

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 72/1 enero-junio 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7212024>

ESTUDIOS

ANÁLISIS JURÍDICO-CONSTITUCIONAL SOBRE LA FAMILIA EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL. PROPUESTAS PARA UNA FUTURA REGULACIÓN SOBRE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR

Legal-constitutional analysis of the family in the national and international sphere. Proposals for a future regulation on the family institution

Beatriz Vila Ramos

Profesora Doctora de Derecho constitucional
Universidad Francisco de Vitoria, España
<https://orcid.org/0000-0002-0435-7555>

<https://doi.org/10.18543/ed.3111>

Fecha de recepción: 11.03.2024

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 72/1, enero-junio 2024
<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

ANÁLISIS JURÍDICO-CONSTITUCIONAL SOBRE LA FAMILIA EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL. PROPUESTAS PARA UNA FUTURA REGULACIÓN SOBRE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR

*Legal-constitutional analysis of the family
in the national and international sphere. Proposals
for a future regulation on the family institution*

Beatriz Vila Ramos

Profesora Doctora de Derecho constitucional
Universidad Francisco de Vitoria, España
<https://orcid.org/0000-0002-0435-7555>

<https://doi.org/10.18543/ed.3111>

Fecha de recepción: 11.03.2024

Fecha de aceptación: 10.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

Con el objetivo de inspirar una futura regulación sobre la familia que subsane la infrafinanciación histórica que las políticas familiares han tenido en España, y lograr que esta institución esencial de nuestra sociedad obtenga un nivel de protección homologable al resto de países de la Unión Europea, hemos analizado desde una perspectiva constitucional la evolución tanto a nivel nacional como internacional de la legislación relativa a la familia y a sus miembros.

Palabras clave

Familia; políticas familiares; legislación y art. 39 CE.

Abstract

With the aim of inspiring a future regulation on the family that would remedy the historical underfunding of family policies in Spain, and ensure that this essential institution of our society obtains a level of protection comparable to the rest of the countries of the European Union, we have analysed, from a constitutional perspective, the evolution of legislation on the family and its members at both national and international level.

Keywords

Family; family policies; legislation and art. 39 EC.

Sumario: I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. LA FAMILIA, INSTITUCIÓN NATURAL. II. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA E INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA. 1. La regulación de la institución familiar en el ámbito internacional y comunitario. 2. La regulación de la institución familiar en el ámbito nacional. 2.1. La regulación de la familia en el periodo preconstitucional. 2.2. La protección a la familia en la Constitución de 1978. 2.3. La protección de la familia tras la aprobación de la Constitución de 1978. 2.4. Algunas consideraciones sobre las políticas familiares y la protección a la familia desde el periodo constitucional hasta la actualidad. 2.5. El Proyecto de Ley de Familias caducado en junio 2023. Proyecto presentado en la XV Legislatura. Aciertos y errores. III. CONSIDERACIONES FINALES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. LA FAMILIA, INSTITUCIÓN NATURAL

Los profundos cambios legislativos y sociales que se han producido en referencia a la familia en las últimas décadas en España, hacen necesario un estudio global que nos permita extraer conclusiones generales que posibiliten determinar el marco legislativo y las políticas públicas requeridas para esta institución en el siglo XXI.

Siendo conscientes de que en este análisis surgen cuestiones sensibles por la enorme polémica que generan los conceptos de matrimonio, familia o las relaciones entre los padres e hijos, así como la afectividad/conflictividad en las relaciones entre éstos, nos centraremos en clarificar y determinar la postura adoptada en la actualidad por el legislador y los poderes públicos, para destilar un análisis de las mejoras que debiera introducir la legislación con perspectiva de futuro, así como precisar las políticas públicas necesarias.

Para ello abordaremos el análisis legislativo de la familia separando dos conceptos que suelen ser tratados por la doctrina indistintamente, la forma de constituir la familia, es decir el origen de la institución familiar, y el modelo de protección de la institución familiar y sus integrantes, centrandó nuestro análisis en el segundo. Ello no significa que no consideremos importante ambos y que reconozcamos su vinculación, pero nos centraremos en la familia como unidad, por permitir el análisis del nivel de protección por parte de los poderes públicos tanto de la institución como de sus miembros, incluyendo tanto a los descendientes, como a los ascendientes¹ en un concepto de familia como linaje.

¹ Según los datos publicados por el INE, en España en 2020, el 21 % de la población tenía 65 años o más, frente al 16 % en 2001, lo que supone un aumento de 5 puntos por-

A efectos de clarificar posturas y minimizar la polémica en ámbitos que no consideraremos en este trabajo, pero que surgen inevitablemente, proponemos una definición global de institución familiar dado que, como reconoce la doctrina², ni los principales preceptos constitucionales nacionales, tampoco los textos internacionales dan una definición de la familia, ni tampoco el Tribunal Constitucional³.

Somos conscientes de que la diversidad de culturas en el mundo y la pluralidad de concepciones religiosas e ideológicas hacen difícil una declaración de consenso respecto a la familia, si bien parece que mayoritariamente podemos considerar que se trata de una institución pre jurídica⁴, que trasciende al ámbito jurídico y que por su importancia para sus integrantes y para la sociedad goza de una especial protección tanto en la regulación internacional como en la estatal.

Entendemos que una familia es una comunidad vinculada por el parentesco de amor y solidaridad⁵, que constituye el ámbito privilegiado donde cada persona aprende a dar y a recibir amor⁶, en el que la identidad de cada uno de sus miembros se constituye mediante la articulación biográfica de relaciones específicas de solidaridad y comunidad con otros sujetos

centuales. [https://www.ine.es/prodyser/demografia_UE/bloc-1c.html#:~:text=En%20primer%20lugar%2C%20la%20evoluci%C3%B3n,5%20puntos%20porcentuales%20\(p.p.\).](https://www.ine.es/prodyser/demografia_UE/bloc-1c.html#:~:text=En%20primer%20lugar%2C%20la%20evoluci%C3%B3n,5%20puntos%20porcentuales%20(p.p.).)

² ROCA TRIAS, E. “*Familia, familias y derecho de la familia*”. Anuario de derecho civil vol. 43, n.º 4, 1990, p. 1055. Como señala la autora a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984, dictada frente a la reclamación formulada por una comunidad religiosa por el fallecimiento de miembros de su comunidad, la sentencia indica lo que no es familia, pero ninguna norma indica lo que es la familia.

³ DIAZ REVORIO, F.J. “*La protección constitucional de la familia. La familia como sujeto de derechos*”. Reflexiones académicas para la elaboración del Plan estratégico de Ayuda a la familia de Castilla la Mancha. 2014, p. 17.

⁴ DIEZ PICAZO, L. *Familia y Derecho*, p. 21. Civitas, Madrid 1984.

⁵ Fruto del Convenio Marco de colaboración financiado entre el Ministerio de Sanidad y Política Social y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), inscrito en las líneas de actuación destinadas a promover las políticas locales de apoyo a la familia “Parentalidad positiva y políticas locales de apoyo a las familias”. Depósito Legal M-38032-2010 https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/2938_d_ParentalidadPositivaFEMP_2010.pdf. En su página 8 define que: “La familia debe concebirse como un sistema dinámico de relaciones interpersonales, recíprocas, enmarcado, abierto a múltiples de contextos de influencia que sufren procesos sociales e históricos de cambio”. A nuestro juicio sorprende, cuanto menos, que la institución de la familia sea concebida sin uno de los rasgos que la definen universalmente, como comunidad vinculada por el parentesco de amor y solidaridad. ¿Cómo es posible una parentalidad positiva sin responsabilidad y amor?

⁶ BENEDICTO XVI. *La familia*. Altar Mayor N.º 111.2007 (Ejemplar dedicado a XIII Conversaciones en el Valle), p. 260.

personales⁷. En ella se viven de manera natural relaciones paternofiliales, fraternales, conyugales; relaciones que llevan a cada miembro de la familia a preocuparse por los demás y a desvivirse por ellos en función de la posición relativa que se ostenta en cada momento de la vida⁸, de manera que la vivencia de estas relaciones interpersonales son la primera escuela personal y social que favorece la integración de sus miembros en la gran “familia humana”⁹.

Por tanto y como punto de partida entendemos, tal y como han afirmado los textos internacionales, que la familia sigue siendo elemento natural y fundamental de la sociedad¹⁰ que en lo sustancial¹¹ no ha cambiado en el transcurso de los tiempos. El hombre no es un ser aislado, es un ser relacional pues la naturaleza humana es social y por ello no es posible concebir al hombre sino desde la convivencia con sus semejantes¹². En este conjunto de relaciones la primera organización para el hombre es la familia¹³, y en lo que

⁷ PERIS CANCIO, J. A. *Diez temas sobre los derechos de la familia. La familia garantía de la dignidad humana*. Eunsa, Madrid 2002, p. 45.

⁸ LACALLE NORIEGA, M. Matrimonio, ley natural y bien común. María Lacalle Noriega. *Revista española de Teología* vol. 75, n.º 1, 2015, p. 109.

⁹ Los mismos términos utiliza el preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos y San Juan Pablo II lo transcribe en la *Carta Encíclica Familiaris consortio* (Roma 1981) n. 15.

¹⁰ Así se proclama en el art. 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹¹ A pesar de lo que afirmamos es evidente que, si analizamos los roles y relaciones de los integrantes de la familia a lo largo del tiempo, sí observamos cambios, pero no en lo que se refiere al concepto que reflejamos en el trabajo como comunidad de amor, elemento natural y fundamental de la sociedad.

¹² Esta ha sido una preocupación constante en el pensamiento filosófico, ya era mencionado por Aristóteles en la *Política* para delimitar la especificidad ontológica del ser humano mediante la conocida definición del hombre como animal político (la *politikon ho anthros* *zoon*). Definición que, a su vez, tiene su condición o premisa lógica en que, a diferencia de los demás seres vivos (zoa), éste es el único animal que tiene logos (logon de monon anthros echei ton zoon). (Cfr. *Pol.* I, 2, 1253a7-10. Hemos utilizado la edición bilingüe a cargo de MARIAS, J. y ARAUJO, M., *Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

¹³ LACALLE NORIEGA, M. *La familia como lugar de integración social*. Cuestiones disputadas de la vida en sociedad/coord. por María Lacalle Noriega, 2006, ISBN 84-96471-26-8, pp. 85-96. Estamos de acuerdo con la autora cuando establece: “La familia configura básicamente los rasgos de la personalidad del niño, y llega a definir en él, estructuras que le acompañarán durante toda su vida. Se puede decir que la educación y las experiencias vividas en la familia imprimen carácter, de manera que si los padres lo hacen bien lo más probable es que sus hijos se conviertan en hombre y mujeres completos afectivamente equilibrados y capaces de integrarse en la sociedad como miembros activos y valiosos; pero si lo hacen mal pueden causar en sus hijos daños, en muchas ocasiones, irreparables.”

respecta a la familia, el Estado debe actuar subsidiariamente, apoyando y protegiendo tanto a la institución familiar como a sus miembros.

A sensu contrario sobre lo que otros autores sostienen¹⁴, nosotros entendemos que la familia no es una invención social, ni cultural¹⁵, ni existe por imposición legal, tampoco es líquida¹⁶ y desde luego no es un concepto universal modificable¹⁷, es una institución natural, esencial además para el bien común¹⁸, donde cada miembro aprende a dar y recibir amor¹⁹ y donde se produce el primer paso hacia el proceso de socialización.

Creemos pues que la familia es lo que es y no requiere ser conceptualizada jurídicamente pues responde a su naturaleza²⁰; si bien importa al derecho en la medida en que tanto sus miembros como la institución son dignos de protección, y por ello el ordenamiento y los poderes públicos necesitan conocer y regular cuándo existe un núcleo familiar digno de protección.

Esto supone que cada sistema jurídico puede establecer y determinar las garantías sociales que concede a las familias, pudiendo ser diferentes en cada organización estatal²¹. Entendemos que es esta la razón por la que en la mayoría de los textos constitucionales queda en el aire el concepto de familia²². La familia no es sujeto de derechos, sino sujeto digno de protección por parte de los poderes públicos. Ahora bien, es indudable que el nivel de

¹⁴ ROCA TRIAS, E. “*Familia, familias y derecho de la familia*”. Anuario de derecho civil Vol. 43, n.º 4. 1990, p. 1065.

¹⁵ BENEDICTO XVI. La familia. Altar Mayor N.º 111.2007 (Ejemplar dedicado a XIII Conversaciones en el Valle), p. 253. En el mismo sentido expresa que: “Matrimonio y familia no son una construcción sociológica casual, fruto de situaciones particulares históricas y económicas”.

¹⁶ FERRER VANRELL, M.ª P. La familia en la Constitución, evolución del concepto de familia. Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en las Illes Balears. XXI. Palma de Mallorca ISSN 2254-2525. 2020, p. 303. La autora referencia al filósofo Zygmunt Bauman, que acuña el término de modernidad líquida en el sentido que “lo líquido no se fija en el espacio, ni se ata al tiempo, se desplaza con facilidad ...”

¹⁷ CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, “Instrumento de trabajo pastoral sobre persona, familia y sociedad ofrecido a la Iglesia y la sociedad española desde la fe en Dios y la perspectiva del bien común. Edice. Madrid 2023, p. 14.

¹⁸ LACALLE NORIEGA, M. *Matrimonio, ley natural (Opus cit)*, p. 112.

¹⁹ BENEDICTO XVI. *La familia ... (Opus cit)*, p. 260.

²⁰ Reflejamos la reflexión

²¹ Destacamos el interesante estudio realizado por RODRIGUEZ RODRIGO, J. *Orden público europeo en el Derecho de familia*. Anuario español de Derecho Internacional Privado, n.º 21. 2021, pp. 205-326, donde la autora analiza, a través del análisis de sentencias del TJUE y TEDH en la existencia de un orden público europeo en el Derecho de familia, común a todos los países de la Unión que permita el avance en la idea de Europa.

²² SALAR SOTILLOS, M.ª J *La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, n.º Extra-8, 2, 2018, p. 199. Recomendamos la lectura atenta del artículo donde la autora realiza una interesante revisión de las

protección del que dispone la familia por parte de los poderes públicos y su regulación determinará el nivel de importancia que confiere a la familia el Estado así como una concreta visión antropológica.

II. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA E INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

1. *La regulación de la institución familiar en el ámbito internacional y comunitario*

Inevitablemente por su perspectiva nuestro punto de partida para el análisis internacional de estas cuestiones debe ser la Declaración de Derechos Humanos elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes e incluso divergentes antecedentes jurídicos y culturales, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948.

Este documento no sólo supone un hito en la historia de los derechos humanos al considerar como premisa principal de la declaración que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tengan por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la “familia humana”, sino también desde la consideración de que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, proclamándose como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. A nuestro juicio, es el documento que unifica los principios mundiales que deben inspirar los ordenamientos nacionales de todo el mundo y por tanto, también, en relación con la familia.

No es necesario recordar los terribles acontecimientos resultado de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial que provocaron la Declaración, en la que no sólo se reafirma el principio de la dignidad humana y el principio de igualdad como indispensables por afectar directamente a la raíz de la “familia humana”, también distingue, entre derechos humanos y fundamentales, importante diferencia, pues los primeros corresponden al hombre por su naturaleza, y los segundos dependerán del reconocimiento estatal.

Quizás sea consecuencia del contexto socio cultural del momento, o quizás no, esperemos que no, pero en la Declaración de los Derechos del

sentencias del Tribunal Constitucional y el tratamiento que ha realizado el Tribunal respecto a la familia.

Hombre se establece que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 16), lo que no se afirma en ningún otro documento internacional salvo en la Carta Social Europea donde se reitera la afirmación²³ reconociéndose, en lo que nos incumbe en el presente análisis, a todos los hombres como derecho, la posibilidad, sin restricción alguna, de casarse y fundar una familia (art. 16); a no sufrir injerencias arbitrarias en la vida privada, en la familia, en el domicilio o en la correspondencia, tampoco ataques a la honra o a la reputación (art. 12); el derecho de toda persona que trabaja a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social (art. 23); el derecho a obtener un nivel de vida adecuado que asegure, para sí y su familia, la salud y el bienestar (art. 25); la protección, asistencia y cuidado a la maternidad y a la infancia (art. 25); el derecho a la educación en el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, así como el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (art. 26).

Estas afirmaciones suponen el reconocimiento internacional de la trascendencia, no sólo de la institución familiar per se, también de su necesario respeto desde las políticas públicas a su autonomía.

El marco establecido en el Tratado de la Unión Europea expresa también su protección a la familia en el artículo 3.3 cuando sostiene: “La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación, y fomentará la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.” Protección que, en lo que respecta a la familia, aparece digamos como inespecífica, o incluida en la protección a cada miembro, pues la palabra familia no aparece ni una sola vez mencionada en el Tratado.

La protección al menor y la familia se concretan en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el respeto a la vida privada y familiar (art. 7); en el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (art. 9); en el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas (art. 14); en el reconocimiento de los derechos del menor, a su protección y bienestar, así como a la consideración de su interés superior en las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades públicas e instituciones (art. 24); en la prohibición del trabajo infantil (art. 32) y, en la protección jurídica, económica y social

²³ Carta Social Europea. Parte I epígrafe 16: “La familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo” <https://rm.coe.int/168047e013>

de la familia con la consideración específica hacia el derecho a la conciliación (art. 33).

Durante años, el Consejo de Europa ha aprobado regulación específica que afecta a la familia. Del estudio de los textos legales se deduce que la finalidad ha sido garantizar, no tanto la protección social y económica a la familia en su conjunto, sino los derechos de los menores (descendientes) en general y específicamente en su protección contra la explotación y el abuso infantil²⁴, así como la prevención y lucha contra la violencia doméstica y contra la mujer²⁵.

En las últimas décadas se ha aprobado una extensa regulación sobre la protección a los menores, dentro y fuera del ámbito familiar, lo que ha supuesto que parte de la doctrina se haya planteado la capacidad del menor, como mayor. Situación que no se ha reproducido en el caso de los ascendientes mayores, que no han formado parte, de momento, de las prioridades legislativas de los miembros de la Unión, lo que no impide el reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea respecto a las personas mayores cuando el artículo 25 establece: “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en lo que se refiere a la familia sostiene como argumento constante, la dificultad y sensibilidad que generan los conflictos que atañen a las familias y a sus miembros, máxime cuando los Tribunales han de considerar en cada resolución, la diversidad de regulación dentro de la Unión Europea que afecta a la vida familiar de las personas²⁶.

²⁴ El *Convenio de Lanzarote*, en vigor en España desde el 1 de diciembre de 2010, Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual tal y como establece su preámbulo pretende proteger a los niños mediante el establecimiento de un instrumento internacional global que considera también al núcleo familiar como parte digna de protección tipificando y conceptualizando delitos concretos y estableciendo como agravante, con toda lógica, si atendemos a lo que la familia debe ser, las medidas concretas a aplicar si la explotación o el abuso se produce por los progenitores o personas a cuyo cargo se encuentra el menor. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-17392>

²⁵ En el denominado *Convenio de Estambul*, en vigor en España desde el 1 de agosto de 2014 se protege de la violencia doméstica y sobre la mujer específicamente a las mujeres, pero englobando en el concepto también a las niñas, a sus hijos y a sus familias, por lo que el objeto de protección son todos los que constituyen la unidad familiar, así como estos individualmente si la lesión procede del entorno familiar, estableciendo medidas y directrices preventivas y procesales que cada Estado miembro debe desarrollar. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947

²⁶ Para mayor profundidad en el análisis recomendamos el estudio que realiza RODRIGUEZ RODRIGO, J. *Orden europeo en Derecho de familia*. Anuario español de Derecho Internacional Privado, n.º 21, 2021, pp. 305-326.

Ante la complejidad de las situaciones familiares y la falta de homogeneidad en la regulación de los distintos Estados miembros, en las casi 100 sentencias que se han dictado desde 1978 hasta marzo 2022²⁷ se ha utilizado como objeto de reflexión para fundamentar la resolución de las tensiones creadas en el ámbito familiar una interpretación extensa del concepto de vida familiar como linaje, englobando las relaciones entre parientes próximos, o bien interpretando la importancia de los lazos afectivos en el seno familiar, atenuando la frontera entre vida privada y vida familiar, y adoptando el criterio de efectividad de lazos interpersonales para contrastar la existencia de “vida familiar”²⁸.

Todas las resoluciones se han cimentado, aunque en diferentes grados, en el derecho a la vida privada y familiar²⁹ reconocido en el artículo 8 C.E.D.H, que actúa de base y fundamento en las sentencias.

Como señala Elosegui³⁰, a lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero especialmente en su sentencia de 10 de diciembre de 2019, *Lobben y Otros c. Noruega 5*, completada con el caso *Abdi Ibrahim c. Noruega 6*, hecha pública el 10 de diciembre de 2021, ha sentado una serie de criterios o principios básicos que resultan muy útiles para interpretar el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal considera que se produce una vulneración del derecho a la vida familiar cuando, mediante cualquier injerencia, que se interrumpe el derecho a vivir juntos y al disfrute mutuo de padres e hijos, si bien, tendrá justificación, si ésta se produce de conformidad con la ley cuando se persiga un objetivo u objetivos que sean legítimos –en virtud del segundo párrafo del artículo 8–, o bien, si se considera necesario para una sociedad democrática.

Por tanto, las instituciones públicas deberán considerar como prioritario mantener la unidad familiar y la reunificación de la familia en cuanto sea

²⁷ Si tomamos como referencia la primera sentencia dictada sobre menores 5856/72 de 25 de abril de 1978 *Caso Tyrer vs Reino Unido*, según la base de datos Theseus aparecen un total de 89 sentencias sobre vulneración de derechos de menores, aunque, si cruzamos los datos con la base Hudoc, aparecen 7 sentencias más, por lo que podemos decir que se ha dictado un total de 96 sentencias que resuelven sobre transgresión de derechos a los menores.

²⁸ ALMEIDA, S. *El concepto de “vida familiar” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Revista de Derecho y Ciencias Penales, n.º 12, 2009. Universidad de San Sebastián (Chile), p. 26.

²⁹ ALMEIDA, S. El concepto de “vida familiar” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista de Derecho y Ciencias Penales, n.º 12, 2009. Universidad de San Sebastián (Chile), p. 33.

³⁰ ELOSEGUI, M. “*La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles*”. Cuadernos de Derecho Transnacional 1 (Octubre 2022), vol. 14, n.º 2, pp. 375-406.

posible en todas las circunstancias y, en consecuencia, los lazos familiares sólo podrán romperse en circunstancias muy excepcionales³¹.

Por su claridad reproducimos lo que Elosegui³² denomina los pasos del test, que resaltan los aspectos que el TEDH comprueba para determinar si en caso de conflicto familiar, se ha producido una injerencia indebida del Estado en la vida familiar.

Para resolver los conflictos, el Tribunal ha señalado frecuentemente la dificultad y a la par la riqueza que supone la diversidad de derechos nacionales y la variedad de las tradiciones relacionadas con el papel de la familia en los distintos Estados. Diversidad y variedad que, en atención a los condicionamientos sociales tradicionales de la familia en cada país, siempre ha tenido en consideración en sus resoluciones.

Reconoce así mismo el Tribunal que, como las autoridades nacionales tienen la ventaja de poder establecer un contacto directo con todas las personas afectadas, éstas pueden ponderar mejor que nadie en momentos de conflicto familiar, las medidas adecuadas en situaciones de riesgo y por tanto, el papel del Tribunal será revisar en virtud del Convenio, si las decisiones tomadas por las autoridades nacionales en el ejercicio de su poder de apreciación, se realizan tomando en consideración el respeto a la vida familiar sin injerencias, ponderando el principio de interés superior del menor; principio indeterminado y de difícil aplicación que ha supuesto en no pocas sentencias que los criterios de los jueces hayan sido divergentes³³.

Los criterios que emplea el Tribunal en sus resoluciones debieran sustentar y arrojar luz sobre la legislación requerida por la familia en la actualidad, iluminando la actuación de los poderes públicos y la legislación, confiriendo, a los poderes públicos, un rol asistencial capaz de dotar a las familias de recursos, respetando las tradiciones de cada país y estableciendo los límites a la actuación del Estado en el respecto a la vida familiar.

³¹ Desde una interesante perspectiva APARICIO CHOFRE, L. *Evolución del derecho de reagrupación familiar en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante la crisis económica y humanitaria*. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, n.º 49 (2023), pp. 376-386, analiza las sentencias del TEDH en relación con el derecho a la vida en familia y la reagrupación familiar con la imposición de limitaciones en los criterios restrictivos, como línea de actuación en las políticas de extranjería en lo que se refiere a la familia.

³² ELOSEGUIL, M. "La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos." *Opus cit.*, p. 382.

³³ Resulta interesante, el análisis que realiza PIZARRO MORENO, E. *El interés superior del menor, nuevo canon del derecho de familia*. Revista de derecho de familia 100 (jul-sept) 2023, pp. 85-102 en referencia al interés superior del menor y el cambio en el orden de los apellidos de un menor.

2. La regulación de la institución familiar en el ámbito nacional

El 30 de marzo de 2023 el gobierno presentó en el Congreso de los Diputados el proyecto de Ley de Familias que según el dictamen 146/2023 del Consejo de Estado³⁴ no estuvo exento de polémica jurídica y social. El proyecto iba a ser tramitado por el procedimiento de urgencia y competencia legislativa plena si bien, la disolución anticipada de las cámaras y la convocatoria de elecciones generales mediante la publicación del real decreto 400/2023 de 29 de mayo ha provocado, siguiendo lo prescrito el art. 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados, la caducidad de todos los asuntos pendientes de examen y resolución en la Cámara, y por tanto, ha caducado también el Proyecto de Ley de Familias con expediente 121/0001151³⁵.

En esta XV Legislatura dos son los proyectos que se encuentran en tramitación parlamentaria. La proposición de Ley de Familias con expediente 122/000059³⁶ que fue calificado el 27/02/2024, cuyo autor es el Grupo Parlamentario Mixto y que en la actualidad se encuentra a la espera de la preceptiva contestación del Gobierno y por tanto, no ha superado el trámite de toma en consideración, y el proyecto de Ley de Familias 121/000011³⁷. Este último calificado el 5/03/2024 que será tramitado por el procedimiento de competencia legislativa plena y carácter urgente en el Congreso de los Diputados, pero que todavía no ha sido aprobado.

Por tanto, en la actualidad, y hasta el momento, la única regulación estatal en vigor con vocación integral de protección familiar es la ley 40/2003 de 18 de noviembre de Protección a las Familias Numerosas, que deroga la ley 15/1971 de 19 de junio de Protección a las Familias Numerosas³⁸ y el decreto 3140/1971, de 23 de diciembre, que la desarrollaba.

³⁴ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146>. Dictamen del Consejo de Estado.

³⁵ [https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=\(BOCG-14-A-151-I.CODI.\)](https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-14-A-151-I.CODI.))

³⁶ https://www.congreso.es/es/proposiciones-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=122%2F000059

³⁷ https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=121%2F000011

³⁸ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1971-795>. En la ley 25/1971 en el art. 2.1 se establecen “Se considerará familia numerosa la que, reuniendo las demás condiciones que se señalan en esta Ley, esté constituida por: a) El cabeza de familia, su cónyuge y cuatro o más hijos. b) El cabeza de familia, su cónyuge, si lo hubiere, y tres hijos, siempre que uno de éstos sea subnormal, minusválido o incapacitado para el trabajo en los términos

Transcurridos más de 20 años desde la aprobación de la citada norma y con la mirada puesta en la posible aprobación de una futura normativa sobre la familia y sugerir propuestas que no provoque conflictividad jurídica o social, creemos necesario analizar con perspectiva histórica cómo ha sido la protección a la familia en el ámbito nacional con la intención de resolver, no sólo la confusión que genera la multiplicidad de regulaciones que implica la legislación sectorial con las dependencias a nivel local o autonómico consecuencia de nuestro sistema de organización territorial, también, la infrafinanciación histórica en España en políticas específicas para las familias que aborden la regulación, teniendo en consideración la pluralidad de estructuras de convivencia familiar que la costumbre social o el derecho presentan³⁹.

La legislación debiera abordar inevitablemente medidas que reviertan la tendencia a la baja natalidad y la progresiva disminución del número de miembros que integran las familias en España⁴⁰. La principal pregunta que deberá resolver este análisis es determinar si la protección constitucional regulada en el art. 39 CE y en las normas de desarrollo es suficiente en la actualidad, o bien es necesario una reforma que sitúe la protección a la familia como la institución esencial que es en el siglo XXI sin generar una regulación que genere conflictos para una institución que goza de buena salud socialmente en España.

2.1. La regulación de la familia en el periodo preconstitucional

En términos de política general y legislativa en el ámbito estatal, la protección a la familia en España se ha reducido tradicionalmente en la protección a las familias numerosas, y concretado en la concesión de beneficios fiscales aplicables al ámbito educativo, así como derechos preferentes en el ámbito laboral y en el acceso a la administración pública o a la vivienda.

que reglamentariamente se determine. c) El cabeza de familia en situaciones de viudedad, de separación matrimonial legal o hecho, en la forma y condiciones que reglamentariamente se establezca, y, en cualquiera de estos supuestos, tres hijos. d) El cabeza de familia, su cónyuge si lo hubiere, cuando alguno de ellos tuviera incapacidad absoluta para todo trabajo, concurriendo tres hijos. Además, el art. 6 establece 3 categorías de familias numerosas: 1ª categoría de 4 a 6 hijos. 2ª categoría de 7 a 9 hijos y, categoría de honor 10 hijos o más. Los artículos 8 al 26 establecen diferentes acciones en los que se confieren beneficios a los miembros de la familia numerosa tales como: ayudas y descuentos en el acceso a la educación, prioridad en el acceso a viviendas oficiales, explotaciones agrarias, en la concesión de préstamos, prevalencia en la obtención de ciertos puestos de trabajo, en situaciones de despido o desalojo o en el impuesto sobre rendimientos del trabajo.

³⁹ Informe Family Global Compact, p. 5. <https://familyglobalcompact.org/family-global-compact-home-es/>

⁴⁰ OECD (2022) *Evolving Family Models in Spain... Opus cit*, pp. 13-14.

La Ley de 1 de agosto de 1941⁴¹ regula por primera vez en España⁴² un régimen unitario y completo de protección a la familia numerosa, que justifica su aprobación en que la vitalidad demográfica, acrecienta la personalidad internacional y convierte a los estados en una potencia militar. Por la peculiaridad histórica de su fundamentación, reproducimos el preámbulo:

“Es la familia, célula primaria y fundamento de la sociedad, al mismo tiempo que institución moral dotada de derecho inalienable superior a toda ley positiva, según principio proclamado en la declaración XII del Fuero del Trabajo. En España los coeficientes de natalidad disminuyen y la dinámica de la población es muy exigua.

Solamente los pueblos de familias fecundas pueden extender la raza por el mundo y crear y sostener imperios. La vitalidad demográfica acrecienta la personalidad internacional y la potencia militar.

Preocupación principal del Nuevo Estado nacional-sindicalista debe ser, pues, la política demográfica, cuya protección se inició en España en pleno Alzamiento y se manifiesta posteriormente en diversas formas: Creación del subsidio familiar; elevación posterior de la escala primitiva de subsidios, duplicándola; –premios a los matrimonios proliícos; préstamo a la nupcialidad, y ahora, esta Ley de protección a las familias numerosas, que tiende a proporcionar, genéricamente, el amparo, vigilancia y protección a la familia para que cumpla sus altos destinos históricos, siendo relicario de fe, de patriotismo y de voluntad de grandeza.”

La citada ley no tardó mucho en ser sustituida por la Ley 13 de diciembre de 1943 sobre protección a las familias numerosas⁴³ que, si bien mantiene la protección a la familia numerosa en la aplicación de reducciones fiscales en materia de enseñanza y derechos preferentes en materia laboral, reduce el número de hijos que se requieren para obtener el título de familia numerosa. La ley de 1941 exigía para la primera categoría de familia numerosa, de 5 a 7 hijos, y para la segunda categoría, 8 hijos o más. En la ley de 1943 se requiere para la categoría de familia numerosa de 4 a 7 hijos, y para la segunda categoría más de 7 hijos. En general en esos tres años, existen pocas modificaciones, salvo quizás el derecho de inquilinato y la especial consideración en los deberes de protección a las familias de ámbito rural y a las familias que denomina de “clases humildes”.

⁴¹ <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1941/252/A06905-06907.pdf>

⁴² Los antecedentes se remontan al subsidio de familias numerosas creado en 1926 con base en el Decreto de 27 de diciembre de 1932 que establece un sistema de protección a las familias obreras numerosas.

⁴³ <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1943/350/A11972-11975.pdf>

La ley de 1943 fue sustituida por la ley de 1971⁴⁴ que, en un cambio que consideramos significativo, contempla las necesidades de regulación específica para las familias numerosas en aras del principio de justicia social y al deber de protección especial asumido por el Estado en el Fuero de los Españoles. La norma mantiene en general la fundamentación de la protección a las familias numerosas, pero introduce algún elemento integrador.

La ley resuelve cuestiones obsoletas tras casi 30 años desde la aprobación de la norma previa y regula situaciones familiares que, si bien entendemos no son nuevas, sí son consideradas social y legislativamente como tales, en lo que será los antecedentes del reconocimiento constitucional se refiere.

Se incluyen como situaciones de especial necesidad que uno de sus miembros sufra “minusvalía o sea subnormal” —en palabras de la propia norma— o bien, si se viven situaciones de separación legal o, de hecho, contemplando también para el reconocimiento de familia numerosa, la existencia de hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos, ilegítimos con derecho a alimentos o adoptivos, unos y otros de ambos cónyuges, o de cualquiera de ellos. El número de miembros de las familias numerosas vuelve a disminuir, y se contempla una categoría denominada de honor, para aquellas familias que tengan 10 o más hijos, aplicando límites a la atribución del título de familia numerosa en atención a la edad de los hijos, su acceso a remuneración o a la obtención de alguna ayuda estatal.

En definitiva, la protección a la familia en la etapa preconstitucional mantiene una política centrada en la protección a las familias numerosas, y limitada en la aplicación de políticas públicas a las ayudas fiscales, exenciones o reducción de matrículas en las tasas de acceso a la educación, en préstamos y en derechos de preferencia en el acceso al ámbito laboral y en el acceso de vivienda⁴⁶.

2.2. La protección a la familia en la Constitución de 1978

El periodo de la transición hasta la aprobación de la Constitución en 1978 ha sido uno de los momentos más determinantes en la historia de nuestro

⁴⁴ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1971-795>

⁴⁵ DE LA FUENTE ROBLES, Y. “La nueva Ley de Protección a las Familias Numerosas. El colofón del Plan Integral de Apoyo a la Familia”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, n.º 50, 2004, p. 156.

⁴⁶ En el informe de la OECD emitido en 2022 “*Envolving family models in Spain. A new national framework for improved support and protection for families*”. <https://www.oecd.org/social/evolving-family-models-in-spain-c27e63ab-en.htm> En el capítulo I pp. 13-34 un interesante análisis que analiza la institución familia desde el periodo preconstitucional.

país, y por ello tomaremos este momento, junto con los debates constituyentes para iniciar el análisis de la etapa constitucional⁴⁷.

La multiplicidad de cuestiones a abordar con la aprobación de la Constitución de 1978 provocó la necesidad de crear prioridades a la hora de implementar, desarrollar e institucionalizar los cambios requeridos en la construcción de un estado democrático y a diferencia del entorno internacional, las cuestiones que afectaban a las familias y a los menores no tuvieron ni para la sociedad española ni para poderes públicos un lugar prioritario⁴⁸, probablemente porque el apoyo a la institución familiar gozaba de un amplio consenso social y cultural. Por tanto, en los debates constituyentes del proyecto constitucional la regulación sobre la familia pasó como una exhalación por la Comisión y por el Pleno del Congreso, sin que la propuesta al texto constitucional sufriera el menor retoque ni fuera prácticamente discutido.

El artículo 39 de la Constitución que regula la protección a la familia se incluyó en el Capítulo Tercero como parte de los principios rectores de la política social y económica del Título I del siguiente modo: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

En el Senado sí fue objeto de enmiendas que, si bien no fueron aprobadas, a efectos del presente análisis conviene comentar por el enfoque que proponían. La intención de las enmiendas introducidas en comisión por Zelada, Gamboa, Gutiérrez Rubio, Sánchez Agesta y Landaburu era hacer constar en el texto constitucional que la familia es una institución básica de la sociedad. Entendían, que la mera declaración de protección que constaba en el texto aprobado era insuficiente. Pensaban, y ese fue el objeto de la enmienda, que

⁴⁷ FERRER VANRELL, M.^a P. La familia en la constitución. Evolución del concepto de familia. Boletín de la Real Academia y Legislación en las ILLES BALEARS. XXI. Palma de Mallorca 2020. La autora en las pp. 274-286 realiza un minucioso análisis de los antecedentes constitucionales en la regulación de la familia que incluyen el debate del anteproyecto en sede parlamentaria.

⁴⁸ OECD (2022) *Envolving Family models in Spain: A new National Framework for Improved Support and Protection for Families*. OECD Publishing Paris. <http://doi.org/10.1787/c27e63ab-en>. El informe en la p. 43 sostiene que durante mucho tiempo la política familiar siguió siendo una de las áreas menos desarrolladas de la política social en España, aunque, a principios de siglo, los organismos públicos autonómicos comenzaron a desarrollar sus competencias en materia asistencial y tributaria.

la referencia a la familia como elemento natural de la sociedad, anterior y superior al Estado merecía un reconocimiento específico.

Aunque la propuesta no fue aprobada en la comisión fue nuevamente defendida en el pleno. A la enmienda en el pleno se había sumado el senador Osorio que en el momento de su defensa ante el Senado plantea que, aunque el texto aprobado en el Congreso era copia del artículo 16 de la Carta Social Europea, era una copia “mutilada”, al omitir que la familia es “cédula fundamental de la sociedad”⁴⁹.

¿Cuál fue la razón de la mutilación? Para los defensores de la enmienda había una clara intencionalidad, si bien el resto de los parlamentarios entendieron que los tratados y declaraciones internacionales protegían a la familia, y por ello no era necesario un reconocimiento constitucional que se proclamara en el mismo sentido.

En ese momento los temas trascendentes en relación a la familia en el ámbito constitucional y en la sociedad española eran el divorcio⁵⁰, que se creyó ver implícitamente constitucionalizado en la redacción aprobada en el párrafo 2º del artículo 32 que establecía: “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges”, las causas de separación y disolución y sus efectos” y, en lo que se refiere a los menores, la delincuencia juvenil.

Aprobada la Constitución quedaba claro que el objeto de protección en el texto constitucional era la familia, entendida como comunidad intergeneracional⁵¹, en la que el menor quedaba incluido en el entorno familiar y protegido bajo la patria potestad como menor, reconocimiento que constitucionaliza la tradicional perspectiva iusprivativista con base en el derecho civil de familia.

Los poderes públicos se configuran como garantes de la protección a la familia y a todos sus miembros desde una triple perspectiva: económica, jurídica y social; se establecía la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación; la garantía de su protección integral; la de las madres, cualquiera que sea su estado civil; la investigación de la paternidad y, el deber de asistencia de todo orden de los padres a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio.

⁴⁹ GARCÍA ESCUDERO, J.M. y GARCÍA MARTÍNEZ, A. La Constitución día a día. Congreso de los diputados. Madrid 1998, p. 122.

⁵⁰ GARCÍA ROCA, E. *Familia, familias y derecho de familia*. Anuario de derecho civil, vol. 43, n.º 4, 1990. La autora analiza con mayor detenimiento, aunque con otro enfoque, los debates constituyentes en estos ámbitos en las páginas 1059-1062 y afirma que: “Es evidente, sin embargo, que en las discusiones parlamentarias planeaba un concepto pre-jurídico de familia, que se identificaba con la familia nuclear”.

⁵¹ OECD (2022) *Envolving Family models in Spain ... Opus cit.*, p. 41. “Traditional spanish families were marriage-based extended families living in households of several generations. They shared the ideas of solidarity and Independence from the state”.

La familia era regulada como un todo y no existía en ese periodo una regulación específica del menor –ni del mayor– como sí existe en la actualidad, al menos del menor. Es decir, la protección internacional con la remisión que realiza el artículo 10.2 de la Constitución se considera suficiente garantía para la recta aplicación de los derechos que protegían a la institución familiar y al menor⁵², integrado en la unidad familiar.

En lo que se refiere a los mayores el art. 50 de nuestra Constitución establece: “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderá sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”, pero no se hace remisión específica a los mayores dentro de la familia que, si analizamos sociológicamente, se entendían generalmente incluidos dentro de la unidad familiar.

Lo que la Constitución Española regula en el artículo 39 CE es, por tanto, la obligación por parte de los poderes públicos de proteger integralmente a la familia, y, en el mismo artículo, el deber de los padres de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos. Los poderes públicos son garantes de la protección a la familia, pero a los padres les confiere la obligación jurídica de asistencia de todo tipo a sus hijos.

Es importante la distinción entre obligación y asistencia. Mientras el apartado 2 del artículo 39 envía un mandato a los poderes públicos de prestar protección integral a la familia; el apartado 3 del mismo artículo asigna la obligación de asistencia a los hijos por los padres, lo que significa que los obligados primero son los padres y los poderes públicos cumplirán en defecto de los padres, es decir, subsidiariamente. Esta subsidiariedad incluye también velar por el cumplimiento de asistencia por parte de los padres de los poderes públicos, protegiendo siempre el interés del menor⁵³, pero reconociendo las obligaciones familiares enmarcadas en el derecho civil, como independientes de las que la constitución impone a los poderes públicos.

2.3. La protección de la familia tras la aprobación de la Constitución de 1978

Aprobada la Constitución se mantiene en vigor la ley 15/1971 de 19 de julio, aunque enmarcada por las prescripciones constitucionales. No será

⁵² En el mismo sentido FERRER VANRELL, M.^a P. La familia en la constitución. Evolución del concepto de familia. (*Opus cit*), pp. 294-295.

⁵³ FERRER VANRELL, M.^a P. *La familia en la Constitución, evolución del concepto de familia*. Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en las Illes Balears. XXI. Palma de Mallorca ISSN 2254-2525. 2020, p. 291.

hasta noviembre de 2003 cuando se aprueba su modificación con la ley 40/2003 de protección a las familias numerosas, en vigor en la actualidad⁵⁴.

Son pocas las novedades que la ley de 2003 establece respecto a la norma de 1971 aunque resulta significativo que el preámbulo justifica la aprobación de la nueva norma en el reconocimiento a la función social que realiza la familia, en virtud de la protección especial que le brinda el derecho internacional y el art. 39 CE.

Las políticas públicas centradas en la protección específica sólo a las familias numerosas se mantienen y justifican en la problemática particular de las familias numerosas y el coste que representa para ellas el cuidado y educación de los hijos, o el acceso a una vivienda, teniendo en consideración al número de sus miembros.

La norma contempla los cambios sociales en la estructura familiar y reconoce diferentes realidades familiares – que ya se encontraban tímidamente regulados en la ley del 71 –; se incluye el divorcio y se introducen modificaciones en relación con los requisitos de nacionalidad y residencia permitiendo que posean la condición de familia numerosa nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, siempre que al menos uno de los ascendientes ejerza una actividad laboral o profesional en España, aunque residan en otro Estado miembro, y extiende este derecho a los nacionales de otros países residentes en España en igualdad de condiciones que los españoles, siempre que residan en España todos los miembros que den derecho a los beneficios que regula la ley, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Se modifica también el número de hijos exigido para constituir familia numerosa en reconocimiento a la baja tasa de natalidad y, como no podía ser de otro modo, en base al art. 14 de la Constitución, se establece una equiparación plena entre las distintas formas de afiliación y los supuestos de acogimiento y tutela.

A los efectos de esta ley se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes –siempre que exista vínculo conyugal– con tres o más hijos, sean o no comunes. Se equiparan a las familia numerosa, a los efectos de esta ley, a las familias constituidas por: uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar; dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes; y, cuando el padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares,

⁵⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21052>

siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal; dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas; tres o más hermanos huérfanos de padre y madre, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es discapacitado, que convivan y tengan una dependencia económica entre ellos y, el padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor⁵⁵.

En lo que respecta a las categorías de familia numerosa se mantiene el reconocimiento de dos categorías. La categoría especial, que serán aquellas formadas por cinco o más hijos y las de cuatro hijos de los cuales al menos tres, procedan de parto, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo múltiples. No obstante, las unidades familiares con cuatro hijos se clasificarán en la categoría especial cuando sus ingresos anuales, divididos por el número de miembros que las componen, no superen en cómputo anual el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional vigente, incluidas las pagas extraordinarias y la general. Además, cada hijo discapacitado –debe tener reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%– o incapacitado para trabajar –que requiere tener reducida su capacidad de trabajo en un grado equivalente al de la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez– computará como dos, para determinar la categoría en que se clasifica la unidad familiar de la que forma parte. La categoría general se confiere al resto de unidades familiares numerosas.

La ley establece diversos beneficios sociales, fiscales, de reducción de tasas, también, derechos de preferencias en diversos ámbitos como en el acceso a becas y ayudas, admisión en centros educativos o viviendas protegidas. En definitiva, el título de familia numerosa da derecho a una serie de beneficios en materia de educación (exención o reducción de derechos y tasas académicas, administrativas y preferencia en igualdad de rendimiento educativo, al acceso a determinados centros) transporte, acceso a viviendas de protección oficial, préstamos, exenciones fiscales ...etc., previstos por la ley, pero, fundamentalmente son aplicables los beneficios que reconozcan y dicten las Comunidades autónomas en su ámbito territorial, si bien sólo a las consideradas como familia numerosa.

Grosso modo⁵⁶, las únicas ayudas en las que coinciden todas las autonomías son las desgravaciones fiscales por hijo a cargo y las desgravaciones por

⁵⁵ RAMON FERNANDEZ, F. *La monoparentalidad derivada de la violencia de género: Análisis de la cuestión*. Revista sobre la infancia y la adolescencia. 16. Abril 2019, pp. 14-28. En el artículo la autora analiza este tipo de familias, que también creemos debieran incluirse entre las unidades familiares con necesidades de especial protección en la legislación.

⁵⁶ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. “*La familia numerosa: Apuntes desde una perspectiva laboral a la luz de la ley 40/2003*”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n.º 6, pp. 1-33. En este interesante artículo, la autora analiza otras disposicio-

nacimiento, aunque con diferentes cantidades⁵⁷. En porcentajes diferentes según comunidades autónomas también podemos señalar las deducciones en materia de impuesto de donaciones y sucesiones.

En realidad, lo que ha venido a contemplar la regulación hasta ahora y se ha considerado como políticas familiares ha sido la utilización del sistema tributario como una suerte de herramienta a través de la cual se instrumentalizan las políticas sociales y económicas de la familia⁵⁸, aunque principalmente afectan a las familias numerosas pero de forma limitada, pues las medidas tienen como destinatarias a las familias con un nivel de renta determinado⁵⁹ lo que a todas luces resulta hoy insuficiente.

2.4. Algunas consideraciones sobre las políticas familiares y la protección a la familia desde el periodo constitucional hasta la actualidad

Llegados a este punto creemos importante introducir una consideración que nos permitirá poner en valor y analizar las diferencias entre política familiar, fiscalidad a favor de la familia y protección a la familia, para procurar concretar en recomendaciones específicas el mandato que el art. 39 CE envía a todos los poderes públicos.

La cuestión no es baladí, la infrafinanciación histórica en políticas específicas de protección a la familia en España, especialmente si se comparan con el nivel de protección del resto de los países de la Unión Europea, es “LA” asignatura pendiente de las políticas nacionales de todos los gobiernos desde la época preconstitucional hasta la actualidad. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que en España las políticas familiares son fragmentadas e insuficientes.

Fragmentadas, en la medida en que sufren dependencias autonómicas, estatales y en ocasiones locales⁶⁰, pero carecemos de un marco global que, respetando las competencias autonómicas, finalice con la dispersión norma-

nes y prestaciones que resulta favorecen a las familias numerosas como es el caso de los beneficios por contratación de cuidadores, conservación de situaciones laborales, prestaciones familiares, excedencia por cuidado de hijos ... etc.

⁵⁷ DE LA FUENTE ROBLES, Y. “*La nueva Ley de Protección a las Familias Numerosas. El colofón del Plan Integral ...*”. *Opus cit*, p. 158.

⁵⁸ En el sentido, la STC 19/2012 de 15 de febrero establece que el tributo no es sólo una fuente de ingresos, sino que también puede responder a políticas sectoriales distintas de las puramente recaudatorias.

⁵⁹ PABLOS MATEO, F. “*Protección jurídica de las familias numerosas y monoparentales en materia tributaria*”. *Nueva Fiscalidad*, n.º 1, 2018, p. 158.

⁶⁰ 126/2023. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146>. Así se evidenció en el informe del Consejo de Estado, cuyas recomendaciones convendría considerar en una futura ley de la familia.

tiva⁶¹. Insuficientes, pues la mayoría de las prestaciones relacionadas con la familia son de poco importe, además de que casi siempre están sujetas a la verificación de recursos y ciertas condiciones relacionadas con la estructura familiar.

España carece de una normativa que proteja globalmente la institución familiar salvo y creemos que escasamente, la referida a las familias numerosas, y ello aún cuando la institución familiar en España goza de buena salud, pues el sentimiento de pertenencia y la solidaridad familiares están fuertemente arraigados en nuestro día a día. Cada vez que España o sus ciudadanos atraviesan una crisis económica, social, personal o de cualquier tipo, el papel de la familia es crucial para suavizar los efectos y las personas se refugian en su estructura familiar⁶² y ello aun cuando la tendencia legislativa constantemente precisa la protección hacia los integrantes de la familia, y no a la institución familiar.

El modelo español de apoyo a las familias, que reiteramos, ha sido una de las áreas menos desarrolladas de política social en España, pues la política familiar es casi inexistente, se ha venido centrando principalmente en las necesidades de la familia nuclear con más hijos que la media nacional y, aunque se han ido sumando otras circunstancias como la discapacidad de un hijo, la incapacidad laboral de alguno de los progenitores, la muerte de uno de ellos o la ruptura del matrimonio, no se ha aprobado, de momento, una regulación que proteja integralmente a la familia nuclear, tampoco a la extensiva.

Cierto es que se contemplan algunas deducciones fiscales, pero estas son mínimas y reducidas. Los hogares multigeneracionales brillan por su ausencia en la regulación, no sólo los tradicionales en la sociedad española, con la integración de los ascendientes en el hogar familiar de los hijos, sino nuevas realidades familiares como es, en casos de conflictividad familiar o económica, la integración en el hogar de los ascendientes, de sus hijos con sus descendientes.

Desde los años 80, es decir en los más de 40 años transcurridos desde la aprobación de la Constitución se ha considerado de mayor importancia regular el reconocimiento de los derechos y deberes de las parejas de hecho, la

⁶¹ Como consta en el informe del Consejo de Estado 126/2023, p. 47. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146_Son muchas las objeciones que han formulado las CCAA proyectando que la normativa hoy caducada invadía su ámbito competencial, lo que quizás pudiera derivar en una potencial conflictividad constitucional y en una eventual inconstitucionalidad de la norma.

⁶² OECD (2022), *Evolving Family Models in Spain: A New National Framework for Improved Support and Protection for Families*, OECD Publishing, Paris. (Traducción al Español) https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/familias/otros/docs/00-Completo_revisado_L.pdf, p. 125.

liberalización de las leyes del divorcio y el desarrollo en los derechos del menor. Aunque partir de 2005 se puso el acento en la regulación de las uniones entre personas del mismo sexo⁶³, responsabilidades parentales, custodia y manutención de los hijos y adopción⁶⁴.

A esas alturas y a los efectos del presente análisis, conviene preguntarse cómo afecta ese desarrollo legislativo a la estructura familiar. Especialmente relevante es el avance que se ha producido desde 1984 en la protección del menor, que ha provocado una individualización del estatuto jurídico de los miembros de la familia⁶⁵ y la ausencia en la normativa de la integración de los ascendientes.

En definitiva, aunque el art. 39 de la Constitución envía un mandato a los poderes públicos de protección a la familia en tres aspectos clave, social, jurídico y económico, los poderes públicos se han centrado en la protección económica, quizás más exactamente en el ámbito fiscal y tributario de las familias numerosas, de forma indirecta y absolutamente insuficiente a través de desgravaciones, con escasas aportaciones que quedan limitadas en razón del número de miembros en la familia y de las rentas.

2.5. El Proyecto de Ley de Familias caducado en junio 2023 y el Proyecto presentado en la XV Legislatura. Aciertos y errores

En el mes de abril de la XIV legislatura el Gobierno inicia la tramitación del Proyecto de Ley de familias con expediente 121/0001151⁶⁶, que iba a ser tramitado por el procedimiento de competencia legislativa plena y con carácter urgente. La tramitación de la norma supone un acierto por cuanto pretende, dando cumplimiento a lo prescrito en el art. 39 CE, adaptar el

⁶³ Véase el interesante análisis que al respecto realiza el autor en los dos artículos que citamos en referencia al ámbito nacional y al internacional en DELGADO RAMOS, D. La Constitucionalidad del matrimonio en personas del mismo sexo en España. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 29, 2013, pp. 211-227 y en DELGADO RAMOS, D. Obergefell contra Hodges: La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Revista de Derecho Público*, n.º 99, Mayo-Agosto 2017, pp. 325-356 donde desde un profundo análisis aborda el derecho al matrimonio en parejas del mismo sexo en Estados Unidos

⁶⁴ MARTIN-CASALS, M. y RIBOT IGUALDA, J. *Postmodern family and the agenda for Radical Legal Change* (2008). Ed Atikin. The international Survey of Family Law. Jordan. Bristol. <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/a3b2873d-en/index.html?itemId=/content/component/a3b2873d-en>

⁶⁵ OECD (2022) *Envolving Family models in Spain ...* Opus cit, p. 42.

⁶⁶ [https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=p_publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=\(BOCG-14-A-151-1.CODI\)](https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=p_publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-14-A-151-1.CODI))

ordenamiento a la realidad actual y reforzar las políticas públicas de apoyo a la familia desde una perspectiva integral y no limitada a las familias numerosas.

A tal fin, y como establece el preceptivo informe del Consejo de Estado⁶⁷ la norma incluye numerosas disposiciones orientadas a hacer efectiva esa protección en distintos ámbitos, entre las que cabe destacar la extensión de la renta de crianza de 100 euros al mes a un número de familias con hijos de hasta 3 años, la equiparación de las familias monoparentales con 2 o más hijos a las familias numerosas, la creación de un marco estatal de apoyo a “los primeros 1000 días” de vida de los niños, el incremento de la oferta de plazas públicas en el primer ciclo de educación infantil, o la regulación de nuevos permisos que faciliten la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras⁶⁸.

Ahora bien, la técnica legislativa debiera ser mejorada. El texto incluye excesivos preceptos que a través de verbos como: facilitar, remover, promover, orientar, impulsar ..., suponen la inclusión de disposiciones de carácter programático genérico y excesivamente abiertas que no se sustentan en mandatos concretos y que ya se encuentran implícitamente regulados en el artículo 9.2 CE.

Tampoco contempla para las administraciones que determina competentes, medios adecuados para la consecución de los objetivos. Con nitidez meridiana, la disposición adicional primera establece: “El desarrollo de las medidas, derechos, garantías, servicios y apoyos que se contemplan en la presente ley quedan supeditado a las disponibilidades presupuestarias de las Administraciones competentes”. Para este viaje, no hacía falta alforjas. El mandato del art. 39 CE incumbe a todos los poderes públicos de todos los ámbitos territoriales y también el art. 9.2 CE

De la lectura detenida de la norma que en su mayoría, reproduce el proyecto de ley presentado el 23 de febrero de 2024 con expediente 121/000011 cuyo nivel de coincidencia respecto al texto presentado la pasada legislatura es del 98%⁶⁹, obtenemos la impresión de que una gran mayoría de artículos se aleja de lo que debiera ser su eje principal, la protección a la familia, para

⁶⁷ Dictamen del Consejo de Estado <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146>, p. 33

⁶⁸ La inclusión de los permisos de conciliación venía a ser una suerte de norma de trasposición de la Directiva UE 2019/158, si bien al haber caducado el proyecto y al no haber notificado España las medidas nacionales para la plena trasposición de la norma, ha generado que, la Comisión Europea haya decidido llevar a España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por incumplimiento. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_5372

⁶⁹ Las diferencias más nítidas, se encuentran en las disposiciones finales.

orientarse hacia la regulación de aspectos programáticos que politizan la protección a la familia desde perspectivas ideológicas concretas como la perspectiva de género. La importancia en la precisión de los objetivos de las políticas familiares, tan necesarias hoy, implica huir de formulaciones genéricas que añaden complejidad sin aportar valor.

La inclusión de principios jurídicos indeterminados, o desafortunadas conceptualizaciones como emplear “familias” vs familia, o la falta de mención a las familias numerosas que no sólo supondrá la pervivencia del texto de 2003, también que desaparezca un concepto fuertemente arraigado tanto a nivel social como legislativo⁷⁰ siendo sustituido por el sintagma “con mayores necesidades de apoyo a la crianza”, constituyen un error que debiera ser subsanado, esperemos que en la tramitación del texto en la presente Legislatura.

La indeterminación de algunos de los preceptos que incluye la norma, creemos generarán, como advierte el Consejo de Estado, una quiebra de la seguridad jurídica añadiendo dificultad en su aplicación por su compleja interpretación.

Es el caso de expresiones como: personas individuales junto con sus ascendientes (art. 3.b); parentalidad positiva (art. 17.1.d), entorno afectivo (art. 20.2); abandono escolar temprano (art. 23.5); personas adultas responsables (art. 47) o adversidad temprana (art. 52.3). A modo ilustrativo, el art. 7 establece que: “A fin de que puedan tomar una decisión informada y por tanto con mayor libertad, las Administraciones Públicas competentes deberán facilitar información clara accesible y orientación a aquellas personas que vayan a formar una familia ...” o, cuando en repetidas ocasiones el texto establece “pondrán todos los medios a su alcance” (art. 8.2).

Además, la ley de familia caducada y la presentada en esta legislatura, excluyen una serie de cuestiones que, a nuestro juicio, debieran incluirse. No regulan el papel de los ascendientes, lo que indudablemente supone una contradicción, no sólo con la transposición de la directiva sobre conciliación que hemos mencionado, también porque “olvida” la posible formación de una familia por abuelos y nietos, situación que contrasta con la admisión en el proyecto de las familias monoparentales formadas por una sola persona y sus nietos, o la posible extensión de las medidas del anteproyecto a los núcleos de convivencia no familiares⁷¹, expresión objetada por múltiples sujetos y entidades, por desdibujar el concepto de familia al incluir, impropiamente, a

⁷⁰ La Federación Española de Familias numerosas entregó en el Congreso de los Diputados en el jueves 11 de mayo de 2023 72.528 firmas contra la desaparición de la denominación Familia Numerosa en la ley de familias que estaba en tramitación parlamentaria, sustituyendo la denominación por Familias con mayores Necesidades de apoyo a la crianza.

⁷¹ Así queda reflejado en el informe del Consejo de Estado 146/2023, p. 75.

núcleos de convivencia sin vínculos familiares, situación que debería quedar excluida en una Ley de protección a la familia.

Deberían además reconocer con mayor nitidez, la equiparación entre los progenitores y aquellos que ejercen la tutela, curatela guarda o acogimiento, y por otro, los hijos, hijas y personas sometidas a alguno de los sistemas de protección y sustituir el concepto de unidad familiar por familia.

Las demás cuestiones que debieran ser resueltas afectan a la duplicidad legislativa y a la potencial conflictividad que en algunas cuestiones supone la regulación proyectada en relación con las competencias de las Comunidades Autónomas⁷². Ahora bien, entendemos que muchos de los preceptos se han incluido con la intención de subsanar la fragmentación y legislación sectorial que afecta a la familia con un espíritu compilador, si bien, tal y como advierte el Consejo de Estado puede generar el efecto inverso al no reproducir la regulación existente de manera exacta y completa.

En definitiva, la caducidad de la ley de familias, y la repetición de prácticamente el mismo texto en la presente legislatura, a pesar del informe del Consejo de Estado, esperemos que no supongan una oportunidad perdida para generar un marco que permita impulsar las medidas de protección que merece la institución familiar en el siglo XXI en toda España.

Sentado lo anterior, y aunque la mayor parte de las competencias que afectan a la familia están dentro del ámbito de competencias de las comunidades autónomas e incluso, de las corporaciones locales, sugerimos que en la tramitación de la norma tomen parte los distintos niveles de gobierno y a los proveedores de servicios y las organizaciones en defensa de las familias alineando sus instrumentos políticos, pues el impacto en beneficio de la familia sería mucho mayor.

III. CONSIDERACIONES FINALES

A nuestro juicio es este el momento de regular globalmente la institución familiar sin ideologizar los conceptos, abordando y tratando de dar respuesta a los problemas de las familias españolas del siglo XXI. Esperemos que se aproveche la tramitación actual en esta línea.

⁷² En lo que se refiere al posible conflicto de competencias, sin ánimo de ser exhaustiva y dado que no es posible aplicar la doctrina que establece el Tribunal Constitucional en la STC 1/1982 de 28 de Enero por afectar la ley a otros ámbitos que no se refieren a la ordenación de sectores económicos, sí podría resultar de aplicación la STC 154/2015 de 8 de julio que no invoca como título competencial las disposiciones del art. 149.1.13^a o el art. 149.1.1 a 7^a y 17^a que establece la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en cumplimiento de sus deberes constitucionales.

Los múltiples informes que hemos estudiado en este artículo destacan problemas de enorme trascendencia, tratar cada uno de ellos excedía con mucho las pretensiones del presente trabajo, por tanto, con la intención de contribuir a mejorar la calidad legislativa que debe huir de las formulaciones programáticas, genéricas y excesivamente abiertas, recomendamos que se busque el consenso entre todos los entes implicados y se dejen al margen cuestiones que generen controversia desde un plano ideologizado del ámbito familiar.

La futura ley de protección a las familias debiera resolver dos tendencias legislativas que están afectando negativamente a la institución familiar. La individualización jurídica de los miembros de la familia, frente a la regulación de la familia como institución, y la publicación de la institución familiar. Dos problemas, que convergen en uno y que se hacen patentes en el concepto de familia.

En las últimas décadas la legislación ha potenciado el desarrollo individual de los derechos de los miembros que componen la familia, especialmente los derechos del menor y no de la institución familiar, provocando una suerte de publicación del derecho de familia con una aparente, y a veces real, desposesión de la patria potestad de los padres y, por tanto, una limitación de la subsidiariedad que debe regular las relaciones del Estado con las familias.

A diferencia de lo que establece el art. 39 CE la legislación promueve que el rol del Estado sea de asistencia y protección, en detrimento de la patria potestad. Además, al no desarrollarse políticas públicas en favor de la familia entendida como linaje, los familiares, pero especialmente los abuelos, quedan despojados de su rol tradicional.

La cuestión no es baladí, la conceptualización jurídica de la familia afectará al rol que desempeñan los poderes públicos en relación con la institución familiar, o con sus miembros.

La tendencia legislativa parece dirigirse claramente hacia la consideración de la familia como institución jurídico-pública, lo que supone una tensión entre la autonomía de la voluntad en el seno familiar, reconocida por el art. 27 de la Constitución y el orden público. Como afirman algunos autores, al cumplir la familia funciones troncales para la conformación y desarrollo de la sociedad⁷³, trasciende ésta al núcleo meramente privado y debiera integrarse en el entramado estatal como un agente asistencial y económico más del Estado Social asumiendo acciones de apoyo y protección básica que

⁷³ DE LA FUENTE Y DE LA CALLE, M.J. Reflexiones sobre el Derecho Público de Familia: Homenaje a Encarnación Roca Trías: La jurista que se adelantó a su tiempo. (Coord.) ABAD TEJERINA, P. y ADAN, M. E Madrid. Sepin. 2021, p. 257.

exceden de las obligaciones familiares que establece el Derecho privado⁷⁴. De generalizarse esta segunda perspectiva, a nuestro juicio, se transformaría profundamente la institución familiar pervirtiendo la naturaleza y finalidad de la familiar pues, aunque reconocemos que la familia presta sin duda más apoyo social que ninguna otra organización, no creemos que la familia deba integrarse en el entramado de la organización estatal como una entidad más del Estado Social.

Ni los principales preceptos constitucionales nacionales, ni los textos internacionales dan una definición de la familia, tampoco nuestro Tribunal Constitucional, la familia es lo que es y no requiere ser conceptualizada jurídicamente por responder a su naturaleza, si bien importa al derecho en la medida en que tanto sus miembros como la institución son dignos de protección, y por ello el ordenamiento y los poderes públicos necesitan conocer y regular cuándo existe un núcleo familiar digno de protección.

En definitiva, una futura regulación de la familia debería huir de conceptos programáticos ideologizados y proteger suficientemente los distintos modelos de organización de las relaciones de convivencia de las familias, en el respeto a la doctrina que ha venido desarrollando el Tribunal Constitucional⁷⁵ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ciertamente es que se precisa de una definición armonizada que establezca unos criterios básicos comunes que conceptualicen la familia, al menos a efectos de conceder prestaciones sociales o exenciones fiscales que eviten las diferencias e incoherencias en la legislación actual que generan, en ocasiones, una definición diferente para cada tipo de prestación, pero debe mantenerse el rol asistencial del Estado para proteger lo que una familia es.

Quizás por todas entendemos que puede ser una alternativa lo que afirma la SSTs 320/2011 de 12 de mayo y 740/2013 de 5 de diciembre, cuando sostiene que: "... desde el punto de vista constitucional tiene la consideración de familiar aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales"⁷⁶, si bien a nuestro juicio sería necesario introducir qué supone desde el punto de vista jurídico, un núcleo de convivencia, pues puede dar pie a que de

⁷⁴ DE LA FUENTE Y DE LA CALLE, M.J. Reflexiones sobre el Derecho Público de Familia ... Opus cit, p. 258.

⁷⁵ De entre las sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional en referencia a la familia, podríamos destacar las siguientes: STC 22/1982 de 11 de diciembre, STC 45/1989 de 20 de febrero, STC 154/2008 de 22 de mayo, la STC 198/2012 de 6 de Noviembre, la STC 1/2021 de 25 de enero y la STC 4/2022 de 21 de marzo.

⁷⁶ SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familias y diversidad familiar (A propósito de la Ley de Familias)(1)*. La ley. Derecho de Familia, n.º 38, Abril 2023. Editorial la Ley, pp. 1-24.

aplicarse en sentido literal, un grupo de amigos que vive juntos, pueda entenderse como familia. Podría solventarse fácilmente la confusión, añadiendo núcleo de convivencia familiar.

Respecto a la política familiar que como hemos podido constatar en múltiples ocasiones se confunde con la educativa, lo que en el mejor de los casos sirve para enmascarar la protección a la familia en el concepto general de política social, y en el peor en la celebración de la confusión, que sirve para evitar manifestar una política que no existe en España, creemos necesario, abordar los problemas principales que son: una baja tasa de natalidad que afecta al tamaño de lo que denominaremos familia nuclear (padres e hijos); la dificultad en el acceso a un mercado de viviendas asequible y estable; un mercado laboral débil con altas tasas de desempleo que afecta especialmente a las madres con hijos o, en el mismo grado, el abandono laboral para el cuidado de hijos; atención para el cuidado de miembros de la familia con necesidades especiales, dependientes, menores y mayores; resolver o al menos atender a los niveles de pobreza familiar, que genera un nivel de pobreza infantil superior al de la mayoría de los países de la OCDE, por no mencionar los problemas en el entorno rural de sociedades envejecidas y masculinizadas.

Llegados a este punto somos conscientes de que no se han tratado en el artículo cuestiones de enorme interés que posponemos a un futuro análisis, si bien no queremos dejar de enunciar aquellas que, por su globalidad, tendrán un tremendo impacto no solo en la aplicación de la futura norma sobre la familia, también su eficacia a la hora de proteger esta institución.

Creemos que debiera realizarse el esfuerzo por aclarar la organización de competencias que afecta a la familia (vivienda, educación, sanidad, regulación laboral ...) definiendo con nitidez las responsabilidades entre el Estado, las CCAA y el ámbito local. Recomendamos también contemplar la creación con un mandato claro los órganos de cooperación interministerial e interterritorial y, con la intención subsanar la infrafinanciación de la familia en España que suelen ser relativamente modestas y no son universales debieran aprobarse políticas familiares específicas y que no se limiten únicamente ámbito fiscal o tributario.

Así mismo creemos que en cualquier reforma, pero en esta más si cabe, lo ideal es que las políticas en el ámbito familiar fueran acompañadas de un esfuerzo por monitorizar y evaluar su implementación con la creación de indicadores y una inversión en la estructura de datos. Este enfoque serviría para reducir la politización de los debates en torno a la familia y abordar estas cuestiones, no sólo cuando las políticas aprobadas han sido verdaderamente efectivas, también permitiría detectar los problemas que afectarán a las familias en el futuro.

En definitiva, la importancia de la familia requiere de una acción coordinada y conjunta que ofrezca un apoyo constante desde el nacimiento hasta la

edad adulta para ayudar a que se consigan los objetivos, y superen los desafíos a los que se enfrenta la familia hoy. Fortalecer el bienestar familiar debe ser prioritario en la política familiar, los derechos de la familia están íntimamente relacionados con los derechos del hombre. La familia no es simplemente una suma sistemática de las personas que la integran, la familia es más que la suma de sus miembros considerados singularmente⁷⁷.

IV. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, S. *El concepto de “vida familiar” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Revista de Derecho y Ciencias Penales, n.º 12, 2009. Universidad de San Sebastián (Chile).
- APARICIO CHOFRE, L., *Evolución del derecho de reagrupación familiar en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante la crisis económica y humanitaria*. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derechos, n.º 49 (2023), pp. 376-386.
- BENEDICTO XVI. *La familia*. Altar Mayor N.º 111.2007 (Ejemplar dedicado a XIII Conversaciones en el Valle).
- CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. *“Instrumento de trabajo pastoral sobre persona, familia y sociedad ofrecido a la Iglesia y la sociedad española desde la fe en Dios y la perspectiva del bien común”* (Madrid: Edice, 2023).
- DELGADO RAMOS, D. *La Constitucionalidad del matrimonio en personas del mismo sexo en España*. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, n.º 29, 2013, pp. 211-227.
- DELGADO RAMOS, D. *Obergefell contra Hodges: La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo*. Revista de Derecho Político, n.º 99, Mayo-Agosto 2017, pp. 325-356.
- DE LA FUENTE, Y.; DE LA CALLE, M.J. *Reflexiones sobre el Derecho Público de Familia: Homenaje a Encarnación Roca Trías: La jurista que se adelantó a su tiempo*. (Coord.) ABAD TEJERINA, P. y ADAN, M. E. (Madrid: Sepin. 2021).
- DE LA FUENTE ROBLES, Y. *“La nueva Ley de Protección a las Familias Numerosas. El colofón del Plan Integral de Apoyo a la Familia”*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, n.º 50, 2004, p. 156.
- DIAZ REVORIO, F.J. *“La protección constitucional de la familia. La familia como sujeto de derechos”*. Reflexiones académicas para la elaboración del Plan estratégico de Ayuda a la familia de Castilla la Mancha. 2014.
- DIEZ PICAZO, L. *Familia y Derecho* (Madrid: Civitas, 1984).

⁷⁷ Así lo recoge en 1994 la CARTA Gratissimam Sane del Sumo Pontífice Juan Pablo II a las familias. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/letters/1994/documents/hf_jp-ii LET_02021994_families.html parte de cuyos principios enunciados toma de la Carta a las familias presentada por la Santa Sede en 1983. https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_19831022_family-rights_sp.html

- ELOSEGUI, M. “*La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles*”. Cuadernos de Derecho Transnacional I (Octubre 2022), vol. 14, n.º 2, pp. 375-406.
- FERRER VANRELL, M.^a P. *La familia en la Constitución, evolución del concepto de familia*. Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en las Illes Balears. XXI. Palma de Mallorca ISSN 2254-2525. 2020.
- GARCÍA ESCUDERO, J.M. y GARCÍA MARTINEZ, A. *La Constitución día a día* (Madrid: Congreso de los diputados, 1998).
- GARCÍA ROCA, E. *Familia, familias y derecho de familia*. Anuario de derecho civil, vol. 43, n.º 4, 1990.
- GONZÁLEZ CAMPO, F de A. *El tratamiento procesal del menor*. en Nuevo régimen jurídico del menor coord. Por M.^a V Mayor del Hoyo (Madrid: Thomson Reuters, 2017).
- INFORME. Informe Family Global Compact. <https://familyglobalcompact.org/family-global-compact-home-es/>
- LACALLE NORIEGA, M. *La familia como lugar de integración social. Cuestiones disputadas de la vida en sociedad*. Coord por María Lacalle Noriega. 2006. ISBN 84-96471-26-8.
- LACALLE NORIEGA, M. *Matrimonio, ley natural y bien común*. María Lacalle Noriega. Revista española de Teología, vol. 75, n.º 1, 2015.
- MARIAS, J. y ARAUJO, M. *Política* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989).
- MARTIN-CASALS, M. y RIBOT IGUALDA, J. *Posmodern family and the agenda for Radical Legal Change. The international Survey of Family Law*. Jordan (Bristol: Atkin, 2008).
- OECD. Informe emitido en 2022 “*Evolving family models in Spain. A new national framework for improved support and protection for families*” <https://www.oecd.org/social/evolving-family-models-in-spain-c27e63ab-en.htm>
- PABLOS MATEO, F. “*Protección jurídica de las familias numerosas y monoparentales en materia tributaria*”. Nueva Fiscalidad, n.º 1, 2018.
- PERIS CANCIO, J. A. *Diez temas sobre los derechos de la familia. La familia garantía de la dignidad humana* (Madrid: Eunsa, 2002).
- PIZARRO MORENO, E. *El interés superior del menor, nuevo canon del derecho de familia*. Revista de derecho de familia 100 (jul.-sept.), 2023, pp. 85-102.
- RAMON FERNANDEZ, F. *La monoparentalidad derivada de la violencia de género: Análisis de la cuestión*. Revista sobre la infancia y la adolescencia, 16. Abril 2019, pp. 14-28.
- ROCA TRIAS, E. “*Familia, familias y derecho de la familia*”. Anuario de derecho civil vol. 43, n.º 4, 1990.
- RODRIGUEZ RODRIGO, J., *Orden público europeo en el Derecho de familia*. Anuario español de Derecho Internacional Privado, n.º 21, 2021, pp. 305-326.
- SALAR SOTILLOS, M.^a J. *La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, n.º extra-8, 2, 2018.
- SERRANO TRIANA, A. *La protección familiar en la perspectiva del derecho público*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 66, 1982, pp. 23-50.

- SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familias y diversidad familiar (A propósito de la Ley de Familias)(1)*. La ley. Derecho de Familia, n.º 38. Abril 2023. Editorial la Ley, pp. 1-24.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. “*La familia numerosa: Apuntes desde una perspectiva laboral a la luz de la ley 40/2003*”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n.º 6, pp. 1-33.
- VILA RAMOS, B. “*Tratamiento constitucional del menor*”. España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas / coord. por GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E.; RUBIO NUÑEZ, R. y PENDÁS GARCÍA, B. (dir.), vol. 3 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018).
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2017). *El derecho de la persona del menor de edad: Hacia una disciplina autónoma desde el Derecho Civil. En Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*. Cabedo Mollo. V y Ravetllat Ballesté I (Madrid: Tirant lo Blanch 2016).