protección a los intereses de los homosexuales, difícilmente justificable en el plano constitucional (Valpuesta Fernández, 2006: p. 2441).

### 2.3. *La libertad y el libre desarrollo de la personalidad.*

#### 2.3.1. *La libertad en las relaciones familiares.*

La libertad es una exigencia evidente de la Constitución. Sin embargo, su aplicación al Derecho de familia no ha sido tan relevante como la del principio de igualdad. Una explicación la podemos encontrar en el hecho de que las normas constitucionales hacen mención específica a la igualdad tanto en el matrimonio como respecto de los hijos, lo que ha obligado a remover todas las disposiciones que lo vulneran, y no suelen contener, por el contrario, una referencia expresa a la libertad; aunque se debe tener en cuenta que la libertad está muy ligada a la igualdad, sobre todo en la relación conyugal, pues el principal obstáculo para que las mujeres pudieran actuar con autonomía estaba en el sometimiento a la autoridad del marido: conseguida la igualdad se alcanzaba también la libertad. Sin entrar ahora en la dialéctica igualdad - libertad que tantos debates ha suscitado, no se puede negar que esta última tiene un campo propio de actuación en las relaciones familiares; incluso se podría decir que se ha convertido en la impulsora de los comportamientos que se están desarrollando en estos ámbitos de relación: libertad para constituir una relación de familia, libertad en su desenvolvimiento y libertad en su extinción, con importantes límites, como veremos, en lo que respecta a las relaciones paternofiliales. A estas últimas haremos referencia más adelante.

### *2.3.2. La libertad en las relaciones de pareja.*

Es la persona y su autonomía la indudable protagonista del sistema de valores del Estado Democrático; la libertad es pues una exigencia básica para el funcionamiento de la sociedad, y también de las familias. Su aplicación a las relaciones de pareja, esencialmente al matrimonio como figura emblemática de este tipo de relación, ha tenido una evolución parecida a la que hemos reseñado para la igualdad, en el sentido de que sus posibilidades se han ido perfilando a lo largo de los años, al hilo de comportamientos nuevos o de reclamaciones que han ido surgiendo, pero también impulsada por un pensamiento que ha avanzado hacia mayores cotas de libertad personal en el tema que nos ocupa, cuya aplicación ha sido posible por una técnica jurídica más depurada. Muchas son las reformas que se han producido en el Derecho de familia motivadas por las exigencias de la libertad, que han tenido como objeto la regulación de la edad para contraer matrimonio, en el entendimiento de que aquélla solo se puede ejercer desde la madurez personal, los impedimentos para contraerlo o los vicios del consentimiento. También, la libertad ha impulsado interpretaciones nuevas de los tradicionales derechos y obligaciones de los cónyuges, siendo especialmente incisivas en lo que respecta a los comportamientos sexuales, anulando el débito conyugal por una nueva concepción de la autonomía de los cónyuges en lo concerniente a las relaciones sexuales, la utilización de

anticonceptivos o la decisión de abortar; una autonomía que se le ha reconocido más específicamente a las mujeres por ser éstas las más afectadas por este tipo de decisiones. La libertad también ha estado presente en la interpretación del deber de convivencia, que se ajusta más a las exigencias y necesidades de unos cónyuges con proyectos profesionales y laborales propios que pueden ser divergentes, y se muestra más respetuosa con la autonomía personal. Se acentúa pues el individualismo en las relaciones de pareja a la que hay que reconocer capacidad de decisión para organizar internamente la convivencia con el límite del respeto a cada uno. La regulación de estos derechos y obligaciones tenderán en el futuro a acentuar la protección de los derechos fundamentales de los cónyuges más que a definir su contenido.

Es el divorcio, sin duda, el que más ha acusado la influencia del pensamiento de la libertad que influirá en su desenvolvimiento futuro. No nos referimos en este caso a España, que con la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado un paso importante, sino a la situación de muchos países de nuestro entorno que aún conservan vestigios del llamado divorcio remedio, incluso del divorcio sanción. En efecto, la libertad personal de los cónyuges tiene mucho que ver con las disposiciones que rigen la crisis matrimonial, siendo así que las regulaciones más respetuosas con este derecho son aquellas, como las que contienen nuestro CC tras la reforma, que requieren únicamente la decisión de disolver el matrimonio sin necesidad de otra causa que lo justifique. Por el contrario, el divorcio remedio se asienta en la idea de que la relación conyugal debe ser mantenida, y solo su quiebra efectiva justifica la disolución, con lo que se impone un límite a la libre decisión de los cónyuges, que consiste en preservar un modelo de relación, aún en contra de su derecho a decidir, mientras que el divorcio al que hacemos referencia pone en el centro de la solución la libertad personal sin ambages. Y esta libertad de decidir que facilita el divorcio también debe tener su reflejo en la regulación de sus consecuencias, pues éstas no pueden ser tan gravosas que limiten la autonomía de decisión y el desenvolvimiento futuro de las personas tras la crisis, sobre todo en lo que respecta a la constitución de nuevas relaciones de parejas, que se pueden ver *hipotecadas* por unas excesivas responsabilidades patrimoniales. El carácter temporal de la pensión compensatoria (Art. 97 CC) así como la posibilidad de aligerar la protección de la vivienda familiar son soluciones que se están arbitrando en este sentido. Con ello hacemos referencia a la doctrina del *Clean Break*, que consiste en reglar de una sola vez y de manera definitiva todas las cuestiones financieras entre los esposos divorciados. Pero aún más, se debe potenciar la libertad de los cónyuges para pactar las consecuencias de la crisis (Art. 90 CC) e, incluso, en convenios prenupciales. En este ámbito, se ha de señalar la vitalidad que esta adquiriendo la Mediación Familiar como fórmula de resolución de conflictos, en la

que los esposos pueden llegar a una composición de sus intereses sin intervención judicial, una solución impulsada por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2004 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuya regulación en nuestro país está en tramitación parlamentaria. Precisamente, la *Self-determination* de los cónyuges tras la crisis y la Mediación se han convertido en punta de lanza de iniciativas para la armonización del Derecho de familia en la UE, que se aborda desde una perspectiva modernizadora de esta disciplina jurídica, iniciativa de *The Commission on European Family Law*, CEFL, fundada el 1 de septiembre de 2001 para la elaboración de los Principios de Derecho de Familia Europeo (Miquel Martín-Casals y Jordi Ribot (eds.) 2006: passim).

### *2.3.3. El libre desarrollo de la personalidad.*

El libre desarrollo de la personalidad se ha convertido de un tiempo a esta parte en el impulsor de muchas de las transformaciones que se han operado en el Derecho de familia. A ella hace referencia el art. 10.1 CE y se ha visto como el fundamento más acertado para legitimar constitucionalmente muchas de las reivindicaciones que se han planteado a los poderes públicos, sobre todo aquellas que tienen que ver con la libertad de comportamientos ligados a la opción sexual o afectiva, o con las decisiones sobre la paternidad o maternidad.

Centrándonos en algunos de estos supuestos, han sido sin duda los colectivos de homosexuales y de transexuales los que más activamente han enarbolado la bandera del libre desarrollo de la personalidad para argumentar el reconocimiento de sus derechos, entre los que están la posibilidad de constituir una familia y, más concreto, la de contraer matrimonio. Las respuestas ya las sabemos: la Ley 13/2005, de 1 de julio, reconoce a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio, equiparando esta unión en todos sus efectos al matrimonio de heterosexuales, y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral del sexo de las personas, que viene a confirmar en el plano normativo un derecho que ya les había sido reconocido a los transexuales, con una importante novedad, la no exigencia de la intervención quirúrgica de reasignación del sexo. La posibilidad de contraer matrimonio ya estaba también asentada en nuestro Derecho a través de una línea jurisprudencial que vino a confirmar la RDGRN de 31 de enero de 2001. En estos supuestos no nos enfrentamos ante situaciones recientes o comportamientos novedosos, pues son tan antiguos como la humanidad, sino ante un cambio de mentalidad más respetuosa con las opciones individuales y dispuesta a aceptar la diversidad social; un cambio de mentalidad que ha trascendido a los valores que informan los derechos fundamentales, siendo así que éstos muestran su permeabilidad a las concepciones éticas y morales vigentes al

tiempo en el que tienen que aplicarse. Y no cabe duda que nuevos comportamientos o aptitudes encontrarán en este derecho el fundamento constitucional para su reconocimiento.

### **3. La protección de las familias por los poderes públicos.**

#### *3.1. La protección jurídica de las familias: las parejas de hecho.*

El art. 39 de nuestro Texto Fundamental en su párrafo primero afirma: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

La protección de familia implica, de entrada, que ésta se pone bajo salvaguarda de los poderes públicos, que deben asegurar su permanencia en la realidad social y en el orden jurídico, atendiendo a sus necesidades. Y en este punto, como tiene señalado el TC, la protección no se circunscribe a una familia en concreto, ni siquiera la Constitución tiene una noción específica de la misma, dado que ésta se conforma en la realidad social (STC 45/1989, de 20 de febrero). Debemos entender pues que su ámbito de aplicación se extiende a los distintos modelos vigentes en cada momento.

Una de las formas de protección es dotar de un régimen jurídico a las diferentes realidades familiares, que regule las relaciones entre sus miembros, sus derechos y obligaciones, los requisitos de constitución y extinción. En principio, el contenido y alcance de dicha protección depende de la voluntad de quien tiene la responsabilidad de gobernar, pues, como es bien sabido, el Art. 39 CE carece de eficacia directa y no puede fundamentar una pretensión ante los tribunales para exigir su cumplimiento (art. 53.3 CE), aunque ello no puede significar en ningún caso que se niegue toda virtualidad a la mencionada norma (STC 45/1989, de 20 de febrero). Ahora bien, dicho esto, no podemos olvidar que su aplicación está mediatizada en este punto por el juego de los derechos fundamentales. En efecto, frente a la idea de que no existe un derecho constitucionalmente reconocido a exigir el reconocimiento jurídico de una realidad familiar –salvo el caso del matrimonio–, se debe afirmar que en el desenvolvimiento de las familias interfieren otros derechos y principios constitucionales, como el principio de igualdad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por poner algunos ejemplos, que activan la protección que el art. 39 CE les dispensa. Todos ellos llevan a que la eficacia inicialmente prevista en la Carta Magna para el precepto mencionado adquiriera una dimensión diferente, hasta el punto de que se pueda exigir una protección jurídica por los que se consideran afectados por la impasibilidad del legislador, y así lo ha entendido nuestro TS que ha inducido un principio general de protección de este modelo de familia del que extraer soluciones a los problemas que se le han planteado (STS de 17 de enero de 2003). En efecto, resulta difícil entender la ausencia de regulación de las parejas de hecho que se rigen

por el tradicionalmente llamado Derecho común frente los denominados Derechos civiles propios, que cuentan con una normativa al respecto. Y es que la asunción por el Derecho de esta realidad social no ha sido fácil desde que emergiera al debate público en los años ochenta del siglo pasado. La experiencia en Europa nos viene a demostrar la perplejidad primero y las reticencias después de parte de los juristas, y también de los políticos, para dar cobertura legal a una situación que, habiendo surgido al margen del Derecho, reclama su reconocimiento y protección, más acusadas en aquellos países en los que existe un mayor control estatal de la constitución, vicisitudes y extinción de las familias, como en España. Y en efecto, la regularización de la convivencia *more uxorio* supone sin duda una carga de profundidad al matrimonio, pues siendo éste el modelo por excelencia de la relación de pareja, en el que se ha proyectado, como hemos expuesto, los principios del Estado democrático y laico, resulta ahora sorteado por una relación análoga; y el núcleo del problema está no tanto en que se rebajan los derechos y obligaciones de los convivientes respecto del matrimonio, sino en que se pierde el control de la “entrada” y de la “salida” de esta situación. Las parejas de hecho nos enfrentan además a una cuestión de fondo, la intervención del Estado en las relaciones personales que pueden ser fundantes de una realidad que es percibida socialmente como familia, imponiendo unas consecuencias jurídicas, incluso, a los que no la quieren.

Pero la realidad impenitente ha terminado por imponerse, y en la actualidad constituye una de las familias jurídicas en la mayoría de los países y también en el nuestro, a pesar de la ausencia de la normativa anteriormente reseñada, entre otras razones porque esta relación es reconocida en otros ámbitos normativos no estrictamente de Derecho de familia.

No cabe duda que otro tipo de relaciones que puedan surgir en la realidad social y que merezcan la consideración de familia harán el mismo recorrido al amparo del art. 39.1 CE, con los límites, claro está, que marca el respeto a los derechos fundamentales y a los valores imperantes. Y en ello pueden tener mucho que ver las políticas públicas de protección de las familias, que abordamos a continuación.

### 3.2. *Las políticas públicas de protección a las familias.*

La protección de las familias mediante políticas públicas para la atención de sus necesidades responde a las exigencias del Estado Social; no en vano fue la Constitución de Weimar la primera que recogió disposiciones al respecto. Las Constituciones del Estado Democrático y Social tienen su razón de ser en la igualdad sustancial de los individuos como presupuesto para el ejercicio de los derechos fundamentales, pues se entiende que no es posible la realización efectiva de las



libertades democráticas si las personas no tienen resueltas sus necesidades vitales, si en la realidad de los hechos no cuentan con los medios necesarios para atender su sustento y pervivencia. Ello coloca la relación del Estado con los ciudadanos en un escenario muy diferente a aquél en el que se había desenvuelto el modelo liberal, pues se le impone a los poderes públicos la obligación de intervenir en el orden social a fin de corregir, o al menos mitigar, las situaciones de desigualdad que genera el sistema económico capitalista, asumiendo, incluso, la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los mismos las prestaciones y servicios adecuados para subvenir a dichas necesidades vitales. Esta última dimensión del Estado social se ha cristalizado en la constitucionalización de un conjunto de derechos que han merecido la calificación de sociales, y que tienen que ver con el disfrute de unos bienes que se consideran esenciales, como la salud, la educación o la vivienda, entre otros.

En este ámbito de protección constitucional entra la familia, no como una organización intermedia entre el Estado y el individuo que deba ser objeto de un tratamiento diferenciado como si de un “cuerpo independiente” se tratara, sino como un espacio de relación o como organización social en la que sus miembros ponen de manifiesto sus intereses, aspiraciones o carencias vitales (Art. 9 CE). Y en efecto, las políticas públicas tienen que tener como destinatarios a las personas, premisa ineludible del Estado Democrático, lo que no impide que las prestaciones se orienten a los grupos en los que se integran, pero este hecho no puede ser tan determinante de dichas políticas que anule lo individual en beneficio de lo colectivo, comportamiento típico del Estado autoritario.

Dicho esto, las medidas que se arbitren para la protección de las familias pueden ser muy variadas y, sobre todo, pueden obedecer a planteamientos muy diferentes en relación al fenómeno familiar. No estamos pues ante un tema inocuo, sino al contrario, ante una cuestión de gran trascendencia para la conformación de los modelos familiares, pues de la orientación que tengan las políticas de protección dependerán en gran medida los comportamientos individuales en relación a las familias. Así, en un Estado Democrático estas políticas deben tener en cuenta la diversidad de modelos familiares y ser respetuosa con la libertad individual de sus miembros, pues han de estar dirigidas a la satisfacción de sus necesidades y no a elaboración de estrategias generales en las que se involucran a las familias para la consecución de unos objetivos que las sobrepasan, caso por ejemplo de algunas políticas natalistas implantadas en Europa.

Son muchos los aspectos que se pueden abordar desde los poderes públicos, como la maternidad, la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, el acceso a la vivienda, las prestaciones sanitarias, los servicios de atención a los niños o personas

mayores o discapacitadas, aspectos éstos que se pueden tratar con medidas y acciones muy diversas, imposibles de exponer en este trabajo, si acaso señalar de nuevo la trascendencia que éstas tienen para el devenir de las familias y para el ejercicio de la libertad personal de sus miembros. Pongamos el caso, por ejemplo, de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, que excluye de su ámbito de aplicación a las parejas de hecho (Art. 2.3); con tal solución se puede inducir a contraer matrimonio a fin de obtener los beneficios que se contemplan en la norma, en perjuicio de la libertad de decisión de sus miembros; lo mismo ocurre con la denegación sistemática de la pensión de viudedad, salvo algún caso con argumentos que no empañan lo aquí afirmado. O el RD Legislativo 3/2004, por el que se aprueba el T.R. de la Ley de Impuestos de Personas Físicas, que en su Art. 83 permite a las madres trabajadoras con hijos menores de tres años la deducción en el IRPF de 1.200 euros (art. 83.1 TR), identificando la maternidad con la mujer; lo mismo ocurre con el Proyecto de Ley por el que se establece la deducción por nacimiento y adopción en el impuesto sobre la renta de las personas físicas y la prestación de pago único por nacimiento y adopción de la S.S (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, 7 de septiembre 2007, nº 145-1)., cuyo Art. 2 refleja esta preferencia por la madre, siendo así que las necesidades que intenta cubrir son las del hijo cuya responsabilidad corresponde también al padre. Esta opción va en contra de la tendencia actual de involucrar a aquél en el cuidado de los hijos, más respetuosa con el principio de igualdad, pues solo en defecto de la madre o cuando ostenten en exclusiva la función de guarda y custodia podrá deducir dicha cantidad o beneficiarse de la prestación única. Pero esta solución plantea otros problemas que han surgido en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, provocados por la admisión de una enmienda que aumenta la cantidad inicialmente prevista a determinados colectivos de mujeres, entre las que se encuentran las madres solteras, es decir, las no casadas, pudiendo ser que éstas hayan asumido una maternidad en solitario, pero también simplemente que no estén unidas en matrimonio al padre de su hijo con el que conviven formando una pareja de hecho. Con esta modificación renace un término, el de madre soltera, de una carga histórica de ilegitimidad de la concepción, que se hace recaer sobre la madre. La identificación de la maternidad con las mujeres, impide pues que aflore la pareja de hecho como un tipo de familia que se asimila al matrimonio, pero que en este caso puede resultar beneficiada con una mayor prestación. Pero lo más llamativo de la reforma está en que se pretende una finalidad distinta: Atender de manera preferente a los responsables de familias monoparentales, a las que no se las identifica como destinatarias esta medida específica. Y en efecto, estas familias, cuyos perfiles son más sociales que jurídicos en la medida que engloba un

conjunto de situaciones que tienen distintas respuestas en el plano normativo, son más vulnerables socialmente, como demuestran los estudios que sobre las mismas se han realizado, que ponen de relieve su feminización y empobrecimiento -de ahí que se le identifique con las mujeres solteras- aunque incluyen también a aquellas cuyo responsable es un hombre. No obstante, se debe señalar como novedad que en la última disposición se contempla la adopción por una pareja homosexual, disponiendo en tal caso que el beneficiario será el que acuerden los dos, criterio que se debería haber seguido en el supuesto anterior.

En todo caso, las medidas de protección a las familias son muy limitadas en España comparadas con las que han desarrollado en los demás países de la UE, siendo así que muy recientemente han sido objeto de un debate público más extenso, aunque las competencias en esta materia las tienen las CCAA que son las que más las han desarrollado.

Pero las familias son a su vez prestadoras de asistencia a sus miembros, que se acentúa con los más débiles; cumplen pues una función de cohesión social. Estamos en un sistema mixto de atención a los ciudadanos en el que participan las familias y el Estado. Y aún más, el Estado Social para sobrevivir necesita que la familia cuide del núcleo básico de las necesidades de las personas, pues sólo contando con esta dedicación puede asumir políticas sociales, con lo que las prestaciones de los poderes públicos se suman a las de la familia, que es previa e imprescindible en muchos aspectos.

Por último y en este asunto hay que indicar las familias se han revelado como la solución más adecuada para la protección de determinados colectivos, esencialmente los niños que se encuentran en situación de desamparo, frente a otro tipo de opciones, como pudiera ser su ingreso en centros residenciales atendidos por profesionales, pues se piensa que su desarrollo en un ámbito familiar contribuye mejor a su equilibrio emocional. Lo anterior se puede apreciar en el diseño de las políticas dirigidas a la protección de estas niñas y niños, en las que existe una preferencia por ubicarlos en una familia o, al menos, en un *ambiente familiar*. Esta política se plasma en la opción por el acogimiento familiar, que se ha extendido como la mejor medida para atender a estos menores; a través del cual se intenta que los niños en situaciones difíciles puedan desarrollarse en un ámbito lo más parecido a una familia. Pero también está presente esta filosofía en el recurso a la adopción, que se integra dentro de las medidas de protección de los menores, y se regula desde la perspectiva de los intereses de los niños y las niñas. En un plano muy diferente, pero con la finalidad de arbitrar medios de protección en el seno de las familias, se desenvuelve la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con

discapacidad, aunque no todos los supuestos que regulan se identifican con familias, pero a nadie escapa que ésta es la referencia para asegurar a dichas personas una cierta seguridad económica en el futuro. Esta solución, de recurrir a la familia o, más bien, de crear un ambiente familiar, se ha arbitrado para otros colectivos, como ha ocurrido en el Derecho catalán con el acogimiento de los mayores (Ley 11/2001, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores).

Desde esta perspectiva, la evolución de las familias así como de los comportamientos en relación a las mismas estarán muy condicionados por las decisiones políticas que en este sentido se tomen, pues un excesivo protagonismo de aquéllas en la atención de las necesidades a sus miembros puede provocar una cierta rigidez de sus relaciones, propiciadas, sin duda, por la necesidad de contar con la ayuda que en su seno se presta, en perjuicio de la libertad de decisión que debe marcar la constitución de estas relaciones, siempre contando con las limitaciones que impone el Ordenamiento para la defensa de determinados intereses que se consideran prioritarios, entre los que están los de los menores de edad. No es ésta la filosofía que inspira la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y la Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que otorga el derecho a recibir el conjunto de prestaciones a las personas que se encuentran en la situación descrita en la Ley, y solo cuenta con el “entorno familiar” excepcionalmente (Art. 18.1 de la Ley), pues la atención y cuidado se canaliza a través de los servicios públicos.

El diseño de las políticas sociales así como la finalidad implícita o explícita de las mismas estarán muy presentes en otros aspectos de la relaciones de familia que abordaremos a continuación, y a ellas haremos referencia.

#### **4. El comportamiento de las mujeres.**

Como hemos avanzado, las transformaciones en las familias han sido inducidas, en la mayoría de los casos, por los comportamientos de las personas al interior de las mismas, siendo así que son éstos los que han conformado en gran medida el verdadero rostro de las familias que conocemos. Y, sin duda, han sido las mujeres con sus actitudes y conductas las que han protagonizado los cambios más significativos.

No es este el momento de exponer todas las demandas que desde hace dos siglos han planteado los colectivos feministas en relación a la familia, pero sí al menos deben mencionarse las más significativas. De sus reivindicaciones podemos entresacar las relacionadas con la igualdad: de ellas con los hombres y las de los hijos entre sí, porque les afectaba sobremanera la discriminación que también se cernía sobre las madres solteras; e igualmente, las que se derivaban de la libertad,

reivindicando su autonomía como personas, así como el divorcio, que ha sido una exigencia constante de los movimientos de mujeres, o el reconocimiento de la homosexualidad; fueron también estos movimientos los que abrieron el espacio de lo privado a la intervención pública en defensa de los intereses de los miembros más débiles de la familia, y los que contribuyeron a desenmascarar la artificialidad del sujeto abstracto cuya construcción acusaba la masculinidad del patrón en el que se reflejaba; hasta tal punto que no se puede entender ni explicar la historia de las familias sin tener en cuenta las movilizaciones de los colectivos de mujeres y la elaboración del pensamiento feminista. A partir de estos hechos, las cosas han sido distintas para ellas y para los demás grupos que exigen el reconocimiento de su identidad. Y seguirán siendo diferentes porque su posición en la realidad familiar dista mucho de haber alcanzado la igualdad sustancial. Y en efecto, las transformaciones más recientes y las que se puedan operar en el futuro tienen sin duda mucho que ver con el proceso de emancipación de las mujeres, que las ha llevado a su incorporación a la actividad laboral o profesional, así como a su participación en la cultura, la economía, la sociedad y la política, y cuya plena incorporación a estos espacios en igualdad con los hombres requerirá de otro tipo de disposiciones.

Más allá las reformas legislativas, se puede constatar que el desempeño por las mujeres de una actividad profesional o laboral ha supuesto que tengan un mayor grado de autonomía patrimonial, que se refleja, por ejemplo, en la elección del régimen económico matrimonial, en la que se aprecia una tendencia a optar por los que responden al principio de separación patrimonial; un cambio más perceptible en aquellos matrimonios que se rigen por el CC., en el que el de gananciales ocupa un lugar preferente (Art. 1316 CC). Y en efecto, los regímenes tipo comunidad respondieron en su momento a la necesidad de protegerlas, pues la gran mayoría no contaba con recursos propios al estar dedicadas al cuidado de la familia, una situación que se ha invertido en los últimos años, y que permite pensar que en el futuro estos regímenes económicos ocuparán un lugar menor en las relaciones entre los cónyuges, como ya ocurre en los Derechos civiles autonómicos. También, la autonomía patrimonial de las mujeres y las mayores posibilidades para acceder a la actividad laboral inciden en las consecuencias de la crisis de la pareja: en la pensión compensatoria o en el uso de la vivienda familiar e incluso en la atribución de la guarda y custodia de los hijos, que justifican una filosofía diferente en la regulación de sus efectos, a la que ya hemos hecho referencia.

Sin embargo, este mayor protagonismo de las mujeres en las esferas públicas no ha generado todos los cambios necesarios para que su situación en la familia se pueda considerar equiparada a la de los hombres. En efecto, los dos ámbitos de relación, el

público, en el que se desenvuelve las actividades laborales, económicas, políticas o culturales, y el privado, referido a las familias, que se concibieron incompatibles porque sus protagonistas eran diferentes, mantienen casi la misma posición uno respecto del otro, a pesar de que las mujeres, protagonistas indiscutibles de este último, han acrecentado de manera notable su presencia, como hemos dicho, en las esferas públicas. Una contradicción que se ha resuelto en la mayoría de los casos con la imposición a aquéllas de una doble tarea cuando no la renuncia a constituir una familia. Una doble tarea que implica acumular la actividad que se desempeña en la familia y la que se ha asumido fuera, y que ha tenido importantes consecuencias en las relaciones familiares, entre las que cabe resaltar matrimonios tardíos, maternidades a edad más avanzada, menor número de hijos y, también, opciones más libres en relación con la pareja y con los hijos así como otros tipos de comportamientos que se han cristalizado en la maternidad en solitario. Y en este punto no podemos dejar de considerar que el retraso en la decisión de ser madre, propiciado en muchos casos por sus aspiraciones laborales o profesionales, es la causa de que el índice de infertilidad haya subido y que, como consecuencia de ello, se opte por otras vías de acceso a la maternidad, como las que permiten las técnicas de reproducción asistida o la adopción, que trataremos más adelante.

Todo ello pone de manifiesto la necesidad de reordenar una dialéctica de relación que se diseñó sin tener en cuenta su posible colisión. Las políticas públicas que hasta ahora se han desarrollado al efecto tienen una finalidad paliativa, pues solo intentan corregir o amortiguar las disfunciones más llamativas que se producen al interior de las familias, sin abordar los cambios estructurales que la situación requiere. Así, las medidas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, tanto en el ámbito del Derecho del trabajo como en el empleo público, a las que hemos hecho referencia, tienden a adaptar las responsabilidades familiares a las exigencias del mercado de trabajo, que queda intacto, y lo hace reconociendo derechos cuyo ejercicio, como no podía ser de otra forma, depende de la iniciativa de sus titulares, en la que influye sin duda la mentalidad dominante y la sensibilidad de las empresas para este tipo de requerimientos. Hay que considerar, en consecuencia, que estas disposiciones representan solo un primer paso de una transformación más profunda, consistente en rediseñar las reglas que organizan el funcionamiento de la sociedad a fin de armonizar esos dos espacios que se concibieron de manera independiente. Hablamos entonces de actuar sobre la actividad escolar, la laboral o profesional; también, del funcionamiento de los servicios públicos, de los transporte públicos, entre otros, y de repensar la ordenación de las ciudades. En esta línea ya se están ensayando algunas fórmulas, como la flexibilidad de horarios laborales, la realización del trabajo desde el

domicilio con el apoyo de las nuevas tecnologías, o la sustitución de la jornada laboral por la fijación de objetivos. Lo que se avance en esta sentido marcará sin duda el futuro de los comportamientos de las personas respecto a las relaciones familiares y, muy acusadamente, los de las mujeres por afectarles en mayor medida la situación anteriormente descrita.

No obstante, hay una cuestión que tiene relevancia en sí misma; nos referimos a la maternidad, o más bien a la decisión de las mujeres de tener hijos, cuando lo desean y cuantos quieran; una decisión en la que influyen las políticas públicas que a tal fin de diseñen, y sobre las que hemos tenido ocasión de manifestarnos. Se puede afirmar que la maternidad, en el sentido expuesto, constituye una de las cuestiones pendientes de las sociedades contemporáneas, que está en el centro del debate público en países como Francia o Alemania, por poner algunos ejemplos, y que en España también goza de plena actualidad por las medidas que está tomando el Gobierno, a las que nos hemos referido. Muchos son los intereses que confluyen en el tratamiento de la maternidad, entre los que están sin duda la necesidad de incrementar el índice de natalidad -como es sabido el de España es el de los más bajos del mundo- para asegurar el mantenimiento del sistema de pensiones, por señalar alguno; pero también están los de las mujeres que ven amenazado su acceso a un empleo, o su promoción en el mismo, por la maternidad. Y en este punto hay que decir que la decisión de ser madre corresponde exclusivamente a la mujer, que ha de tomarla en libertad, y que incumbe al hombre en la medida que es padre, y estos criterios han de orientar las decisiones políticas de fomento de la natalidad. A tal fin no está de más recordar el Art. 14.7 de la L.O. 3/2007 ya citada, en el que se regula las políticas públicas para la igualdad de mujeres y hombres, que identifica como un principio general de las mismas: "La protección de la maternidad con especial asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia".

En todo caso nos encontramos ahora ante mujeres más independientes, con mayor autonomía para decidir su futuro, para actuar en las relaciones de pareja y respecto de la maternidad.

## **5. Otra forma de entender la maternidad y la paternidad.**

### **5.1. *La constitución de la relación paternofilial.***

Se puede observar un comportamiento diferente de las personas respecto de la maternidad y paternidad, en el sentido de que cada vez están más ligadas a una decisión voluntaria de asumir tal responsabilidad; un planteamiento muy alejado del fatalismo del acto biológico de la unión sexual y posterior procreación. Esta actitud se pone de manifiesto en la paternidad biológica, que normalmente es el resultado de una

decisión previa acerca del número de hijos que se quiere tener y su frecuencia. En este cambio de comportamiento han influido muchos factores, cuya raíz última es la libertad personal, favorecidos por la extensión de los anticonceptivos y la legalización del aborto, reivindicaciones de los movimientos feministas de los años sesenta y setenta que hicieron de la libertad sexual su bandera, y propiciaron importantes reformas en este sentido.

También se aprecia con nitidez este origen voluntario de la maternidad y paternidad en el recurso a las técnicas de reproducción asistida (L. 14/2006, de 26 de mayo) pues su aplicación requiere necesariamente el consentimiento de la mujer (Art. 3.4) así como del marido (Art. 8.1) o compañero (Art. 9.3) que quieren asumir tal paternidad, siendo así que en los casos de inseminación heteróloga viene a ser el soporte único de la relación paternofilial, que no se concibe, como la adopción, como una medida de protección de la infancia sino como la realización de la aspiración de ser madre y padre, manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Las posibilidades que brindan los avances científicos sobre el material genético van más allá de estas técnicas, y nos enfrenta a una serie de cuestiones cuya respuesta no resulta fácil, ya que concitan las convicciones más profundas acerca del origen de la vida y la intervención del hombre. Se tiene la sensación de que estamos solo al comienzo de unas transformaciones que acaso no podamos ni siquiera intuir: las investigaciones sobre el genoma humano así como las técnicas de clonación son dos descubrimientos científicos de gran trascendencia que auguran importantes cambios en este campo, en el que no vamos a entrar, y que es objeto de estudio en otra sección de este volumen por Francisco Oliva.

Igualmente, la libertad de decidir sobre la maternidad o paternidad resplandece en la adopción. Especial referencia merece esta vía de acceso a la paternidad por la extensión espectacular que ha tenido en estos últimos años, sobre todo en su dimensión internacional- España es el segundo país del mundo-, pendiente de una nueva regulación con la que se pretende dar respuesta a las especificidades de este fenómeno (Proyecto de Ley de adopción internacional, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, 29 de junio de 2007, 143-1)). Aunque la adopción se concibe desde la perspectiva de protección de los niños y las niñas, no se puede negar que con la misma se realiza el deseo de ser padres o madres, no requiriéndose que éstos sean infértiles, sino la existencia de un menor que necesite de este tipo de protección, y la decisión por parte de personas mayores de edad de adoptar, así como la idoneidad para ello. La dimensión que tiene esta paternidad no biológica obedece a razones muy diferentes, entre las que queremos resaltar la fuerza que adquiere la voluntad como impulsora de la idea de ser padres, una voluntad que refleja asimismo



la superación de los prejuicios que tradicionalmente han pesado acerca del origen de estos menores, y que es más evidente respecto a la adopción internacional, en la que se abandonan los recelos que pudieran suscitar otras culturas o etnias. Un fenómeno éste que nos evoca la multiculturalidad de las familias españolas que trataremos con posterioridad.

Estas otras vías para ser madre o padre han propiciado un fenómeno hasta hace muy poco tiempo singular; nos referimos a la posibilidad de *concebir un hijo*, jurídicamente hablando, en solitario, ya sea por una mujer, recurriendo a las técnicas de reproducción asistida o la adopción, o también por un hombre en este último supuesto, opciones todas que encuentran en la libertad personal su justificación. Encontramos pues que se constituyen *ad initio* familias monoparentales que excluyen de la relación paternofial el padre o la madre, de tal forma que ésta se concibe por sus protagonistas como una relación que solo tiene una referencia. Este tipo de familias ya no es el resultado de una serie de circunstancias que en el curso de la relación han quebrado el modelo hasta hace poco imperante, es decir, el de contar con un padre y una madre, como pueden ser la muerte de uno de los progenitores, o la crisis familiar que ha llevado a que la convivencia se realice con uno solo de ellos, sino que responde a una concepción muy diferente de las familias, resultado de la libertad personal. Pero quizás, el cambio más sobresaliente que en estas relaciones se ha dado tiene que ver con el reconocimiento a las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar, pues en este caso los progenitores son del mismo sexo, a los que se alude con las menciones de «A-Cónyuge» y «B-Cónyuge» o las de «A-progenitor/a» y «B-progenitor/a» para los casos de matrimonios o progenitores del mismo sexo (Orden 644/2006, de 6 de marzo, sobre aclaración de la Orden 568/2006, de 8 de febrero, sobre modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia). Con estas maternidades o paternidades se ha trastocado definitivamente un tipo de familia todavía muy presente en el imaginario colectivo, que descansa en un padre y una madre. Esta última reforma ha suscitado una gran controversia en la sociedad, alegando los que se oponen a ella el interés de los niños como argumento decisivo para invalidarla. Es cierto que la adopción se concibe como un medio de protección de los menores, en la que debe prevalecer el interés de aquéllos. Dicho esto, no se puede entender que su defensa solo es viable mediante un tipo de relación paternofial, pues esta interpretación tiende a proyectar sobre los adoptandos unas determinadas convicciones que solo responden a una visión parcial de una la realidad mucho más diversa y compleja, en la que está la unión homosexual de indudable vigencia social; unas convicciones, por otro lado, que no tienen que coincidir con las necesidades concretas del adoptando. En otro plano, tampoco se puede hacer

descansar la solución en un supuesto derecho a adoptar, porque tal no existe en el plano jurídico, lo que no impide que el libre desarrollo de la personalidad ligado al principio de igualdad requieran que la solicitud de estas parejas deba ser considerada como las demás a fin de valorar en cada caso el interés de ese menor que puede ser adoptado.

Estos comportamientos nos sitúan en un universo familiar alejado de los planteamientos tradicionales, que de seguro inciden en la conformación colectiva de las mentalidades y tendrán su reflejo en el futuro.

## 5.2 *La libre investigación de la paternidad y el derecho a conocer el origen biológico.*

El hecho de que la maternidad y la paternidad estén más ligadas a la decisión voluntaria de asumirla implica que la relación jurídica paternofilial no tiene siempre que coincidir con la biológica, y así la identificación de una y otra que llegó a ser una aspiración de la sociedad española hasta el punto de consagrarla en el texto constitucional en el art. 39, está siendo superada por estos comportamientos. En efecto, la investigación de la paternidad ha sido una exigencia de los colectivos feministas a fin de posibilitar que las madres solteras pudieran reclamar a los padres el cumplimiento de sus obligaciones respecto de los hijos que habían concebido, en un tiempo en el que el ejercicio de las acciones correspondientes estaba muy mediatizado por las limitaciones que se imponían a la demostración de la paternidad, excluyendo incluso la utilización de las pruebas biológicas. Sin negar la fuerza que aún tiene el principio de veracidad biológica, aunque las circunstancias sean distintas, sí cabe señalar una nueva dimensión del mismo, referida en este caso a los hijos, y que se concreta en el derecho de éstos a conocer su propio origen biológico, un derecho que se fundamenta en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad, en el que también está implicado el principio de igualdad, y que ha sido denominado como derecho a la identidad. La peculiaridad de este derecho está en que no se cuestiona la filiación jurídica que ya tiene la persona, ni que se quieren extraer consecuencias jurídicas de la relación biológica, pues lo que se pretende únicamente es saber quiénes son los padres naturales como presupuesto para conocer su propio origen. En concreto, este derecho se ha planteado respecto del anonimato de la madre, en los supuestos de inseminación heteróloga y en los casos de adopción. Las soluciones en Derecho comparado no son uniformes, a lo que ha contribuido también la STEDH de 13 de febrero de 2003 (asunto *Odier contra Francia*) que resolvió el caso de una ciudadana francesa adoptada a la que se le había denegado saber sobre su madre biológica, argumentado el Tribunal que existe un “margen de apreciación que debe ser

reconocido a cada Estado en razón del carácter complejo y delicado de la cuestión del secreto de origen” (Aguilar Ruiz, 2005: pp. 819 ss). Y en efecto, estamos ante una cuestión compleja en la que se involucran el derecho a la identidad biológica que se les debe reconocer a todas las personas, y la libertad de los que quieren mantener en secreto su implicación en la procreación. Y en esta dialéctica, las soluciones en Derecho español se inclinan por el derecho a conocer el origen, en el caso de la identidad de la madre (Art. 167 RRC) y la adopción (Art. 129 Codi y art. 11 y DF 1ª, siete Proyecto de Ley de Adopción internacional), y por la libertad del donante, con limitaciones, en la filiación por reproducción asistida heteróloga (Art. 5.5 LRHA).

Como ya hemos puesto de manifiesto, el impulso de los derechos fundamentales se ha convertido en crucial para el desenvolvimiento del Derecho de familia, cada vez más centrado en preservar a los miembros que la integran que en disciplinar las relaciones entre ellos conforme a un modelo o modelos preestablecidos. Dándose la paradoja de que este proceso, que podría llevar a una sensible disminución de las normas que disciplinan las relaciones familiares, ha supuesto multiplicar las normas que la regulan para garantizar los derechos de las personas.

### 5.3 *El ejercicio de la patria potestad.*

El ejercicio de la patria potestad ha dado un giro importante con la Convención de los Derechos de los Niños (2 de septiembre de 1990), y la aprobación en España de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Esta Ley no modifica el régimen de la patria potestad regulado en el CC, pero cambia la filosofía con que la que se debe abordar su ejercicio. Y en efecto, la misma viene a confirmar la ciudadanía de los menores de edad, titulares de derechos fundamentales y destinatarios de políticas públicas de protección. Unos menores que han dejado de ser exclusivamente miembros de la familia para fortalecer su propia personalidad e identidad, que se han de respetar en el ejercicio de la patria potestad. Y en este cambio de rumbo, los derechos fundamentales de los niños y las niñas se han convertido en el eje vertebrador de las facultades de los padres; cuestiones como el tratamiento médico que se les debe dispensar, la elección del modelo educativo, a pesar de lo que dispongan las normas que lo regulan, su opción ideológica o religiosa, por poner algunos ejemplos, deben ser tratadas desde la autonomía del menor de acuerdo con su capacidad natural y siempre atendiendo a su interés que, como dice la mencionada LO, constituye un principio general de su aplicación (Art. 2 de la LO). Este cambio de filosofía no se refleja acertadamente en la disciplina de la patria potestad del CC, aunque se puede observar un tímido avance en este sentido en el mencionado Proyecto de Ley de Adopción Internacional, que en su DF 1ª, cinco, prevé

modificar el Art. 154 CC para sustituir la facultad de “corregir razonable y moderadamente a los hijos”, por el respeto a su integridad física y psicológica en el ejercicio de la patria potestad, si bien se debería haber aprovechado esta oportunidad para regular con carácter más general esta función. En la mismas se debe asumir como criterio para reconocer la autonomía de los menores su capacidad natural – como ya viene diciendo la jurisprudencia- y abordar con más extensión los aspectos que conforman la patria potestad. O, al menos, hubiera sido aconsejable optar por otra denominación, abandonado el término potestad por otro más acorde con esta nueva filosofía, al estilo de lo que se ha hecho en Alemania de sustituir los términos *elterliche Gewalt* por los de *elterliche Sorge*.

En el fondo de las cuestiones que estamos planteando está la naturaleza del derecho de los padres a sus hijos, su alcance y límites, que merece una reflexión más profunda que tendremos que abordar los juristas en clave constitucional.

## **6. Dedicación a la familia: los abuelos, los familiares y allegados.**

### *6.1. Los abuelos y otros familiares.*

Una reciente reforma del CC (Ley 42/2003, de 21 de noviembre), regula el derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos (Art. 160 CC), reconociendo a aquellos un derecho de visita en caso de crisis matrimonial (Arts. 90, 94) e, incluso, prevé la posibilidad de acordar provisionalmente y con carácter excepcional encomendar los nietos a los abuelos (Art. 103). Esta reforma responde a una demanda que aquellos habían planteado, por entender que el régimen anterior no tomaba en consideración los lazos afectivos que establecen con sus nietos.

Dicho esto, parece adecuado que se tenga en cuenta la intensidad de los vínculos que unen a los abuelos con sus nietos, pero su regulación nos lleva a apuntar una idea para la reflexión: si acaso no se está sometiendo a la familia a una excesiva presión al fortalecerse los lazos de unión entre sus miembros. Este planteamiento nos sitúa en un terreno ciertamente peligroso que puede llevar a extender los relaciones familiares y reforzar la vinculación de los parientes para así asegurar las prestaciones a los más necesitados, pues, si se cae en esta tentación, puede ser que resucitemos grupos extensos de familias cuyas relaciones respondan a la necesidad y a la dependencia, muy alejadas de la libertad y de los afectos que la deben presidir. Con esto no se quiere negar la función de asistencia y cuidado que cumplen las familias, que las convierten en un instrumento eficaz de la cohesión social, sino llamar la atención de que no debe servir como excusa de los poderes públicos para desatender las necesidades de los ciudadanos, cuya satisfacción la pueden realizar a través de las familias, o contando con ellas, pero nunca a su costa.

Todo esto resulta más evidente en las normas que se están dictando sobre conciliación de la vida familiar y laboral, en las que se tiene en cuenta las necesidades de atención y cuidado no solo a los hijos, sino también de los demás descendientes, los ascendientes y los parientes hasta el segundo grado, tanto por consanguinidad como por afinidad, con lo que resulta que el núcleo familiar se amplía a estos efectos a los hijos y nietos, los padres y abuelos de uno y otro miembro de la pareja, y a los hermanos y cuñados. Claro está que estas disposiciones no imponen la obligación de atender a estos familiares, cuya regulación corresponde a las normas civiles (Arts. 142 y ss. CC), pero su asunción por el legislador en los términos expuestos evidencia, al menos, cierta complacencia con esta realidad, con el riesgo de que termine por aceptarse. Si bien, debemos dejar constancia que no es ésta la filosofía que impregna la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y la Atención a las Personas en Situación de Dependencia, como hemos dicho anteriormente.

A la familia extensa también se recurre en otros supuestos. Así sucede en los casos en los que la Administración declara el desamparo de un menor, asumiendo su tutela, y procede a la constitución de un acogimiento que, según el Art. 172.4 CC, deberá procurar que lo asuma un familiar, siempre que no sea contrario a su interés, o en la tutela (Art. 234 CC).

#### 6.2. *Las relaciones de las familias recompuestas o complejas.*

Una consecuencia de la extensión del divorcio como salida a la crisis conyugal, aunque no la única, ha sido la formación de nuevas familias entre cónyuges o parejas que vienen de una relación anterior de la que han tenido descendencia. Son las familias reconstruidas o complejas, en las que conviven o se relacionan hijos de diferentes uniones, y que pueden establecer lazos de afectividad y dependencia con la nueva relación de su padre o madre o con los hijos de éstos. Nos encontramos pues ante familias cuyos cauces de relación en el plano jurídico se integran en las figuras previstas legalmente: el matrimonio o el régimen de las parejas de hecho, la filiación y la patria potestad, y en las que no caben en principio los vínculos que antes hemos descrito, aunque sí existen algunas disposiciones que lo tienen en cuenta, como el Art. 1362.1 CC sobre la sociedad de gananciales, el Art. 176.2., referido a la adopción, También, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas (Art. 2).

Es de prever que en el futuro este tipo de familias se multiplique e, incluso, que gane en complejidad, dada la diversidad de modelos y relaciones ya existentes, y la importancia de la libertad personal como impulsora de los comportamientos familiares.

La pregunta que cabría hacerse, en consecuencia, es si se debe proceder a institucionalizar todas las relaciones que se establecen en su seno y, más concretamente, las que surgen entre los hijos de uno y otro miembro de la pareja, y las de éstos con los de su cónyuge o conviviente, a fin de asumir una realidad que ya existe. Creo que el camino a recorrer no debe ser tal, pues crear nuevos parentescos o relaciones asimiladas puede llevar a un excesivo rigor en este tipo de familias, imponiendo obligaciones y derechos que se sumarían a los que ya los tienen respecto a sus familiares. Lo dicho no debe ser óbice para que la situación descrita carezca de toda consecuencia jurídica e, incluso, que en el algún caso se tome en cuenta, por ejemplo para nombrar un tutor, o constituir un acogimiento, es decir en supuestos en los que las circunstancias concretas aconsejen esta opción.

Un criterio distinto, aunque hay que decir para una situación diferente, es el que se ha aplicado en la Sentencia de 25 de julio de 2007 dictada por el Juzgado de Familia número 17 de Sevilla, para reconocer el derecho de visita al hijo de la compañera sentimental del reclamante, de la que se había separado. El argumento de que la filiación se estableció antes de la reforma del matrimonio en el año 2005 parece determinante para otorgar este derecho, aunque ello no impide que se llame la atención sobre que este tipo de decisiones extienden los derechos y obligaciones.

## **7. La internacionalización de las relaciones familiares y la multiculturalidad.**

### *7. 1. La internacionalización de las relaciones familiares.*

En la actualidad es frecuente que se establezcan relaciones familiares entre personas de distintas nacionalidades, bien por el fenómeno de la inmigración al que haremos referencia, o por la mayor movilidad territorial de la población actual y también por las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías de la comunicación. Los problemas en estas relaciones surgen generalmente en situaciones de crisis, en las que la armonía deja paso a la confrontación, y como consecuencia de ello, a la diversidad de regímenes aplicables y, con frecuencia, al alejamiento de los miembros que pasan a residir en países diferentes. La situación descrita requiere generar instrumentos de ámbito supraestatal dirigidos a solucionar la confrontación de los intereses de los miembros de las familias. En el ámbito internacional cabe resaltar el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, de 25 de octubre de 1980 y el Convenio de Luxemburgo sobre reconocimiento, ejecución y restablecimiento de la custodia de menores, además de otros referidos a la obtención de alimentos. En lo demás se habrá de estar a las disposiciones de Derecho internacional privado, a no ser que exista un Convenio bilateral con el país implicado en el conflicto familiar. En el ámbito de la UE se habrá de estar al Reglamento

44/2001, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y más específicamente al Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. En todo caso estos instrumentos jurídicos solo reparan en la epidermis del problema, es decir su tratamiento en sede procesal, sin abordar las razones de fondo: la disparidad de regímenes jurídicos que disciplinan las relaciones familiares. Las dificultades para acercarlos en el plano internacional son evidentes, aunque no se puede despreciar la virtualidad de los Convenios Internacionales que reconocen derechos a las personas en el seno de las relaciones de familia. Pero aún en el espacio de la UE también existen serios inconvenientes por la falta de competencia de la Unión en esta materia, a lo que se debe añadir las distintas tradiciones jurídicas y modelos culturales en relación a las familias (No obstante, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el art. 9 reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia). En todo caso se debe resaltar la iniciativa de la *Commission on European Family Law*, CEFL, fundada el 1 de septiembre de 2001 para la elaboración de los Principios de Derecho de Familia Europeo, que se está centrando en la crisis conyugal, y a la que hemos hecho referencia. Sin duda, la armonización del Derecho de familia es un reto que tendremos que afrontar en el futuro.

## 7.2. *La multiculturalidad de las familias.*

Uno de los acontecimientos que están llamados a cambiar el panorama social de España es, sin duda, la llegada masiva de extranjeros en muy pocos años. Sin entrar en otro tipo de consideraciones acerca de la inmigración, lo que sí parece cierto es que tal fenómeno nos enfrenta a un hecho irrefutable, el de la multiculturalidad de las sociedades contemporáneas, que es también evidente en el tema que nos ocupa. Como es bien sabido, los modelos familiares, su extensión y sus relaciones, están muy condicionados por la cultura, la política, la religión, la economía y los otros factores que conforman cada sociedad. De ahí que estos inmigrantes aporten nuevos modelos o comportamientos familiares, diversificando la tipología de las familias españolas.

El fenómeno expuesto nos enfrenta dos cuestiones. Una primera, consistente en la compatibilidad de los comportamientos familiares de algunas culturas con las exigencias del Estado Democrático, y una segunda, referida al reconocimiento de los diferentes modelos de familia por el Ordenamiento español.

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, como se puede intuir fácilmente, los problemas han surgido en mayor medida con los emigrantes que proceden de países en los que rigen las leyes islámicas, claramente incompatibles en muchos

aspectos con el orden de valores constitucionalmente consagrados. Nos referimos a hechos como la poligamia, o al matrimonio concertado, a la distinta posición jurídica de las esposas o hijas en las relaciones de familia y, también, a otro mucho más cruel, como es la ablación de los genitales. Y hay que decir que la solución a estos problemas no es fácil, pues con frecuencia no afloran al exterior, manteniéndose en los espacios privados de la convivencia familiar. Además, algunas de estas prácticas las realizan en los países de origen a los que se desplazan, por ejemplo, para contraer un matrimonio que ha sido arreglado previamente, lo que dificulta sobremanera la aplicación de las normas que se pudieran elaborar a fin de erradicarlas.

La posición al respecto es firme, es decir, la aplicación de los principios y valores que se consagran en el texto constitucional a estos comportamientos y tipos de relaciones familiares que se le opongan. Y esto se ha hecho en un doble sentido. De un lado, se han reprimido o prohibido aquellas conductas que claramente vulneran el orden de valores imperante cuando éstas se manifiestan al exterior de las familias, recurriendo en el caso de las hijas a la declaración de desamparo cuando se ven forzadas a un matrimonio convenido, debiéndose llamar la atención en este punto las posibilidades que brinda el art. 158 CC, al que ya hemos hecho referencia. Y, de otro, se ha procedido a extender la aplicación de la normativa española más allá de su ámbito, cuando las disposiciones del ordenamiento extranjero que procedería aplicar van en contra de los principios constitucionales (Art. 107 CC), recurriendo, a falta de una previsión normativa en concreto, al orden público, que se identifica con tales principios y valores (RDGRN de 22 de enero de 2005, que conoció del caso de un ciudadano dominicano transexual que quería contraer matrimonio con un español. La aplicación de su ley personal había llevado a denegar la celebración del mismo, argumento que rechaza la Dirección General aplicando la excepción de orden público, identificado en este caso con el derecho al libre desarrollo de personal, que determina la inaplicación de la norma extranjera). También se ha reconocido la jurisdicción universal para conocer de la responsabilidad penal por la mutilación genital femenina realizada dentro o fuera de España, Art. 23.4.g. LOPJ.

El segundo reto que la inmigración plantea en lo que concierne a las familias, se refiere a la posibilidad de reconocer efectos jurídicos a los diferentes modelos, siempre que sean compatibles con los principios constitucionales. Pero en este punto rige el mismo criterio, la aplicación o imposición de los tipos existentes en España. Lo dicho se puede comprobar en la Directiva 2003/86/ CE del Consejo, DO nº L 251 de 03/10/2003, sobre reagrupación familiar, y la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre directrices y libertades de los extranjeros en España, y su integración social (objeto de varias reformas siendo la última en el 2003, y ahora pendiente de modificación). Las



mencionadas disposiciones desarrollan el derecho a la familia de los emigrantes regulando su reagrupación mediante la concesión de los correspondientes permisos de residencia (arts. 16 ss). La identificación de las relaciones familiares que pueden beneficiarse de estas medidas responde a las pautas imperantes en el Estado español, desconociendo otras posibles realidades; aunque parece claro que más pronto que tarde se debe abordar una regulación jurídica más abarcadora de la diversidad de comportamientos y realidades familiares en consonancia con la diversidad cultural. Con distinto criterio se ha solucionado en nuestro país las especificidades familiares de la etnia gitana, a la que se le aplica las previsiones normativas del Ordenamiento jurídico español, tal fue el caso resuelto por la STC69/2007, de 16 de abril, en el que se denegó la pensión de viudedad a una mujer que se había casado por el rito gitano, por entender que no había existido matrimonio. Esta línea de actuación, que tiene sentido en lo que supone de respeto a los valores y principios que reflejan los derechos humanos, de dimensión universal, no deja por ello de ser expresión de una cierta uniformidad que, si no se mide bien, puede llevar a ignorar la multiculturalidad, y a impedir un diálogo intercultural como forma de convivencia de la sociedad actual. Lo que en este sentido se haga, marcará también el mapa familiar de las sociedades del futuro.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Agilar, L. (2005).** Límites al secreto de adopción. *Familia*, fasc. 4-5, Milano, Giuffrè Editore, pp. 819 ss.
- **Brunetta D. (2005).** *El Derecho de familia nell'Unione Europea. Formazione, vita e crisis della copia* (dir.), Padova, Cedam.
- **Caplow, T. (2000).** La familia del siglo XXI. Tezanos, J F (ed.), *Escenarios del nuevo siglo*, Madrid, Sistema, pp. 389 ss.
- **Diez-Picazo, L. Y Gullón, F. (2006).** *Sistema de Derecho civil*, v. IV, Madrid. Tecnos.
- **García R.** « Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil », *Anuario de Derecho Civil*, T.LVI, Fasc. IV, pp. 1653.
- **Garrido, M.I. (2000),** *La política social de la familia en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson.
- **Häberle P. (2000),** *La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos.
- **Kertzer, D.I. y Barbagli, M. (2004).** *Historia de la familia europea. V. III. La vida familiar en el siglo XX*, Barcelona, Paidós.
- **Lacruz B. (2005).** *Elementos de Derecho civil. T. IV. Derecho de familia*, Madrid, Dykinson.
- **Lasarte, C. (2005).** *Principios de Derecho civil VI. Derecho de familia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- **López de la Cruz, L. (2007).** La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (La nueva redacción del artículo 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio), *Revista de Derecho Privado*, 2007, marzo-abril, pp. 3 ss.
- **Martín-Casals M. y Jordi Ribot** (eds.), *The Role of Self-determination in the Modernisation of Family Law in Europe. Papers presented at the 2003 European Regional Conference of the International Society of Family Law*, Girona, 2006.
- **McGlynn, C.,** *Families and the European Union*, Cambridge
- **Meulders-Klein, M.T.,** *La personne, la famille, le Droit, Trois décennies de mutations en occidente*, cit., Bruxelles, 1999, Bruylant.
- **Navarro, J:M (2006).** *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Navarra, Aranzadi.
- **Peces, G. (1999).** Con la colaboración de De Asís Roig,R., Fernández Liesa, C.F. y Llamas Cascón, A. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III y BOE.
- **Rivero, F. (2007).** *El interés del menor*, 2ª ed., Madrid, Dykinson.

- **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, *El Derecho y la familia*. 2001, Nº 4 (número monográfico).
- **Roca, E. (1999)**. , *Familia y cambio social (de la <casa> a la persona)*, Madrid, Civitas.
- **Sanz, S. (2006)**. *La familia en la perspectiva internacional y europea*, Valencia, Tirant Lo Blanc.
- **Serrano M. (2001)**. Régimen jurídico del derecho al nombre y los apellidos en Derecho español. *Revista de Derecho Privado*, septiembre, pp. 687 ss.
- **Torres J:M., (2006)**. Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán. *Anuario de Derecho civil*, 2006, abril-junio, pp. 675 ss.
- **Valpuesta R. (2003)**. Las familias monoparentales: Una perspectiva sobre el Derecho de familia. *Libro Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid.
- **Valpuesta R. (2005)**, Otras miradas a la familia: Las familias y sus funciones. *Libro Homenaje al Profesor Albaladejo*, Murcia, Universidad de Murcia.
- **Valpuesta R. (2006)**. La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho. *Homenaje al Profesor Lluís Puig I Ferriol*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 2415 ss.
- **Vasseur-Lambry, F. (2000)**. *La famille et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Francia. L'Harmattan. Una exposición actualizada del Derecho de familia vigente en España: