

Sinopsis artículo 39 de la CE

Título I. De los derechos y deberes fundamentales

Concordancias: Artículos [9.2](#), [10.2](#), [14](#), [20.4](#), [27.3](#), [32](#).

Sinopsis

Que existe una estrecha relación entre la familia y el matrimonio es un hecho sociológicamente constatable; sin embargo, de la regulación constitucional lo que se desprende es que lo que realmente **identifica a una familia es la existencia de vínculos paterno filiales o, al menos, un núcleo de convivencia parental, y en menor medida el estado civil de los padres**. Precisamente esto es lo que llevar a descartar por alejadas de la Constitución aquellas posiciones doctrinales que veían al matrimonio como la única forma de conformación de la relación familiar. También son discutibles aquellas otras teorías para las cuales aun aceptando que existen familias no resultantes del matrimonio, la familia originada en la relación matrimonial ha de tener constitucionalmente un trato preferente: La 1ª, por ser el resultado del ejercicio de un derecho de la Sección 2ª del Capítulo IIº estaría protegida por las previsiones del art. 53.1 de la CE; la 2ª, no tendría dicha protección puesto que habría que integrarla dentro del art. 39 y, por tanto, dentro del Capítulo IIIº, "De los principios rectores de la política social y económica" que se garantizan según las previsiones del 53.3 de la CE.

Puede decirse que **las tesis que asocian la institución jurídico familiar exclusivamente con el estado civil, encuentran difícil acomodo en la Constitución**. El matrimonio no modifica, restringe o amplía la capacidad de las partes, y los fines éticos y sociales que busca la protección a la familia trascienden que se constituya a partir de una relación matrimonial. Por ello, a los efectos de las previsiones del art. 39 de la CE es irrelevante si la familia se ha constituido por ejercicio del derecho del 32 de la Constitución o por otro tipo de vínculo social.

La protección jurídico constitucional de la familia se encuadra dentro del catálogo de los llamados derechos sociales y como tales su llegada a los textos constitucionales y a las declaraciones internacionales está temporalmente hablando ubicada en siglo XX. En concreto, en nuestra historia constitucional el precedente con el que, por cierto, guarda mucha similitud, está en el art.43 de la Constitución republicana de 1931.

Por supuesto que la protección a la familia aparece regulada en las Constituciones europeas de nuestra órbita jurídico política: art. 36 de la Constitución portuguesa de 1976; art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949; art. 29 de la Constitución italiana de 1948 o los párrafos IXº y Xº del Preámbulo de la Constitución francesa de 1958.

También en **las Declaraciones Internacionales**: art.24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración de los derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.

Por lo que se refiere al proceso de discusión parlamentaria del precepto a lo largo del debate constituyente, se ha de decir que no fue un artículo que generase grandes enfrentamientos políticos entre las distintas fuerzas presentes en el proceso. Se puede apuntar como curiosidad que el precepto del Anteproyecto constitucional comprendía sólo 3 apartados, no aparecía la mención expresa de la protección del niño según los acuerdos internacionales que velen por sus derechos que aparece en el vigente 39.4 de la CE; y tampoco aparecía la referencia a que la ley posibilitase la investigación de la paternidad prevista en el apartado 2º, que fue introducida por enmienda del Senador Villar Arregui en el debate de Pleno del Senado.

La regulación de la familia en los términos en que el art. 39 de la CE lo hace supone un cambio espectacular en la ordenación de esta institución en España. Por ello, a lo largo de estos años se han ido aprobando leyes que han modificado radicalmente la fisonomía del Código Civil en materia de derecho de familia. Los especialistas no dudan en que las 2 leyes principales de desarrollo del art. 39 fueron la [11/1981](#), de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria

potestad y régimen económico del matrimonio y 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 y divorcio. **2 leyes que se aprueban por el impulso de la Unión de Centro Democrático y que vienen envueltas en un gran debate social y político** que hace que se presenten y se aprueben por la Cortes Generales sin un preámbulo donde se expresasen los importantes fines que tenían asignadas (cambiar el régimen familiar en España).

En la línea de este nuevo planteamiento en materia de familia, España se adhiere el 27 de enero de 1984 al Convenio nº 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil, sobre determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales hecho en Bruselas el 12 de septiembre de 1962 y se firman los Convenios de la OIT nº 79, 90, 123 y 138 sobre trabajo de menores.

Otras normas que conforman el régimen de familia que han completado las anteriores son las siguientes:

- Ley 1/1982 de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia imagen
- [Ley 13/1983](#), de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.
- [Ley 21/1987](#), de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos de Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción.
- [Ley 11/1990](#), de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo
- [Ley 35/1994](#), de 23 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los Alcaldes
- [Ley Orgánica 1/1996](#), de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- [Ley Orgánica 10/1995](#), de 23 de noviembre, del Código Penal. En los Capítulos II y III del Título XII, sobre alteración de la paternidad, estado y condición del menor y derechos y deberes familiares.
- [Ley 39/1999](#), de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
- [Ley 40/2003](#), de 18 de noviembre de Protección a las Familias Numerosas.

- [Ley 42/2003](#), de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- La Ley 51/2003 de 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, para posibilitar que la institución matrimonial se extienda a contrayentes del mismo sexo.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio
- Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana asistida de 26 de mayo.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Dependencia
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Conciliación de vida familiar y laboral
- Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ()
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional

Dentro de campo de las medidas políticas de carácter general a lo largo de estos años se han aprobado distintos planes de protección y apoyo a la familia.

Situados los elementos históricos y legislativos del art.39 de la Constitución nos queda por abordar someramente en el [análisis doctrinal y las aportaciones que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional](#) ha hecho en estos años.

Hay que empezar señalando que de los 4 apartados que comprende se deducen a su vez 4 cuestiones relevantes para la protección de la familia:

- a) la protección de la familia en sentido general,
- b) la protección de los hijos y las madres,
- c) los deberes de asistencia de los padres con los hijos y
- d) la protección de la infancia de conformidad con los acuerdos internacional para sus derechos.

a) **El apartado 1º del art. 39 de la CE** declara que los poderes públicos deben asegurar la protección de la familia. Desde luego, un primer problema, como ya se apuntaba al inicio de este comentario, es **determinar el concepto de familia**. Quedando descartado desde el 1º momento todas aquellas tesis que entendían por familia la resultante exclusivamente del núcleo parental padres e hijos y, además, conformadas de acuerdo con una relación matrimonial. Ello conllevaría una discriminación para los hijos habidos fuera del matrimonio que sería contrario al derecho a la igualdad previsto en el art. 14 de la CE, y a la no discriminación por razón de filiación prevista en el art. 39.2 de la CE. Pero también sería constitucionalmente poco acertado no asumir la existencia de una relación familiar cuando ese núcleo de convivencia se constituye entre miembros con una relación de 2º grado o colateral (v.gr. nietos y abuelos). Así la nueva Ley de relación familiar entre nietos y abuelos reconoce a esos vínculos derechos de carácter familiar.

Además el art. 39.1 de la CE hace una mención expresa a que la protección de la familia se debe desarrollar en el plano, socioeconómico se ha de hacer mención al derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para poder satisfacer sus necesidades y la de su familia, **art. 35.1 de la CE**; el derecho a la Seguridad Social para todos, **art. 41 de la CE**, preceptos que han dado lugar a una abundante legislación de desarrollo. Se ha mencionado anteriormente el impacto en la protección de la familia que han supuesto leyes como la de Igualdad entre mujeres y hombres, la de la dependencia, la de la protección a la discapacidad, la de conciliación o la de violencia de género. Un ejemplo de **protección económica a la familia**, en línea con otros países europeos, fue la conocida con el nombre de *¿cheque-bebé?*, prestación universal de pago único por nacimiento o adopción, aprobada por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción. La coyuntura económica de crisis obligó no obstante a dejar sin efecto esta medida a partir de 1 de enero de 2011. Esta medida ha tenido antecedentes en nuestro derecho, como lo fue el Real Decreto ley 1/2000, sobre mejora de la prestación familiar, que regulaba prestaciones económicas por nacimiento de hijos a partir del tercero y por parto múltiple.

Una de las manifestaciones más evidentes de la protección de la familia en el ámbito jurídico-constitucional es su integración en **el marco del derecho a la intimidad**. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como el Legislador con la [Ley 1/1982](#) se ocupan de señalar que toda intromisión en el ámbito familiar constituye un atentado contra el derecho a la intimidad de las personas. Otra manifestación de la protección de la familia en el texto constitucional es el reconocimiento en el **art. 27 de la CE** y las leyes de desarrollo de la intervención de los padres para la ordenación de la educación de sus hijos.

Asimismo, la protección de la juventud y la infancia, **art. 20.4 de la CE** y al derecho a no declarar por razón de parentesco, que el **art. 24.2 de la CE**, llama a desarrollar por ley, y que ha encontrado su acomodo en el **art. 454 del Código Penal**, que regula el encubrimiento entre parientes considerándolo causa de exención de la responsabilidad penal, y que la doctrina entiende como causa de exculpación o de no exigibilidad de otra conducta distinta.

b) **El apartado 2º del art. 39** establece un mandato al legislador para protección de los hijos y de las madres y la investigación de la paternidad.

La protección de los hijos queda expresada en el apartado 2º, respecto de los poderes públicos, y se concreta en el apartado 3º al señalar que los padres tienen el deber de proteger a los hijos y asegurar que todos sean iguales con independencia de su filiación.

El Tribunal Constitucional se pronunció con toda claridad desde un 1º momento sobre el asunto de la filiación señalando que la filiación no admite categorías intermedias y, por lo tanto, toda norma que quiebre la unidad en la determinación filiar de los hijos es discriminatoria por razón de nacimiento y contraria a la Constitución ([SSTC 80/82](#), [74/97](#), [84/98](#)).

Los hijos adoptados quedan equiparados en derechos a los biológicos y en esa línea el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en alguna ocasión para descartar normas que señalaban que para que éstos pudieran acogerse a pensiones de orfandad el adoptante debía haber sobrevivido al menos dos años ([SSTC 46/99](#) y [200/2001](#)).

Al igual que con los hijos, [se reconoce expresamente la situación de igualdad de las madres](#) más allá de su estado civil. Principio que hay que entenderlo en relación con la legislación y actos que los poderes públicos pongan en marcha para la integración laboral de seguridad social y otros derechos de carácter social de la mujer. Es importante destacar aquí la incidencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, que ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial, entre otras vid. STC. 81/2010 de 3 noviembre, así como de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (3/2007 de 22 de marzo) conocida popularmente como ¿ley de igualdad?, que desde la misma exposición de Motivos de la ley señala: «El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la Ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos.

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha aceptado como conforme con el principio de igualdad aquellas medidas que favorezcan el derecho al trabajo de la mujer con hijos ([STC 128/87](#)) y ha considerado que medidas de discriminación positiva como ofrecer servicio de guarderías o permisos de lactancia para las madres trabajadoras y no a los padres trabajadores no afectan a la Constitución([STC 109/93](#)).

Del art. 39.2 de la CE también se desprende un derecho de los hijos a que se declare su filiación biológica y por consiguiente aparece un deber para los padres y los poderes públicos para que se realicen las pruebas pertinentes para ello.

Dicha declaración ha llevado al Tribunal Constitucional a señalar que la investigación de la paternidad prevalece sobre la posible intromisión en la intimidad o el derecho a la integridad física siempre que esas pruebas sean indispensables para los fines perseguidos, no se ponga en grave peligro la vida o integridad de la persona que ha de someterse a ellas y exista unos indicios racionales de la conducta parental atribuida ([SSTC 7/94](#), [95/99](#) y 273/2005 de 27 octubre).

c) Todo lo relativo a los deberes asistenciales de los padres con sus hijos queda regulado en el Código Civil que como ya apunté se adecuó a la Constitución en esta materia mediante la [Ley 11/1981](#), de 13 de marzo, que modifica entre otros lo relativo a filiación, patria potestad, y que establece [el deber de los padres de alimentar, educar y procurar una formación integral para sus hijos](#).

En este ámbito debe destacarse la incidencia de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que, entre otras cuestiones, racionalizó las instituciones de protección de menores.

La Ley regula los principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social, incluyendo la obligación de la entidad pública de investigar los hechos que conozca para corregir la situación mediante la intervención de los Servicios Sociales o, en su caso, asumiendo la tutela del menor por ministerio de la ley.

De igual modo, establece la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos.

Con carácter específico se prevé, asimismo, el deber de los ciudadanos de comunicar a las autoridades públicas competentes la ausencia del menor, de forma habitual o sin justificación, del centro escolar.

De innovadora se puede calificar asimismo esta ley en cuanto distingue, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre [situaciones de riesgo y de desamparo](#) que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública.

Mientras en las [situaciones de riesgo](#), caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en [las situaciones de desamparo](#), donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

d) El art. 39.4 de la CE establece el deber de protección a la infancia de acuerdo con los Tratados Internacionales que velan por sus derechos (fundamentalmente, la Declaración del niño de la Asamblea de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959).

El Tribunal Constitucional ha señalado que los poderes públicos podrán adoptar medidas que introduzcan tratamientos desiguales para proteger la infancia sin atentar contra el art. 14 de la CE ([STC 55/94](#)) y que la protección a la infancia se constituye como un límite a la libertad de expresión prevista en el art. 20.4 de la CE ([SSTC 49/84](#) y [62/82](#)).

Finalmente, y en relación con la responsabilidad penal de los menores, el Tribunal Constitucional ha señalado que queda a disposición del legislador el momento en el que entran dentro de la jurisdicción penal, pero también en el Auto 289/91 nuestro Alto Tribunal aceptó como constitucional un tratamiento procesal distinto para aquellos que tenían más de 16 años y menos de 18.

Actualmente la responsabilidad penal de las personas comprendidas entre 14 años y 18 se deduce según lo establecido en la [Ley Orgánica 5/2000](#), reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Por lo que se refiere a la [bibliografía](#) cabe citar las aportaciones de Gala, Almendros, Garrido Melero o Jiménez Morago, entre otros.

Sinopsis realizada por:

Elviro Aranda Alvarez. Profesor Titular. Universidad Carlos III. Diciembre 2003.

Actualizada por Sara Sieira, Letrada de las Cortes Generales. Enero, 2011.