

## LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

**Laura López de la Cruz**  
Profesor Contratada Doctora Derecho Civil  
Universidad Pablo Olavide, Sevilla

A la cuestión ¿Por qué se protege a la familia? se puede responder, en una primera aproximación, que ésta es objeto de un elevado interés por parte de la sociedad. En los tiempos actuales la familia, o mejor, las familias, han adquirido una gran relevancia, lo que se pone de manifiesto con su continua presencia en los medios de comunicación, constituyéndose el centro de foros y debates. La familia es objeto de interés para los ciudadanos, quienes han visto en las últimas décadas cómo las relaciones interpersonales se han modificado a la par que la sociedad evolucionaba, y han tenido que enfrentarse a cuestiones nuevas que afectan muy directamente a las relaciones familiares. Baste señalar las movilizaciones a favor y en contra del denominado matrimonio homosexual (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio); las distintas actitudes frente al avance científico en materia de procreación (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), el rechazo general a la violencia en el ámbito familiar (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género), o la preocupación suscitada en relación a la crisis de la familia, con la reciente reforma del divorcio (Ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio).

En consecuencia, estamos ante una institución en la que todos se sienten involucrados, los particulares, en cuanto afecta a su vida personal, y los estudiosos o profesionales, en la medida en que es el ámbito donde se conjugan aspectos de muy diversa índole: sociales, económicos, jurídicos. La familia interesa también a los poderes públicos, en la medida en que, en el estado actual de las cosas, es difícil abordar el mantenimiento del Estado del Bienestar sin una relación directa o indirecta con la institución familiar. La razón, como afirma la profesora Valpuesta<sup>234</sup>, está íntimamente relacionada con las funciones asignadas a la familia.

Entre estas funciones, se encuentra, aunque discutida, la función de procreación que tiene lugar en el seno familiar. Partiendo de un concepto amplio de familia, que incluye distintos modelos además del matrimonio, es en esta donde tiene lugar el nacimiento y la crianza de los hijos. Pero es bien sabido por todos que la actual tasa de natalidad no garantiza el reemplazo generacional y el envejecimiento progresivo de la población es un hecho que hay que tener en cuenta y que está estrechamente ligado al mantenimiento del Estado del Bienestar. El progresivo aumento de la esperanza de vida en nuestro país, lo que constituye uno de los índices medidores del desarrollo humano y nos acerca a los países más avanzados económica y socialmente, supone a su vez el crecimiento de un sector de la población más vulnerable y que requiere atenciones propias. Si este dato lo conjugamos con el descenso del número de jóvenes que conforman la población activa, cuyas aportaciones a la Seguridad Social son determinantes para mantener la estructura del sistema, se comprende el interés de los poderes públicos en fomentar la natalidad a través de distintas ayudas por nacimiento de hijo, subvenciones y bonificaciones por familia numerosa, gratuidad de la educación infantil, implantación de guarderías de naturaleza pública, medidas para conciliar la vida laboral y familiar, etc.

No obstante, se ha de alertar asimismo del riesgo que suponen algunas de estas

---

234 Valpuesta Fernández, "Otras miradas sobre la familia. La familia y sus funciones", Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, vol. II, Murcia, 2005, pp. 4915 y ss.

medidas de conectar la función procreadora de la familia en exclusiva con la madre, que si bien desempeña un papel fundamental desde el punto de vista biológico, no ha de ser igual respecto a la crianza y el sacrificio de expectativas laborales que supone la tenencia de hijos, lo que debe ser compartido entre ambos progenitores. Por ello, son cuanto menos discutibles todas aquellas ayudas dirigidas a la mujer trabajadora que parten de la premisa explícita o implícita, heredada de la concepción tradicional de la familia burguesa, de que es a ella a quien corresponde la atención y crianza de los hijos<sup>235</sup>.

Muy relacionado con lo anterior, se halla la función asistencial que las familias siempre han desarrollado con sus miembros más necesitados: personas con discapacidad, mayores, enfermos. Partiendo de que el propio concepto de Estado social exige a los poderes públicos la implantación de políticas dirigidas a proporcionar ayuda a estos colectivos, la familia se constituye como la vía de canalización de las mismas, llegando incluso a sustituir a la propia Administración, lo que se acentúa a medida que los recursos del Estado devienen más escasos. De este modo, cuando la participación de los poderes públicos decrece, tiene lugar un aumento de la forma en que se involucra el grupo familiar en la atención y cuidados de estas personas. También en este caso se corre el riesgo de hacer recaer sobre las mujeres el grueso de esta función asistencial (el 80% de los cuidadores son mujeres de la misma familia de la persona dependiente, que convive en el mismo domicilio), que no se justifica ni siquiera en aquellos casos en los que se percibe una remuneración por parte del Estado en calidad de ayuda a la dependencia (art. 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia), pues la solución pasa por otras vías, como puede ser la puesta a disposición de personal especializado a cargo de la Administración, mucho menos factible en épocas de contención del gasto público como la que actualmente estamos viviendo.

---

235 Cítese como ejemplo la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que dota de deducciones fiscales a la *mujer* con hijos menores de tres años, que trabaja fuera de casa, reforzando así la creencia de que es a la madre a quien compete criar y educar a los hijos y por ello se le otorga ayuda económica para facilitarle esta tarea en caso de que desempeñe un trabajo remunerado; o la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que asume igualmente un reparto desigual de tareas dentro de la familia.

Además, la familia cumple con la función de educar a los hijos, transmitirles valores éticos y morales, así como enseñarles a vivir en sociedad. La familia es una importante herramienta de cohesión social. También en relación con los más jóvenes, les proporciona una vivienda y en muchos casos, constituye su principal medio de vida<sup>236</sup>. Cuando la tasa de desempleo roza los cinco millones de parados en nuestro país, no cabe duda de que la familia juega un papel fundamental en la subsistencia de muchas de estas personas para las que las ayudas o prestaciones públicas no son siempre suficientes. Téngase en cuenta que de los nuevos desempleados en España (cifras de 2010), el 71,7% son personas que buscan su primer empleo, aunque también parados de larga duración. También en este caso, el papel de la mujer juega un papel determinante en la supervivencia familiar. Según los datos que manejamos (véase el Informe sobre la Situación Socioeconómica de Andalucía de 2010, del Consejo Económico y Social (CES)), la disminución del número de ocupados en 2010 en Andalucía se debió fundamentalmente al crecimiento del desempleo masculino, ya que para las mujeres, aunque en términos reducidos, se produjo un aumento de la ocupación. Ello obedece al menor grado de cualificación de los empleos ocupados por las mujeres y las importantes diferencias salariales entre unos y otras, lo que propicia que en época de crisis, sean las mujeres las que, en muchos casos, tengan más posibilidades de encontrar un empleo aunque de baja cualificación e ínfimo salario.

Todo ello explica el interés que la familia despierta en los poderes públicos y justifica también su presencia en los Textos fundamentales. Desde que la Constitución de Weimar contemplara por primera vez en una norma de esta envergadura a la familia, las sucesivas Cartas Magnas han dedicado parte de su articulado a la misma, no sólo para su reconocimiento sino también en clave de protección (Art. 39.1 de la constitución Española: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”).

---

236 El principio de solidaridad que rige las relaciones entre los miembros de la familia supone proporcionar las atenciones necesarias a cada uno de ellos, lo que en el ámbito de la legislación civil se regula a través del derecho de alimentos (arts. 142 y ss. CC), los deberes que articulan la patria potestad (art. 154 CC), el deber de ayuda y socorro entre cónyuges (art. 68 CC) o la pensión compensatoria tras el divorcio (art. 97 CC). De este modo, se constituye un sistema mixto, entre el Estado y el grupo familiar, que proporciona asistencia y ayuda a los miembros de la familia considerados más vulnerables.

Esta protección se desenvuelve en un doble plano, por una parte, asegurando su presencia en el ordenamiento jurídico, por otra, exigiendo a los poderes públicos políticas de ayuda y sostenimiento económico de la familia. Sin embargo, no tienen el mismo grado de eficacia, pues mientras en el primer caso la protección se brinda, principalmente, a través de la defensa de los derechos fundamentales de los componentes de la familia, en el segundo, las políticas sociales están fuertemente condicionadas por la coyuntura económica, pero no sólo. Pues también influye la opción política que en cada momento haya triunfado en las urnas.

Centrándonos en la primera de las cuestiones, a la familia se le dota de un régimen jurídico por el que se regula su constitución, las relaciones entre sus miembros y su extinción. Llegados a este punto resulta preciso hacer dos matizaciones importantes:

En primer lugar, destaca la posición preeminente de la familia matrimonial frente a otros modelos familiares, reconocidos pero no regulados por nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de que el contenido del artículo 32 CE, que consagra el derecho a contraer matrimonio, es desligado del artículo 39 CE, donde se reconoce y protege a la familia, lo cierto es que la completa regulación de la institución matrimonial que contiene el Código Civil contrasta con la ausencia de regulación de otras modalidades de familia como las parejas de hecho o las familias monoparentales. Precisamente en lo que se refiere a las parejas de hecho, la inexistencia de regulación estatal ha propiciado que sean las Comunidades Autónomas las que aborden el régimen jurídico de aquellas, lo que en la práctica conduce a una importante desigualdad en función de las competencias que en materia civil tengan o no los distintos parlamentos autonómicos. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional, cuando ha debido pronunciarse sobre la oportunidad de aplicar la normativa del matrimonio a las parejas de hecho, ha declarado con carácter general que matrimonio y convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes, de modo que cabe admitir diferencias legítimas de tratamiento a unas familias y a las otras<sup>237</sup>.

---

237 Serrano Fernández., “Una propuesta de regulación de una ley estatal de parejas de hecho”, Anuario de Derecho Civil, T. LXI, fasc. II, abril-julio 2008, pp. 543 y ss.

En cuanto a la regulación de la familia matrimonial, la cuestión más relevante que ha tenido lugar tras la entrada en vigor de la Constitución Española es sin duda la penetración de los derechos fundamentales en el ámbito privado de la familia. La consagración del principio de igualdad entre cónyuges en el artículo 32 CE ha supuesto la radical transformación de todo un sistema asentado en los pilares de supremacía del varón y supeditación e inferioridad de la mujer. Las distintas reformas de la legislación civil para adaptar esta a los postulados y principios democráticos, en un tiempo relativamente corto en comparación con otros ordenamientos como el francés o el italiano, han supuesto la consideración individualizada de los cónyuges como ciudadanos titulares de unos derechos que no han de sufrir alteración alguna por el hecho de contraer matrimonio. La familia deja de ser considerada como un ente superior con intereses propios y distintos a los de los miembros que la componen, y es objeto de protección en la medida en que sirve a los fines individuales y se conforma como un espacio de desarrollo personal y realización de derechos fundamentales. Sin embargo, en este marco de profundas transformaciones, no todos los derechos han tenido el mismo recorrido, y así, mientras el principio de igualdad se constituye como rector de las relaciones personales entre cónyuges, la libertad personal o el libre desarrollo de la personalidad acusan aún el peso de la tradición en el seno de la familia matrimonial.

La debilidad de estos derechos cuando se adentran en el ámbito privado de la familia es patente tanto durante el desarrollo de las relaciones conyugales, como en el momento de abordar la crisis del matrimonio.

Respecto a la extinción del matrimonio, la consagración de un divorcio sin causa ha sido consecuencia de una larga evolución, que no ha tenido el mismo recorrido en el resto de los países europeos, pues en la mayor parte de los mismos el divorcio se contempla como una respuesta a la crisis conyugal, y en ciertos casos aún como una sanción a un comportamiento ilegítimo, sin que llegue a ser una opción que se brinde a los cónyuges de forma generalizada sin ningún tipo de control acerca de sus causas<sup>238</sup>. Porque también en esta cuestión se pone de

---

238 Sobre la cuestión, López de la Cruz, “La libertad individual como elemento integrante del concepto de

manifiesto el interés del Estado en mantener la vigencia del vínculo matrimonial y con ello la subsistencia de la familia, en un intento de conservar una estructura que, entre otros fines, le permite exonerarse, al menos en parte, de la prestación de los servicios a los que ya hemos hecho referencia.

De este modo, el tratamiento del divorcio se corresponde con una visión trascendente del matrimonio que se impone a los intereses y voluntad de los cónyuges, dificultándose su obtención con una serie de requisitos no sólo formales sino también sustanciales, y que dejan poco margen de actuación a la autonomía de la voluntad. Así, se observa como a períodos en los que se ha concedido un amplio margen de libertad a los cónyuges para solventar la crisis matrimonial, les han seguido otros, y ello ha ocurrido en prácticamente todos los ordenamientos europeos, en los que se ha dificultado enormemente el acceso al divorcio. Poniéndose de manifiesto la distinta evolución que los principios de igualdad y libertad personal han tenido en la historia, y en los distintos países, imponiéndose el primero de manera progresiva a lo largo de los últimos dos siglos, mientras la libertad personal se ha visto sujeta a continuas regresiones en el ámbito matrimonial como consecuencia de la intervención del Estado en la regulación de las causas de divorcio.

Respecto al mantenimiento o desarrollo de la vida conyugal, también aquí se percibe el conflicto entre la defensa a ultranza de la libertad personal de los cónyuges y el libre desarrollo de su personalidad y la obligatoriedad de asumir ciertos deberes o pautas de comportamiento que configuran el estatuto matrimonial (deberes de los arts. 67 y 68 CC). Y si bien es cierto que el reconocimiento del divorcio sin causa en nuestro ordenamiento ha suavizado los efectos del incumplimiento de estos deberes, que sin duda suponen un límite al libre actuar del sujeto (piénsese en el deber de convivencia o el deber de fidelidad), lo cierto es que en la última década se ha producido una proliferación de pronunciamientos judiciales en los que se resarce a uno de los cónyuges por el daño - fundamentalmente moral - sufrido a

---

matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal”, Anuario de Derecho Civil, t. LXII, fasc. II, abril-junio 2009, esp. pp. 741 y ss.

causa de la infracción de los deberes de conducta matrimonialmente asumidos por el otro<sup>239</sup>, y no sólo en España, sino también en los países de nuestro entorno más cercano como Italia, Francia o Portugal. En definitiva, una muestra más del interés del Estado en mantener un concreto modelo de convivencia que vuelve a poner el acento en las funciones que desempeña la familia y el interés en la misma de los particulares y de los poderes públicos.

---

239 Tras sendas sentencias del Tribunal Supremo en las que se rechaza el resarcimiento del daño ocasionado por el incumplimiento del deber de fidelidad conyugal (SSTS de 22 y 30 de julio de 1999), se han sucedido numerosos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales de sentido del todo diverso. Entre muchas: SAP de Valencia 5 de septiembre de 2007, SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007, SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008, SAP de León de 30 de enero de 2009. Sobre el tema, López de la Cruz, “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, InDret, octubre, 2010.