

# Familias diversas y sus derechos

Mónica Oltra Jarque. Abogada.



**Jornadas de familias homoparentales**  
**Familias diversas,**  
**familias con derechos**  
Madrid, 17 y 18 de diciembre de 2004



# Índice

1. Cambios sociales vs. Cambios jurídicos. La asincronía.

2. El marco jurídico.

2.1 La Constitución española

2.2 Las leyes de ámbito estatal

2.3 Las leyes de ámbito autonómico

2.4 Las leyes de ámbito internacional

2.5 El interés superior del menor

3. Nuevas perspectivas

4. A modo de conclusión

## 1. Cambios sociales vs. Cambios jurídicos. La asincronía.

En los últimos años se han producido grandes cambios tanto en la composición, como en la estructuración social. Esto ha afectado de manera muy acusada a la familia o mejor sea dicho: a las familias. En apenas 30 años hemos pasado de la familia tipo formada por matrimonio de hombre y mujer, hijos –más de tres-, y algún o algunos ascendientes conviviendo en el núcleo familiar a una multiplicidad de tipos familiares.

La familia tradicional tipo retratada en la serie televisiva *“Cuéntame como pasó”*, que era el patrón de familia mayoritario que convivía con tipos de familia monoparentales o reconstruidas a causa de viudedad (éstas últimas con bastante incidencia según los períodos históricos, piénsese por ejemplo en la posguerra); ha dado paso a múltiples tipos de familia tan distintas de la tradicional como diversas entre sí. Sin ánimo de ser exhaustiva y sólo a efectos de ejemplo –dado que este tema lo habrán abordado durante estas jornadas, con más profundidad y sabiduría los profesionales de la sociología y la psicología- podría enumerar distintos tipos de familia nuclear que conviven hoy por hoy en nuestra sociedad.

### **Familias sin hijos:**

- ?? Formadas por un hombre y una mujer, dos hombres o dos mujeres sin vínculo matrimonial.
- ?? Formadas por un hombre y una mujer con vínculo matrimonial.

### **Familias con hijos:**

- ?? Familias monoparentales, formadas por padre o madre viudos, separados o divorciados e hijos/as.
- ?? Familias monoparentales formadas por mujeres que han emprendido la maternidad en solitario.
- ?? Familias monoparentales por padres que han emprendido la paternidad en solitario mediante una madre de alquiler en el extranjero.
- ?? Familias de hombre y mujer con vínculo matrimonial y sus hijos comunes.
- ?? Familias de hombre y mujer sin vínculo matrimonial y sus hijos comunes.
- ?? Familias reconstituidas de hombre y mujer, dos hombres o dos mujeres sin vínculo matrimonial con hijos no comunes sino de relaciones anteriores, puede aportar hijos uno/a o ambos convivientes.

- ?? Familias reconstituidas con nuevo vínculo matrimonial de un hombre y una mujer con hijos no comunes sino de relaciones anteriores, puede aportar hijos uno/a o ambos convivientes.
- ?? Familias de dos hombres con hijos adoptado por uno de ellos pero constante la pareja.
- ?? Familias de dos hombres con hijos biológicos de uno de ellos, pero no de relaciones anteriores sino por madre de alquiler en el extranjero.
- ?? Familias de dos mujeres con hijos biológicos, de una de ellas o de ambas engendrados constante la pareja o con hijos/as adoptados individualmente por una o ambas por separado.

Evidentemente la cantidad de posibilidades que se han enumerado no significa que todos los tipos de familia tengan la misma incidencia social. Algunas tienen mucha incidencia social, otras tienen menos, otras casi nula, de algunas no tenemos datos fiables..., pero desde el punto de vista del derecho, que es el que ahora nos ocupa, todas deben o deberían tener la misma consideración.

Sólo hemos enumerado a modo de ejemplo y ya salta la vista el número de familias diversas que coexisten en nuestra sociedad. Seguro que no están todas y, desde luego, la sociedad no sólo se estructura en familias. No podemos obviar el incremento cada vez mayor de ciudadanos y ciudadanas que no optan por ninguno de los modelos de familia. Prefieren la vida en solitario.

A este respecto conviene traer a colación la reciente encuesta del Instituto Nacional de Estadística sobre los cambios en la composición de los hogares entre 1991 y 2001. Es de señalar que estamos hablando de un período muy reciente y relativamente corto, lejos ya de los tiempos de la familia *"cuéntame"*. Pues bien, los hogares unipersonales, es decir, los que no optan por ningún tipo de familia, se han incrementado en el decenio referido un 81,9%. Sin embargo, la familia de corte tradicional con tres hijos o más, ha descendido un 41,7%. Las parejas de hecho se han incrementado en un 155%. También aumentan significativamente las personas de avanzada edad que viven solas (un 160% los mayores de 85 años) lo que consolida la apuesta de nuestra sociedad por la familia nuclear, frente al modelo anterior en que los ascendientes dependían de los hijos. Decrece el número de habitantes por hogar, consolidándose a su vez la bajada de la natalidad.

Muchos son los factores que producen estos cambios. De índole económica, el aumento de la renta, de construcción de cotas de bienestar que permiten la emancipación de nuestros mayores; pero también de otra índole como los cambios en la cultura colectiva, la europeización de nuestras costumbres, el establecimiento de un estado de derecho que garantiza libertades públicas, la menor influencia de poderes fácticos como la Iglesia

Católica en el Estado, la mayor esperanza de vida, etc. Como vemos las causas pueden muy diversas, pero nos centraremos en los cambios legislativos.

Efectivamente el establecimiento de un estado de derecho que garantiza a sus ciudadanos y ciudadanas, derechos y libertades, ha hecho avanzar a pasos agigantados nuestro ordenamiento jurídico. Normalmente, se dice, que el derecho va a remolque de la sociedad, que va por detrás la norma que el hecho. Esto no siempre es así. La realidad social y el derecho se condicionan mutuamente, y a veces va más rápida la sociedad que el derecho pero, a veces, también es al revés. En el momento actual seguramente ha ido por delante la aceptación social mayoritaria del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo o del divorcio sin previa separación, que el propio derecho. Así al menos lo han avalado las encuestas del CIS. La sociedad ha avanzado en el ámbito civil y en los valores de tolerancia y respeto, mucho más de lo que el legislador de estos años estaba capacitado y dispuesto a asumir. Esto explica que las leyes en este momento sean fruto de, más que una demanda, un clamor popular.

Sin embargo si hablamos de 1981 y la reforma del Código civil que entre otros, introdujo el divorcio en el ordenamiento jurídico, ya no es tan claro que la aceptación social fuera mayoritaria. Seguramente en aquel momento fue por delante el legislador a la sociedad. Claro está, que en aquel momento las fuerzas políticas que componían el Parlamento, dieron ejemplo de clarividencia y responsabilidad colectiva.

En resumen, resulta apasionante el momento actual porque los cambios legislativos que se han puesto en marcha, van a producir una serie de cambios sociales y a su vez otra serie de reformas legales, que nos situarán a la vanguardia en cuanto a protección y extensión de los derechos civiles en el nivel internacional.

## **2. El marco jurídico.**

No hay una ley que defina la familia. Las definiciones de familia se dan en el ámbito de la sociología. Esto ha sido y es, una ventaja a la hora de reivindicar la igualdad entre los modelos familiares y la obligación de los poderes públicos de dar protección a todos ellos por igual.

### **2.1. La Constitución Española de 1978**

Si analizamos el marco jurídico que afecta más estrechamente a la familia empezaremos por la Constitución Española de 1978. Destacaría respecto del tema que nos ocupa cuatro artículos constitucionales: el artículo 10, el artículo 14, el artículo 32 y el artículo 39.

#### *Artículo 10*

- 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherente, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*
- 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

#### *Artículo 14*

*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social.*

#### *Artículo 32*

- 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*
- 2. 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.*

#### *Artículo 39*

- 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 que legalmente proceda.*
- 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

De los artículos citados cabe destacar lo siguiente. En el artículo 32 no hay una definición de matrimonio, ni hay una definición de familia en el artículo 39. Esto no es casualidad. El constituyente no quiso encorsetar un realidad que intuía cambiante y prefirió una formula de marco en el que cupieran realidades más diversas.

Otro acierto de gran valor es el establecimiento del matrimonio como derecho de configuración legal, de suerte que el actual cambio legislativo para posibilitar los matrimonios entre personas del mismo sexo encaja perfectamente en el actual marco constitucional, por cuanto el matrimonio no se define ni por el diccionario, ni por la etimología, ni por la tradición, ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia, es la ley la que dice quién puede casarse y en qué condiciones, muy a pesar de los detractores del actual proyecto para igualar los derechos de gays y lesbianas en lo referente a la posibilidad de contraer matrimonio.

El artículo 39 además de establecer la obligación de los poderes públicos a proteger la familia, elimina las hasta entonces discriminaciones por razón de filiación, establece la protección de los hijos y de las madres. De esta manera protege la realidad que hoy conocemos como familias monoparentales que en su gran mayoría entonces y hoy están compuestas por mujeres y sus hijos/as y que entonces se denominaban madres solteras.

Asimismo, otorgando a los menores los derechos de los tratados internacionales –en ese momento no hay tratados específicos- el texto constitucional se adelanta a lo que será la Convención de Derechos del Niño de 1989 de Naciones Unidas, que vio la luz diez años después del Año Internacional del Niño, que consagra el principio general del bien superior del menor que posteriormente ha informado todo el ordenamiento jurídico, concretamente las normas que versan sobre la protección de la infancia.

Por lo tanto, en muchos sentidos la Constitución se avanza a su tiempo, razón por la cual en estos temas, es perfectamente actual y moderna.

La jurisprudencia constitucional también ha confirmado la interpretación amplia de familia, frente a un único modelo tradicional. Así citamos

*Cuando nuestra Constitución proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica o jurídica de la familia no constriñe este concepto, en términos exclusivos y excluyentes, a la fundada en el matrimonio, debiendo subsumirse también en el mismo la familia de origen no matrimonial (Sentencias Tribunal Constitucional 74/1997, de 21 de abril y 116/1999 de 31 de mayo).*

*El concepto constitucional de familia también incluye, como es obvio, relaciones sin descendencia (Sentencias Tribunal Constitucional 222/1992 de 11 de diciembre y 116/1999 de 17 de junio).*

*Las uniones libres aunque están carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza y así se desprende de la lectura de su artículo 32 en relación al artículo 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado por el matrimonio, como por la unión de hecho (Sentencia Tribunal Supremo Sala 1ª, de 18 de mayo de 1992).*

Asimismo la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo ha consagrado la legitimidad de otorgar consecuencias jurídicas diferentes a supuestos fácticos de naturaleza distinta, sin que esto constituya discriminación, refiriéndose a las uniones matrimoniales en comparación con las de mero hecho. Este argumento ha venido a reforzar la idea de la necesidad de ampliar el derecho al matrimonio a dos personas del mismo sexo, so pena de producir en caso contrario la discriminación proscrita por nuestro ordenamiento jurídico.

## **2.2. Las leyes de ámbito estatal**

Sometemos a análisis ahora las leyes que han influido en la actual estructuración social y el camino hacia unos tipos de familias cada vez más diversos.

### **?? Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio**

Esta ley comúnmente conocida como ley del divorcio, ha sido calve en los cambios de las familias a los que ahora asistimos. Con ella se le dio rango de ley a los derechos constitucionales que hemos visto más arriba en cuanto al matrimonio, la posibilidad de disolverlo, la filiación y la proscripción definitiva de la discriminación por razón de nacimiento. La familia tenía que ser un vínculo y un modelo elegido y no impuesto, basada en valores como la igualdad y la libertad.

### **?? Ley 21/1987 de modificación de determinados artículos del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción**

Esta ley modernizó la vieja institución de la adopción adaptándola a las nuevas doctrinas internacionales, regulando la adopción no como un derecho del adoptante sino del adoptando, y estableciendo por encima de cualquier otra consideración el bien superior del menor, sobre lo cual volveremos más adelante. Por otro lado, permitió la adopción individual, o en pareja matrimonial o no matrimonial, pero formada por hombre y mujer (Disposición adicional 3ª de la Ley). Si bien el legislador



no quiso permitir la adopción en pareja por homosexuales, manteniendo así la discriminación secular por razón de orientación sexual, la posibilidad de adopción individual abrió la puerta a adopciones por un solo miembro de la pareja, pero que en la práctica se conformaba como una familia homoparental. De esta manera, se ha producido una gran escisión entre la realidad social y la realidad jurídica que se ha mantenido hasta nuestros días. A su vez ha provocado un silencio sobre las situaciones familiares reales, de modo que hoy en día ni siquiera disponemos de datos sociológicos sobre la incidencia homoparental. Esto, sin entrar a evaluar lo que conlleva de obstáculo al libre desarrollo de la personalidad, a optar en libertad por la familia que se desea y elige, a mostrar públicamente el propio modo de vida y sentirse orgulloso de él, etc. Esta situación ha sido un gran obstáculo para la visibilidad y en consecuencia para la aceptación social. Pero lo más negativo de esta discriminación es la situación de desamparo en que quedan los menores al no establecerse ningún vínculo jurídico con la parte de la pareja no adoptante, que, si bien ejerce las funciones de progenitor/a, en caso de incapacidad o fallecimiento del adoptante, al menor se le niega el derecho a dicho vínculo, vulnerando así el interés superior del menor.

#### **?? Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

Esta ley nos interesa, al margen de las cuestiones científicas y técnicas que establece, por la posibilidad que ha abierto a todas las mujeres casadas o no a optar por técnicas asistidas de reproducción. Dos son las cuestiones clave que suponen un avance de nuestra sociedad: no se exige estar en pareja ya sea ésta matrimonial o de hecho, pero heterosexual (en otros países de nuestro entorno esto sí se exige, no se permite la reproducción individual) y no se exige esterilidad o infertilidad para poder hacer uso de dichas técnicas.

Al igual que en el caso anterior, si bien no se permite en el caso de parejas del mismo sexo, mujeres (dado que nuestra legislación no permite la posibilidad de las madres de alquiler), someterse a estas técnicas como pareja con todas las consecuencias de filiación compartida del hijo/a, lo cual sí se permite a parejas heterosexuales (piénsese la esterilidad masculina, por ejemplo), la opción individual ha sido nuevamente la vía utilizada para hacer realidad los anhelos de maternidad y de ampliar la familia. Al igual que en el caso anterior una reproducción asistida a una de las componentes de la pareja no impide que ambas sean las progenitoras funcionales del menor. Sin embargo, como en el caso anterior se condena a una situación de desprotección y desamparo al menor en el caso de fallecimiento o

incapacidad de la madre biológica y a perder en el mismo momento a ambas madres.

Hasta aquí la enumeración sucinta de las leyes estatales más influyentes de los últimos años y que han contribuido de manera sustancial a los cambios sociales en la estructura familiar que veíamos al principio.

### **2.3. Las leyes de ámbito autonómico.**

Junto a las leyes estatales que tienen carácter de básicas, convive todo un entramado de legislación y normativa infralegal autonómica, imposible de querer plasmar en un documento como este y un tiempo que nos constriñe. Dado que la protección de menores es una competencia autonómica la dispersión es considerable. También hay que destacar el abuso de la normativa infralegal e, incluso, infraleglamentaria con la que nos encontramos en estos temas, en concreto y exageradamente, en el tema de la adopción.

Sólo tres Comunidades Autónomas permiten la adopción en pareja por personas del mismo sexo. Todas ellas tienen derecho foral lógicamente. Son: Euskadi, Navarra y Aragón.

Del resto de comunidades autónomas dos de ellas, Castilla la Mancha, en su Ley del Menor y la Comunidad Valenciana en su Ley de la Infancia, proscriben la discriminación por razón del núcleo familiar de los o las adoptantes. En la práctica no puede sustanciarse este principio al carecer ambas comunidades de derecho foral y estar sometidos al derecho común.

Asistimos pues a una quiebra en la igualdad de derechos que se tienen en unas comunidades autónomas y en otras no. Por otro lado se presenta un problema de seguridad jurídica, precisamente por la dispersión normativa y el abuso de normativa infralegal. Muchas de las normas que se aplican en punto a la adopción, ni siquiera se pueden rastrear en los diarios oficiales de la comunidad autónoma respectiva, sino que aparecen en guías, son criterios no escritos, etc. Esto afecta a las parejas heterosexuales en este momento, pero sin duda se acrecentará cuando las parejas de gays y lesbianas accedan a la adopción mediante la unión matrimonial. Las arbitrariedades que se producirán, sin lugar a dudas, ayudarán a clarificar el panorama normativo y a hacer compatible el bien superior del menor con los derechos y garantías de los o las adoptantes.

### **2.4. Las leyes de ámbito internacional**

Hemos de citar aquí la Convención de Derechos del Niño de 1989 de Naciones Unidas a la que ya hemos hecho mención con anterioridad y el Convenio de La Haya de 29 de mayo de

1993, ratificado por España en fecha 27 de marzo de 1995 y en vigor desde el 1 de noviembre del mismo año, inspirado en el Convenio de la Naciones Unidas.

También es importante la producción normativa referente a protección genérica de la familia de la Unión Europea, pero por su extensión no vamos a glosarla aquí. Si merece la pena destacar la propuesta del Tratado Constitucional en el que explícitamente se prohíbe la discriminación por razón de orientación sexual.

## **2.5. El interés superior del menor**

Este principio general que nace desde la mencionada Convención de Derechos del Niño de 1989, es un bien jurídico indeterminado y, como tal, cargado de subjetividad. Aunque todos y todas podamos coincidir con el enunciado, con las prácticas derivadas de dicho principio a veces hay discrepar profundamente.

Podríamos explicar el legítimo interés superior del menor definido como lo hace Grosman cuando señala que:

*“es un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal “interés” en concreto, de cuerdo con las circunstancias del caso”*

*“debe constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño”*

*“frente al presunto interés de un adulto debe priorizarse el del niño”*

*“se presenta como el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por si mismo”*

*“descubrimos en esta pauta una orientación que no es un simple consejo o una mera recomendación, sino una norma jurídica con fuerza normativa para tener aplicación en cuanto ámbito deba funcionar eficazmente: al legislar, al administrar, al juzgar y, a la vez, en el área de las relaciones entre particulares”*

Si bien de acuerdo con los enunciados, no podemos obviar la realidad de que en muchos casos, sobre todo por la falta de seguridad jurídica, el interés superior del menor, se convierte en el refugio de los prejuicios e intento de imponer los valores propios, de los que

toman las decisiones sobre la vida de los demás. Lo afirmado se confirma cuando asistimos a cambios legislativos que no tienen en cuenta el tan manido interés superior del menor y no precisamente en las leyes sociales, sino en otras más trascendentales en la vida de los menores. Tenemos una asignatura pendiente. Crear un marco normativo que haga compatible el interés superior del menor, con los derechos, las garantías y el respeto a la forma de vida elegida por los adultos, es un reto de todos, y de todas.

### **3. Nuevas perspectivas**

Ciertamente como se decía al principio el momento actual es apasionante, pero también muy esperanzador. Los cambios legislativos en marcha y anunciados, van a traer consigo varias consecuencias:

- ?? Principio del fin de la discriminación jurídica por razón de orientación sexual.
- ?? Extensión de la proscripción de la discriminación por razón de nacimiento, equiparando los derechos de los hijos/as independientemente de su filiación de los hijos de las familias homoparentales con el resto de niños/as.
- ?? Mayor protección de los menores de las familias homoparentales a través de la posibilidad de contraer matrimonio y la adopción conjunta.
- ?? Posibilidad de regularizar las situaciones ya existentes de familias homoparentales, mediante la adopción del hijo de la pareja, después de contraer matrimonio.
- ?? Promulgación de normas que acaben con la dispersión normativa y la inseguridad jurídica.
- ?? Respeto social a través de la normativización. Si es ley es normal.
- ?? Mayor visibilidad y fiabilidad de datos sociológicos.
- ?? Probablemente mejores posibilidades para los adoptandos.

Evidentemente quedarán pendientes otras reformas:

- ?? La necesidad de una ley estatal de uniones de hecho, que ya ha sido anunciada, y que acabe con la dispersión y las situaciones de desigualdad, que permita el acceso a la adopción conjunta de pajas homosexuales.
- ?? Mandato a las comunidades autónomas para que establezcan una carta de derecho y garantías de los adoptantes, profesionalización y objetivización de los baremos.
- ?? Modificación de la ley de reproducción asistida de manera que en el caso de matrimonio o pareja de hecho homosexual se requiera la autorización del cónyuge o conviviente, compartiendo la filiación, independientemente del hecho biológico.

Estas son sólo algunas de las consecuencias que se avecinan, enumeradas de manera esquemática para servir de base al debate. Seguro que habrá más.

### **3. A modo de conclusión**

Resumiendo, vamos a ahondar en el cumplimiento de los derechos consagrados en nuestra Constitución; vamos a profundizar en los principios de la igualdad y justicia social; vamos a dar mayor protección a nuestros menores, haciendo cumplir mejor el mandato del bien superior del menor y vamos a revertir situaciones que redundarán en beneficio de toda la sociedad no solo del colectivo homosexual, al igual que en su día la incorporación de las mujeres al la vida laboral mejoró la situación también de los varones.

No obstante, la conclusión más importante a sacar es que cuando se aprueben definitivamente los cambios legislativos en trámite, se va a mejorar nuestra calidad de vida y la de nuestros hijos e hijas y nos van a hacer más felices, que es en definitiva de lo que se trata.