

EL MARCO GENERAL DE INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO PERSONAL Y FAMILIAR

THE GENERAL FRAMEWORK OF EUROPEAN INTERVENTION IN THE AREA PERSONAL AND FAMILY

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

Profesor de Derecho administrativo de la UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN ¿ESTÁ JUSTIFICADA LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS PARA REGULAR EL ÁMBITO PERSONAL Y FAMILIAR? II. LA FAMILIA EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES. III. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. UNA CONCEPCIÓN ABIERTA. LA APLICACIÓN DIRECTA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE VELAN POR LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS. IV. LA FAMILIA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN: 1. La familia en los Tratados de la Unión Europea. 2. La familia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La liquidación de las relaciones jerárquicas horizontales (hombre y mujer) y verticales (padres e hijos). 3. La familia en el Derecho derivado de la Unión Europea. V. CONCLUSIONES. LA LARGA MARCHA HACIA LA LIBERTAD PLENA EN LAS RELACIONES PERSONALES.

I. INTRODUCCIÓN ¿ESTÁ JUSTIFICADA LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS PARA REGULAR EL ÁMBITO PERSONAL Y FAMILIAR?

La Unión Europea se parece cada vez más a una hidra insaciable cuyos tentáculos llegan hasta los más recónditos rincones de la sociedad europea. Si los fundado-

res de la Unión Europea vivieran en nuestros días se asombrarían de la expansión creciente del Derecho de la Unión y, en particular, de su penetración en ámbitos en los que hasta hace pocos años nadie hubiera creído que pudiera llegar. Uno de esos ámbitos es el personal y familiar que hasta hace pocas décadas ha sido privativo de los Derechos nacionales y, acaso, del Derecho internacional; particularmente en lo relativo a la protección de los menores.

Pues bien, antes de abordar el objeto principal de este trabajo considero conveniente hacer mención a un asunto que todavía, en nuestros días, se considera indiscutido: el de la competencia de los Estados miembros para intervenir en el ámbito personal y familiar. ¿Está justificada la intervención del Estado en el ámbito personal y familiar? ¿Acaso podemos pasar por alto este tema? No lo creo, particularmente en un ámbito como el universitario, que debe ser siempre reflexivo, en el que no se debe aceptar la existencia de dogmas indiscutibles.

En Occidente alardeamos de ser abanderados de la libertad y, sin embargo, la libertad está en grave peligro: nunca ha dejado de estarlo. Como ejemplo el asunto que nos ocupa: todas las legislaciones occidentales intervienen, algunas desde tiempo inmemorial, en los ámbitos personal y familiar y, dichas intervenciones, no se producen casi nunca para proteger dichos ámbitos de la intervención de los poderes públicos, sino que la intervención tiene por finalidad configurarlos, definiendo dichos ámbitos, trasladando a los mismos concepciones ideológicas determinadas. Así, no solo se exige que las personas, en su vertiente de ciudadanos, aceptemos unas reglas del juego social, sino que los poderes públicos y las religiones de todas las latitudes han dispuesto cómo tenemos que ser y cómo debemos estar en nuestro ámbito privado o privadísimo.

No es empresa fácil la de cobrar conciencia de las limitaciones que los poderes públicos ponen a la definición de nuestro ámbito personal: la intervención de los poderes públicos en la intimidad de las personas es tan antigua como el Derecho mismo. Asombra comprobar dicha injerencia en el ámbito personal y familiar desde la Edad Media, como atestiguan entre nosotros desde las normas contenidas en la *Novísima Recopilación* hasta nuestros días. No voy, sin embargo, a remontarme tan atrás, pues no es ese mi objetivo en este trabajo, sino tan solo resaltar algunas injerencias con trascendencia política en las últimas décadas. Así, por ejemplo, las mujeres en España no tuvieron derecho a votar en elecciones generales hasta la Segunda República. Numerosos juristas, también progresistas, justificaban tales limitaciones como consecuencia de la subordinación de las mujeres a los hombres. Se pensaba por no pocos que, en la inmensa mayoría de los casos, otorgar el voto a la mujer suponía otorgar dos votos a los maridos (o a los padres), en particular en el medio urbano. Pero, aunque la libertad de las mujeres fuera algo quimérico en tiempos de la Segunda República, resulta difícil justificar, e incluso entender, la oposición al voto de la mujer por tantos prohombres españoles.

Las mujeres españolas, hasta la reforma del Código Civil de 1975 adquirían la mayoría de edad plena a los 25 años, mientras que los hombres la adquirían a los 21. Y hasta las dos grandes reformas del Código Civil de 1981, en que tuve el

honor de participar activamente desde el Ministerio de Justicia, la mujer casada era tratada como una menor tutelada siempre por su marido. Para equiparar la mujer al hombre, y los derechos de todos los hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio, fue necesario modificar alrededor de dos centenares de artículos del Código Civil.

No cabe duda de que desde los inicios de la transición a la democracia existían voces que pedían la aplicación inmediata de la Constitución, en que se consagra la igualdad del hombre y la mujer, pero no era un clamor social. El legislador lejos de anticiparse cuando se decidió, en 1981, desarrollar la Constitución llegaba tarde. Pero es el caso que para grandes sectores conservadores de la población española lo que estábamos haciendo quienes teníamos la responsabilidad de aplicar la Constitución, al llevar a la práctica la igualdad formal de hombres y mujeres en el Código Civil, era desvertebrar la familia y la sociedad española. Y no les faltaba razón, pues estábamos desvertebrando un tipo de sociedad de sesgo patriarcal incompatible con la Constitución, entre otras cosas¹. O, si se prefiere, acomodando las normas a una realidad social emergente en España, aunque tardía en relación con nuestros vecinos europeos. Es decir, estábamos adoptando un tipo de intervención material en el ámbito personal equiparable a la de nuestros vecinos europeos: intervención necesaria para enmendar intervenciones anteriores del Estado y de la Iglesia Católica, pero, a la postre intervención del Estado en el ámbito personal y familiar.

Las desigualdades entre las personas en nuestra sociedad no se limitaban a las relaciones entre hombres y mujeres al inicio de la era democrática. El trato desigual alcanzaba hace no muchos años a los homosexuales, a las lesbianas, a los discapacitados y a los dependientes, como una modalidad de estos últimos, y solo tardíamente, varias décadas después de promulgada la Constitución, se ha afrontado el trato discriminatorio que se había dispensado a dichos colectivos de modo injustificado.

Este trabajo vamos a centrarlo en la familia, concepto éste en extremo poliédrico. Se trata de un concepto-realidad en permanente evolución², objeto de regulación (y de protección) en distintos niveles normativos que no son coincidentes.

¹ El que suscribe fue Secretario General Técnico y posteriormente Subsecretario del Ministerio de Justicia durante la tramitación parlamentaria de la 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 o divorcio y de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

² LATHAM, *Descriptive Ethnology*, 1859; BACHOFEN, *Derecho materno*, 1861; E. B. TAYLOR, *Researches into the Early History of Mankind*, 1865; L. H. MORGAN, *Systems of Consanguinity and Affinity*, 1871, *Ancient Society, or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery, through Barbarism to Civilization*, 1877; F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, 1884; MACLENNAN, *Primitive Marriage* en *Studies in Ancient History*, 1886; B. GIRAUD-TEULON, *Orígenes du mariage et de la famille*, 1884; BANCROFT, *The native Races of the Pacific Coast of North America*, 1885; LUBBOCK, *Origin of Civilization*, 1884; LETOURNEAU, *Evolution du mariage et de la famille*, 1888; KOVALEVSKY, *Cuadro de los orígenes y de la evolución de la familia y de la propiedad*, Estocolmo, 1890.

En efecto, el concepto «familia» en todo tiempo y espacio se ha caracterizado por corresponderse a realidades coincidentes; algo diferentes; muy diferentes; o totalmente diferentes. Las diferencias entre unas y otras concepciones de la familia pueden llegar al extremo de que sus contenidos no tengan otra semejanza que la denominación común. Todas las culturas han tenido realidades organizativas u organizaciones sociales que pueden denominarse familia. Así, existen familias desde en las culturas tribales hasta en las sociedades más desarrolladas. Y, en estas últimas se aprecia en la actualidad la existencia de familias extensas, pasando por familias nucleares y hasta familias monoparentales³.

El concepto familia tiene tal atractivo, tal poder evocador, que se aplica a agrupaciones o asociaciones de personas o de ideas de la más diversa naturaleza: así se habla formal o informalmente de familias políticas, familias económicas, familias culturales, familias universitarias, familias delincuenciales, etc. Si tuviéramos que establecer un rasgo común a todas las que se denominan familias este sería el de que sus miembros mantienen *relaciones especiales* claramente diferentes de cualquiera otro tipo de relación personal, jurídica o social.

Y lo que nos importa destacar en este lugar es la persistente regulación de la familia en el mundo occidental, particularmente condicionada por las Iglesias cristianas que optaron por la familia monogámica, que fue incorporada a las legislaciones de los Estados europeos, tanto en los textos de naturaleza civil como en los textos penales que califican como delictivas cualquier desviación sobre el modelo de familia monogámica. En Europa, en los últimos siglos, no ha existido libertad de las personas para que organizaran sus relaciones digamos «familiares» (yo preferiría denominarlas relaciones en su esfera íntima, o relaciones personales). Y la cuestión que nos planteamos en este trabajo es la de si esa falta de libertad persiste en la actualidad, o por el contrario, la libertad se ha abierto paso en este ámbito. Para esta averiguación haremos un recorrido por los textos internacionales más significativos y los compararemos con el texto de la Constitución y con el Derecho de la Unión Europea, lo que nos permitirá concluir cuál sea el estado de la libertad para organizar las relaciones personales en nuestro tiempo.

II. LA FAMILIA EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

Resulta conveniente comprobar cómo se ha ido fraguando el concepto de familia en el mundo occidental en la *era de los derechos fundamentales*. En primer lugar, la *Declaración Universal de Derechos del Hombre* (a partir de ahora también Declaración Universal), hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1948 establece en su artículo 16.3 que «La familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». Al margen de

³ Tiene interés el trabajo de S. DEL CAMPO, «Matrimonios y tipos de familia», en *Inmigración, familia y derecho* (J. V. GAVIRIA SÁNCHEZ, coord.), Marcial Pons, 2011.

lo discutible de considerar a la familia un «elemento» (sería más preciso referirse a «agrupación» e incluso a «organización social» u «organización básica»), es también discutible su carácter natural. Más bien sería el origen y evolución de la familia de naturaleza cultural⁴. Justamente, la calificación de la familia occidental, que es a la que se refiere la Declaración Universal, como elemento «natural» es causa principal de las dificultades que se aprecian en los textos internacionales para dar entrada en los mismos al principio de libertad en las relaciones «familiares». Pero, dejando a un lado estas consideraciones, sobre las que volveremos más adelante, nos interesa destacar la consideración de la familia como un elemento u organización que merece una doble protección, de la sociedad y del Estado en la Declaración Universal, texto que, pese a sus deficiencias, da nacimiento a una nueva etapa de la humanidad en que los derechos fundamentales cobran una posición principal.

La protección de la sociedad a que se hace referencia en la Declaración Universal (algo bien diferente a la protección social) es difícil de articular. La sociedad se organiza políticamente con forma de Estado o de otras organizaciones políticas, sub o supra-estatales, que tienen atribuidos los poderes normativos primigenios o derivados, de modo que la protección que puede suministrarse a la familia tiene su origen en las instituciones políticas.

Por otro lado, en lo relativo al matrimonio, la Declaración Universal se pronuncia en el sentido de proclamar que: «Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia». Además, proclama que para contraer matrimonio los futuros esposos deben prestar libre y pleno consentimiento. Es más, la Declaración Universal establece que los hombres y las mujeres disfrutarán de iguales derechos al contraer matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Resultan indubitadas las líneas maestras de la Declaración Universal: los hombres y mujeres tienen derecho a contraer matrimonio a partir de la edad núbil, con igualdad plena de derechos al contraerlo, durante y después de la disolución del mismo (en España esta igualdad solo se alcanzó en 1981). Se trata de una versión de la concepción de la familia monogámica y nuclear de tipo cristiano, que está pensando, exclusivamente, en el matrimonio de un hombre con una mujer, aunque no se diga explícitamente. Y no se dice explícitamente porque en aquella época no era necesario: dicha concepción subyacía en el modelo consagrado por las leyes, por la costumbre y por la inmensa mayoría de las iglesias cristianas. De manera que puede afirmarse que España vulneró el citado artículo de la Declaración Universal desde su incorporación a las Naciones Unidas en 1956 hasta las reformas del Código Civil de 1981.

A propósito de la indefinición de la Declaración Universal sobre el sexo de los que pueden contraer matrimonio, cabe preguntarse si resulta posible interpretar que la misma pueda amparar el matrimonio entre personas del mismo sexo, u otras

⁴ Es especialmente clarificador F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, 1884 (Editorial Fundamento, Madrid, 1970).

versiones de uniones personales. La polémica se ha producido en España y en otros Estados, a propósito de la legalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo, de manera que aquí queda planteado el tema sobre el que volveremos más adelante.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, solo será ratificado por España el 27 de abril de 1977, es decir, tras el fin de la Dictadura. En el artículo 10 del *Pacto* se reiterará lo establecido en la Declaración Universal y además exigirá: «la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo». Así, el Pacto vendrá a incidir en dos vertientes de la familia que no habían sido objeto de la Declaración Universal: los hijos y las madres. Los hijos comienzan a situarse en el centro de la familia, protegiéndoles contra la explotación económica y social, excluyendo los trabajos que para su moral y salud impliquen peligros de vida o corran el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, o prohibiendo el empleo a sueldo de la mano de obra infantil, llegando a prescribir que las conductas contrarias a dichas prohibiciones sean sancionadas por la ley. Y a las madres se les dispensa especial protección, durante un período razonable, antes y después del parto, estableciendo de modo preciso que a las madres se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de la Seguridad Social. El cumplimiento del Pacto por la legislación española ha sido especialmente laxo hasta muy recientemente, sobre todo si comparamos la protección tan intensa de las que son beneficiarias las madres en los Estados de la Unión del centro y norte de Europa. Si bien, es cierto que los términos en que se produce el Pacto se prestan a diferentes interpretaciones que permiten diferentes grados de protección de madres y niños.

Las ideas del Pacto sobre la protección de los niños serán desarrolladas tardíamente por la *Convención sobre Derechos del Niño* (a partir de ahora también Convención), hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 1989 (ratificada por España el 6 de diciembre de 1990). Así, por ejemplo, el artículo 9 establece que los Estados velarán: «porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo casos excepcionales» (maltrato, descuido, separación de los padres, etc.). El interés de los niños es calificado por la Convención como «superior», de manera que las determinaciones legales deben estar al servicio de dicho interés, prohibiéndose las injerencias en la vida familiar (artículo 16).

Por lo demás, la Convención establece un auténtico código de obligaciones para los padres y los Estados en relación con los niños, cuyo cumplimiento se ha realizado con mayor o menor intensidad en el período democrático español.

El *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 4 de octubre de 1979), no se refiere a la familia de modo directo. Así, establece «el derecho al respeto a la vida privada y familiar» (artículo 8), así como el derecho a que a partir de la edad núbil el hombre y la mujer puedan casarse y puedan fundar una familia, estableciéndose en este precepto una remisión a las leyes

nacionales en lo que atañe al ejercicio del derecho a contraer matrimonio (artículo 12)⁵. Nos interesa destacar que el Convenio considera como un mismo derecho el de contraer matrimonio y fundar a una familia, en vez de dos derechos diferenciados. La precaria normativa del Convenio dedicada al matrimonio y la familia no le ha impedido al Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo pronunciarse en algunas ocasiones sobre la misma, en particular en lo que concierne a la protección de los hijos⁶.

III. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. UNA CONCEPCIÓN ABIERTA. LA APLICACIÓN DIRECTA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE VELAN POR LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

La Declaración Universal de 1948, el Convenio Europeo de Derecho Humanos de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles de 1966, son los precedentes fundamentales, en el tema que nos ocupa, de la Constitución española de 1978.

La Constitución española dedica varios de sus preceptos explícita o implícitamente a la familia. Así, el artículo 39, encabezando los preceptos dedicados a los principios rectores de la política social y económica, establece que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia». Puede decirse que se trata de una transposición correcta del artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

El precepto citado da por sentado que la protección de la familia tiene lugar. Pero, la circunstancia de que no se haga mención al contenido material del derecho determina que tengamos que acudir a las leyes para averiguar la intensidad de la protección, hasta el punto de poder llegar a la conclusión de que se trataría de un derecho, el que deriva de dicho principio rector, de configuración legal⁷. Por tanto

⁵ Pueden verse al respecto las sentencias de 17 de octubre de 1986, caso Rees contra Reino Unido; 27 de septiembre de 1990, caso Cossey contra Reino Unido; y de 24 de junio de 2010, caso Schalk y Kopf contra Austria, que incluyen una versión conservadora del matrimonio que parece excluir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Una ligera inflexión de esta doctrina puede apreciarse, por ejemplo, en las sentencias de 25 de marzo de 1992, caso B. contra Francia y de 11 de julio de 2002, caso Christine Goodwin contra Reino Unido. La doctrina del Tribunal sobre los derechos de los homosexuales y lesbianas es muy abundante. Ver un ejemplo de doctrina conservadora en la sentencia de 5 de mayo de 2001, caso Antonio Mata Estévez contra España, que deniega pensión al sobreviviente de una relación homosexual.

⁶ Son numerosas las sentencias sobre protección de los derechos de los niños y sobre los derechos de los padres en relación con los mismos. En este último sentido puede verse la sentencia de 24 de mayo de 2011, caso Saleck Bardi contra España.

⁷ Así lo interpreta el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la sentencia 75/2011, de 19 de mayo, en la que llega a afirmar que «Este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del sistema (se refiere al sistema de Seguridad Social), salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista

es susceptible, dependiendo de los gobiernos en el poder, de mayor o menor densidad regulatoria.

La redacción del apartado 2 del artículo 39, que entronca con la Convención sobre Derechos del Niño, exige que los poderes públicos otorguen protección integral a los hijos y, lo que es más relevante, rompe con una tradición que discriminaba a los hijos habidos fuera del matrimonio, considerando a todos los hijos iguales, con independencia de su filiación. De manera que mientras que la protección integral de los hijos se presta a múltiples interpretaciones y grados de protección, la igualdad de los hijos es un mandato que no se presta a confusión o interpretación alguna⁸. Se trata de un precepto de directa aplicación, a cuyo servicio se ordena por la Constitución que la ley posibilite la investigación de la paternidad.

La protección de los poderes públicos se extiende también, de acuerdo con dicho precepto, a las madres, con independencia de su estado civil.

Así, de una interpretación sistemática del precepto mencionado, se deduce con claridad que la Constitución supone la ruptura con la concepción monolítica de la familia monogámico-jerárquica⁹ auspiciada por la Iglesia Católica que, por lo demás, también cabe en la Constitución. Esta conclusión se obtiene en especial de los artículos 39.3 y 32 de la Constitución. En efecto, el apartado 3 del artículo 39, establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, no solo durante su minoría de edad sino en los demás casos en que legalmente proceda¹⁰. Y el artículo 32 de la Constitución establece de modo indubitado la igualdad jurídica del hombre y la mujer para y en el matrimonio, así como el mandato dirigido al legislador ordinario de que regule las formas de edad, capacidad, derechos y deberes, así como las causas de separación y diso-

de toda justificación objetiva y razonable» (FJ 5, también en sentencia del TC 184/1993, FJ 6). La posición del Tribunal Constitucional es especialmente limitativa de sus competencias interpretativas, a mi juicio sin justificación razonable, pues más allá de la garantía de la igualdad y no discriminación pudiera haber interpretado lo que debe entenderse por protección de la familia y sus límites.

⁸ Puede verse para los casos de reclamación de filiación en supuestos de inexistencia de posesión de estado, las sentencias del Tribunal Constitucional 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero.

⁹ Con gran agudeza, F. ENGELS, ob. cit., adivinó la evolución de la familia, probablemente con demasiada anticipación, dice así: «lo que seguramente desaparecerá de la monogamia son todos los caracteres que le han impreso las condiciones de la propiedad a las cuales debe su origen; estos caracteres son, en primer término, la preponderancia del hombre y, luego, la indisolubilidad. La preponderancia del hombre en el matrimonio es consecuencia, sencillamente, de su preponderancia económica y caerá por sí sola con ésta. La indisolubilidad del matrimonio es consecuencia, en parte, de la situación económica de donde salió la monogamia y, en parte, es una tradición de la época en que, mal comprendido aún el enlace de esa situación económica con la monogamia, fue exagerado hasta el extremo por la religión. Actualmente está desportillada ya por mil lados. Si el matrimonio fundado en el amor es el único moral, sólo podría serlo donde el amor persista», pág. 103.

¹⁰ Este último aspecto es desarrollado en el Código Civil, en particular a través del derecho de alimentos, así como por una jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta de modo particularmente extensivo el concepto de derecho de alimentos.

lución y sus efectos, lo que finalmente se ha plasmado en el Código Civil y en una serie de leyes que constituyen el ordenamiento jurídico de la familia en España¹¹.

La Constitución española dibuja un marco abierto en lo que se refiere al concepto de familia, de manera que las posibilidades para el legislador ordinario son numerosas. Sin embargo, algunos aspectos de su régimen jurídico son inmodificables, a saber: la igualdad de derechos y obligaciones de los padres; los derechos de los hijos, no solo los menores de edad; y la libertad en lo que concierne a las formas del matrimonio y las posibilidades de su disolución. Por tanto, en la Constitución se produce una desvinculación clara de la relación jurídica entre los padres, en el caso de que sean progenitores, y las obligaciones que les competen en todo caso como padres. Si embargo, no puede decirse que los Tribunales Supremo y Constitucional hayan llevado a cabo una interpretación a la altura de nuestro tiempo¹².

¿Puede alcanzarse la conclusión de que existe indiferencia en lo relativo al sexo de las personas que pueden integrar un matrimonio? La concepción abierta de la familia y del matrimonio que contiene el texto constitucional permite que el legislador ordinario interprete la institución (matrimonio y familia) de acuerdo con los cambios sociales que se estén produciendo. Los únicos límites que tiene el legislador ordinario son los anteriormente señalados. De manera que debe considerarse, entre otras variantes, el matrimonio entre personas del mismo sexo¹³.

Finalmente, hay que señalar que la Constitución española es una excepción en el conjunto de los textos constitucionales de nuestro entorno, en la medida en que establece el artículo 27.3 el derecho de los padres, frente a todos, incluidos los poderes públicos, a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Ahora bien, debe interpretarse que los poderes públicos no tienen obligación de sufragar a otros centros educativos que los públicos, pues no debe confundirse el derecho de los padres con la existencia de una obligación correspondiente de los poderes públicos.

Cuestión de gran interés es la de cómo se aplican en España los Tratados internacionales a que antes me he referido, en particular la Convención sobre Derechos del Niño. Pues bien, el apartado 4 del artículo 39 de la Constitución establece

¹¹ El estudio del Derecho de familia en España cuenta con numerosos manuales, monografías y estudios de considerable calidad y no es mi propósito hacer la menor incursión en el análisis de la legislación ordinaria sobre la familia.

¹² Una muestra del conservadurismo del Tribunal Constitucional se aprecia en la sentencia 69/2007, de 16 de abril, que no equiparó los matrimonios contraídos por el rito gitano a los matrimonios contraídos por otros ritos religiosos inscritos en el Registro Civil. El voto particular del magistrado J. RODRÍGUEZ ZAPATA hubiera merecido ser la doctrina que sentara el Tribunal Constitucional. Tiene interés el trabajo de B. RODRÍGUEZ RUIZ, «Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero/abril, 2011, págs. 69 y sigs., así como la bibliografía que se cita.

¹³ Con posterioridad a la redacción del texto de esta ponencia en el verano de 2012, el Tribunal Constitucional ha resuelto el recurso presentado por el Partido Popular contra la Ley que regula el matrimonio de personas del mismo sexo, desestimándolo.

que: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Esta previsión es excepcional en el conjunto del texto constitucional. La cuestión que debemos indagar es si dicho precepto debe interpretarse como una invocación meramente ritual al Derecho internacional, o debe tener una interpretación diferente. A mi juicio, dicho precepto podría interpretarse como un mandato de incorporación directa de los tratados internacionales que velan por los derechos de los niños al Derecho interno español. De manera que dicho precepto no se estaría refiriendo, tan solo, a los tratados ratificados por España, sino a los tratados internacionales suscritos en el seno de la comunidad internacional, aunque no hubieran sido suscritos por España.

La tesis que respaldo¹⁴ se sustentaría en que de no ser ésta la interpretación del precepto en cuestión, la referencia a los tratados internacionales sería superflua, ya que no es necesario que se reitere en un precepto (en cada precepto) constitucional que los tratados internacionales ratificados por España y publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, con carácter general, por virtud de lo establecido en el apartado 1 del artículo 96 de la Constitución, se integran en el Derecho interno español. Así, no parecería razonable pensar que el constituyente hubiera incluido dicha prescripción a modo de adorno, sino que creó un régimen jurídico especial para los niños, un régimen excepcional más allá del cumplimiento del artículo 96.1 del texto constitucional. De modo que la circunstancia de que exista en la comunidad internacional un tratado que vele por los derechos de los niños determina que dicho tratado es aplicable en España. No debe olvidarse que este tipo de referencia a los acuerdos internacionales solo tiene lugar, a lo largo del texto constitucional, en el citado artículo 39.4.

Igual interés tiene determinar si se aplica a la familia (cuya protección se contempla en la Constitución en el Capítulo III, del Título I, bajo el epígrafe «De los principios rectores de la política social y económica») la técnica del artículo 10.2 del texto fundamental que se refiere, como es sabido, a los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución reconoce.

Pues bien, la naturaleza de dicho derecho fundamental, que está implícita en la protección de la familia, así como otros derechos conexos (derecho a crearla, igualdad de las mujeres, derechos de los niños), sin embargo no se corresponde al dise-

¹⁴ Los autores que han analizado este precepto no coinciden con la tesis que mantengo. Así, con todo, se aproxima a la interpretación que sostengo D. ESPÍN CANOVAS, «Artículo 39. Protección de la familia», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Ed. por Cortes Generales y EDERSA, Madrid, 1996, dice: «pero el artículo 39.4 les confiere, en mi opinión, un valor de principio programático que puede servir de inspiración al futuro legislador; dichos acuerdos no ratificados pueden, también a mi juicio, servir como elemento revelador, en su caso, de la realidad social a tener en cuenta en la interpretación de normas conforme a las reglas del Código Civil, que incorpora, junto a las tradicionales, la derivada de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas (CC art. 3.1)». La idea de que el precepto en cuestión no es susceptible de generar por sí mismo derechos judicialmente actuables se encuentra en G. JIMÉNEZ BLANCO, «Artículo 39», en VVAA, *Comentario a la Constitución. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en A. JIMÉNEZ BLANCO, G. JIMÉNEZ BLANCO, P. MAYOR, L. OSORIO.

ño del constituyente español que tan solo incluye entre los derechos fundamentales (de segundo orden) el derecho a contraer matrimonio en el artículo 32. De manera que la vulneración del derecho garantizado en el artículo 32 no es susceptible de recurso de amparo, debiendo utilizarse para su protección los recursos ordinarios.

IV. LA FAMILIA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN

1. La familia en los Tratados de la Unión Europea

El Tratado de la Unión Europea de 1992 y sus precedentes, los Tratados de las Comunidades Europeas, no contenían referencia alguna expresa a la familia hasta la reforma llevada a cabo por el Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (citada también a partir de ahora como Carta o CDFUE). Así, la única referencia indirecta a la familia tenía lugar en artículo 42 del TCE (ahora artículo 48 del TFUE), en que, a propósito de la libre circulación de los trabajadores, se hace referencia a los derechohabientes de los mismos, esto es a personas cuyos derechos derivan de otros. El olvido de los familiares de los trabajadores en los textos de los Tratados de la Unión tiene una especial gravedad; es una de las numerosas caras oscuras de la Unión Europea.

En efecto, el Tratado de Lisboa modificó el artículo 65 del Tratado de la Comunidad Europea que renumeró como artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) al que añadió un apartado 3 relativo al Derecho de familia con repercusión transfronteriza¹⁵. Por su parte, la Carta dedica dos artículos directamente a la familia, y otros varios indirectamente a la misma. Así, en el artículo 9 de la Carta, que se titula «Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia», se establece: «Se garantiza el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». El segundo de los preceptos fundamentales de la CDFUE que nos concierne es el 33, que garantiza la protección de la familia en los planos: jurídico, económico y social¹⁶.

¹⁵ Dice así dicho apartado: «3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión».

¹⁶ Sigue diciendo dicho artículo en su párrafo 2 «Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por causa rela-

Para interpretar el artículo 9 de la CDFUE es preciso tener en cuenta varios de sus preceptos, como el artículo 21 sobre prohibiciones de discriminación, el 22 sobre el respeto de la diversidad cultural y lingüística, el artículo 23 de igualdad entre hombres y mujeres, el artículo 24 sobre los derechos del niño, el artículo 32 que prohíbe el trabajo infantil y el artículo 34 sobre Seguridad Social y ayuda social.

El artículo 81.3 del TFUE es un precepto que no atribuye directamente una competencia normativa a las instituciones de la Unión Europea. El objeto regulatorio es más complejo, y excepcional en el marco de los tratados, así se exceptiona la posibilidad de que el Parlamento y el Consejo puedan adoptar medidas, por el procedimiento legislativo ordinario, en el ámbito del Derecho de familia, tal y como se prevé en el apartado 2 del artículo 81. Artículo 81 en que se prevé que la cooperación judicial en materia civil «podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros». Pues bien, entre dichas medidas de aproximación deben incluirse las que se refieren al Derecho de familia.

Obsérvese que el TFUE elude una intervención directa en el Derecho de familia, justificando la posible intervención en aras de la cooperación judicial en materia civil que sería el objeto principal del precepto. Así, la intervención directa en el Derecho de familia puede tener lugar de modo ordinario por medidas adoptadas por el Consejo, por un procedimiento legislativo especial, en que la adopción de las medidas en cuestión exige la unanimidad de sus miembros. No obstante, la Comisión puede proponer al Consejo que la medidas en cuestión se adopten mediante el procedimiento legislativo ordinario, exigiéndose en el apartado 3 del artículo 83 tres garantías procedimentales: el Consejo debe aprobar la decisión en cuestión por unanimidad; debe consultar previamente al Parlamento Europeo; y cada uno de los parlamentos nacionales, a los que debe comunicarse la propuesta de la Comisión, puede oponerse a la adopción de la misma, lo que determinará que no podrá ser adoptada.

En definitiva, con la finalidad de alcanzar el objetivo de la cooperación judicial en asuntos civiles, y no para otra finalidad, la Unión Europea puede dictar normas que aproximen las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito normativo del Derecho de familia. Tal intervención, por la vía del artículo 81.3 no ha tenido lugar configurando una familia tipo o familia transfronteriza¹⁷, aunque en base a

cionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño».

¹⁷ Es más, en el artículo 22 del Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10-1-2009), se establece: «El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos en virtud del presente Reglamento no implicarán en modo alguno el reconocimiento de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad en que se basa la obligación de alimentos que dio origen a la resolución». A la misma conclusión se llega del análisis del Reglamento (UE) 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010 y del Reglamento (UE) 650/2012, de 27 de julio de 2012.

dicho precepto y otros del mismo título se han dictado disposiciones que afectan indirectamente al Derecho de familia¹⁸. Pero, en todo caso, el citado artículo 81.3 no anticipa criterio alguno interventor de carácter material.

2. La familia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La liquidación de las relaciones jerárquicas horizontales (hombre y mujer) y verticales (padres e hijos)

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se considera el hito de mayor relevancia en lo que concierne a consolidación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Como es bien sabido, no se ha integrado en los Tratados de la Unión, como hubiera sido deseable, pero el artículo 6 del Tratado de la Unión, tras la reforma del Tratado de Lisboa, otorga a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados.

Una Carta de derechos es un gran instrumento de intervención en las personas y en las familias; un gran instrumento configurador, en la medida en que puede crear, ampliar o limitar derechos en las personas. Cuando un instrumento jurídico nacional, de la Unión o internacional, crea nuevos derechos, amplía el panorama de nuestra personalidad, pero al crear derechos los define y, por tanto, les pone límites. Una modalidad particular de creación de derechos es la prohibición de la entrada de los poderes públicos o de terceros en un determinado ámbito, y en esa medida el instrumento jurídico en cuestión es antiintervencionista interviniendo.

Sistematizando los preceptos de la Carta dedicados a la familia, podremos configurar el siguiente esquema. En primer término, en el título dedicado a las libertades se incluyen dos preceptos que debemos analizar. Me refiero a los artículos 9

¹⁸ Además del Reglamento considerado en la nota anterior, pueden citarse, entre otros muchos: Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil; Reglamento (CE) 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil; Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios; Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000; Reglamento (CE) 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos); Decisión del Consejo de 31 de marzo de 2011, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia.

y 7. El artículo 9 garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, pero es el caso que la configuración de dichos derechos se remite a las leyes nacionales. Es decir, la Carta garantiza un cascarón jurídico, cuyo contenido se llena por la legislación de cada Estado miembro. Así la Carta solo garantiza el derecho de las personas a ejercer unos derechos cuyo contenido corresponde establecer a los Estados miembros, que deberán, por tanto, regular los derechos a contraer matrimonio y a fundar una familia.

La regulación suscita algunas dudas. Obsérvese que el precepto se refiere a dos derechos el de contraer matrimonio y el de fundar una familia. De manera que, como sucede en la Constitución española, se disocian matrimonio y familia. De manera que se descarta una concepción conservadora de la familia, tal y como ha hecho la Constitución española.

Pero, dicho lo anterior, no deja de ser decepcionante que el artículo 9 de la Carta no haya señalado unos mínimos principios comunes al matrimonio y a la familia. A mi juicio, las leyes no tendrían que entrar en la regulación de la organización del que podríamos denominar ámbito íntimo, sino solo sus efectos. Pero, justamente una de las funciones de la Carta podría haber sido incidir en la desregulación de la injerencia de los Estados miembros en la organización de la intimidad. Sin embargo, por el contrario, la Carta no hace sino remitirse a la regulación de los derechos nacionales, por lo que la regulación del matrimonio y la familia, en lo que respecta al artículo que analizamos, tiene un tanto de superfluo.

Por no pronunciarse sobre la configuración del matrimonio y la familia la Carta ni siquiera se pronuncia sobre los titulares de los derechos a contraer matrimonio y a fundar una familia, lo que es igualmente decepcionante, ya que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado pasos muy significativos en la concepción abierta del matrimonio y de la familia con escasas bases jurídicas y la Carta podría haber convertido en norma dicha doctrina. Pero en todo caso debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, los derechos fundamentales que garantiza el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (aún antes de la adhesión de la Unión al mismo) formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales¹⁹.

No finalizan en esos los derechos relacionados directa o indirectamente con la familia. Así, el artículo 7 proclama el derecho de toda persona al respeto a su vida privada y familiar. Este sería un precepto antiintervencionista interviniendo. Las constituciones de los Estados miembros contienen preceptos similares en sus ordenamientos jurídicos (por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución española) y lo mismo puede decirse de los Tratados internacionales (por ejemplo, el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas). Si interpretamos extensivamente este precepto podríamos llegar a la con-

¹⁹ Una interpretación de la vinculación del Derecho de la Unión al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas puede verse en la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2011, asunto 256/11, caso Murat Dereci y otros.

clusión de que el respeto a la vida privada y familiar consistiría en dejar a la libre voluntad de las personas las formas de organización que les parezcan oportunas, inclusive lo que debe entenderse por familia. Pero esta interpretación no parece ser la practicada por el legislador europeo, que se remite en el artículo 9 a la legislación de los Estados miembros, en una suerte de reinterpretación de dicha capacidad de organización. No deja de ser curioso que a las organizaciones políticas se les reconozca la competencia para organizarse libremente y que dicha competencia se les niegue a las personas físicas en lo que concierne a su intimidad.

El artículo 23, párrafo primero, de la Carta contiene un mandato dirigido a las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea y a los Estados miembros de la Unión cuando apliquen el Derecho de la Unión, para que garanticen en todos los ámbitos la igualdad entre mujeres y hombres, por tanto en el ámbito del matrimonio y de la familia. La igualdad del hombre y la mujer se proclama en la Declaración Universal y en la Constitución española, por lo que la Carta no añade nada significativo²⁰. Sin embargo, no hubiera estado de más que la Carta hubiera proclamado la igualdad entre hombres y mujeres en el matrimonio. Pues la igualdad y la no discriminación son un derecho y una prohibición que luce ya en los Tratados de la Unión en los ámbitos en que insiste la Carta (empleo, trabajo y retribución) mientras que en el ámbito familiar no se hace referencia alguna a la igualdad. Y tampoco está la Carta al nivel del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a que antes me he referido.

Debe, no obstante, entenderse que la igualdad de hombres y mujeres debe respetarse sea cual sea la forma de matrimonio o de familia integrada por hombres y mujeres. Es decir, en base al Derecho de la Unión Europea no podrían constituirse uniones entre hombres y mujeres que no fueran igualitarias, lo que estaría en plena sintonía con la Declaración Universal y la Constitución española.

Los artículos 24 y 32 de la Carta se refieren a los derechos del niño. El artículo 24 es un tanto desconcertante en la medida en que su derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar no tiene obligado u obligados expresos. Esto mismo sucede con su derecho a expresar su opinión libremente. Y todavía resulta más sorprendente que tan solo se citen como obligados a tener en cuenta el interés superior del niño a autoridades públicas o instituciones privadas. Nada se dice de las obligaciones de los padres. Solo se mencionan padres y madres para establecer el derecho de los niños a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos, salvo si fuere contrario a sus intereses. Sin embargo, aunque el precepto contiene deficiencias muy notables debe deducirse del mismo que los intereses superiores del niño son primordiales para autoridades públicas, para las instituciones privadas y para los padres.

²⁰ No obstante queda mucho por hacer para conseguir una auténtica igualdad entre los hombres y las mujeres, incluso en la Unión Europea. Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2011, sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea-2010 (2010/2138(INI)) (*DOUE* C 1999 de 7-7-2012).

En la línea de la Convención de los derechos del niño se proclama en la Carta el derecho del niño a expresar su opinión libremente y el derecho a que su opinión sea tenida en cuenta en los asuntos que le afecten en función de su edad y madurez. Tanto este precepto como el artículo 23 de la Carta, que proclama la igualdad entre hombres y mujeres, suponen preceptos que liquidan la familia de tipo patriarcal jerárquico. Es más, el interés del niño no está en una posición igual a la de los padres sino en una posición superior²¹.

El artículo 32 es mucho más preciso, aunque no todo lo que debiera, al establecer la prohibición general del trabajo infantil que vincula a todos, a las autoridades públicas, a las personas físicas o jurídicas y a los padres. En este precepto se establece que la edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria, edad que es competencia de los Estados miembros, admitiendo disposiciones más favorables para los jóvenes, así como excepciones limitadas. Si bien, nada se dice sobre qué tipo de excepciones son posibles, lo que puede dar como resultado tratos diferentes de los jóvenes en los Estados de la Unión. Tampoco se hace referencia a la diferencia que existe entre niños y jóvenes, aunque parece deducirse que se consideran infantes los que están en edad de escolarización obligatoria y jóvenes a los que no siendo infantes son menores de edad.

La norma general es la de que los infantes o niños en edad de escolarización obligatoria tienen prohibido trabajar y los jóvenes (es decir niños que han alcanzado la edad superior a la del periodo en que concluye la escolaridad obligatoria y no son mayores de edad) tienen una especial protección en lo relativo a las condiciones de trabajo, así: «deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación».

La Carta no contiene novedades en relación con los derechos de los niños, susceptibles de motivar modificaciones en el ordenamiento jurídico español, ni en el de la mayoría de los Estados de la Unión. Y lo mismo puede decirse de la genérica garantía de la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social que se contiene en el artículo 33 de la Carta, en que lo único destacable se encuentra en el apartado segundo del artículo 33, en que se consagra al máximo nivel la conciliación entre la vida familiar y la vida profesional: la protección contra el despido motivado por la maternidad, así como el derecho a permisos pagados por la maternidad y permiso paternal con motivo del nacimiento o la adopción de hijos, en la línea de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²¹ Ver, a título de ejemplo, B. VIDAL FERNÁNDEZ, «Protección jurisdiccional de los hijos en casos de ruptura de los matrimonios mixtos. Especial consideración de la regulación adoptada en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 55, julio-diciembre, 2010, págs. 105 y sigs. Y bibliografía que se cita.

La Carta se inclina, igualmente, por la familia nuclear. Esta conclusión se obtiene de la interpretación del artículo 25 de la misma, en sentido contrario, ya que reconociendo derechos a las personas mayores no menciona como obligados a los hijos. Ni siquiera menciona a la familia como una referencia que incluya a las personas mayores.

Por último, no debe olvidarse que la Carta tiene un ámbito de aplicación subjetivo y objetivo muy limitado, ya que vincula a instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión²². No obstante, no deben descartarse interpretaciones extensivas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero, en todo caso, puede afirmarse que la Carta, en la línea de la Constitución española, supone la liquidación definitiva de la familia patriarcal-monogámica regida por el principio de jerarquía vertical (de los padres en relación con los hijos) y horizontal (del hombre en relación con la mujer).

3. La familia en el Derecho derivado de la Unión Europea

Como hemos tenido oportunidad de analizar anteriormente, la única base jurídica explícita del Derecho originario de la Unión Europea (al margen de lo dicho en relación con la Carta) que permite la intervención de la Unión en el Derecho de familia, es la contenida en el artículo 81 del TFUE, que hasta la fecha no ha sido objeto de desarrollo.

Sin embargo, se ha producido una importante intervención en la configuración de la familia como consecuencia de la expansión del mercado interior, y en particular de una de las libertades que lo integran. Me refiero a la libertad de circulación y residencia de los trabajadores y de los ciudadanos europeos, de acuerdo con los artículos 45 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El Reglamento 492/2011, del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión que deroga el Reglamento 1612/1968 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, dedica uno de sus artículos a la familia²³. Me refiero al artículo 10 que lleva por título «De la familia

²² Ver, ampliamente, mi trabajo «El sistema de competencias en la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa», en el núm. 21 de la *Revista de Derecho de la Unión Europea*. En este trabajo sostengo una interpretación extensiva de lo que debe entenderse por aplicación del Derecho de la Unión Europea por los Estados miembros, que podría suponer una ampliación del ámbito de aplicación de la Carta. Su trascendencia no derivaría tanto del escaso carácter innovativo de la Carta como de la interpretación de la misma por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

²³ Otras normas europeas relevantes en lo que concierne a los trabajadores y sus familias fueron el Reglamento 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo y las Directivas 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad; y 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de

de los trabajadores». Su contenido es muy breve, solo se refiere a los hijos, conteniendo una reiterada jurisprudencia del TJUE en el sentido de que los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio.²⁴ Pero en este lugar no vamos a entrar a analizar la expansión de derechos para los miembros de las familias transfronterizas fruto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la que presto atención en otro lugar. Lo que nos interesa es averiguar si el Derecho derivado de la Unión Europea ha configurado un tipo determinado de familia.

El derecho a la libre circulación de las personas presentó grandes dificultades habida cuenta de que los Tratados originarios, antes del Tratado de la Unión de 1992, tan solo se referían a la libre circulación de los trabajadores. No obstante, en 1990 se dictaron tres Directivas que suponían la irrupción de la libertad de circulación de las personas al margen de su condición de trabajadores. Me refiero a las Directivas: 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia; 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional; y 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, que permitieron la libre circulación de rentistas, jubilados y estudiantes. Tras la aprobación del Tratado de la Unión, que incluyó la ciudadanía y el derecho a la libre circulación de las personas en la Unión Europea, se produjo una parálisis normativa notable de un proceso que parecía imparable, en lo relativo a facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de circulación de las personas. Parálisis acompañada de interpretaciones de carácter restrictivo por los Estados miembros de dicho derecho, paliada por la interpretación del derecho por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que obligó al legislador comunitario a dictar la *Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*.

En este lugar nos interesa la última directiva citada en la medida en que contiene una particular concepción de la familia. Es decir, a propósito de regular el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea configura un modelo de familia que, sin duda, ha producido y seguirá produciendo la acomodación de la concepción de la familia en los distintos Estados miembros a la familia de la Directiva 2004/38/CE. Se trata, decíamos, de una incursión en la configuración de la familia (que solo sería posible en base en el artículo 81.3 del TFUE), como con-

restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios.

²⁴ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en varias ocasiones sobre este tema, ver los asuntos C-389/87, C-390/87, C-3/90, C-310/08 y C-480/08.

secuencia del ejercicio de la competencia de la Unión en materia de circulación de las personas. En efecto, en la medida en que un ciudadano europeo puede tener una familia, es necesario que el Derecho de la Unión establezca qué debe entenderse por familia, si se considera, como parece lógico, que el ciudadano de la Unión al ejercer su derecho a la libre circulación pretenda que el mismo incluya a su familia. La opción de considerar que el derecho a la libre circulación de las personas solo pudiera ser ejercido y solo alcanzara a los ciudadanos de la Unión, pudiendo excluirse a los demás miembros de la familia, sería tanto como convertir a la Unión Europea en una suerte de entidad amoral a la que no le importaría convertirse en un instrumento para la liquidación de toda forma de organización familiar.

Así, el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE, establece como norma detallada, de obligado cumplimiento por todos los Estados de la Unión, que son miembros de la familia, a los efectos del ejercicio del derecho a la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, además del ciudadano de la Unión: a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, en las condiciones a que más adelante me referiré; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja del apartado b); y d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja del apartado b).

Por lo que se refiere a la pareja del ciudadano transfronterizo de la Unión el artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE, prevé la integración de la misma en la familia de modo condicional. Esto es, para que la pareja de un ciudadano de la Unión pueda ser considerada parte de su familia, además de ser preciso que haya celebrado con la misma una unión registrada con arreglo a la legislación de un Estado miembro de origen, exige que el Estado de acogida otorgue a dichas parejas un trato equivalente a los matrimonios, lo que debe ser conforme con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado de acogida. De manera que la incorporación franca y sin límites de las parejas de ciudadanos europeos en el concepto de familia exigirá la armonización del Derecho de la Unión (lo que puede suceder por la vía del artículo 81.3 del TFUE), pues en otro caso la diversidad de tratamientos de las parejas no cónyuges dificultará enormemente su inclusión en el concepto de familia, a los efectos de la libre circulación por la Unión Europea.

Al margen de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38, que tiene carácter obligatorio, con la salvedad de lo dicho en relación con la pareja del ciudadano europeo, el artículo 3.2 de la misma Directiva, establece la obligación de que el Estado miembro de acogida facilite (facilitará) de acuerdo con su legislación nacional la entrada y residencia de las siguientes personas relacionadas con el ciudadano europeo, a saber²⁵:

²⁵ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace una interpretación restrictiva de artículo 3.2 de la Directiva 2004/38. Ver al efecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de septiembre de 2012, caso *Secretary of State for Home Department/ Muhammad Sazzadur Rahman* y otros. Ver también el *Libro Verde sobre la reunificación familiar* 2012/C 225/02 (DOUE C 225 de 27-7-2012).

a) Cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del artículo 2.2 del TFUE que, en el país de procedencia esté a cargo o viva con el ciudadano del titular del derecho.

b) Cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del artículo 2.2 del TFUE, en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado del miembro de la familia.

c) La pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.

No cabe duda de que de los artículos 2.2 y 3.2 suponen una concepción abierta de la familia, con elementos comunes y obligatorios a todos los Estados miembros y otros elementos comunes y facultativos de los Estados miembros. Un concepto de familia extensa integrada por cónyuges o por parejas, con ascendientes, descendientes y otros miembros que están a su cargo o vivan con los primeros o a los que cuidan.

De manera que nos encontramos ante una intervención de la Unión que, sin pretender configurar, configura intensamente una determinada concepción de la familia, en la medida en que la libertad de circulación de las personas, de los ciudadanos europeos, viene determinada con el concepto de familia que se contiene en dicha directiva, la que podríamos denominar *familia transfronteriza*.

Finalmente hay que mencionar la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar²⁶. Esta Directiva se aplica a los ciudadanos de terceros países y aquí nos interesa en la medida en que al establecer los que deben considerarse como miembros de la familia va a confirmar un tipo determinado de familia.

Así, en relación con los ciudadanos de terceros países, se entiende que forman parte de la familia, de acuerdo con el artículo 4 de la Directiva antes citada, en primer lugar el cónyuge del reagrupante, si bien se introducen restricciones en lo que respecta a la edad de los cónyuges. Pero a partir de ese punto las restricciones son considerables en relación con los hijos mayores de edad y con los ascendientes. De la misma manera, las restricciones son considerables en relación con la pareja no casada. Y se produce un rechazo claro al matrimonio poligámico²⁷, prohibiendo la

²⁶ Esta Directiva se completa con la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DOUE* L 16 de 23-1-2004) que se remite para el concepto de familia a la Directiva 2003/86/CE.

²⁷ Ver, sobre el matrimonio poligámico: M. LEMA TOMÉ, «Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia», en *Migraciones internacionales*, vol. II, México, 2003. También A. FERNÁNDEZ CORONADO, «Matrimonio islámico y función promocional de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril, 2009, págs. 125 y sigs. El Código Penal tipifica el delito de poligamia en su artículo 217. El Tribunal Supremo considera que «la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero» (se le denegó a un polígamo la nacionalidad española), según la sentencia de 19 de junio

reagrupación de un segundo cónyuge, cuando el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo en el territorio del Estado de acogida. En esta Directiva la Unión Europea ha manifestado su perfil más sectario, pues lo relevante debe ser que queden garantizados los derechos de igualdad de hombres y mujeres y el derecho superior de los niños, pues estos sí son valores y derechos comunes a los Estados miembros, consagrados en sus respectivas constituciones, así como en el Derecho de la Unión. Pero la composición de una familia no debiera ser objeto de las leyes nacionales ni de los tratados internacionales.

V. CONCLUSIONES. LA LARGA MARCHA HACIA LA LIBERTAD PLENA EN LAS RELACIONES PERSONALES

¿Es aceptable, que el Derecho interno, el Derecho de la Unión Europea, o los Tratados internacionales establezcan quiénes son miembros de una familia? Cabría una primera respuesta, que sería la negativa. Pues, a mi juicio, debiera dejarse a las personas entera libertad para configurar su familia u otras organizaciones de la intimidad. Esta solución no estaría exenta de problemas, aunque superables, en relación con el disfrute de los derechos y cumplimiento de obligaciones, por las personas miembros de las familias en los Estados occidentales regidos por el Derecho. Las resistencias a que los ciudadanos configuren libremente sus relaciones, digamos «familiares», derivan de causas económicas y de posiciones ideológicas.

Por razones económicas, los Estados se oponen a la libre configuración de la familia, habida cuenta de que en el Estado del bienestar, que en mayor o menor medida existe en los Estados de la Unión Europea, los beneficios que reciben los miembros de las familias son considerables, latiendo en las reservas a una concepción abierta de la familia la sospecha de fraudes y abusos. Pero la oposición mayor a la libre configuración de la familia, que postulo, deriva de concepciones ideológicas y religiosas. Hemos asumido de un modo tan acrítico la intervención del Estado y de las religiones en las relaciones personales y en la intimidad, que cuesta considerar a la familia como una mera organización de las relaciones personales, desacralizada, que, sin duda, es su futuro.

Los Códigos civiles y demás leyes de los Estados miembros sobre el matrimonio y la familia se han convertido en los mayores enemigos de la libertad de los ciudadanos para configurar sus familias. Con arreglo a los mismos no es posible ejercer la libertad para fundar organizaciones sociales libres, o permiten fundarlas sin considerarlas familias o no reconociendo a las mismas los efectos o beneficios

de 2008 (rec. 6358/2008). La sentencia conceptúa de modo disparatado el orden público como «el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya el entero ordenamiento jurídico». La identificación que se hace en la sentencia entre poligamia y desigualdad entre mujeres y hombres carece de fundamento, y pone de manifiesto el dogmatismo intolerante que preside la concepción de la familia de los sectores más conservadores de la sociedad española que en la actualidad anidan en el Tribunal Supremo.

que otorgan a las familias «ortodoxas» que regulan las legislaciones de los Estados miembros y de la Unión Europea. Y la interpretación conservadora de constituciones y tratados internacionales, llevada a cabo por la inmensa mayoría de los legisladores ordinarios de los Estados miembros, no ha sido neutralizada, como cabía esperar, por los diferentes tribunales competentes (nacionales, de la Unión Europea y de Derechos Humanos de Estrasburgo) que debieran interpretar el matrimonio, de la familia y de las relaciones personales a la altura de nuestro tiempo.

En definitiva, ya sea en el Derecho interno, en el Derecho de la Unión Europea, o en el Derecho internacional, los ciudadanos no tienen plena libertad para organizar sus relaciones personales. No obstante, el camino hacia la libertad se ha iniciado ya y no será posible detener a las nuevas generaciones. Como dijera Federico ENGELS «cuando hayan venido esas gentes, se burlarán de cuanto se hubiese pensado acerca de lo que habrían de hacer; se dictarán a sí mismas su propia conducta y crearán una opinión pública basada en ella para juzgar la conducta de cada uno»²⁸.

RESUMEN: En este trabajo se analiza la intervención de la Unión Europea en el ámbito personal y familiar, comparando dicha intervención con la que tiene lugar en los tratados internacionales más relevantes (Declaración Universal de Derechos del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención de Derechos del Niño) y en la Constitución Española. Las conclusiones que se obtienen son varias. Por una parte, no se advierten grandes innovaciones ni en los Tratados de la Unión Europea ni en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se limita a reiterar derechos proclamados en instrumentos internacionales y constituciones como la española, si bien con la Carta pueden considerarse definitivamente liquidadas las relaciones matrimoniales y familiares basadas en la jerarquía. Por otra parte, el mayor grado de intervención de la Unión Europea en la familia tiene lugar a través del Derecho derivado que, con base a sus competencias en el mercado interior, ha configurado un modelo específico de familia transfronteriza. Este trabajo es un alegato jurídico en pro de la libertad de la configuración de las relaciones personales y familiares que en la actualidad impiden las normas nacionales, europeas e internacionales.

PALABRAS CLAVE: Competencia de la Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, familia, matrimonio, niños, familia transfronteriza, igualdad de hombres y mujeres, liquidación de la jerarquía en las relaciones personales y familiares, intervención de los poderes públicos en las relaciones personales y familiares, libertad plena en las relaciones personales.

ABSTRACT: This paper analyzes the European Union intervention in the area personal and family, comparing the intervention with those that take place in the most relevant international treaties (The Universal Declaration of Human Rights, The International Covenant on Economic, Social and Cultural and The Convention on the Rights of the Child) and in the Spanish Constitution. The conclusions obtained are several. First, no major innovations are noted in the European Union Treaties nor in the Charter of Fundamental Rights of the Euro-

²⁸ F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, 1884, edición castellana de editorial Fundamentos, Madrid, 1970, pág. 104.

pean Union, which merely reiterates rights enshrined in international instruments such as the Spanish Constitution, although the Charter be considered definitive liquidation of the marriage and family relationship based on hierarchy. Moreover the highest level of European Union intervention in the family takes place through legislation which, based on their expertise in the internal market has set up a specific model of cross-border family. This work is a legal argument for freedom of setting personal and family relationships that currently are impeded by national, European and international legal rules.

KEYWORDS: Rights of the European Union, family, marriage, children, cross-border family, equality of men and women, settlement hierarchy in personal and family relationships, public authority intervened in relations personal and family full freedom in relationships