

Encarnación Roca Trías

Vicente Guilarte Gutiérrez

*Patrimonio matrimonial en
matrimonios no indisolubles*



Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Antonio Pau

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás-Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

M^a Isabel de la Iglesia

*Patrimonio matrimonial en
matrimonios no indisolubles*

Encarnación Roca Trías
Vicente Guilarte Gutiérrez

*Patrimonio matrimonial en
matrimonios no indisolubles*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2010 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Encarnación Roca Trías, Vicente Guilarte Gutiérrez

I.S.B.N. : 978-84-614-2521-1

Depósito Legal: M-33543-2010

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

FAMILIA, FORMAS FAMILIARES Y ECONOMÍA. Dos ensayos sobre metodología del derecho de familia (<i>Encarnación Roca Trías</i>)	11
I.- Los persistentes valores de la familia	13
II.- El matrimonio como derecho fundamental	31
III.- ¿Tan importante es el derecho para la familia?	56
IV.- Conclusiones	86
PATRIMONIO MATRIMONIAL EN MATRIMONIOS NO INDISOLUBLES (<i>Encarnación Roca Trías</i>)	93
I.- Introducción	94

1. El papel de la familia en un sistema constitucional	94
2. Los bienes familiares	99
II.- La razón del régimen de bienes ...	101
III.- Las aportaciones matrimoniales ..	112
IV.- El divorcio	115
V.- Conclusiones	120
Bibliografía	123
UNIONES DE HECHO Y REGÍ- MENES ECONÓMICOS CONSORCIALES. (<i>Vicente Guilarte Gutiérrez</i>)	
I. Uniones de hecho y régimen económico	131
<i>Los grados regulatorios de las uniones de hecho</i>	134
1. Derecho a las prestaciones de las Administraciones Públicas	136
2. Derechos sucesorios	137
3. Pensiones en caso de desunión	138

4. La equiparación absoluta ..	138
II. Divorcio y liquidación del régimen consorcial	140
<i>Los presupuestos básicos de la comunidad de ganancia- les: su desaparición</i>	142
<i>Las disfunciones liquidatorias ..</i>	149
<i>Propuestas de modificación del sistema económico-matri- monial</i>	152

FAMILIA, FORMAS FAMILIARES Y ECONOMÍA

Dos ensayos sobre metodología del
derecho de familia¹

Encarnación ROCA TRÍAS

1. *Familia y matrimonio*

En trabajos anteriores dedicados a la materia relacionada con la familia intenté demostrar que el concepto de familia tradicional, ligado a “la casa”, había sido superado por el sistema constitucional, que al reconocer la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones familiares, desembocaba en un

¹ Estos dos ensayos forman parte de un grupo de estudios y reflexiones sobre derecho de familia que han ido surgiendo a partir de mi primer trabajo publicado en 1992 y titulado "Familia, familias y Derecho de familia". El primero de los que ahora se publican "Familia y Matrimonio", fue inicialmente publicado en la revista *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, en 2007, pero ahora se ha completado con las correspondientes notas y con algunos acontecimientos acaecidos posteriormente como el reconocimiento de la pensión de viudedad a una mujer casada por el rito gitano. El segundo, titulado "Patrimonio matrimonial y matrimonios no indisolubles" es el fruto de un seminario organizado por la "Fundación Coloquio Jurídico Europeo" en octubre de 2009.

individualismo, en el que el papel “tradicional” de la familia tendía a quedar relegado². A pesar del tiempo pasado entre aquella publicación, 1999, y la presente reflexión, las ideas que recogí hace ya unos diez años sobre un aspecto de las relaciones humanas que los legisladores han insistido e insisten en comprimir en un catálogo de normas de aplicación general, se han confirmado y se ha venido a demostrar que el derecho no siempre sirve para dibujar el panorama general regulador de este tipo de relaciones, sino que, al contrario, normalmente va a remolque de la realidad. En lo que hemos coincidido en llamar *derecho de familia*, confluyen un conjunto de cuestiones que tienen más que ver con las delicadas respuestas personales a problemas tan antiguos como el mundo, como son los relativos a la reproducción de la especie humana o la transmisión del patrimonio, al lado de los más sofisticados, como la lucha por la obtención de la felicidad personal, que los románticos identificaron, en parte, con el matrimonio por amor. Como es fácil comprender, estas cuestiones poco o nada tienen que ver con el derecho, que sólo puede limitarse a ofrecer limitadas soluciones a los conflictos que las relaciones humanas no dejan de crear por su propia naturaleza, soluciones que el ordenamiento jurídico adopta por pura necesidad de

² Roca (1999), pág. 68.

organización de las convivencias. Un ejemplo claro de lo que acabo de señalar lo encontramos en el insoluble problema de la violencia en el seno del grupo formado por diferentes personas de edades y sexos diferentes, que hemos venido en denominar familia, pero no es este el único ejemplo que nos viene a ofrecer la sociedad, de modo que hoy los problemas no se centran en lo que aparece regulado en los Códigos, sino que el Derecho de familia, si queremos seguir identificando esta regulación con una expresión que permite que los investigadores nos entendamos, es un campo de estudio abierto a disciplinas muy distintas: sociología y demografía, derecho laboral, seguridad y asistencia sociales, derecho penal, economía, etc. ¿Dónde queda el Derecho civil? La familia ofrece un campo pluridisciplinar en el que el derecho es sólo una parte muy pequeña de todo el conjunto de reglas dirigidas a organizar todas estas relaciones. Mi reflexión, por lo tanto, va a ser más general y no se va a limitar a este estrecho campo de normas contenidas en el Código civil.

I. Los persistentes valores de la familia

Al parecer, las encuestas a nivel europeo, señalan que la familia sigue siendo una de las instituciones sociales más valoradas. Y es cierto que el grupo ha actuado y sigue actuan-

do como amortiguador de algunos de los grandes problemas que afectan a la sociedad en general y a la española, en particular, sin dejar, a su vez, de presentar cada vez nuevos y más complejos inconvenientes. Los hijos siguen dependiendo de los padres hasta edades escandalosamente maduras, porque los padres actúan como prestadores baratos de unos servicios que la sociedad no ha organizado suficientemente bien: desde el cuidado de los niños para permitir que las madres puedan trabajar, hasta la prestación de la habitación en una sociedad de precios desquiciados. Por esto no resulta extraña la respuesta a las encuestas. Pero, al mismo tiempo, esta valoración favorable no va acompañada de un respeto a los derechos más elementales por parte de aquellos que se benefician de la situación, porque es también un hecho que cuando los iniciales beneficiarios deben a su vez prestar sus servicios, la situación se torna muy distinta: desde los casos de violencia, que alcanzan tanto a esposas/compañeras como a padres/madres, hasta la reticencia al pago de alimentos complementarios de pensiones de viudedad o jubilación a veces muy bajas o incluso inexistentes³.

³ Es significativa la reflexión de Ribot (1999), págs. 180-181.

1. *Las premisas para un estudio coherente de la familia y su derecho.* Sin embargo, no voy a entrar en el examen de las razones, muy complejas, de estas situaciones y de la incoherencia de la sociedad. Esto pertenece a otro campo de investigación. Debe partirse de la premisa generalmente aceptada, que la familia es una institución social. A ello voy a añadir otras dos características, que me van a servir de punto de partida básico para las reflexiones que seguirán: i) la familia es una institución en constante evolución y ii) nos encontramos frente a un concepto no jurídico. Estos dos puntos han sido discutidos ya en otros lugares, por lo que no voy a insistir en ellos⁴. Sí vale la pena remarcar que resulta significativo que la Constitución haya omitido definir la familia a la que manda proteger, en el texto básico del art. 39 CE. Medida prudente que permite la adaptación del texto a cualquiera de los modelos que puedan presentarse en una determinada sociedad, pero que deja al investigador jurídico un poco desilusionado. Sin embargo, los dos puntos aludidos podrían ser aceptados desde otras disciplinas, jurídicas y no jurídicas. Así:

a) Desde el punto de vista económico, es una verdad constada que la familia es el pilar

⁴ Me remito a Roca (1999), cap. 1 *in totum* y Martínez de Aguirre (2007), pág. 39.

donde se asienta una parte importante del bienestar social⁵. No tanto porque cree riqueza, como había sucedido históricamente, sino porque, como ya he dicho antes, actualmente funciona como un claro *agente del bienestar social*. La familia suple hoy carencias que se producen en campos básicos, como la vivienda, la educación de sus miembros, la protección de la salud y la ayuda en el desarrollo físico de los menores y el auxilio en la vejez de los mayores, la falta o la insuficiencia de los salarios, la de las pensiones, etc. Estas funciones han cambiado el tradicional papel de la familia como creadora de riqueza, en un entramado en el que las uniones de sus miembros se concebían como un sistema de favorecimiento de las relaciones sociales propias de una sociedad precapitalista y preglobalizada; ciertamente, los servicios se han prestado siempre en el interior de las familias⁶, pero las razones eran muy otras. Las actitudes del príncipe de Salina en *El*

⁵ Cabrillo (1996), pág. 22 ss.

⁶ A tal efecto, resulta interesante la explicación de Cabrillo (1996), pág. 58 ss sobre la división del trabajo en el interior de las familias; además, considera que "la idea de una división del trabajo de carácter universal en el que es el hombre quien se encarga de obtener los recursos que permiten la alimentación y cubrir las necesidades básicas de su mujer y sus hijos no responde a la realidad". Ver asimismo el cuadro que publica en la página 66, relativo a asignación de actividades según sexo en 224 culturas.

Gatopardo obedecen a un sistema de ligámenes en el que los miembros de la familia eran tratados y concebidos como instrumentos para mayor honor y gloria de la casa a la que pertenecían; lo mismo ocurría en el sistema familiar catalán, en el que *el hereu* no era otra cosa que un administrador cualificado para tirar adelante la hacienda, lo que permitía no sólo la subsistencia de los miembros del grupo familiar⁷, sino también su proyección económica. En estas condiciones, resulta lógico el sistema de legítimas, que constituyen el patrimonio de quienes trabajan, sin salario efectivo, para un sistema que debe protegerles y permitirles el crecimiento personal⁸.

Actualmente, la familia cumple estas funciones sociales en un contexto muy distinto, aunque las razones son muy claras: la primera se encuentra en que el estado del bienestar, sobre todo en España, manifiesta carencias muy importantes, porque se encuentra escasamente desarrollado. Las leyes que se han ido aprobando y más concretamente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre relativa a la *Promo-*

⁷ Por centrarme en una explicación tradicional de este sistema sucesorio, me remito a Durán y Bas (1883), pág. 93-94.

⁸ López Burniol (1984), pág. 84 decía de las legítimas catalanas que la constante erosión de la cualidad de legitimario "conduce lenta, pero inexorablemente, a la desaparición de la legítima".

ción de la Autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia, y la LO 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género y las normas que las desarrollan parten precisamente de la falta de independencia de la familia y por ello debe existir una interacción con las inversiones familiares, que en algunas ocasiones, son más capaces de proporcionar servicios adecuados a sus miembros y generalmente, de mejor calidad. La idea de la familia como prestadora de servicios a sus miembros aparece claramente en relación al cuidado de niños y ancianos, en una sociedad carente de instituciones de calidad y en la cantidad adecuada a las necesidades personales y los presupuestos familiares.

La segunda razón se encuentra en el compromiso moral entre sus miembros, que algunas veces tiene una traducción legal, como ocurre con el derecho a los alimentos o las pensiones compensatorias post divorcio, pero que otras veces no deriva de ninguna obligación legal y que es más, se cumple independientemente de que esta obligación exista o no. Se comprende así la metodología adoptada por Eekelaar⁹ ya en 1978, en su libro *Family Law and Social Policy*, para quien la finalidad actual de la familia es puramente

⁹ Eekelaar (1978, 2ª edición, 1984), pág. 15.

funcional, es decir, que cumple una función importante en relación al cuidado de los hijos, de modo que según este autor, la ideología de las sociedades occidentales en relación a esta institución se centra en la función de cuidar a las nuevas generaciones, y así será el instrumento a través del cual se transmiten los valores, la cultura y las conquistas de una generación a otra.

Todo ello hace que sea cierto que la familia actúa de forma conjunta con el Estado en proporcionar bienestar a los miembros del grupo. Por ello dije ya en su día que el sistema actual puede calificarse como *sistema mixto*, en el sentido que la familia constituye un sistema complementario de la actividad pública en lo que se refiere a la prestación de servicios, distribuyéndose las funciones entre las instituciones públicas y los particulares¹⁰; no se trata de que el Estado y las administraciones públicas actúen sólo cuando los particulares obligados no lo hagan o lo hagan mal, sino que se produce una distribución de las distintas áreas de actividades, de modo que al Estado corresponde establecer el sistema que permita a los ciudadanos gozar de la plenitud de sus derechos fundamentales, mientras que a los particulares les atañe la prestación de determinados servicios asistenciales dentro

¹⁰ Roca (1999), pág. 67.

del grupo familiar. Por ello aun hoy es absolutamente admisible la concepción funcional de la familia a que antes me he referido.

No hay definiciones legales de familia, o por lo menos, no las hay hasta el punto que limiten la libertad de decisión del legislador; pero si aceptamos esta funcionalidad podremos admitir una definición tan sofisticada de *familia* como la que proporciona la ley catalana 18/2003, de 4 de julio, *De suport a les famílies*, que en su art. 1.1 se ajusta a esta realidad que estoy describiendo. Esta disposición dice que la mencionada ley tiene como finalidad establecer las bases para la protección de la familia, entendida como eje vertebrador de las relaciones humanas y jurídicas entre sus miembros y como ámbito de transferencias compensatorias intergeneracionales e intrageneracionales. En definitiva, se le está atribuyendo el papel que he descrito antes, como sistema de cohesión social¹¹.

¹¹ Desde posturas a la derecha también se defiende este papel, como ocurre con Martínez de Aguirre (2007), pág. 38 quien, citando a D'Agostino, señala que "En conclusión, el reconocimiento jurídico del matrimonio y la familia no obedece al propósito de dar relevancia en Derecho a un deseo psicológico de los particulares (que existe, pero no es jurídicamente lo esencial), sino que tiene por finalidad regular y proteger una estructura antropológica objetiva".

Todo ello lleva a considerar que si bien el sector público juega un papel preponderante en la prestación de los servicios sociales, no es el único, porque el actual estado de bienestar es un conjunto de actuaciones, en las que las familias no juegan un papel menor.

b) Desde el punto de vista social, la familia ha ido evolucionando, sin que sea previsible un final estabilizado a corto plazo. La forma tradicional de la familia extensa ya no existe más que en determinadas sociedades, pero no en las occidentales. La vista de los parientes del ya citado Príncipe de Salina resulta hoy un anacronismo; del concepto amplio del Derecho romano, en el que *todos* los que conviven con el *paterfamilias* son *familiares*, hasta las actuales familias monoparentales, las formas familiares han ido creando una serie de formas convivenciales, que demuestran la riqueza de las relaciones sociales.

Sin embargo, está extendida la idea, no totalmente exacta por lo que se verá, que la única forma de familia es la que se consolida a mediados del siglo XIX y que aparece descrita a mediados del XX por los sociólogos americanos con el nombre de *familia nuclear*¹². El modelo consolidado en aquel mo-

¹² En el moderno pensamiento familista, se pone de

mento en la literatura social y jurídica, de donde pasó a los textos legales, era el que entendía la familia como una unidad de convivencia formada por un hombre, el marido, que aporta los medios económicos para la subsistencia de los otros (*breadwinner*); de una mujer que se ocupa de administrarlos y de educar a los hijos y que cuida a los otros familiares que eventualmente convivan (*housekeeper*) y, finalmente, de un número variable de hijos comunes, a los que se pueden añadir otros familiares del marido o de la esposa. Este modelo es el que se conoce con el nombre de *familia nuclear* y es el utilizado como modelo en general. Lo que se llama *nuclearización* de las familias es debido a unas circunstancias muy claras: la desaparición de personas que no componen este núcleo, la decadencia de la familia extensa y la generalización del matrimonio como sistema organizativo de la convivencia. Como afirma Flaquer¹³, “la reducción de la complejidad de los hogares es consecuencia del proceso de nuclearización desencadenado por la industrialización” y consiste en “el encogimiento de las familias extensas que existían en muchas zonas rurales donde predominaba la

relieve esta situación de desajuste y la convivencia de diferentes modelos. Ver, a título de ejemplo, Valpuesta (2007), pág. 76.

¹³ Flaquer (2007), pág. 230.

pequeña y la mediana propiedad y en la disminución del número de parientes o de sirvientes residentes en los hogares formados por el núcleo de una familia elemental”; si bien, como sigue diciendo dicho autor, en España el proceso es mucho más tardío, de manera que prácticamente coincide el auge de la nuclearización con la transición del “modelo sustentador masculino al régimen de familia con dobles ingresos”.

Como siempre ocurre, el modelo de la familia nuclear no es el único posible, porque a su lado conviven otros tipos, como las *familias monoparentales*, que hasta hace pocos años estaban formadas por mujeres viudas con sus hijos y que ahora lo integran mayoritariamente núcleos residuales al divorcio y *las familias extensas*, en las que el poder aparece concentrado en el titular de los medios económicos que permiten a los otros miembros del grupo subsistir económicamente, como fue la casa pairal catalana. O bien, las nuevas formas de familias en las que se generalizan estructuras que algunos cualifican como *patologías* en relación con el esquema tradicional: las familias constituidas sin matrimonio, las familias recompuestas y las familias monoparentales, que ahora tienen como origen el divorcio de los progenitores, que deciden o bien contraer nuevo matrimonio (familias recompuestas), o bien continuar

la convivencia sin volverse a casar o bien cohabitan sin casarse; finalmente, los matrimonios que deciden no tener hijos. Estos modelos a los que me estoy refiriendo tienen como base la convivencia de personas de sexo diferente. Como dicen los sociólogos, el modelo de la familia nuclear aun constituye el arquetipo sobre el que se construye la regulación general del Derecho de familia e incluso en las uniones entre las personas del mismo sexo, esta es una realidad indiscutible. En definitiva, el modelo histórico de la familia nuclear ha substituido, con éxito, el modelo histórico de las familias extensas. Sin embargo, algunas normas jurídicas siguen partiendo del tipo *familia extensa*: sólo hay que recordar aquí las reglas del derecho de sucesiones que, sobre todo en la sucesión intestada, parte de la familia extensa para determinar quiénes son los herederos a falta de voluntad declarada del causante, presumiendo, según algunos autores, que el afecto se extiende a lo largo de una serie de parientes que llega hasta los primos, conclusión la mayoría de las veces, absolutamente alejada de la realidad: ¿quién puede tener afecto por personas a quienes muchas veces apenas conoce? Y como afirman analistas económicos de la familia, existe una contradicción sustancial entre el mantenimiento de las formas sucesorias que reconocen un conjunto de derechos a familiares que se hallan fuera del núcleo, con el papel del Estado,

como recaudador fiscal, lo que genera la gran discusión acerca de los impuestos sucesorios.

Normas penales y administrativas se encargarán de establecer también los criterios para determinar agravamientos del delito y de las penas, incompatibilidades, etc., sobre la base de unos parentescos más o menos lejanos, pero en cualquier caso, parten de un concepto de familia que no es, muchas veces, el que funciona realmente.

Los cambios sociológicos afectan a diversos factores: la dimensión de las propias familias, el incremento de los hogares unipersonales y de las familias monoparentales, la disolución de la convivencia básica a partir de los divorcios y la generalización de la cohabitación, es decir la convivencia sin matrimonio. Todo ello lleva a lo que se califica como *pluralismo familiar*, que sin ser una novedad absoluta, sí que exige que se den respuestas, que luego van a tener que ser objeto de decisión a la hora de determinar las políticas familiares. Se demandan estas políticas, pero los mecanismos para determinar a sus destinatarios tropiezan siempre con la dificultad de fijar los límites. Dificultades que van a acrecentarse cuando, como en la actualidad, existe, además, un pluralismo cultural que hace que en una determinada sociedad convivan otras familias con

problemas distintos a los hasta ahora explicados.

2. *La familia como objeto de reflexión o la llamada “crisis” de la familia.* A partir de las anteriores consideraciones, puede llegarse a una primera conclusión: *todas las formas a las que he aludido tienen un punto de conexión que es el matrimonio*, salvo los supuestos de las familias monoparentales. Porque incluso el caso de los hogares unipersonales están descritos de forma comparativa, como una situación de no-matrimonio.

Desde el punto de vista histórico, el matrimonio es el elemento determinante para la identificación del núcleo familiar: *sólo el matrimonio podía ser tomado en cuenta como elemento identificador de la existencia de la familia, porque sólo a través suyo se podían obtener algunas seguridades: la legitimidad de los hijos y, por este medio, la transmisión de la riqueza.*

Un autor tan significativo como lo fue Juan Pedro de Fontanella, que publica su obra *De pactis nuptialibus seu capitulis matrimonialibus* en pleno siglo XVII, describe el derecho de familia catalán a partir del estudio del matrimonio, al que ligará también la filiación. A quienes todo ello no concernía, el matrimonio no ofrecía ningún incentivo,

como diríamos ahora: no estaban interesados en absoluto en contraer matrimonio. En muchos casos, al matrimonio se llega por necesidad. Por ejemplo, en Gran Bretaña se decía que la vida de familia sólo era relevante a los efectos de la aplicación de la *Poor Relief Act*, de 1601, es decir, cuando los individuos debían depender de las ayudas públicas¹⁴; una modificación de esta ley en 1718 impuso al marido la obligación de prestar alimentos a su esposa y a los hijos que hubiera tenido con ella, si bien, como afirma Eekelaar¹⁵, no había forma de exigir esta obligación, salvo en el caso en que se hubieran de proveer ayudas públicas. Lo mismo se pone de relieve con relación a la política familiar francesa del siglo XIX, ya que debido al aumento de los nacimientos fuera de matrimonio, se incentivó el matrimonio entre las clases trabajadoras¹⁶. En resumen, desde el siglo XIX se va extendiendo el modelo de familia nuclear a las clases sociales populares.

¹⁴ Eekelaar (1984), pág. 19, dice que en la ley citada se establecía que el padre, la madre, la abuela y los hijos de una persona que no podía trabajar estaban obligados a mantenerle al nivel que decidiera la justicia.

¹⁵ Eekelaar (1984), pág. 19. Esta modificación se produjo a partir de la *Poor Relief (deserted Wives and Children)*, de 1718.

¹⁶ Eekelaar (1984), pág. 17, donde cita una obra de Glendon, de 1977.

Cuando la burguesía accede al poder, con la Revolución francesa, se produce una primera democratización del matrimonio¹⁷. Se extienden los intereses que se pretende proteger, que ya no serán exclusivamente los de la transmisión de la riqueza, sino los de la estructuración de la sociedad de forma ordenada y conforme a una nueva ideología: el matrimonio trae la paz social, porque permite alcanzar unos fines que el Estado solo es incapaz de obtener. De nuevo Flaquer¹⁸ nos dirá que al producirse una fuerte erosión de los modelos campesinos que fueron sustituidos por la familia nuclear, “con la difusión de los modelos individualistas, también este modelo se ha ido introduciendo en los barrios obreros de las grandes concentraciones industriales donde predominaban formas no estrictamente nucleares basadas en la solidaridad entre parientes y el colectivismo de clase”; por ello, el sistema venía marcado por altas tasas de ilegitimidad y de abandono, que empiezan a declinar precisamente con la aceptación de este patrón, que tenía en la base el matrimonio y así “se cosecharían los frutos de la lucha por la respetabilidad burguesa contra la ilegitimidad en la medida en que ésta representaba una desviación de los patrones establecidos de familia y matrimonio”.

¹⁷ Hattenhauer (1987), pág. 139.

¹⁸ Flaquer.

El ejemplo claro de lo que estoy diciendo lo tenemos en el Código civil francés. Es significativo que el discurso preliminar del Code exalte la función sagrada que el matrimonio está llamado a cumplir, ya que tiene como finalidad la perpetuación de la especie y él solo fundamenta la legitimidad de los hijos; como afirma Catala¹⁹ (2004), en el siglo XIX no hay otra familia que la que se crea por la unión conyugal, teniendo en cuenta, además, la naturaleza imperativa de las leyes que lo regulaban de modo que siempre según este autor, el conjunto formado por el matrimonio, la filiación, el nombre, la obligación alimenticia y la herencia forma un bloque coherente de disposiciones, en la mayor parte, imperativas.

Como consecuencia, el matrimonio se erige en el centro de la regulación del Derecho de familia²⁰, ahora sí incorporado a los Códigos y generaliza tres elementos básicos en esta nueva ideología:

1º La necesidad de concurrencia de forma para la validez del matrimonio: sin forma no hay matrimonio y sin matrimonio, lo único

¹⁹ Catala. Libro del bicentenario.

²⁰ Y ello hasta el punto de que para un sector importante del pensamiento jurídico, no hay familia si no hay matrimonio, como pone de relieve Glendon (1989), pág. 5.

que hay es el estigma social. En este sentido son significativas las ya antiguas sentencias de la Sala 1^a relativas a la nulidad de actos de disposición gratuita efectuados en favor de compañeras, por tratarse de actos de carácter inmoral²¹.

2º El matrimonio va acompañado de una organización económica: el régimen de bienes, que tiene diversas finalidades, tales como estructurar las compensaciones por el incremento de los patrimonios familiares, en una sociedad en la que la mujer empieza a ser considerada claramente como *housekeeper* y establecer los patrimonios responsables frente a los acreedores, normalmente del marido. La nueva economía resultante del orden posterior a la Revolución, los negocios, las tiendas, las sociedades, no elimina la necesidad del matrimonio, sino que lo acrecienta y aparece así el modelo de la mujer buena administradora y ahorradora. El ejemplo de Barbarita, esposa de D. Baldomero Santa Cruz (*Fortunata y Jacinta*) es paradigmático: suerte tiene la casa de tener a D^a Barbarita, porque el ejemplo contrario lleva a la ruina de todos, como nos demuestra Madame Bovary.

²¹ Así las sentencias de 8 marzo 1918, 2 abril 1941 y 16 octubre 1959.

3º La legitimidad de los hijos, el miedo a que los bienes que han costado tanto vayan a parar a quienes no son los herederos directos sigue teniendo en el matrimonio el sistema de fijar quién es padre.

De aquí que haya que llegar a una primera conclusión: los sistemas de los Códigos europeos del siglo XIX y que persisten aun a lo largo de las modificaciones del siglo XX, sigue identificando, de forma más o menos directa, a la familia con el matrimonio. El matrimonio es la vía para la constitución de una nueva familia y sólo se constituyen familias a partir del matrimonio de sus miembros fundadores²².

II. *El matrimonio como derecho fundamental*

El sistema que se ha descrito hasta aquí tiene una consecuencia seguramente paradójica en el momento actual: a pesar del digamos “desprestigio” del matrimonio, lo que se demuestra con la disminución del número de los que se contraen en toda la UE, se ha reconocido como derecho fundamental. Glendon²³ pone de relieve que aunque la

²² Así ocurre, por ejemplo, con Martínez de Aguirre (2007), págs. 35 y 44.

²³ Glendon (1989), pág. 35.

regulación matrimonial ha permanecido relativamente estable, se han producido muchos pequeños cambios que han llevado a una gran transición y que, aunque parezca paradójico, la misma evolución que representa una dejación del interés del estado en la formación del matrimonio, ha culminado en su reconocimiento como derecho fundamental.

1. *El derecho fundamental a contraer matrimonio.* El artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la ONU, de 1948, establece el derecho a contraer matrimonio entre los que deben quedar protegidos, camino seguido por el Convenio europeo de Derechos Humanos de 1950, que en su artículo 12 reconoce este derecho, situación consolidada en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2000), que establece que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. La paradoja a que se refería Glendon en 1989, comienza ya a ser aceptada como cuestión general por parte de los investigadores europeos que se ocupan del Derecho de familia; así, MacGlynn²⁴ señala diversas situaciones que se están produciendo en las sociedades occidentales: los niveles de matrimonio están bajando rápidamente en la

²⁴ MacGlynn (2006), pág. 112.

UE, mientras aumentan los divorcios; las estadísticas de cohabitación aumentan a su vez, pero al mismo tiempo algunos estados han introducido el matrimonio para las parejas del mismo sexo²⁵; dicha autora añade que las contradicciones abundan porque si bien la Convención europea de Derechos Humanos y la Carta de Derechos fundamentales de la UE reconocen el derecho a contraer matrimonio, la Corte de Justicia de la UE y el Tribunal Europeo de derechos humanos rehúsan definir las uniones de gays y de lesbianas como auténticas familias y defienden el matrimonio como un espacio reservado únicamente para las parejas heterosexuales²⁶. Esta reflexión es absolutamente cierta y abunda en la paradoja de que el derecho a contraer matrimonio ha sido configurado como fundamental en el sistema europeo, mientras que no todos tienen acceso al ejercicio de este derecho.

Aunque todo ello ha llevado a una consecuencia de nuevo paradójica: cuanto mayor protección institucional ha recibido el matrimonio, más se ha acelerado su caída, es decir, su consideración social. El hecho es que ahora los sociólogos se refieren a la

²⁵ En este momento los Estados europeos que reconocen el matrimonio de personas del mismo sexo son Bélgica, Holanda y España.

²⁶ McGlynn (2006), págs. 116 y 125.

desintitucionalización del matrimonio como un hecho cierto y constatable, que se produce por medio de la baja del número de matrimonios y del aumento de la cohabitación²⁷, cuestión esta última que no significa que las personas estén dispuestas a no convivir, sino que buscan otros sistemas distintos. La hipertrofia del matrimonio como espectáculo, ha dado lugar a una simplificación de la prestación del consentimiento matrimonial. El éxito del matrimonio/derecho fundamental ha producido su propia caída.

2. *Las consecuencias de la construcción constitucional del matrimonio como derecho fundamental.* Cuando el derecho ordena una realidad y le atribuye, además, la categoría de derecho fundamental, debemos preguntarnos acerca de las consecuencias que ello comporta. Se ha visto ya que la opción de los legisladores internacionales y nacionales ha sido la de otorgar al derecho a contraer matrimonio la categoría de fundamental y ello comporta que un investigador de la familia deba formular una serie de preguntas, aunque la esperanza de que se vaya a obtener una respuesta correcta debe ser más bien ligera. La cuestión se centra en el contenido del propio derecho, que se considera que tiene dos vertientes: i) desde el punto de vista *positivo*, como el

²⁷ Flaquer (1999), pág. 60.

derecho a contraerlo “sin que a uno le impidan hacerlo más que en supuestos justificados”²⁸, y ii), desde el punto de vista *negativo*, como derecho a no casarse si no se desea.

Si el matrimonio debe ser considerado como un derecho fundamental,

a) ¿Por qué están las personas constreñidas a contraerlo cuando se quieren establecer relaciones de pareja? Esta pregunta vendría a plantear la cuestión de si existe o no un derecho a no contraer matrimonio, entendido no como derecho a excluirlo, sino como derecho a acceder a las mismas prestaciones reconocidas a quienes lo han contraído. Ciertamente, nadie hoy va a afirmar que la libertad de las personas y su reconocimiento también como derecho fundamental, va a excluir que pueda nadie ser penalizado por no haber contraído matrimonio; esta no es la cuestión. Pero cuando a nivel de discusión teórica se plantea el problema de si el artículo 32 CE contiene un derecho negativo a excluir el matrimonio, las opiniones están lejos de resultar unánimes.

En primer lugar, quienes sostienen que no existe un derecho negativo a excluir el matrimonio, pero con las mismas consecuencias

²⁸ Díez-Picazo Jiménez, 2006 Edición actual.

que si los convivientes estuvieran casados, alegan que debe protegerse también la libertad de elección de quienes la han efectuado; no se quiere el matrimonio como institución y por ello, se excluye la forma, la consecuencia es que no sólo no sólo se prescinde de la forma, sino se desechan las consecuencias de su utilización, por tanto, los efectos del matrimonio. Y este es también un derecho fundamental ejercido de acuerdo con el de libertad, por lo que va a tener razón, según esta opinión, el Tribunal Constitucional cuando ya desde 1990 ha dejado clara la diferencia entre las dos situaciones. Sin embargo, quienes sostienen que sí debería considerarse incluido en el artículo 32 CE el derecho negativo a no casarse, entienden que la exclusión de la forma no impide la existencia real y efectiva del consentimiento matrimonial y por ello deben protegerse las situaciones de hecho y atribuirles los mismos efectos que a los matrimonios, porque la falta de la forma no debe llevar a negar eficacia a la denominada unión de hecho. En definitiva, si existiera esta vertiente del derecho a contraer matrimonio, los poderes públicos vendrían obligados a regular orgánicamente situaciones convivenciales alternativas al matrimonio, como presupuesto del ejercicio de este derecho²⁹. Hay que reconocer que la doctrina de

²⁹ Talavera (2001), págs. 150-155.

nuestros Tribunales no ha sido unánime; puede decirse que el Tribunal Constitucional, desde la sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, ha venido a confirmar la diferencia de las dos situaciones, teniendo en cuenta que el matrimonio es una institución incorporada al sistema constitucional, mientras que las uniones de hecho no gozan de esta categoría, lo que, evidentemente, no las coloca fuera de la ley, sino únicamente, al margen de la misma; así, como el artículo 32 CE incluye el derecho a no casarse, las parejas que optan por esta posibilidad no pueden exigir que se les de un trato similar a las parejas casadas. Pero esta línea de solución del problema que se mantiene a partir de la STC 184/1990, quiebra en la STC 222/1992, cuando incorpora a las parejas de hecho en el supuesto de la subrogación en el arrendamiento pactada por el cónyuge que fallece, diciendo que

“Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter "social" de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consi-

guiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la restricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los aps. 2 y 3 del mismo artículo”.

Un problema parecido lo plantea el reconocimiento del rito gitano para la validez de los matrimonios a los efectos del reconocimiento de pensiones por parte del Estado. En el caso que dio lugar a la STC 69/2007 una mujer de etnia gitana que había contraído matrimonio por este rito en 1971, reclamaba la pensión de viudedad a la muerte de su esposo. El Tribunal Constitucional denegó el amparo, entre otras razones, porque “[...] el reconocimiento de efectos civiles al vínculo matrimonial contraído conforme a los ritos de determinadas confesiones religiosas, pero no a los celebrados de acuerdo con los usos y costumbre gitanos, y la negativa del órgano judicial a hacer una aplicación analógica de los mismos, implique, directa o indirectamente, la aducida

discriminación étnica”. Siendo evidente que las formas confesionales de celebración del matrimonio reconocidas legalmente “tienen como fundamento exclusivo consideraciones religiosas, ello impide conceptualmente establecer un término válido de comparación con las uniones que, como la alegada por la recurrente, tienen su fundamento en consideraciones étnicas”. Además, “no puede apreciarse tampoco una forma indirecta de discriminación de la etnia gitana a partir de la concurrencia de una concreta confesión religiosa identificada como mayoritaria o culturalmente predominante en dicha etnia, cuya forma de celebración matrimonial no cuenta con reconocimiento legal”. La sentencia del TEDH, de 8 diciembre 2009 estimó en parte el recurso por considerar que se había producido una diferencia de trato contraria al artículo 14 del Convenio porque el Estado español había reconocido la condición de esposa a la demandante y luego se le había denegado en relación a la pensión, con lo que la buena fe debía ser protegida, pero en cambio no consideró que se hubiera producido discriminación por no reconocimiento del rito gitano a los efectos de la equiparación entre matrimonios, porque el matrimonio civil español está abierto a todos y su régimen jurídico no comporta discriminación, de modo que “el hecho de que las uniones gitanas no originen efectos civiles no constituye una

discriminación prohibida por el art. 14 del Convenio en relación con su art. 12³⁰. En este caso, como pone de relieve Desdentado, el problema que se discute es si no estando reconocido el matrimonio celebrado por el rito gitano a nivel legislativo, la pareja formada puede ser considerada como pareja de hecho a todos los efectos. Y esta pregunta no ha tenido una respuesta exacta ni en la sentencia del Tribunal Constitucional, ni en la del Tribunal Europeo.

El TS tampoco ha sido unánime, aunque hay que reconocer que sólo las cuestiones relacionadas con compensaciones económicas consecuencia de las crisis matrimoniales han sido objeto de las decisiones de la Sala 1^a. La sentencia de 21 octubre 1992 rechazó la aplicación por analogía del régimen económico matrimonial por falta de pacto expreso o tácito; estos pactos o los *facta concludentia* deben evidenciar de forma inequívoca la voluntad de poner en común todos o algunos de los bienes adquiridos constante la unión. Es sabido que la sentencia de 11 noviembre 1992 se apoyó al principio del enriquecimiento sin causa la reclamación de una de las partes en demanda de compensación por los incrementos experimentados por el otro conviviente durante la unión. La sentencia de 12 septiem-

³⁰ Desdentado (2010), en prensa.

bre 2005 pretende crear una doctrina unitaria sobre este problema y a tal efecto, empieza poniendo de relieve las técnicas utilizadas por el Tribunal Supremo para resolver esta cuestión, que después del análisis de diversas sentencias, se encuentra en la técnica del enriquecimiento injusto:

“En conclusión y como epítome, se puede decir que en el criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se puede constatar que la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes”.

Porque el Tribunal afirma expresa y rotundamente que

“sentado lo anterior, es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio [...], aunque las dos estén dentro del derecho de familia”.

Es decir, que puede afirmarse rotundamente que el TS no equipara ambas situaciones, no les atribuye los mismos efectos, aunque y ello resulta importante, les reconoce la categoría ¿jurídica? de familias. La respuesta de nuestros tribunales a la pregunta que he formulado en este apartado parece más inclinada a la negación del denominado *derecho a no contraer matrimonio* con las características que he puesto de relieve, que a dar la razón a quienes consideran que sí existe.

Al mismo tiempo, hay que recordar que algunas resoluciones de la Corte europea de Justicia llevan a conclusiones muy parecidas. En el caso *Netherlands v Reed* (Case 59/85), [1986] ECR 1283; [1987 2 CMLR 448), el Tribunal consideró que el término *esposo/a* no se extendía a los convivientes no casados, de modo que los convivientes al no ser esposos están excluidos de los derechos comunitarios atribuidos a los emigrantes, aunque posteriormente en los casos *Eyüp v Landesgeschäftsstelle* (Case C-65/98, [2000] ECR I-4747 122-59 y en el caso *Baumast and R. v Secretary of State for the Home Department* (Case C-413/99, [2002] ECR I-7091; [2002] 3 CMLR 23) la Corte ha mostrado un mayor respeto en relación con la protección de la vida familiar, tal como se ha explicitado en el artículo 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE, de manera

que las relaciones heterosexuales gozan de la protección acordada por el derecho al respeto a la vida familiar³¹. Como puede comprobarse, la palabra que mejor define la actual situación es *desconcierto*.

b) La segunda pregunta se refiere a la justificación de limitar el acceso al derecho a contraer matrimonio sólo a personas de sexo diferente. ¿Por qué se limita el derecho al hombre y la mujer, el uno con el otro, y no se acepta que puedan contraerlo los hombres y las mujeres entre ellos? Este pregunta está hoy en el centro del debate internacional, dadas las distintas soluciones que se han producido en Europa y en América y que siguen distintos modelos: desde el de las uniones registradas, propio de los países escandinavos³² y que fue el sistema para abrir las soluciones, hasta el matrimonio propiamente dicho que se ha aceptado como tal en legislaciones de Holanda, Bélgica, España y Canadá.³³ No voy a entrar a discutir el tema

³¹ McGlynn (2006), pág. 121 ss.

³² Un interesante estudio, ya antiguo a estos efectos, se encuentra en el libro de David Bradley (1996), donde se plantean el origen de las respectivas soluciones en los países escandinavos.

³³ La literatura española sobre matrimonio homosexual es hoy ya importante. Como ejemplo, ver Cañamares (2007), *in totum*, Gavidia (2007), coord, *in totum*. Martínez de Aguirre (2007), pág. 32; Asúa (2007), pág. 20.

aquí, dadas las implicaciones de todo tipo que conlleva esta discusión. Sólo quiero recordar que si bien el auto del Tribunal Constitucional 222/1994 dijo que el matrimonio que protege la Constitución está basado en el principio heterosexual, no excluye que futuras decisiones de la Corte constitucional lleven a una conclusión distinta. A tal efecto, resulta interesante el planteamiento efectuado por Díez-Picazo Jiménez³⁴ (2006) quien interpreta el art. 32 CE desde dos puntos de vista distintos, con consecuencias específicas en cada caso: si dicha disposición “consagra un puro derecho subjetivo”, “habrá que concluir que el artículo 32 CE impide al legislador suprimir el matrimonio entre hombre y mujer”, pero que no le impide ampliarlo. Mientras que si el artículo 32 se interpreta como una garantía institucional, se sustraería la materia a la libre disponibilidad del legislador. Parece que la opción del legislador es la de considerar el matrimonio como un derecho subjetivo, lo que le ha permitido regularlo de la forma que lo ha hecho en la ley 15/2005. No pienso que esta opción sea contraria a la regulación constitucional y, por tanto, me inclino por aceptar la primera de las interpretaciones propuestas por este autor, aunque una cosa es garantizar al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio y otra cosa distinta es ampliarlo a

³⁴ Díez-Picazo Jiménez. Última edición.

otros supuestos, lo que no prohíbe el artículo 32 CE ni los propios textos de Derechos humanos ligados con nuestro ordenamiento.

No habría por tanto una garantía institucional, sino sólo un derecho subjetivo, lo que permitiría admitir la constitucionalidad de la ley que admite el matrimonio de personas del mismo sexo, porque su protección institucional queda asegurada. Una interpretación de este tipo viene también confirmada por el artículo 9 de la Carta de Derechos Humanos de la UE que, a diferencia de lo que se establece en el artículo 12 del Convenio europeo, señala que *todos* tienen derecho a contraer matrimonio en igualdad de condiciones, lo que amplía indudablemente el ámbito de los legitimados para hacerlo.

c) La tercera pregunta tiene una más fácil respuesta: ¿por qué sólo deben estar protegidos los hijos que nazcan de uniones matrimoniales? La respuesta constitucional es clara: la protección debe alcanzar a los hijos con independencia de su filiación; ésta es una forma de fijar la relación paterno filial, pero no una forma de discriminación entre hijos nacidos dentro del matrimonio y de los nacidos de padres que no lo han contraído. Ninguna duda sobre esta cuestión. Ciertamente, a nivel europeo ha habido una creciente separación entre filiación y matrimonio hasta el punto de

que algunos autores entienden que la familia actual en vez de estar fundada en el matrimonio, está fundada en la filiación. McGlynn³⁵ pone de relieve que históricamente el matrimonio formaba la base de la familia a la vista de las dificultades para determinar quién era el padre, de manera que se había convertido en el elemento clave para comprender lo que era el padre. Sin embargo, continúa diciendo esta autora, la realidad social de acuerdo muestra que cada vez existen más hijos nacidos fuera del matrimonio, cuyos padres a menudo conviven, con el incremento de divorcios y la consiguiente formalización de familias recompuestas; ello va a producir la necesidad de cambios en la aproximación entre matrimonio y filiación, de manera que ésta quede separada del primero. Y ello es lo que ocurre en nuestra Constitución, en la que la obligación del cuidado de los menores o de aquellas personas cuyas circunstancias impliquen una necesidad de protección, se separa del matrimonio y se basa en la filiación, por medio de la investigación de la paternidad.

De aquí que las preguntas que me hacía en este punto de mi reflexión tengan una respuesta bastante obvia: aunque el matrimonio siga siendo el modo más habitual de formar una familia, ni debe identificarse con la propia

³⁵ McGlynn (2006), pág. 23 ss.

familia, ni sirve ya para las finalidades que históricamente se le atribuyeron. El matrimonio no puede tener la exclusividad para determinar los derechos y deberes de los convivientes, ni sirve ya para fijar las bases en la determinación de las relaciones paterno-filiales.

3. *Ventajas e inconvenientes del sistema basado en el matrimonio.* El derecho es tozudo y sigue manteniendo el matrimonio como elemento básico en la formación de la familia y ello aunque la identificación entre ambos elementos no pueda ya darse. Porque en el actual nivel de regulación y en relación con las actitudes sociales, no se puede centrar el tema sobre bases exclusivamente jurídicas, sino que hay que reflexionar sobre las ventajas e inconvenientes que comporta el cambio o el mantenimiento de la forma matrimonial en la base de las relaciones familiares.

Como ventajas, debe hablarse de las siguientes:

- La seguridad que proporciona el gozar de un sistema claro de reglas en las relaciones entre los que se casan, tanto durante la vigencia del matrimonio, como en relación a la disolución. Dejando de lado las causas del divorcio,

lo que sí es cierto es que las reglas para la liquidación de la relación matrimonial ofrecen un plus de seguridad a partir de la identificación de quienes van a tener que asumir determinadas obligaciones consecuencia de la disolución. Y ello con independencia del cumplimiento de las mismas. Una situación de hecho produce más irresponsabilización, al no poder identificarse, por no existir, los derechos y deberes de quienes la forman. Los temas discutidos en las sentencias sobre liquidación de relaciones de hecho son fundamentalmente, los económicos, en el sentido que no se sabe si existen o no compensaciones, mientras que en las liquidaciones de las sociedades de gananciales lo que se va a discutir es si determinados bienes forman o no parte de la masa común a partir, pero sobre la base de la existencia del régimen³⁶. Los litigios no se evitan, pero...

- Los terceros que se relacionan con los cónyuges gozan también de una seguridad adicional respecto al sistema de responsabilidad por las deudas de los

³⁶ De este tema me ocupé en el segundo ensayo que forma parte de esta publicación.

cónyuges, ya sean domésticas, ya sean generadas por cualquiera de los cónyuges en ejercicio de su profesión.

- La protección tiene lugar por medio de normas tuitivas. El derecho de familia ha sido concebido como un conjunto de normas imperativas para evitar que en situaciones de real desigualdad, uno de los cónyuges pueda prevalerse de su posición preponderante para ocasionar perjuicios al otro.
- Permite la identificación inmediata de las personas a las que se puede exigir el cumplimiento de los deberes para con los hijos.

Sin embargo, cualquier investigador consciente no dejará de poner de relieve los *inconvenientes* que presenta este esquema y el mayor de todos ellos, por no decir quizá el único, se encuentra en la colisión con el derecho a la libertad de casarse o no casarse. Dejo aparte la anterior discusión sobre si el derecho a no casarse forma parte del fundamental a contraer matrimonio. Creo que es una discusión en la que no resulta interesante seguir ahondando; lo que sí quiero insistir ahora es en el problema no sólo teórico que se presenta con relación al derecho a no casarse

y si debe éste ser protegido cuando los implicados en la decisión la toman por razones ideológicas (STC 66/1994, de 28 febrero³⁷) o culturales (STC 69/2007, de 16 abril³⁸). A

³⁷ Se trataba de una petición de pensión de viudedad por parte de una mujer que no había contraído matrimonio por razones ideológicas, al profesar su compañero una ideología anarquista, que ella compartía y que los hacía contrarios al vínculo matrimonial. El Tribunal Constitucional afirmó que aunque esta decisión debía ser respetada, "no suple el incumplimiento objetivo de un requisito legítimamente impuesto por el legislador, el cual, aunque podría conceder pensiones de viudedad en favor de quienes hubieran formado parejas de hecho y convivido *more uxorio*, no lo ha considera oportuno por el momento y ello, como tanto hemos repetido, no se ha considerado inconstitucional".

³⁸ Por las mismas razones que en la anterior cita, la STC 69/2007 niega la pensión de viudedad a una mujer de etnia gitana que había contraído matrimonio según su propio rito; en este caso se alegaba la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado por motivos de raza y condición social. La STC 69/2007 no acepta estas alegaciones porque "la exigencia legal de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad y la interpretación efectuada en la resolución judicial impugnada de que sólo cabe apreciar dicho presupuesto en relación con las formas reconocidas de acceder al matrimonio y no respecto de otras formas de convivencia, incluyendo las uniones conforme a los usos y costumbre gitanos, en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino, [...] una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, las cuales no en su forma civil ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la perte-

esta problemática debo añadir la que se refiere a la posibilidad de organizar la relación matrimonial del modo más adecuado a las condiciones personales y sociales de quienes deciden contraerlo. No piense el lector que me refiero al régimen económico matrimonial, porque todos sabemos que los cónyuges tienen una cierta libertad en este campo. Me estoy refiriendo a la celebración de matrimonios a plazo, o bajo determinadas condiciones y a los matrimonios con más de una persona o con determinados parientes.

Respecto de las denominadas modalidades del matrimonio, contenidas en el art. 45.2 CC, que considera como no puestos “la condición, el término o el modo del consentimiento”, hay que reproducir aquí la teoría jurídica que entiende que estas modalidades serían contrarias al contenido matrimonial, ya que la institución del matrimonio, tal como aparece concebida en la legislación actual, no admite la autonomía de la voluntad en la determinación de este conte-

nencia a una raza, con exclusión de las demás, no toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos y costumbre de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco concurre en ellas una forma encubierta de discriminación de la etnia gitana". Se ha visto ya en páginas anteriores, que la STEDH de 8 diciembre 2009, deja intacto el tema.

nido. Ya Castro³⁹ decía que aunque se admitieran los negocios de derecho de familia, “lo íntimo de estas relaciones hace que, esa su peculiar naturaleza, haga presumir que conductas que normalmente se induciría la existencia de un negocio jurídico, sean consideradas extrañas al ámbito de lo negocial”; ello hará que estas modalidades del matrimonio sean excluidas porque el matrimonio como negocio, “excluye la predeterminación vinculante de un contenido contrario al genérico dispuesto por la ley y, asimismo, la de uno de los contenidos específicos, de los distintos modelos concretos que admite hoy el ordenamiento jurídico”⁴⁰; por ello, se excluye el pacto sobre condiciones, términos y modo: el matrimonio se debe aceptar tal como está diseñado legalmente. Sin embargo, tampoco se admitía el matrimonio con personas del mismo sexo y ya sea a través del reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de las personas transexuales, ya sea por medio del reconocimiento del derecho a las del mismo sexo, éste ha cambiado. ¿Cuál es la razón jurídica que impediría pactar un matrimonio temporal y más cuando actualmente el divorcio no requiere causa? La rigidez de determinadas soluciones no impide que los ciudadanos tomen sus propias decisiones: ya

³⁹ Castro (1967), pág. 37.

⁴⁰ Salvador Coderch (1984), pág. 135.

que no pueden pactar un matrimonio temporal, se usa la convivencia de hecho para obtener resultados parecidos y así la convivencia es percibida en muchos casos como un matrimonio a prueba⁴¹, o también como un sustitutivo del demasiado formal y comercializado matrimonio.

Si seguimos analizando los requisitos legales, llegamos a puntos cruciales de su estructura: el matrimonio entre determinados parientes está excluido en el Código civil (art.46 CC), por razones eminentemente sanitarias y culturales; sin embargo, como pone de relieve Glendon⁴², no debe confundirse el tabú del incesto, con el matrimonio entre otros parientes, ya que si bien los ordenamientos occidentales prohíben los celebrados entre los parientes de la línea recta y los hermanos, las prohibiciones se han reducido o incluso han desaparecido con relación a los otros parientes, como ocurrió en España en la reforma de 1981, que excluyó de la prohibición a los del cuarto grado. Ciertamente, añade Glendon⁴³, que una explicación genética resulta popular, pero demasiado fácil, porque en el fondo, responden a otros criterios no exclusivamente sanitarios, como ocurría con la antigua prohi-

⁴¹ Meil (2007), pág. 107.

⁴² Glendon (1989), pág. 55.

⁴³ Glendon 1989, pág. 57.

bición que afectaba al tutor con relación al sometido a tutela, cuya finalidad era evitar la explotación del menor y que ha desaparecido en el momento en que el matrimonio sólo puede ser contraído válidamente por mayores de edad o menores, pero con dispensa judicial. Finalmente, el matrimonio con más de una persona sigue siendo un tabú cultural sólo para aquellos sistemas matrimoniales que derivan de regulaciones ligadas con la fe cristiana, mientras que otras, como la secta Amish y los propios musulmanes admiten la poligamia, con las consecuencia que plantea en sociedades multiculturales, como están destinadas a serlo las occidentales. Algunos autores consideran que aquí se demuestra una de las grandes hipocresías del sistema, porque aunque la poligamia simultánea aparece excluida en los países occidentales, nada impide la poligamia sucesiva de los divorciados, que es práctica frecuente en los países ricos del mundo occidental⁴⁴.

Estas reflexiones no deben entenderse en el sentido de que aquí se propugna una ordenación matrimonial en la que se eliminen estas reglas. La regulación del matrimonio es competencia del Estado, que según el art. 32.2 CE, debe fijar las condiciones para su validez y que con toda seguridad, elegirá un

⁴⁴ Glendon (1989), pág. 52 ss.

contenido matrimonial que esté de acuerdo con las tradicionales reglas aceptadas socialmente desde hace muchos años. Hay que tener en cuenta que la mayoría de los países occidentales presentan un contenido muy homologable en lo que se refiere a la regulación de los matrimonios, aunque como pone de relieve Glendon⁴⁵, la referencia a las condiciones para contraerlo y el propio contenido ha sufrido también una evolución importante a lo largo de los últimos doscientos años. En definitiva, se pasa del matrimonio sacramental, al matrimonio-contrato, y como afirma Hattenhauer⁴⁶, para Lutero, el matrimonio era “un negocio mundano”, que había que dejar a las autoridades temporales, evolución que culminaría con el Código civil francés, que siguió el carácter contractual del matrimonio y dejó la religión en el ámbito privado de la conciencia, de donde deriva, evidentemente, la introducción del divorcio como sistema de disolución.

Todas las explicaciones relacionadas con el concreto contenido del matrimonio y con el derecho a contraerlo están fundadas en reglas provenientes de una determinada tradición cultural que, como ocurre en todos los aspectos del derecho de familia, el ordenamiento

⁴⁵ Glendon (1989), pág. 35.

⁴⁶ Hattenhauer (1987), pág. 135.

jurídico no ha hecho más que aceptar y consolidar como reglas generales, con lo que se desprenden de su origen, se hacen abstractas y aparecen como reglas inherentes a la propia institución. Sin embargo, no hay nada que decir en cuanto a su existencia, porque cualquier sistema jurídico debe optar por exigir unas condiciones determinadas para los que deciden contraer matrimonio, del mismo modo que las requiere para quienes quieren contratar u otorgar testamento. Lo que he querido remarcar es que estas condiciones no se fundan en un razonamiento jurídico, sino en prejuicios culturales o religiosos que llevarán a una u otra exigencia. Por tanto, no se pueden encontrar argumentos jurídicos absolutamente convincentes para justificar la decisión sobre cuál de las reglas es preferible a otra, porque en el fondo las que aquí se examinan se fundan no tanto en un preconcepto del matrimonio, sino en un preconcepto de familia, para la cual, el matrimonio es un elemento indispensable. Y todo ello unido a la ingenuidad social de basar el matrimonio en un afecto que se pretende perdure para siempre.

III. *¿Tan importante es el derecho para la familia?*

Las anteriores reflexiones no han hecho más que poner sobre el papel la problemática en la que hoy se mueve el denominado dere-

cho de familia: sometido a una determinada forma, la jurídica, ha pasado de ser un sistema pensado y ejecutado para unas finalidades sociales muy concretas, a carecer de límites y de finalidades, más allá de las propias de una valoración social cada día menos dispuesta a admitir que el matrimonio sirve para todo aquello para lo que hasta ahora ha servido, aunque hace ya algún tiempo que ha dejado de resultar útil para ello. La sociedad ha evolucionado y ofrece buenos espacios de especulación acerca de las instituciones familiares, más allá del propio matrimonio, aunque, en el fondo, todo ello no sea más que vino viejo en odres nuevos. Yo diría que en la actualidad el derecho de familia presenta muchos campos de reflexión, aunque en esta parte del trabajo me limitaré a exponer algunos de ellos, a modo de reflexión sobre cuestiones básicas, sin ninguna intención de aportar soluciones, que no se encuentran en manos de nadie. Voy a reflexionar sobre los nuevos matrimonios, el papel de la autonomía de la voluntad en la fijación de las relaciones entre los cónyuges y el nuevo concepto de las relaciones paternofiliales.

Todo ello no debe ocultar algunas realidades sociales a las que no voy a referirme directamente, pero que seguramente deberían ser objeto algún día de una reflexión autónoma y más profunda. Me refiero a la conviven-

cia de distintos modelos familiares consecuencia de la coexistencia de distintas culturas en un mismo espacio geográfico: qué ocurre con los matrimonios de personas menores de edad, válidos según una determinada religión, pero inválidos según el Código civil; qué ocurre con determinadas formas de disolución del matrimonio; qué ocurre con la capacidad para contraer determinados matrimonios, concretamente, entre personas del mismo sexo; qué ocurre con un sistema sucesorio obsoleto en el que los padres deben seguir invirtiendo en sus hijos, por medio de las legítimas, más allá de sus propias necesidades. Estas cuestiones están sobre la mesa y se requiere una reflexión generalizada y profunda que va más allá de hipócritas posturas basadas en unos criterios religiosos que deben permanecer en el fuero de la conciencia, pero no afectar a las decisiones de los poderes públicos. Pero de ello hablaré en las conclusiones de este trabajo. Vayamos ahora a examinar estos tres puntos, seguramente más adaptados a la mentalidad de los juristas a quienes va dirigido.

1. *Los nuevos matrimonios.* El matrimonio es hoy una institución frágil, porque está expuesto a una sobreexplotación cultural y comercial que hace que ofrezca unas expectativas que luego no cumple. Sin embargo, sigue siendo el oscuro objeto del deseo de

todos, independientemente de las razones que cada uno de los colectivos implicados tiene para apetecer entrar en la institución matrimonial. Al mismo tiempo, la fragilidad de las relaciones conlleva el establecimiento de sistemas de extinción del matrimonio, porque no se va a poder esperar la disolución por muerte de uno de los cónyuges, sino que es necesaria esta disolución en vida de los mismos para evitar, en la mayoría de los casos, males mayores. Para ello está el divorcio. Este apartado, pues, debe tratar estos dos aspectos.

a) *El acceso al matrimonio.* En el anterior apartado se ha reflexionado acerca de la cuestión relacionada con las limitaciones que el derecho fundamental a contraer matrimonio puede tener cuando se exige que los cónyuges sean de sexo diverso. Quiero ahora estudiar esta cuestión desde el punto de vista del nuevo concepto de matrimonio que deriva de determinados planteamientos. Y estos planteamientos tienen relación con varias cuestiones a las que antes me he referido: las opciones personales que, a pesar de reconocer que el matrimonio es una institución pasada de moda, acuden a él como la forma más segura para las inversiones, personales y de otro tipo, que se hacen en la pareja⁴⁷; o bien las opciones

⁴⁷ Meil (2007), pág. 103.

religiosas de los contrayentes, lo que repercute en la necesidad de que el Estado escoja o bien aceptar, dentro de los límites constitucionales, las formas religiosas (modelo español), o bien en el rechazo directo de estas formas, con el reconocimiento de un único matrimonio, el civil, que será el ajustado al derecho del Estado (modelo francés).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos había tomado algunas decisiones en relación con el derecho a contraer matrimonio, aunque la cuestión del acceso al matrimonio ha sido estudiada hasta ahora en el TEDH siempre en relación con personas transexuales. Efectivamente, el artículo 12 de la Convención europea de los Derechos del Hombre dice: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse y fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. La interpretación tradicional de la Corte Europea ha tenido que ver con casos en que la legislación de uno de los países firmantes de la mencionada Carta había impedido el matrimonio de transexuales, entendido desde el punto de vista de aquella persona que, habiendo nacido como perteneciente a un determinado sexo, cambiaba para pasar a pertenecer a un sexo distinto como consecuencia de tratamientos médicos. Son conocidos los casos *Cossey v UK* (sentencia de 27 de septiembre de 1990),

Reess v UK (sentencia de 17 de octubre de 1986) y *Sheffield & Horsham v UK* (sentencia de 30 de julio de 1998); en todos ellos se trataba de decidir sobre si se ajustaba o no al Convenio europeo el rechazo de las autoridades inglesas al reconocimiento de la nueva identidad sexual de personas transexuales operadas. Y en todos ellos, la Corte no consideró que la prohibición de matrimonio fuese contraria al mencionado artículo 12 de la Carta, porque para el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, este artículo se remite a “las leyes nacionales”, por lo que los Estados firmantes del Convenio tienen plena competencia para definir quiénes van a estar legitimados para casarse y quiénes no.

Sin embargo, esta situación cambia en los dos casos decididos el 11 de julio de 2002; se trata de los casos *Goodwin v UK* y *I v UK*, en los que la Corte considera, por primera vez, distintos el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia que aparecen juntos en el mismo artículo y que hasta el momento de dictarse las dos sentencias referidas, habían sido considerados uno en función del otro⁴⁸. Entre otros argumentos, la Corte considera que la incapacidad de una pareja para concebir un hijo no es en sí misma razón suficiente

⁴⁸ Martín Sánchez (2007), pág. 179 y McGlynn (2006), pág. 144.

para privar a sus miembros del derecho a contraer matrimonio y añade que la Corte no está convencida de que hoy pueda continuar admitiendo que los términos expresados en la Carta implican que el sexo deba ser determinado por criterios exclusivamente biológicos.

“98. Reexaminando la situación en 2002, la Corte observa que de acuerdo con el artículo 12 se encuentra garantizado el derecho fundamental del hombre y de la mujer de casarse y formar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero y la incapacidad para concebir y educar un hijo no debería en si mismo comportar la privación del derecho debido en la primera parte del artículo.

99. El ejercicio del derecho a casarse comporta consecuencias sociales, personales y jurídicas [...].

100. Ciertamente, la primera frase contempla expresamente el derecho de un hombre y una mujer a casarse. La Corte no está convencida que hoy pueda continuar admitiéndose que estos términos implican que el sexo debe ser determinado según criterios puramente biológicos”, como había declarado el juez Ormrod en el famoso caso inglés *Corbet v Corbett*.

El resumen de los razonamientos más importantes, puede llevar a las siguientes conclusiones: i) debe separarse el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia; ii)

la imposibilidad de concebir dentro de la pareja no es un elemento determinante para declarar quién tiene o no derecho a contraer matrimonio; iii) aunque la regulación del matrimonio se deje a los derechos nacionales, las limitaciones que éstos establezcan no pueden reducir el derecho a un grado tal que afecte la propia sustancia del mismo. Sin embargo, debe ponerse de relieve que la Corte no había considerado nunca un obstáculo para la validez del matrimonio ni la edad de los contrayentes, ni que uno de los miembros de la pareja estuviera afectado por una esterilidad⁴⁹. En definitiva, el caso *Goodwin* resulta relevante porque la Corte entiende que se han producido grandes cambios en la institución del matrimonio (*major changes*) desde la aprobación del Convenio y uno de ellos aparece en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que ha cambiado la expresión “hombre y mujer” utilizada en el artículo 12 del Convenio para señalar las personas que tienen derecho a casarse, por una expresión general y neutra, cuando dice que este derecho “se garantiza”.

La declaración relativa a las competencias de los legisladores nacionales relativa a la regulación del matrimonio plantea algunas cuestiones, que la sentencia no soluciona: la

⁴⁹ Díez-Picazo Jiménez, (2006).

primera se refiere a cómo debe determinarse el sexo si éste, aun cuando no sea un elemento determinante, sigue siendo básico en la regulación matrimonial en los países adheridos al Convenio de Europa. La segunda se refiere al significado que hay que dar a la expresión de que no se puede reducir el matrimonio de tal manera que la propia sustancia del mismo quede afectada⁵⁰. Estas cuestiones no tienen respuesta, por ahora, en la jurisprudencia de la Corte europea. Porque, en definitiva en estas sentencias se sigue con la idea de que la sustancia del matrimonio requiere la presencia de un hombre y una mujer, ya que no hay que olvidar que estas decisiones se formulan en dos casos de transexualidad y si de acuerdo con la Corte, los conceptos de hombre y mujer no son sólo biológicos, para dar mayor seguridad jurídica a los afectados, la Corte quizá hubiera debido ser más concreta. De todos modos, como ya he puntualizado antes, el

⁵⁰ Cretney (2006), pág. 16 se pregunta si la denominada *Civil relationship* es un matrimonio gay. Señala que en este punto el Consejo de Ministros fue rotundo: el "*same sexe marriage*" es una contradicción y el ministro de Estado en el Departamento de Asuntos constitucionales, Lord Filkin añadió que estaban en contra de ello y que no pretendían promoverlo o permitir que tuviera lugar; por ello, añade Cretney, la *civil relationship* entre personas del mismo sexo es paralela, pero diferente y está diseñada para reconocer el derecho de los que se encuentran en una situación de relación en pareja de ser tratados igual que los que se forman una pareja heterosexual.

artículo 9 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea formula la cuestión del sexo con relación al matrimonio de una forma mucho más abierta, al establecer que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. En esta redacción han desaparecido los sujetos titulares del derecho a contraer matrimonio, aunque se mantiene la referencia a las leyes nacionales.

Una evolución semejante se puede observar en el derecho español. El TS en la STS de 19 abril 1991, había declarado que debía admitirse la reclamación de la recurrente relativa a la inscripción sobre cambio de sexo en el Registro civil, aunque ello no debía suponer una equiparación absoluta con el sexo femenino, especialmente en lo relativo al derecho a contraer matrimonio. La reciente ley 3/2007, de 15 marzo de 2007, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, aplicada ya en la STS de 17 septiembre 2007, no contiene ninguna regla relativa al matrimonio, por lo que debe considerarse en vigor la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 31 enero 2001, que estimó el recurso de un transexual para que se pudiera inscribir su matrimonio con una persona de sexo igual al que constaba primariamente

inscrito para el transexual que pretendía casarse y ello a pesar de las sentencias del Tribunal Supremo, a las que he hecho mención.

La Ley de 2005, que modificó el CC en lo relativo al derecho a contraer matrimonio, vino a resolver uno de los problemas sociales actuales: el de permitirlo entre personas del mismo sexo. Esta opción del legislador español no es, sin embargo, aceptada unánimemente por el colectivo homosexual, puesto que para algunos autores, la cuestión no se centra en el matrimonio en sí mismo, sino en el reconocimiento del derecho a contraerlo⁵¹; se señala que desde el mismo momento en que el matrimonio existe, ha sido discriminatorio puesto que sólo ha sido permitido para las parejas heterosexuales.

Las soluciones relacionadas con el matrimonio pueden fundarse en los derechos a la intimidad personal y familiar, reconocidos en el art. 8 del Convenio europeo de Derechos Humanos, que es más adaptable que el art. 12 y permite abordar no sólo problemas relativos a las relaciones íntimas entre personas adultas, sino también las relativas a la naturaleza de las relaciones paterno-filiales, sean o no

⁵¹ Resulta significativo el trabajo de Calvo (2007), pág. 144 ss.

matrimoniales los hijos a quienes afectan. En España, el artículo clave para la solución de estos problemas es el 10 CE, que ha sido utilizado por el Tribunal Supremo en sus sentencias sobre constancia registral del cambio de sexo por transexuales operados y también en la justificación de la ley 3/2007⁵².

b) *El divorcio*. El nuevo concepto del matrimonio tiene también un aspecto importante en el derecho a no continuar casado o el ejercicio de la libertad de disolver el matrimonio que no cumple las funciones que buscaban quienes lo han contraído.

En la Constitución española sólo se reconoce directamente el derecho a contraer matrimonio (art. 32), pero no existe ninguna referencia directa al derecho a su disolución por medio del divorcio. Sin embargo, el propio art. 32.2 CE se refiere a las formas de disolución, exigiendo que se regulen por ley. Se ha dicho que la Constitución española recoge el principio del Convenio europeo de Derechos Humanos, según el cual el matrimonio aparece configurado como un derecho, no así el divorcio. Es cierto que el divorcio es un remedio que tiene su origen en la desaparición del consentimiento matrimonial, pero se justifica sobre los derechos fundamentales

⁵² Roca (1999), pág. 104 ss.

contenidos en los artículos 14 y 16 CE, así como el principio del libre desarrollo de la personalidad, del art. 10 CE, no en el de contraer matrimonio. Veámoslos por separado.

El primero es el derecho a *la libertad* establecido en el art. 17 CE; esta disposición debe completarse con el artículo 16 CE que garantiza “la libertad ideológica, religiosa y de culto” de las personas. El matrimonio no es una institución superior a sus miembros de modo que pueda imponerse incluso en el caso que se produzcan situaciones insostenibles. La tutela del individuo no puede subordinarse a la de la familia creada con el matrimonio, porque el individuo es titular de derechos fundamentales como tal y no lo es la familia. El divorcio debe ser considerado como una forma de ejercicio del derecho a la libertad individual de los cónyuges. Así, por ejemplo, los autores italianos consideraron, con ocasión de la discusión de la constitucionalidad de la ley de divorcio de 1970, que no estaba justificado en modo alguno el sacrificio de la libertad de un cónyuge impuesto por la permanencia del vínculo matrimonial aun en casos de imposibilidad de convivencia⁵³. El art. 14 CE establece la regla de *la igualdad*: “Todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación algu-

⁵³ Bessone (1995), pág. 6 ss.

na por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por tanto, admitida la igualdad, el derecho a no permanecer casado debe incluir todos los matrimonios, omisión hecha de cuál haya sido la forma utilizada para contraer el que se pretende disolver, porque este derecho no se refiere en particular al divorcio, sino que constituye la extensión a esta institución de la protección a las minorías religiosas. Imponer a unos ciudadanos unas reglas que mantienen el matrimonio sobre la base del principio de la indisolubilidad sería absolutamente discriminatorio para aquellos otros ciudadanos que no participan de estas creencias y “menos todavía, utilizar el aparato coactivo del estado para que las consecuencias de estas creencias queden implantadas”⁵⁴. De aquí que el divorcio sea una forma de disolución común a todos los matrimonios, porque otra cosa sería tanto como admitir una discriminación por razón de religión: el régimen matrimonial es único una vez contraído el matrimonio y por ello, la disolución por divorcio afecta por igual a todos los matrimonios.

El principio del libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 10 CE, refuerza la base constitucional del divorcio.

⁵⁴ Montés (1984), pág. 500-501.

El art. 10 CE establece que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad [...] son fundamento del orden público y de la paz social”. Así, cuando desaparece el consentimiento que sostiene el matrimonio, el interés individual en la disolución prevalece sobre el interés de la pareja en el mantenimiento del matrimonio, porque éste ha dejado de tener razón. De acuerdo, por tanto, con el principio de libre desarrollo de la personalidad, lo que se garantiza constitucionalmente es que el interés legítimo de los individuos quede protegido frente a un inexistente interés del grupo. Ello ocurre con el del menor y con el de los individuos mayores de edad. Decir que la familia matrimonial debe ser protegida incluso contra los derechos fundamentales de sus miembros sería tanto como vulnerar el principio de libre desarrollo de la personalidad, que implica la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Estas soluciones se han tenido en cuenta en la exclusión de las causas del divorcio en la reforma de 2005. El derecho español ha optado claramente por el sistema de divorcio-ruptura, sin exigir prueba de la concurrencia de causa alguna⁵⁵. España ha implantado de forma absoluta el denominado *non-fault divorce*, en el que el procedimiento de divorcio va dirigi-

⁵⁵ Ortuño (2006), pág. 18.

do a constatar que ha cesado el consentimiento matrimonial necesario para mantenerlo, sin entrar a estudiar las causas que lo hayan provocado. Así, el sistema resulta escrupuloso en la protección del derecho a la intimidad de los cónyuges.

La actual regulación consecuencia de la ley 15/2005, de 8 de julio consagra, por una parte, la libertad de no continuar casado y para ello, además, construye el sistema de divorcio más abierto de los contenidos en los países europeos, en tanto que no exige la alegación de una causa para que deba procederse a dictar sentencia de divorcio, a petición de uno solo de los cónyuges cuando han transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. Esta ausencia de causa consagra el concepto del divorcio como sistema para solucionar el *irretrievable breakdown* del matrimonio y se huye del divorcio sanción, que aun se mantenía en la causa 5^a del antiguo art. 86 CC. Aunque es cierto que se prevé una causa de divorcio cuando se ha producido un supuesto de violencia de género, ya que el art. 81.2 CC establece que “No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos

o de cualquiera de los miembros del matrimonio”, disposición confirmada por el art. 57 de la LO 1/2004, de 28 diciembre sobre *Medidas de protección integral contra la violencia e género*.

Una decisión legislativa de este género tiene dos consecuencias muy importantes en relación al matrimonio: i) se asemeja notablemente a los sistemas unilaterales de divorcio, cuyo único control es la audiencia judicial de la otra parte, hablando claro, al repudio; ciertamente, facilita la solución de la crisis matrimonial, pero también permite un ejercicio caprichoso del divorcio y del propio matrimonio, y ii) se asemeja notablemente también a la disolución de la pareja de hecho, ya que quienes la han regulado, es decir las Comunidades autónomas, siempre han incluido como causa de disolución la voluntad unilateral de uno de los miembros de la misma.

La conclusión es que entre dos derechos fundamentales, el matrimonio y la libertad, el más fuerte se impone, lógicamente, lo que no significa en ningún momento una crítica al sistema, sino que únicamente quiero poner de relieve que en un régimen basado en los derechos fundamentales, las habituales concepciones de determinadas instituciones se difumina, como tendré ocasión de explicar en

las conclusiones a este trabajo. Y si el derecho a contraer matrimonio ha de ser considerado como fundamental, la preeminencia de otro derecho, también fundamental, el de la libertad de continuar o no casado, produce dos consecuencias importantísimas: la primera, la imposibilidad de crear un matrimonio sin divorcio, porque ello sería contrario al derecho a la libertad, y la segunda, la consiguiente desinstitucionalización del propio matrimonio, que no debe olvidarse es en sí mismo un derecho fundamental, con independencia de que esté o no protegido con el recurso de amparo. Y ciertamente, los españoles ejercen este derecho con cada vez mayor frecuencia, aunque se constata una caída de la conflictividad matrimonial a partir de 2007; en cualquier caso, los números de nulidades, divorcios y separaciones ocurridos en 2008, última estadística publicada, son: 175 nulidades matrimoniales, 73.834 divorcios consensuados; 47.980 divorcios no consensuados; 5.911 separaciones de mutuo acuerdo y 3.160 separaciones sin acuerdo⁵⁶ frente a 194.022 matrimonios en 2008. Cada uno saque sus consecuencias.

⁵⁶ Según la estadística publicada en la Memoria del Consejo general del Poder judicial, aprobada por el Pleno el 26 mayo 2009, pág. 100 y publicada en la web www.poderjudicial.es.

2. *La regulación de las relaciones entre los casados*. Una serie de pinturas titulada *Marriage à la Mode*, del pintor inglés Hogarth, muestra la importancia de los pactos en los matrimonios celebrados en la Inglaterra en el siglo XVIII⁵⁷; el sistema matrimonial catalán ha sido tributario de estos documentos hasta finales del siglo XIX. Hattenhauer⁵⁸, sin embargo, señala que si bien existía en Francia la tendencia a elegir consorte dentro del mismo estamento social para dotar al matrimonio de una “configuración social y económica que asegurara su estabilidad”, ello empieza a declinar cuando desaparece el patrimonio burgués por causa de la inflación y empieza a crecer la creencia de que el patrimonio no debe ser únicamente material; por ello señala este autor que “se tendió a proporcionar a las hijas una formación profesional en lugar de dotarlas”, acabándose por aceptar “el quebranto sufrido por el prototipo burgués de matrimonio so pretexto de nuevas circunstancias económicas”. Y ello lleva, obviamente, a la caída de los pactos matrimoniales. Una evolución de la familia hacia un concepto más abierto podría llevar a la conclusión que los pactos matrimoniales han dejado de ser el eje vertebrador de las relaciones familiares, lo cual es absolutamente falso, porque existen

⁵⁷ Riding, Ch. (2007), pág. 141.

⁵⁸ Hattenhauer (1987), pág. 149.

nuevas necesidades y nuevas situaciones que afrontar y solucionar y los pactos constituyen un remedio eficiente. Un artículo publicado⁵⁹ en 2003 ha mostrado que de los 599 capítulos matrimoniales otorgados en Cataluña en 1999, se ha pasado a los 3.764 del año 2002, con un aumento del 600%. Los autores del trabajo consideran que el porcentaje de los matrimonios catalanes que otorgan capítulos es de 12'12%, es decir, prácticamente, uno de cada diez matrimonios ejerce el derecho a la autorregulación de sus intereses y las razones se encuentran, precisamente, en el cambio de los patrimonios familiares, además de otras razones. La autonomía de los cónyuges parece estar de moda.

Esta realidad nos lleva a examinar el significado de estos documentos en relación con la autonomía de la voluntad en la fijación del contenido de las relaciones familiares. Si hasta un determinado momento de la historia se ha considerado que era mejor no dejar a los interesados las decisiones sobre cuestiones que pueden calificarse como “sensibles”, por ejemplo, las relativas a los hijos, a partir del momento en que el estado del bienestar deviene de costos incontrolablemente caros, la tendencia va a ser la contraria. Así lo

⁵⁹ Lamarca, Artigot, Azagra, Malo, Farnós (2003). Indret. 17/10/2003.

evidencia⁶⁰ Dewar, para quien entre las razones existentes para limitar la autonomía de los interesados, se encuentra su elevado costo, especialmente en lo relativo al mantenimiento de hijos y madres con ingresos insuficientes. Es cierto que la autonomía puede costar cara.

El fundamento de la autonomía familiar es sin duda el reconocimiento de los derechos fundamentales de los sujetos implicados. Las cuestiones relacionadas con los hijos, no pueden dejarse a la autonomía de los particulares porque corremos el riesgo de encarecer aun más el sistema; a partir de aquí, las decisiones de los implicados deben basarse en los derechos que cada uno ostenta. Es por ello que el artículo 90 C.c. obliga al juez a denegar la aprobación del convenio que se le presente en las situaciones de separación y divorcio por consentimiento mutuo cuando sea gravemente perjudicial para los hijos (también en el artículo 777. 6 LECiv). ¿Excluiría esta obligación el problema que pone de relieve Dewar? Efectivamente, el autor citado⁶¹ señala que existe una relación importante entre el contenido de los acuerdos entre los cónyuges y las normas legales que deberían aplicarse en defecto de acuerdo; para este autor, los acuerdos entre cónyuges tratan de evitar la aplicación

⁶⁰ Dewar (2000), pág. 78.

⁶¹ Dewar (2000), pág. 71.

de estas normas y como siempre negocian *in the shadow of the law*⁶², no se pueden conseguir resultados muy esperanzadores, por lo que animar a los cónyuges a este tipo de negociación, aduciendo una pretendida protección de la autonomía de la voluntad puede provocar desigualdades, con el consiguiente perjuicio a las partes. Es lo que se acaba llamando *reprivatización de la familia*⁶³ como afirma Dewar, o lo que Garrido⁶⁴ llamará “notarialización” de la vida familiar. No puede deducirse de lo anterior que esté aquí propugnando que no puede existir autonomía en las relaciones familiares. Esta sería una conclusión perversa: la mayoría de las veces, la protección necesaria que comporta la intervención judicial no impide el ejercicio de la autonomía, sino sólo pretende evitar la arbitrariedad. Por ello la autonomía o lo que se venido en llamar *libertad civil*, en el ámbito familiar afectará básicamente a los mayores de edad y en sus relaciones patrimoniales. La cuestión de la autonomía de la voluntad radica en el peligro que comporta la desigual parti-

⁶² En una afortunada expresión consagrada en 1979 en un artículo publicado por Mnookin, titulado "Bargaining in the shadow of the Law: the Case of Divorce" en *Current Legal Problems*, 1979, vol 32, págs. 65-105, que coincidía con otro publicado por el mismo autor con Kornhauser en *Yale Law Journal*, en 1979.

⁶³ Dewar (2000), pág. 78.

⁶⁴ Garrido (1999), pág. 48.

cipación de los cónyuges o de los convivientes en el desarrollo de la vida en común. Esta tensión existe siempre en la discusión acerca del papel de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares. Y resulta significativo que en las que implican la presencia de personas sin capacidad suficiente, como son los menores, está prácticamente excluida, ya que las funciones tuitivas son absolutamente necesarias en la regulación de la potestad de los padres o de la tutela. Y también por ello mismo, todas las reglas codificadas⁶⁵ ponen unos límites a esta libertad. Pero la tensión está siempre abierta, porque seguramente tiene poca razón de ser un sistema que limite la autonomía de la voluntad en la regulación del contenido de las relaciones íntimas. Eliminada en la determinación del contenido del matrimonio, aunque las razones no sean muy convincentes, queda reducida a las relaciones económicas y, salvo la protección de los derechos de los terceros, o la implicación en los de los menores de edad o incapaces o incluso, la necesidad de excluir pactos absurdos⁶⁶, hay que partir siempre de la base de que

⁶⁵ Tanto el Código civil (art. 1328 CC), como el Código catalán de Familia (art. 11 CF).

⁶⁶ Como el caso contemplado en la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 12, de 6 abril 2006, que consideró que un pacto inespecífico por el que se establecía que el ex marido podría visitar al perro de la ex esposa "no implica derecho alguno susceptible de

las partes de los pactos matrimoniales son mayores de edad y tienen la misma capacidad de negociación. Por tanto, aceptado el sistema, lo que no resulta lógico es que se pongan límites a los pactos, porque ello no responde a ninguna razón. Sólo en los límites de los derechos fundamentales de cada uno de los intervinientes en el pacto pueden justificar determinadas restricciones. Porque, además, cuando se trata de proteger otros intereses ajenos a los de los cónyuges, ya la ley se ocupa de fijar la eficacia de tales pactos.

3. *Las relaciones paterno-filiales.* Desde antiguo, nuestra jurisprudencia ha atribuido a la patria potestad un sentido funcional (STS de 24 junio 1924), y ello tiene también su razón de ser en un esquema constitucional del derecho de familia, en el que debe repensarse esta institución como función que ejercen los padres, por mandato constitucional, para hacer efectiva la protección de los menores, sujetos pasivos de la patria potestad. El art. 39 CE, después de establecer el principio de la protección de la familia por parte de los poderes públicos, añade la regla de la protección de los hijos, “iguales éstos ante la ley con independencia de la filiación, [...]”. La ley posibilitará la investigación de la paterni-

ser ejecutado”, por lo que “la aparente obligación es inexistente”. Ver Gema Díez-Picazo (2007), pág.

dad”. Esta regla aparece en función del párrafo tercero del mismo art. 39 CE, que establece que “Los padres han de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. De aquí resulta normal que la legislación posterior a la Constitución haya resaltado el contenido funcional de la patria potestad y haya excluido absolutamente el aspecto, tan anglosajón, de la potestad como derecho de los padres, de manera que el concepto que aparece recogido en el Convenio de 1989 relativo al interés del menor y repetido en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no tenga un contenido exclusivamente público, porque su implementación es compartida entre los propios poderes públicos y los particulares, titulares de la función de la potestad, que actuarán como agentes para la consecución de las finalidades sociales determinadas en el art. 39.3 CE, procurando la efectividad de los derechos del menor. Y esta obligación es independiente de la relación que mantengan los padres entre sí, según la norma contenida de forma clara en el ya citado art. 39.2 CE y confirmada, entre muchas otras, en la STC 7/1994, que al justificar la necesidad de la prueba biológica en una investigación de la paternidad, afirmaba que la obligación del padre demandado se fundaba en “el deber que

impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art 39.3 CE)”. Es innegable que el sistema normal de protección de los menores e incapaces se encuentra fundado en las relaciones familiares, por lo que deben establecerse unas bases ciertas y uniformes que permitan determinar quiénes van a estar obligados a ejercer las funciones que comporta la potestad y a ello responden las reglas de la filiación, que ya no están más basadas en el matrimonio, sino en otros criterios, quizá más inciertos, pero seguramente más correctos. La protección está atribuida a quienes la ley considera *padres* como consecuencia de la aplicación de las reglas que fijan la filiación. En los modernos ordenamientos jurídicos, pues, los principios que rigen la atribución de la filiación y con ella, la potestad, se fundan en la coincidencia entre la verdad biológica y la verdad formal y si bien, nuestra Constitución no toma parte de forma explícita por uno de los dos sistemas de atribución aludidos, la regla que facilita la investigación de la paternidad permite entender que el principio de la verdad biológica resulta acogido en el texto fundamental. La funcionalidad de la investigación de la paternidad respecto de la relación paterno-filial se deduce de lo que se establece en el artículo 39 CE, que, después de imponer a los padres la obligación de prestar asistencia de todo tipo a

sus hijos, introduce la investigación de la paternidad, como así ha sido reconocido en diversas sentencias del Tribunal Constitucional a partir, sobre todo, de la 7/1994, que consideró preferente la protección del menor a la del derecho fundamental a la intimidad, alegado por el padre demandado, porque “la finalidad de la norma que permite las prácticas de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica”. Así, el principio de que la verdad biológica rige la determinación de la paternidad y no el derivado de la verdad formal que comporta la existencia o no de matrimonio de los padres. Ahora bien, un nuevo concepto de investigación de la paternidad se ha presentado por el Tribunal Constitucional, a partir de las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a los arts. 133 y 136 CC; en estos dos casos el Tribunal Constitucional ha ampliado el campo de actuación de la regla relativa a la investigación, utilizándolo como argumento para reconocer la inconstitucionalidad de las disposiciones cuestionadas⁶⁷. La primera sentencia es la 138/2005, de 26 de mayo, relativa

⁶⁷ Una información más amplia y pormenorizada de las sentencias en Roca (2006), pág. 107 ss y la bibliografía allí citada.

al art. 136.1 CC. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del precepto, si bien, no su nulidad y entre los argumentos aducidos se encuentra precisamente el de la investigación de la paternidad, de modo que

“[a]l articular el régimen jurídico de las relaciones de filiación el legislador no puede obviar la presencia de concretos valores constitucionalmente relevantes [...]. Y al mismo tiempo, debe posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art 10.1), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad *como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona*” (sub. Mio).

Así, en el mandato constitucional de facilitar la investigación de la paternidad, se incluye también la impugnación de una paternidad meramente formal,

“[a]l cumplimiento del mandato de posibilitar la investigación de la paternidad responde la existencia misma de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial del art 136 CC”.

De manera que no se respeta el derecho del acceso a la jurisdicción del padre que descubre que no lo es una vez han transcurrido los

plazos establecidos por la ley para impugnar la paternidad derivada de la aplicación de la presunción que deriva del matrimonio con la madre y es por ello que el Tribunal Constitucional entienda que “[r]esulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) [...]” (asimismo, la STC 156/2005, de 9 junio)⁶⁸.

Estos mismos argumentos han sido utilizados en la impugnación del art. 133 CC, que no reconoce la acción de los padres no matrimoniales para reclamar la filiación a falta de la correspondiente posesión de estado. La STC 273/2005, de 27 de octubre, que afirma que

“[a]unque no pueda hablarse de un derecho de los progenitores *sobre* los hijos como correlato de la existencia de los deberes que les impone el art. 39.2 CE, sin embargo, *la investigación de la paternidad no puede quedar reducida a un derecho del hijo, con exclusión de toda iniciativa por parte de los progenitores, pues también a estos alcanza un interés en el conocimiento de la verdad biológica*” (Sub. Mío).

⁶⁸ Se recomienda en este punto la lectura de Valpuesta (2007), págs. 91-94.

Y si bien considera el Tribunal Constitucional como normal que se pondere en la legislación el interés del hijo,

“[e]n tal ponderación, en relación con el supuesto que ha dado origen a la presente cuestión, el legislador ha ignorado por completo el *eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial*”, de manera que “la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, *impidiéndole así instar la investigación de la paternidad*”(ver también la STC 52/2006, de 16 de febrero).

De este modo, la constitucionalización del sistema de filiación y la extensión del propio concepto de investigación de la paternidad lleva por una parte a la ampliación del círculo de los iniciales legitimados y, por otra parte, a la clara superación de las presunciones derivadas del matrimonio, como hecho determinante para fijar la filiación. A ello hay que añadir que el porcentaje de nacimientos fuera del matrimonio se ha incrementado de forma dramática en los últimos años. Esta norma no hace más que ajustarse a una realidad creciente, ya que de acuerdo con las estadísticas publicadas por el INE, en 2005 el porcentaje de los hijos nacidos fuera del matrimonio fue de 26,6%, habiendo aumentado caso un dos

por ciento en sólo un año, mientras que el último dato publicado en 2008 ofrece un porcentaje de hijos nacidos fuera de matrimonio de 33,15%.

IV. Conclusiones

La sociedad occidental sigue construyendo las relaciones familiares sobre el matrimonio. A pesar de su fragilidad, demostrada por el alto número de divorcios, y la impresión generalizada de que se trata de una institución “pasada de moda”, hasta ahora no se ha encontrado aun un modelo alternativo para la estructuración estable de relaciones familiares. Lo que no significa, en modo alguno, que sólo pueda existir *familia* dentro del matrimonio o de las relaciones de parentesco generadas por él. Sin embargo, si *la familia* goza de un alto prestigio social, el matrimonio se sitúa en el lado opuesto en las apreciaciones sociales.

La coexistencia de otros modelos culturales y el desplazamiento de los centros de atención en el derecho de familia llevan a lo que se ha denominado el *individualismo*, porque las prestaciones sociales no se acuerdan para un grupo, sino a personas en virtud de sus necesidades. Nos hallamos en una sociedades plural, porque formamos parte de una comunidad que puede imponernos normas

con valor imperativo y porque en este misma comunidad coexisten diversos diseños familiares. Sin embargo, como he sugerido al principio, seguimos manteniendo un modelo familiar, la denominada familia nuclear fundada en el matrimonio, sobre la que se construyen todas las normas y que domina lo que algunos investigadores denominan “la ideología dominante”, de modo que otras formas de familia son miradas con desconfianza y producen automáticamente, el conocido discurso acerca de la crisis de la familia. Martha Fineman⁶⁹ afirma que esta ideología dominante sirve para “domesticar” las nuevas vías de concebir las familias, reduciendo el impacto y el efecto de las ideas radicales, con la objeción añadida que esta tradicional ideología se transmite no tanto a través de las leyes o de las decisiones judiciales, sino a través de la propia política familiar, el sistema educativo, los medios de comunicación, etc. Algunos tipos de familias, como ocurre con las formadas por personas del mismo sexo, serán miradas con desconfianza por una parte de la sociedad, porque no responden al estereotipo de familia mayoritariamente transmitido.

A este nivel, querría introducir un elemento que se pone de relieve en las modernas tesis sobre derecho de familia: la idea sobre la que

⁶⁹ Citada por McGlynn (2006), pág. 11.

se denomina *familia negociada*, que coincide esencialmente con lo que desde la sociología se denomina *familia democrática*. Voy a detenerme brevemente en esta idea; en 1998, Flaquer⁷⁰ indicaba que “la familia se está convirtiendo en una pequeña sociedad democrática en la que el dominio ancestral del varón está dando paso a una comunidad de iguales”; esta idea aparece también en otros autores, como Giddens⁷¹ cuando frente a la familia tradicional, propugna una nueva basada en la democracia lo que implica “igualdad, respeto mutuo, autonomía, toma de decisiones mediante la comunicación y ausencia de violencia” y así McGlynn⁷² señala que la familia moderna *ideal* se caracteriza por la igualdad y la democracia, los papeles de cada uno están negociados y las relaciones continúan sólo mientras los individuos que la forman sienten que tienen algo a ganar con ello. Si ello es así, las normas jurídicas deberían estar concebidas no tanto en orden a fijar las formas por medio de las que se accede a constituir un grupo familiar, sino en orden a determinar cuáles son los papeles de cada uno de los miembros del grupo; algo así se ha conseguido ya en las reglas relativas a la determinación de la filiación, que hacen caso

⁷⁰ Flaquer (1998), pág. 173.

⁷¹ Giddens (1998), citado por McGlynn, pág. 30.

⁷² Mc Glynn (2006), pág. 33 ss.

omiso de la existencia de una forma, matrimonial o no, en la concepción del hijo y que se fijan esencialmente en los efectos que el nacimiento va a producir. Pero además, es difícil encontrar la diferencia de roles entre las familias que se constituyen matrimonialmente y las que se deciden por una convivencia de hecho: socialmente no hay diferencias y sí sólo jurídicamente, de manera que en la coexistencia de formas diversas no hay cambios reales en relación con la familia. Debemos, por tanto, atrevernos a señalar cuáles van a ser las ventajas de la utilización de una forma legalmente aceptada. Para ello debo hablar sólo desde el punto de vista jurídico.

Como ya afirmé en 1999⁷³, la única finalidad de la intervención de los poderes públicos en el control familiar es asegurar el respeto y la eficiencia de los derechos fundamentales de los miembros del grupo. Es probable que para conseguir esta finalidad sea necesaria la determinación de una base estable que determine los derechos y los deberes de los distintos componentes del grupo familiar y ello es posible conseguirlo fácilmente con las relaciones paterno-filiales, que parten de un hecho físico, mientras que resulta más difícil en las relaciones entre convivientes, ya que este tipo de tratos quedan reducidos a la esfera más

⁷³ Roca (1999), pág. 73.

íntima de las personas y por ello es necesario un elemento externo, que ha sido tradicionalmente el matrimonio, con las distintas concepciones y funciones que ha venido cumpliendo. Aunque no es indispensable.

Entre los derechos fundamentales que deben ser protegidos se encuentra la libertad de los miembros del grupo y ello se traduce en dos consecuencias importantes en el derecho de familia: la protección de las decisiones sobre las relaciones entre los componentes del grupo, con el reconocimiento de los acuerdos tomados en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad y la protección de la decisión de no continuar formando parte del grupo, es decir, de divorciarse si se trata de una unión matrimonial. Y ello con los únicos límites del respeto a los derechos fundamentales de los sujetos implicados. Esta delgada línea es la única que legitima a los poderes públicos a intervenir. Pero ello implica también, que quien debe prestar la protección pueda legítimamente exigir la concurrencia de una forma para acordar determinadas prestaciones, las que no tienen que ver con un estado social básico, lo que legitima que sea constitucional la negativa a determinadas pensiones a quienes no han contraído matrimonio. Sin embargo, este mínimo no puede olvidar que las sociedades actuales se enfrentan a un pluralismo, mucho más presente en

Europa dada su estructura; Rawls⁷⁴ en 1987, sugería que nos encontrábamos ante un consenso “coincidente”, en el sentido que nos permite entender cómo un régimen constitucional caracterizado por el hecho del pluralismo puede, a pesar de sus profundas divisiones internas, obtener estabilidad y unidad social a través de un concepto razonable de la justicia; es un mecanismo para promover la libertad y la democracia, al mismo tiempo que se respetan las diferencias culturales, morales y políticas. Europa en este momento es una sociedad plural, en la que las cuestiones relacionadas con la regulación familiar sólo tienen dos opciones: o llegar a un acuerdo sobre la unificación de las instituciones, cosa siempre difícil, o bien, respetar las decisiones de los países miembros sobre la base del innegociable acatamiento de los derechos fundamentales.

Y si trasladamos este concepto de pluralismo a la familia, esta misma idea rechaza la jerarquía de las formas familiares, así como la de los roles familiares. Por tanto estamos en un contexto en que las relaciones familiares siguen siendo un punto central en la organización social, superada la idea de la negativa del marxismo a la familia, pero que la pluralidad de la sociedad nos obliga a estructurar estas

⁷⁴ Rawls, citado por McLynn (2006), págs. 6-7.

respuestas en torno a formas abiertas fundadas en el contrato.

PATRIMONIO MATRIMONIAL EN MATRIMONIOS NO INDISOLUBLES¹

Encarnación ROCA TRÍAS

Antes de empezar a reflexionar sobre el problema central de este estudio, querría hacer una reflexión más general sobre algunas cuestiones que no suelen discutirse en los ámbitos jurídicos, pero que creo útil plantear en este tipo de seminarios, que invitan a la reflexión más allá de la interpretación puntual de las normas jurídicas. Me refiero a dos temas que me han ocupado en algunas publicaciones y que tienen mucho que ver con lo que se propone discutir aquí: cual es el papel de la familia en un sistema fundado en el reconocimiento de los derechos fundamentales que el Estado está obligado a proteger e implementar, y cómo está formada en la actualidad la economía familiar. Estas dos cuestiones previas deberían tenerse en cuenta en cualquier regulación de los aspectos económicos del matrimonio (o del no matrimonio), ya que tiene una influencia decisiva en

¹ Seminario de la Fundación "Coloquio jurídico europeo", celebrado en el Colegio de Registradores en Madrid el día 22 de octubre de 2009.

cualquier tipo de decisión en las disputas familiares.

I. *Introducción*

1. *El papel de la familia en un sistema constitucional*

Aunque todos tendemos a simplificar las cosas, sí puede decirse que por lo menos hasta la 1ª Guerra Mundial, existían tipos de estructuras familiares basados claramente en un patrón burgués afincado en la sociedad occidental a partir de la Revolución francesa y con la influencia básica del Code Napoleón desde 1804. Este modelo, que se observa claramente en las novelas de Zola y de Pérez Galdós, se estructura en torno a un marido que obtiene los rendimientos económicos para afrontar la economía familiar, una esposa que los administra y unos hijos que consumen los beneficios familiares.

Ciertamente todos los miembros de la familia son consumidores de los ingresos, aunque no todos los aportan. Un ejemplo claro de lo que pretendo explicar es Madame Bovary, consumidora nata de ingresos y creadora de deudas que no puede de ninguna manera pagar y que deberá afrontar su marido, único contribuyente a la sociedad conyugal. Puede ocurrir que la esposa aporte también ingresos a través

de los frutos de sus bienes (adquiridos normalmente por herencia), pero esto no es lo más normal en este modelo. La generalización de este estereotipo no debe hacernos olvidar las familias de la alta clase social, normalmente nobles, ni los obreros. Porque así como en la clase burguesa-media y la alta burguesía o nobleza la causa de la creación de un grupo familiar es siempre el matrimonio que se mantiene a lo largo del tiempo, entre los obreros o los de la clase económicamente menos pudiente el modelo puede variar: o bien se funda en el matrimonio, o bien algunos pasan de formalidades y la familia es no matrimonial². Para los primeros, la cuestión económica es básica y para ello utilizan los pactos matrimoniales. Beaumarchais y su Barbero de Sevilla nos dan la clave de la cuestión: los condes tienen sus pactos que se han hecho efectivos en “El Barbero de Sevilla” y nadie se ocupa lo más mínimo de ellos en “Las bodas”: ¿de qué debe preocuparse una pareja cuyo hogar, una única habitación, proviene de la generosidad del patrón? La

² Glendon (1989), pág. 6 cuenta una divertida historia de dos hojalateros sobre el deseo de contraer matrimonio de la novia y la negativa del cura a casarla porque en vez de las cervezas acordadas para el pago, se encuentra solo latas vacías, y así piensa que han tratado de engañarle. Glendon se pregunta ¿no estaban ya casados?, porque hay que tener en cuenta que los novios hacía tiempo que pasaban las noches juntos.

cuestión económica se centra en la pura subsistencia: ambos trabajan, aunque así y todo, malviven.

El modelo de la que después los sociólogos van a identificar como *familia nuclear*, se mantiene y se consolida a lo largo del siglo XX a partir de las familias burguesas. Pero después de la segunda Guerra mundial surge una generación en la que influyen diversos aspectos sociales, todos de igual calidad y que permiten identificar lo que Glendon³ llama “The new Family”. Esto se debe a un progresivo cambio en la conducta matrimonial y en la generalización del divorcio como forma de disolución del matrimonio. Glendon afirmaba en 1981 que la nueva conducta matrimonial se caracterizaba por una creciente fluidez, separación e intercambio de las relaciones familiares; la paulatina aparición de conductas familiares fuera de las formales categorías legales, las actitudes cambiantes, los modelos en las estructuras de la autoridad y las relaciones económicas entre los miembros de la familia. De ahí deduce esta autora que “*la nueva familia es un concepto que presenta una gran variedad de tipos familiares que coexisten*” porque no puede hablarse de un único modelo en las sociedades occidentales.

³ Glendon (1981), pág. 3.

A partir de aquí, la familia tiene aun un nuevo reto que cumplir. Los sistemas occidentales, entre los que se encuentra evidentemente el configurado por la Constitución española en 1978, han centrado el sistema de protección de los derechos fundamentales en el individuo, por influencia de diferentes ideologías entre las que no es la menor la del marxismo que desde la segunda mitad del siglo XIX negó que la posición de los individuos dependiera del grupo social en el que se insertaban. Sir Henry Summer Maine, citado por Glendon⁴, escribía en el siglo XIX que el ligamen entre un hombre y otro hombre es el contrato, que reemplaza esas formas de reciprocidad en derechos y deberes que tienen su origen en la familia y añadía que “el movimiento de las sociedades progresistas ha sido uniforme en este aspecto. Sobre todo su curso se ha distinguido por la gradual disolución de la dependencia familiar y el crecimiento en su lugar de las obligaciones individuales. El individuo está sustituyendo la familia como la unidad dentro de la que los derechos civiles son tomados en cuenta”. La afirmación de que solo el ser humano es persona y que todo ser humano lo es había llevado ya a establecer que el disfrute de los derechos de la sociedad civil es su rasgo característico⁵.

⁴ Glendon (1981), pág. 3 y ss.

⁵ Hattenhauer (1982), pág. 17.

El desarrollo de los derechos fundamentales comportará que en la Constitución española su titularidad se atribuya solo a los individuos y a las personas jurídicas que se le equiparan a modo de ficción. ¿Cuál es entonces el sistema y cómo se compagina la protección de estos derechos con la proclamada protección familiar en el artículo 39 CE? La solución nos la ofrece el propio artículo 39: existe una cierta confluencia de sistemas de protección. Así los individuos que forman un grupo, la familia, que sin tener personalidad jurídica, está considerado como digno de protección en el artículo 9.2 CE, deben actuar intercambiando derechos y deberes dentro del grupo y por ello, se obliga a la asistencia a los padres respecto de sus hijos durante la minoría de edad y en el caso de que sean incapaces y a los cónyuges a prestarse alimentos como determina el artículo 144, 1 CC, consecuencia del artículo 67 CC. Este es un modelo de interacción que solo funciona si y en tanto que los poderes públicos inviertan en gasto social, porque de otra forma, se traspasa a los particulares el peso del mantenimiento propio y el de los miembros del grupo que por sus condiciones siguen estando o deben estar a cargo.

2. *Los bienes familiares*

Los cambios sociológicos en las formas familiares no son ajenos a los cambios en la riqueza y en la forma de obtención de bienes. El Premio Nobel Gary Becker, adscrito a la conservadora escuela del análisis económico del derecho⁶ dice que si en las sociedades tradicionales *“la familia o más propiamente el grupo de parentesco”* es importante, se debe a que protege a sus miembros *“de la incertidumbre”*, ya que son frecuentes los casos de ayuda mutua de aquellos que han caído en la miseria; concluyendo que *“un grupo de parentesco es una «compañía de seguros» razonablemente eficaz en tanto que como grupo numeroso de personas sea lo suficientemente reducido como para permitir que sus miembros puedan controlarse entre sí –para prevenirse de los que se conviertan en perezosos o descuidados y de sacar ventaja de la protección que ofrecen otros parientes”*. El propio autor⁷ pone de relieve que en contraposición, en las sociedades modernas, las relaciones de parentesco son menos importantes porque *“el mercado de seguros sustituye al seguro que representa el grupo de parentesco, el mercado de inversiones en educación a las escuelas familiares, y los exámenes y*

⁶ Becker (1981), pág. 310.

⁷ Becker (1981), pág. 315.

contratos en prácticas a las certificaciones familiares de conocimiento”.

Esta realidad explicada desde el punto de vista del análisis económico de la familia, lleva a un planteamiento paralelo relativo no solo al papel que juega la familia en la creación general de la riqueza y su obtención por el grupo, sino que las formas de esta riqueza ya no son las mismas y posiblemente por ello, el grupo familiar tiene una importancia decreciente. Se cita por la mayoría de los autores que se dedican a esta cuestión, el artículo de Charles Reich⁸ en la década de los 60 titulado “*The New Property*” y publicado en el *Yale Law Journal* en 1964. En dicho artículo, el autor señala que para la mayoría de la gente, sus empleos o profesiones y los beneficios derivados de su trabajo, como los planes de pensiones, se han convertido en la principal forma de riqueza y que para otros, las reclamaciones por beneficios sociales son la forma principal de subsistencia. Estas nuevas formas de propiedad, como el trabajo y las acciones sociales, son no sólo nuestras principales fuentes de riqueza, sino las bases de diferentes clases sociales y se les debe ofrecer protección, de la misma forma como en el pasado se la había ofrecido a otras formas más tradicionales de peculio. Y así concluirá

⁸ Reich (1964) págs. 733-787.

Glendon⁹ que la propiedad basada en el trabajo se ha convertido en una base muy importante de la persona, que la propiedad familiar se ha deteriorado y que los ligámenes entre los miembros de la familia se han relajado. La familia entera en todos los niveles de ingresos, depende en mayor o menor grado de los poderes públicos.

II. *La razón del régimen de bienes*

Lo anterior me ha servido de introducción para el planteamiento que quiero ofrecer a los efectos de la discusión y debe llevarnos a reflexionar sobre a qué razones responde el régimen de bienes en el matrimonio, que constituye una de sus consecuencias jurídicas principales, puesto que la existencia de matrimonio determina el nacimiento de un régimen, mientras que la pura y simple convivencia entre dos personas no produce este efecto.

Las más tradicionales definiciones de régimen económico matrimonial parten de la base de que el consorcio creado por el matrimonio *“para realizar un fin específico, sin duda extramatrimonial, pero de gran proyección material y pecuniaria, exige a su vez una regulación específica de los medios económi-*

⁹ Glendon (1981), pág. 88.

cos que sirven a tal fin"¹⁰. De ahí que el régimen económico sea aquel conjunto de reglas jurídicas que disciplinan la economía del matrimonio¹¹.

En la sociedad moderna y teniendo en cuenta lo dicho, debemos preguntarnos cuáles son las razones que justifican la existencia del régimen cuando los afectados están casados y por qué estas respuestas no se dan cuando los afectados simplemente conviven. Los autores españoles distinguen tres finalidades a las que responde lo que modernamente se ha definido como *régimen económico matrimonial*:

1^a *Fijación de las reglas para determinar la forma de contribución a los gastos que genera la vida en común y el nacimiento de los hijos*. Esto recibe el nombre técnico de *contribución a las cargas del matrimonio* y actualmente forma parte de lo que se conoce como *régimen primario*, es decir, aquellas reglas, normalmente igualitarias, que constituyen el mínimo común denominador de toda economía matrimonial, con independencia del patrimonio de los cónyuges. Hay que aclarar que, según los estudiosos de esta cuestión,

¹⁰ Lacruz. *El matrimonio y su economía*, 1963, pág. 235).

¹¹ Díez-Picazo Gullón (2001), pág. 137.

históricamente una parte importantísima de esta contribución, desde el punto de vista económico, correspondió a la mujer a través de la aportación de la dote. Volveremos sobre este aspecto.

2^a *Cómo deben compartirse, si es que deben, los bienes adquiridos durante el matrimonio.* Esta es una cuestión cuya regulación se deja al denominado régimen económico matrimonial y que depende del tipo escogido: si se trata de un régimen de comunidad, cada cónyuge hará suya la mitad de lo adquirido por el otro en las circunstancias que ellos mismo determinen o que las leyes establezcan, mientras que en los regímenes de separación, la riqueza permanecerá en el patrimonio que la ha generado, aunque podrá mitigarse la dureza de dicho régimen por medio de participaciones específicas, caso del llamado “*régimen de participación*” o bien de indemnizaciones concretas solo y en el caso en que uno de los cónyuges hubiese contribuido a generar el aumento del patrimonio del otro, caso del régimen de separación catalán.

3^a *Cuáles van a ser los efectos de la disolución del matrimonio.* Seguramente, la mayoría de los lectores va a pensar que esta cuestión resulta inútil a los efectos de lo que se ha dicho al describir la segunda de las

finalidades a las que responde el régimen, pero no es tan sencillo. El matrimonio puede disolverse por dos causas, con algunas matizaciones, que no son aquí dignas de mención, porque responden a una modalidad de las causas principales: a) por muerte de uno de los cónyuges y b) por divorcio. La disolución del régimen no es neutra, en el sentido de que va a responder a diferentes propósitos y de ahí sus diferentes utilidades:

a) *En la disolución por muerte de uno de los cónyuges*, la liquidación del régimen disuelto es un elemento indispensable para determinar el patrimonio hereditario, de modo que sólo después de la liquidación y correspondiente adjudicación al sobreviviente, podrá saberse cuál es importe de dicho caudal, que va a satisfacer a los acreedores del premuerto, pero también las legítimas de los que el Código civil denomina “herederos forzosos”. Me voy a centrar en este punto. El descendiente del premuerto, hijo del matrimonio que se disuelve, va a participar de dos formas en los ingresos creados por el padre: i) como acreedor de alimentos, ha sido mantenido a costa de los bienes que constituyen el régimen económico matrimonial, porque así lo establece la ley en el artículo 1362, 1º CC, pero al mismo tiempo y cuando deja de ser acreedor la mayoría de las veces o aun siéndolo en casos más concretos, va a adquirir el

derecho a la legítima sobre estos mismos bienes cuando se abra la sucesión. Es cierto que este derecho sólo se acredita en relación a la parte de gananciales que corresponda al premuerto, pero debe tenerse en cuenta que cuando se abra la sucesión del sobreviviente, propietario de la otra mitad por la mecánica del régimen, el mismo hijo acreditará de nuevo legítima y no olvidemos que en el Código civil ésta consiste en dos terceras partes de los bienes relictos con una comunidad hereditaria y sujeta a las acciones de división que corresponden a los legitimarios como partícipes. Quizá haya que concluir que el auténtico beneficiario del régimen de comunidad no es el cónyuge superviviente, sino los hijos del matrimonio disuelto por la muerte. Ello es así en los casos en que quien haya obtenido los bienes que forman el régimen, en realidad y para entendernos, los gananciales, sea únicamente uno de los cónyuges, como venía siendo así habitualmente en la economía española. Aunque las consecuencias siguen siendo las mismas en el caso de que ambos aporten económicamente a la masa de los gananciales, sea con su trabajo remunerado, sea con los frutos de los bienes propios.

b) *En la disolución del matrimonio por divorcio* debe hacerse otra reflexión: la observación del conjunto de regímenes matrimoniales existentes en Europa occidental, dejan-

do aparte la peculiaridad inglesa¹², nos lleva a concluir que los matrimonios europeos están casados mayoritariamente en régimen de comunidad, comunidades que tienen distintas características o que incluyen bienes distintos, pero que en definitiva, se estructuran en torno a una comunidad, actual, como en Francia o Italia, o diferida, como en los casos sueco y alemán. Quiero detenerme un momento en el ejemplo sueco. Se trata de una comunidad sobre todos los bienes, de modo que si no se ha pactado de una forma distinta, todos los bienes se dividirán por mitad como consecuencia del divorcio¹³ este sistema se mantuvo después de la reforma del matrimonio en 1987, porque se consideraba que era un régimen adecuado para matrimonios de larga duración y además se pensaba que era de fácil administración porque durante la vida del matrimonio no se crea ninguna comunidad; las únicas reglas especiales se establecen en relación a la vivienda familiar. Se trata, por tanto, de una comunidad global, pero diferi-

¹² John Dewar (1992), págs. 176-177. La historia del régimen de bienes en Inglaterra es compleja. Dice Dewar que el *common law* subordinaba toda la propiedad de la esposa y sus beneficios a la propiedad y control del marido. El sistema fue abrogado en 1882 con la *Married Women's Property Act* que estableció un sistema de separación de bienes para todas las mujeres casadas, que eran capaces de adquirir y ostentar sus propios bienes sin interferencias legales de sus maridos.

¹³ Glendon (1989), pág. 224.

da. Un régimen muy parecido, aunque mucho más complejo, es el que se introdujo en Alemania con la reforma de 1957, con sus posteriores reformas. Este régimen parte de la libertad de gestión de los cónyuges durante el matrimonio y la participación en el incremento del valor de los bienes ocurrida durante el matrimonio, sistema que fue modificado en 1976 estableciendo un sistema de igualdad en los beneficios, de modo que los derechos de pensión de todo tipo acumulados por los cónyuges durante el matrimonio se computan, comparan y dividen equitativamente a la disolución del matrimonio. En un lado distinto, pero con el mismo resultado se produjo la reforma del régimen económico matrimonial en Italia como consecuencia de la introducción del divorcio en 1970. A partir de la ley de 19 mayo 1975, el régimen de bienes es el de comunidad, solución que, en gran medida, es una consecuencia de la aceptación del divorcio como forma de disolución¹⁴. Por tanto y efectuando un resumen apresurado de la situación actual respecto de los regímenes matrimoniales con el divorcio, hay que concluir que en la mayoría de los países se establece un régimen de comunidad que permitiría evitar el pago posterior de compensaciones, al que se une un régimen de bienes de separación, pero matizado en el sentido que

¹⁴ Sesta (1996), pág. 158.

en el momento de la disolución y, por tanto, también del divorcio, el más rico debe compartir una parte de la riqueza adquirida durante la convivencia matrimonial, con el más pobre, en un sistema de participación, que fue, al parecer, introducido para evitar las consecuencias del divorcio en el cónyuge más desfavorecido. No es que el régimen lo arregle todo, pero ayuda, como se ha sostenido en la STS de 19 enero 2010¹⁵.

¹⁵ El argumento básico es el que se reproduce a continuación: "La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal".

La finalidad de estos regímenes se encuentra en la razón, identificada en los países anglosajones como la regla de *clean break-down*, o dicho en palabras comprensibles y directas, borrón y cuenta nueva. Consiste en la necesidad de liquidar todas las relaciones económicas entre los cónyuges cuando se ha producido el divorcio, que esconde, además, otro objetivo tal como evitar las relaciones de larga duración entre ex cónyuges, por la cantidad de conflictos que generan y porque no se considera que el matrimonio deba continuar vigente después de la ruptura. Por tanto, lo que se pretende es que la liquidación con un capital procedente del régimen de bienes, evite la prolongación de mantenimientos matrimoniales más allá de la ruptura, dado que en algunos países, como la misma Suecia, la pensión compensatoria prácticamente es inexistente porque la regla expresada legalmente es que después del divorcio cada esposo será responsable de su propio mantenimiento, pudiendo establecerse una pensión por un periodo de tiempo determinado o bien en casos excepcionales.

Si ello es así, ¿dónde están las razones para que las parejas no matrimoniales no gocen de un régimen económico? Voy a distinguir diversos supuestos y todo ello partiendo de la idea básica de que aun cuando las leyes no hayan regulado la pareja de hecho, sí lo han

efectuado algunas normas autonómicas¹⁶, pero ninguna ha llegado a asimilar la situación de tal manera al matrimonio que le llegue a atribuir todos y cada uno de sus efectos. No le anda lejos, sin embargo, el proyecto de ley de Libro II del Código civil de Cataluña, pero esta es otra historia. Metodológicamente, hay dos maneras de enfocar la cuestión de la pareja de hecho: la primera, la más extendida, es prescindir de ella; tenemos el ejemplo que se ha producido en Suecia con la sucesión del escritor Stieg Larsson: su pareja de hecho no puede participar en la riqueza creada por las novelas del escritor fallecido porque su compañera ni tenía un régimen de bienes, ni ostenta derechos sucesorios, ya que en Suecia no hay ningún reconocimiento de las parejas de hecho, excepto lo referido a la casa familiar; en cambio, si hubiese sido catalana, habría heredado en la actualidad en lugar de los padres. Y si hubiese estado casada estaría en una situación semejante a la de la primera Sra. Cela, de Camilo José Cela, y habría adquirido, como ella, la mitad de los derechos generados por los libros. ¿Injusticia o política jurídica? La sociedad debe tomar partido y

¹⁶ Los autores españoles están verdaderamente asustados sobre la proliferación de leyes autonómicas sobre parejas de hecho, que no se ha demostrado tan desastrosa como los cantos de sirena teóricos habían vaticinado. Ver Asúa (2007), pág. 22 ss, entre otros.

decidir si fomenta o no el matrimonio; las sociedades nórdicas han optado por ahí, mientras que las sociedades mediterráneas, o mejor dicho, la sociedad española, parece haber tomado otra opción. Y digo “parece” expresamente porque no existe una política clara en relación al fomento del matrimonio, aunque después de la ley de 2005, parece que una respuesta afirmativa sería plausible. En el fondo, no hay razones jurídicas para excluir o incluir a determinadas convivencias de la existencia de régimen, ya que las mismas finalidades que antes se habían señalado en relación a los objetivos del régimen económico matrimonial pueden aplicarse a las parejas de hecho. Si no se hace así es por una pura cuestión de política jurídica, que debe tenerse muy en cuenta por los efectos que produce en la sociedad.

El otro método de afrontar el tema de la pareja de hecho es el que propone el Proyecto de Libro II del Código civil catalán, que consiste *en no, pero...* Es decir, se reconocen derechos sucesorios a los convivientes, pero con una compensación indemnizatoria parecida a la del régimen de separación de bienes para los casados (artículo 234-9 del Anteproyecto). ¿Dónde se encuentran las diferencias?

III. *Las aportaciones matrimoniales*

Los regímenes matrimoniales se caracterizan porque establecen unas reglas que no sólo están dirigidas a los propios afectados, sino también a terceros por los negocios jurídicos que los cónyuges están autorizados a realizar: los acreedores, los legitimarios...

Actualmente los cónyuges son iguales ante la ley, pero la familia ha sido un instrumento de previsión y puede decirse que sigue siéndolo en situaciones de crisis económica, por lo que algunas instituciones, hoy absolutamente olvidadas, se basaban en este carácter antes aludido y permitían a la mujer mantener un peculio propio cuando la fortuna se encontraba en manos del marido. Se trata de la dote cuyas funciones eran dobles: i) permitía a la mujer recuperar un patrimonio para subsistir en el caso de la muerte del marido, ya que le aseguraba una cierta independencia económica; sirvió también para asegurarla en los casos de repudio en el derecho romano del Bajo Imperio, de manera que cuando se producía la ruptura de un matrimonio sin dote, nació la institución de la cuarta marital, transformada más tarde en derecho sucesorio para el caso de que el matrimonio se disolviese por la muerte del marido y la viuda fuese “pobre e indotada”¹⁷. Esta misma previsión se aplicó en Cataluña a la dote del segundón que se

casaba con la heredera, la denominada *dote del pubill*¹⁸; ii) además, la dote constituía una forma de colaborar en el mantenimiento de la familia por parte de quien no aportaba más que unos servicios que, aunque importantes, la economía de la época no era capaz de valorar.

Las razones de la caída de la institución son de sobras conocidas: la inflación convierte estos pequeños patrimonios en nada¹⁹; maridos poco honrados que nunca devolvieron la dote aportada por sus esposas y, finalmente y no de menor importancia, el cambio en el concepto del matrimonio²⁰. 132), dice que el

¹⁷ Sobre la dote y sus funciones, consultar Lacruz (1963), pág. 326.

¹⁸ En la Cataluña rural el segundón que se casaba con la *pubilla*, es decir, la propietaria de la explotación familiar, tenía una serie de derechos y obligaciones y normalmente aportaba una dote, denominada *aixovar o aixobá*, aplicándose las reglas de la dote. Consistía en una cantidad en metálico y ropas, aunque no gozaba de los privilegios dotales. Ver Borrell i Soler (1944), T. IV, pág. 304. Esta institución pasó a la Compilación del Derecho civil de Cataluña en 1960, en los arts. 41, 42 y 43.

¹⁹ Maspons i Anglasesell (1935), pág. 38, después de decir que la dote constituía un cierto seguro para la familia, ponía de relieve que la tendencia de las familias industriales y mercantiles era mantener un régimen de separación de bienes por causa de la inamovilidad de la dote.

²⁰ Hattenhauer (1987), pág. 132.

matrimonio había cumplido una función clave conocida por todos, de facilitar la creación o ampliación de las familias al ser considerado la base para la procreación; pero también cumplía una función que el autor describe como “*institución de seguridad*”, en lo que estaría de acuerdo con los análisis económicos de la familia. Dice dicho autor que “*los cónyuges entrados en años se cuidan mutuamente en «la prosperidad y en la pobreza», socorro recíproco que se afianza con el paso del tiempo*”, a lo que se añade la asistencia que prestarán los hijos mayores y acaba Hattenhauer diciendo que “*la necesidad permanente de cuidados que exige la naturaleza humana hace de la familia el reducto social más antiguo y mejor protegido. Cumplía su misión, y sigue cumpliéndola hoy, mucho antes de aparecer el Estado moderno, y destaca notablemente en tiempos de debilidad estatal*”. Ello cambia con la secularización que se produce con Lutero y la asunción por el Estado de los roles que cumplía la familia. El matrimonio pasa a ser una institución regida por leyes civiles, en las que casi todo está regulado, entre lo que se encuentra el régimen económico matrimonial, y aparece un elemento distorsionador, el amor romántico, que acabará con muchas de las instituciones tradicionales. La dote será considerada como una institución que produce desigualdades y acabará siendo desterrada del lenguaje

jurídicamente correcto. Aunque si se analiza de forma objetiva, la participación a que el cónyuge catalán tiene derecho cuando se produce un divorcio en el que haya existido una desigualdad provocada porque uno de ellos ha trabajado sin remuneración o con remuneración insuficiente para la casa o las actividades del otro cónyuge, no es más que una reminiscencia moderna de la antigua cuarta marital de la casada pobre e indotada. La dote ha muerto, viva la dote!!!

Sin embargo, hay que decir, para acabar este apartado, que la autonomía patrimonial de la mujer lleva a la elección del régimen económico y la tendencia a pactar el régimen de separación de bienes. En este caso volvemos al principio: el tipo de familia nuclear ya no es el más corriente, sino que se está convirtiendo en residual, por lo que las estructuras jurídicas, ancladas en otros modelos económicos, empiezan a dejar de ser útiles.

IV. *El divorcio*

Se ha visto ya que el divorcio es una cuestión absolutamente determinante en el caso de la elección del régimen de bienes, por lo menos, por parte del legislador. Los cónyuges no suelen ser conscientes de estas cuestiones, a no ser que se trate de personas con patrimonio, o bien que contraigan segundas o

posteriores nupcias y tengan un cierto mal recuerdo de anteriores matrimonios, o bien que se quiera proteger a los hijos de estos matrimonios. El divorcio se concibe como la ruptura por haber desaparecido el consentimiento que mantiene el matrimonio, de ahí que el régimen de bienes deba desaparecer y liquidarse. Es cierto que normalmente, en la decisión de divorciarse no se incluyen las perspectivas económicas post divorcio, aunque algunas veces ello se haya previsto en los pactos que pueden haberse otorgado con esta previsión y que pueden llevar a hacer tan oneroso el divorcio, que inviten a los afectados a evitarlo. Cabrillo²¹ señala que si bien en general las partes pueden fijar en sus contratos las consecuencias del incumplimiento, en el matrimonio, que califica de *contrato matrimonial*, “aunque se permite a las partes pactar las condiciones de la separación, la ley suele fijar unas condiciones determinadas y atribuir al Juez un papel relevante en la aprobación de los pactos” y ello según el autor, obedece a dos causas fundamentales: “*La primera es la general de reducción de los costes de transacción que permiten la existencia de un derecho de referencia, que hace innecesario pactar antes del acuerdo todas y cada una de las contingencias posibles. La segunda, en cambio se basa en las peculiaridades del derecho*

²¹ Cabrillo (1996), pág. 132.

de familia, por las cuales el Estado se atribuye la misión de regular y supervisar las relaciones matrimoniales”.

Aplicando lo dicho hasta aquí, debo centrarme en los problemas que se plantean en relación con el régimen económico matrimonial en relación al divorcio. Y voy a utilizar dos ejemplos recientes en la jurisprudencia de la Sala 1^a, al que voy a denominar “caso de los cuernos de caza”, que se encuentra en la sentencia de 17 octubre 2007, y el caso de la ganancialidad del despido, contenido en las sentencias de 18 marzo y 28 mayo 2008.

La sentencia de 17 octubre 2007 constituye un ejemplo de las querencias matrimoniales que perduran después de acabado el matrimonio. Producida la crisis matrimonial, esposo y esposa habían acordado una compleja liquidación de sus gananciales en tres documentos sucesivos: i) el primero fueron unas capitulaciones matrimoniales en la que pactaron el régimen de separación y liquidaron los gananciales después de efectuar un exhaustivo inventario; ii) el segundo fue el convenio regulador, en el que se incluía una cláusula penal relativa al piso que había constituido vivienda familiar, de modo que hasta una determinada fecha, la esposa continuaba utilizándolo a fin de desalojarlo, ya que se trataba de un piso privativo que el marido había heredado de su

padre; de no desalojarse en la fecha pactada, la esposa debería pagar una cantidad diaria hasta que lo dejara libre; iii) el tercer documento fue un acuerdo privado, en cuya virtud el marido pagaría a la esposa una determinada cantidad, independientemente de lo que ya se había estipulado. Pues bien, nadie cumplió, excepto lo previsto en los capítulos: la esposa dejó libre el piso un año y medio después de lo pactado, sin pagar la cantidad por demora y el marido no pagó lo pactado en el documento privado. La esposa demandó a su marido por esta cantidad y el marido reconvino pidiendo que se le abonara lo acordado como cláusula penal. Y tampoco nadie ganó, porque el marido debió pagar la cantidad acordada y la esposa la cláusula penal, así como los daños que había ocasionado en bienes privativos del marido, que no solo no devolvió, sino que destrozó, como ocurrió con los trofeos de caza mayor a los que el esposo era muy aficionado y que entregó en una caja después de triturarlos. Este es un ejemplo claro de las dificultades con que puede encontrarse la liquidación de los gananciales, aunque ciertamente es un ejemplo extremo, ya que ni todos tienen tanto dinero, ni las esposas/esposos se comportan como los que protagonizaron el caso resuelto en esta sentencia. Lo que quiero decir con este ejemplo es que el legislador no ha tenido en cuenta que a las normales dificultades que se plantean en las

crisis matrimoniales, se unen las que derivan de la liquidación del régimen de bienes, que pueden crispar aun más las relaciones entre los ex cónyuges. Un sistema como el actual es correcto, pero para culturas matrimoniales que no tengan el divorcio tan extendido.

El segundo caso tiene que ver con el cambio de los títulos de propiedad y de la naturaleza de los bienes, ya expuesto en las reflexiones que he efectuado en torno a las tesis de Reich. Se trata de los casos resueltos en las sentencias de 18 marzo y 28 mayo 2008. En ambos supuestos se discutía acerca de la condición o no de ganancial de una indemnización por despido cobrada por el marido antes de la disolución del matrimonio. O por lo menos un periodo intermedio entre la crisis y la definitiva disolución del matrimonio. Las dos sentencias de la Sala primera lo declaran ganancial en aquella medida en que la indemnización corresponda al periodo de tiempo trabajado durante el matrimonio, es decir, que al calcularse la indemnización de acuerdo con los años trabajados, aunque se obtenga antes de haberse disuelto el matrimonio, solo se van a computar en los gananciales los porcentajes correspondientes a aquellos años trabajados constante matrimonio y los demás se excluirán. Las razones se basan en que se da la indemnización por la pérdida del salario y solo será ganancial aquella parte que corres-

ponda a un periodo ganancial. Debe afinarse, por tanto, la determinación de la naturaleza de los bienes “nuevos” en un sistema que tampoco había previsto este tipo de cuestiones, por mucho que prevea que las compensaciones no serán gananciales, pero la naturaleza de una indemnización por un accidente no es la misma que la de la indemnización por cesación en el puesto de trabajo: el daño es distinto y en el laboral, el puesto de trabajo se pierde, pero no la capacidad para trabajar, por lo que no puede entenderse que se indemnice por la pérdida de un derecho fundamental.

V. Conclusiones

Ha llegado la hora de formular las conclusiones.

En primer lugar, debe decirse que no parece una mala solución el establecimiento de un régimen de comunidad de bienes, teniendo en cuenta la frecuencia de los divorcios, que constituyen una solución normal para la disolución del matrimonio. El régimen de comunidad sería útil si con él se evitara el pago de pensiones compensatorias en la mayoría de los casos, puesto que evita el desequilibrio entre ambos cónyuges y por ello mismo se ha utilizado en otros países de nuestro entorno.

Sin embargo, tal como está concebido en el Código civil, el régimen de gananciales constituye una rémora de gestión compleja constante matrimonio y de imposible manejo en la disolución y correspondiente liquidación. Por ello sería más conveniente la adopción de sistemas de comunidad diferida, en los que existe una participación en las ganancias obtenidas durante el matrimonio, sin finalidades igualatorias, sino únicamente participativas. Pero no parece que el legislador esté por esta labor.

BIBLIOGRAFÍA

Lista de los autores y obras citadas en los dos trabajos que se publican. No se distingue aquí en relación al contenido jurídico o sociológico de las obras citadas.

- Asúa González, C.I. (2007). "El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos *ad intra* y *ad extra*". *Nuevos modelos de familia en Teoría & Derecho*. 2/2007, págs. 7-27.

- Becker, G. (1981). *Tratado sobre la familia*. Trad. De C. Peraita de Grado. Alianza Universidad. Madrid.

- Bessone, M. (1995). "La famiglia nella evoluzione della società e dei modelli normativi", en Bessone, Alpa, D'Angelo, Ferrando, Spallarossa. *La famiglia nel nuovo diritto*. Zanichelli. Bologna.

- Borrell i Soler, A. (1944). *Derecho civil vigente en Cataluña*. Bosch, casa editorial. Barcelona.

- Bradley, D. (1996). *Family Law and Political Culture*. Sweet & Maxwell. Londres.

- Cabrillo, F. (1996). *Matrimonio, familia y economía*. Minerva ediciones. Madrid.

- Calvo Borobia, K. (2007). "Necesidades políticas y protesta colectiva en la regulación de los matrimonios homosexuales en España". En *Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad*, dirigido por Antonio M. Morales y José M. Miquel. UAM, págs.139-158.

- Castro, F. (1967). *El negocio jurídico*. Instituto nacional de estudios jurídicos. Madrid.

- Cañamares, S. (2007). *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*. Iustel. Madrid.

- Catala, P. "La metamorphose du Droit de la Famille" en *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*. Université Panthéon-Assas (Paris II)- Dalloz, Paris, 2004, pág. 341.

- Cretney, S. (2006). *Same Sex Relationships. From "Odious Crime" to "Gay Marriage"*. Oxford University Press. Oxford.

- Desdentado, E. (2010). "La pensión de viudedad y el matrimonio celebrado por el rito gitano. Reflexiones a propósito de la STEDH de 8 de diciembre de 2009". *Revista Jurídica de Cataluña*. En prensa.

- Dewar, J. (1992). *Law and the Family*. Butterworths. London, Dublin, Edimbourg.

- Dewar, J. (2000). "Family Law ant its discontents". *International Journal of Law, Policy and the Family*. 14, págs. 59-85.

- Díez-Picazo Jiménez, L. M^a (2006). *Sistema de Derechos fundamentales*. 2^a edición. Thomson Civitas. Madrid.

- Díez-Picazo Jiménez, G. (2007). "Convenios reguladores y animales domésticos". *La Ley*, número 6645, del 6 de febrero de 2007.

- Díez-Picazo, L- Gullón Ballesteros, A. (2001). *Sistema de Derecho civil*. T. IV. 8^a ed. Tecnos. Madrid.

- Durán i Bas, M. (1883). *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo á lo dispuesto en el art.- 4 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*. Imprenta de la Casa de la Caridad. Barcelona.

- Eekelaar, J. (1984). *Family Law and Social Policy*. Segunda edición. Weidenfeld and Nicolson. Londres.
- Flaquer, L. (1998). *El destino de la familia*. Ariel. Barcelona.
- Flaquer, L. (1999). *La estrella meneguante del padre*, Ariel. Barcelona.
- Flaquer, L. (2007). "Familia y políticas públicas". En *Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad*, dirigido por Antonio M. Morales y José M. Miquel. UAM, págs. 229-239.
- Garrido, M. (1999). *Derecho de familia*, Marcial Pons, Barcelona.
- Gavidia, J.V. (2007). "La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y la unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado "divorcio exprés)". En Gavidia (coord). *La reforma del matrimonio (leyes 15 y 15/2005)*. Marcial Pons. Madrid, Barcelona.
- Glendon, M.A. (1981). *The New Family and the New Property*. Butterworths. Canadá.

- Glendon, M.A. (1989). *The Transformation of Family Law. State, Law and Family in the United States and Western Europe*. The University of Chicago Press. Chicago.

- Hattenhauer, H. (1987). *Conceptos fundamentales del Derecho civil*. Trad de Gonzalo Hernández. Ariel, Barcelona.

- Lacruz Berdejo, J. L. (1963). *El matrimonio y su economía*. Librería Bosch. Barcelona.

- Lamarca, Artigot, Azagra y Farnós. "Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo sujeto a cambio?". *Indret*. Working paper de Dret català n° 7, 2003.

- López Burniol, J.J. (1984). "Las limitaciones a la facultad de disponer". *Materials de les III Jornades de Dret català a Tossa. La reforma de la Compilació: el sistema successori*. Càtedra de Dret civil català "Duran i Bas". Barcelona.

- Martín Sánchez, I. (2007). "Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia". *Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad*, dirigido por Antonio M. Morales y José M. Miquel. UAM, págs. 159-188.

- McGlynn, C. (2006). *Families and the European Union*. Cambridge University Press. Cambridge.

- Martínez de Aguirre, (2007). "A cada uno su familia, a cada familia su derecho (aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)". *Nuevos modelos de familia en Teoría & Derecho*. 2/ 2007, págs. 29-47.

- Maspons i Anglasell, F. (1935). *La llei de la familia catalana*. Editorial Barcino. Barcelona.

- Meil Landwerlin, G. (2007). "Actitudes y uso social de las uniones de hecho en España". *Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad*, dirigido por Antonio M. Morales y José M. Miquel. UAM, págs. 95-111.

- Montés Penadés, V. "Comentario a los arts. 85 y 87 C.C." en Amorós et alii. *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. T. I. Tecnos. 1984, págs. 489- 527.

- Ortuño Muñoz, P. (2006). *El régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Thomson-Civitas. Cizur Menor (Navarra).

- Reich, Ch. A. (1964). "The New Property". *The Yale Law Journal*. Vol 73. April 1964, num 5, págs. 733-787.

- Ribot Igualada, J. (1999). *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*. Tirant lo Blanch, Valencia.

- Riding, Ch. (2007). "Matrimoni a la moda". A Hallett-Riding. *Hogarth*. Obra social Fundació "La Caixa". Barcelona, págs. 141-157.

- Roca Trias, E. (1999). *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*. Cuadernos Civitas. Madrid.

- Roca Trias, E. (2006). "Filiació i Constitució o com el Tribunal Constitucional modula l'ordenament civil". *Autonomia i Dret*, III Jornada organitzada per Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, Consell de l'Advocacia catalana, Col·legi de Notaris de Catalunya. Barcelona, págs. 107-149.

- Salvador Coderch, P. (1984). "Comentario al art. 45 CC". Amorós et alii. *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. T. I. Tecnos. 1984, págs.130-138.

- Sesta, M. (1997). *Lezioni di Diritto di Famiglia*. CEDAM. Padova.

- Talavera Fernández, P.A. (2001). *La unión de hecho y el derecho a no casarse*". Ed. Comares. Granada.

- Valpuesta Fernández, R. (2007). "Reflexiones sobre el derecho de familia". *Nuevos modelos de familia en Teoría & Derecho*. 2/2007, págs. 75-98.

UNIONES DE HECHO Y REGÍMENES ECONÓMICOS CONSORCIALES

Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ

El planteamiento inicial que efectúa Encarna Roca radica en preguntarse qué sentido tiene la existencia de un régimen matrimonial cuya necesidad se impone en la unión matrimonial y no se prediquen las mismas consecuencias normativas –las que derivan del régimen consorcial– en las uniones de hecho a pesar de la clara identidad convivencial de uno y otro supuesto. En la segunda parte de su intervención pone de relieve algunos de los problemas que la disolución de un régimen de comunidad plantea en los supuestos de divorcio siendo materia en la que ahondaré con algo más de detenimiento en relación con la inicialmente planteada.

I. Uniones de hecho y régimen económico

Bajando al casuismo ejemplar la pregunta se concreta en cuestionarse qué sentido tiene que los herederos de Stieg Larssen sean los

exclusivos beneficiarios de los réditos editoriales que proporciona la obra de su causante mientras que su pareja de hecho, con una larga convivencia que sin duda existió en la fase vital del escritor en que elaboró sus exitosas novelas, no tenga nada. El planteamiento se hace aún mas efectista cuando se contrasta tal situación con la que, de diferente manera, la prensa reiteradamente airea en relación con los herederos de Camilo J. Cela quienes, al parecer, poco tienen –al menos de ello se quejan– frente a la bonanza patrimonial de la que disfruta su viuda. La pregunta, sin duda, es certera: ¿que razón de política legislativa lleva a soluciones tan dispares? desde el momento en que la equiparación fáctica parece también clara. Incluso cuando en mayor medida favorecería a la desconsolada nórdica quien convivió, y seguramente sufrió, la gestión y comentario de los novelescos avatares de la atípica heroína a diferencia de Dña. Marina quien, sin duda, no compartió los avatares de la elaboración de La Colmena realizada cuando aún no se sentaba en la mesa del Nóbel.

La reflexión de Encarna Roca sin duda es acertada y a la par fecunda pues me va a servir para continuar con su razonamiento y cuestionarme la existencia del propio régimen consorcial que atribuye a Dña. Marina Castaño lo que el legislador le ha dado. Y ello a

partir de dos consideraciones sobre el propio caso relatado que también son necesarias a la hora de la distinta respuesta jurídica al mismo fenómeno:

a) La respuesta de por qué la viuda/convivente de Stig Larssen –Eva Gabriellsson– no tiene nada y la viudad/matrimonial de D. Camilo lo tiene todo es mucho mas sencilla: porque la viuda de D. Camilo, entre sus prioridades vitales, tuvo una que en modo alguno puede despreciarse pues la ganancialidad siempre ha tenido un fundamento necrófilo como lo era asegurar el sustento vital de la supérstite cuando en el matrimonio tan sólo el varón era capaz de allegar recursos a la familia. Consciente de ello fue sin duda mucho más lista, si se quiere previsora, que la de Stieg. Frente a la idealizada frialdad nórdica a la viuda/convivente la pudieron las emociones. A la gallega no la pudieron las emociones: buscó la seguridad del vínculo nobiliario, de Nobel, y nadie puede reprocharla que lo consiguiera pues la ganancialidad era una opción legítima al efecto. Todo ello dicho desde un planteamiento teórico pues ignoro si Dña. Marina accede a la bonanza patrimonial a través de la comunidad ganancial o por otras vías: en todo caso, como planteamiento de ficción, el supuesto relatado, aún incierto, nos sirve para la reflexión jurídica.

b) A la vez del supuesto debatido yo extraigo otra cuestión: cual de los legisladores sería más cabal. El que equipara la unión de hecho al matrimonio o el que no lo hace. Y ello porque en el supuesto comparado Dña. Marina y la viuda de D. Stieg tienen una cosa en común: en ambos casos todos están a tiros, si bien en unos es la convivente quien reclama y en otro los hijos quienes lo hacen. No obstante la solución tanto en uno como en otro caso ha conseguido lo que el derecho debe eludir: el conflicto.

En definitiva el problema a decidir radica en optar, como medida de política legislativa, por una u otra alternativa: la regulación de las parejas de hecho hacia la que como sabemos han tendido la práctica totalidad de nuestra Comunidades Autónomas o, por el contrario, rescatar los orígenes conceptuales de la idea y persistir en que las parejas de hecho no se vean afectadas por el derecho: al menos por normas imperativas. Tan sólo por aquéllos aspectos de su relación convivencial que ellos quieran disciplinar para diluir la configuración estrictamente fáctica de su unión.

Los grados regulatorios de las uniones de hecho

Para dar respuesta a las cuestiones suscitadas hay que tener presente que la peculiaridad

normativa de nuestro Estado autonómico tiene una de sus manifestaciones más cuestionables en el tema que nos ocupa. Frente a la ausencia de una regulación del Estado en la materia existen, sin embargo, o tuvieron o no competencias civiles para ello, infinidad de regulaciones autonómicas sobre las parejas de hecho.

La variedad dificulta un tratamiento único del tema y precisa, antes de extraer conclusión alguna, de una mínima aproximación a los temas que dichas regulaciones han legislado pues, evidentemente, el grado de consorcialidad, por describir a través de esta idea aquellos aspectos normativos próximos a las regulaciones comunitarias, son muy diversos.

Y ello en definitiva porque para decidir sobre la inicial pregunta –regulación o desregulación de las parejas de hecho– parece imprescindible tener presente que la respuesta no puede ser unívoca pues los aspectos a regular son muy diversos tal y como evidencian nuestras legislaciones autonómicas. Por ello la pregunta que en su caso debiera responderse, si es que alguna regulación se estima oportuna, es hasta donde debe alcanzar el nivel regulatorio de lo fáctico en términos para los que nos sirven de ejemplo las distintas leyes autonómicas.

1. Derecho a las prestaciones de las Administraciones Públicas

Una primera conclusión que deriva del exámen de las diversas normativas regulatorias del fenómeno convivencial radica en comprobar que todas ellas asumen, y lo hacen desde un primer momento, –a remolque de decisiones jurisprudenciales– beneficios sociales que son a cargo del Estado: pensiones de viudedad y similares. Mas genéricamente es un dato constatable que todas las legislaciones autonómicas sobre parejas de hecho equiparan la convivencia estable a la matrimonial a efectos de todo tipo de prestaciones a cargo de las Administraciones Públicas entre las que se incluyen las funcionariales.

El tema no plantea excesivos problemas de índole privada pues evidentemente la eventual ruptura de la pareja o en su caso el fallecimiento de uno de ellos no va a producir en este punto un conflicto entre los afectados pues, en definitiva, el beneficio que eventualmente se obtiene de este tipo de regulación lo es con cargo a fondos de las Administraciones públicas.

Desde esta perspectiva difícilmente alguna “*pareja de hecho*” podrá considerar en ningún caso ilegítima la regulación de este tema

que, en todo caso le favorece y, nunca, a costa de la pareja si el desencuentro aflora.

2. Derechos sucesorios

El problema se complica cuando la disciplina normativa ampara que lo pretendido por el convivente supérstite no sea una prestación social sino que tenga por sujeto pasivo a otros particulares con los que, ahora si, puede surgir el enfrentamiento.

Así acaece con el eventual establecimiento de derechos sucesorios a favor del convivente supérstite y en detrimento de los restantes herederos del fallecido que ya son objeto de tratamiento en algunas de las regulaciones autonómicas (art. 11 y ss. Ley Foral 6/2000 de 3 de julio Navarra que equipara al cónyuge. Andalucía art. 13 Ley 5/2002 de 16 de diciembre: vivir un año en la vivienda familiar caso de fallecimiento) y que sin duda se encuentra en el origen del supuesto con que ejemplarmente hemos iniciado estas líneas.

Y atendiendo a la idea primeramente expresada cabría preguntarse sobre el acierto, como cuestión de política legislativa, de esta consecuencia normativa respecto de la cual, en un momento dado, alguien –los herederos del fallecido– podrían alegar que carece de sentido la equiparación con quien, a diferen-

cia de su madre, no se casó con su padre. Frente a ello cabría justificar la regla en que el hecho convivencial es el fundamento de los beneficios sucesorios y en ningún caso el hecho matrimonial.

3. Pensiones en caso de desunión

Un paso más –que supone la radical disolución conceptual de la idea de unión de hecho– es cuando los derechos que se conceden lo son específicamente contra su pareja. Es decir ya no se trata de una prestación *mortis causa* a dilucidar entre el convivente supérstite y los herederos del fallecido sino un problema que afecta a la esencia de la consorcialidad conyugal y, por tanto, directamente a quienes no decidieron contraer matrimonio pero a los que la norma habría así diluido su hecho convivencial. Es el caso del equivalente de la pensión compensatoria (arts. 5 y 6 Ley 6/2000 Navarra; tímidamente art. 4 Ley 11/2000 de 19 de diciembre Madrid y art. 13 Ley 10/1998 de 15 de julio de Cataluña).

4. La equiparación absoluta

Quizás el hito final que amortiza la diferencia entre la unión fáctica y la jurídica clásica, es decir la existente bajo vínculo matrimonial, se ha producido ya en Galicia donde la Adicional Tercera de la ley 2/2006 de 14 de

junio de derecho civil de Galicia dice que “*a los efectos de aplicación de la presente ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia* –permanencia que no aparece en el C.c.–. Con ello se extienden a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que la presente ley reconoce al matrimonio: el sistema de gananciales. Algunos gallegos, quizás sin saberlo, sin estar casados, están en la inmensa trampa que es la sociedad de gananciales. Ya hemos conseguido que la unión de hecho, en el trance liquidatorio, participe del caos de la unión de derecho.

No es momento de cuestionar toda esta evolución y el eventual acierto de los grados regulatorios y su alcance. Al menos me limito a reflejar la idea básica de la unión de hecho tal y como se concebía y justificaba en Europa cuando se empieza a hablar de la institución: “*El hombre moderno tiende a superar el matrimonio civil estatal y a desarrollar su personalidad en un matrimonio interno, individual y autorresponsable*”.

Ciertamente también ha de tenerse presente, para decidir el debate, que este tipo de regulación evidentemente proporciona una relativa seguridad jurídica y permite que los unidos de hecho/derecho efectúen en este

punto sus previsiones: ahora bien cada matrimonio o unión es una cosa en cada Comunidad Autónoma y como ha dicho Rams, con cierta sorna, *“lo que mas escandaliza es que el Estado no haya dictado o impuesto una ley de parejas no casadas”*.

En todo caso tanta seguridad jurídica proporciona el conocer que la unión de hecho, asentadas sobre unas pautas fácticas predeterminadas, tiene diversas consecuencias jurídicas, del grado que sea y que hemos expuesto, como, alternativamente, reafirmar desde el poder normativo que la unión de hecho es, precisamente, eso: una unión que carece de toda consecuencia patrimonial derivada del hecho convivencial salvo las que expresamente, a través del pacto, consideren oportuna los conviventes. Solución ésta, y con ello concluyo, que es a mi juicio la mas acertada.

II. Divorcio y liquidación del régimen consorcial

Todo ello y el análisis final de las reflexiones de Encarna Roca –los problemas del régimen económico en relación con divorcio– me da pie para poner de relieve algo que late en el fondo de la eventual consorcialidad, mas o menos limitada, de la regulación de las uniones de hecho: ¿los regímenes de comunidad –al menos tal y como está configurado en

el C.c.– tienen al día de hoy algún sentido? Y si lo tienen qué debemos hacer para que sirvan a su objetivo natural que es la adecuada disolución del régimen consorcial a través del divorcio pues vigente el matrimonio sus reglas son indiferentes en el ámbito interno.

Debe tenerse muy en cuenta, como premisa básica para conocer la funcionalidad y eficacia de las normas que se insertan en el régimen económico matrimonial solo tienen sentido ante supuestos patológicos: durante la vigencia natural del régimen, recuente a la normalidad convivencial del matrimonio, su economía se articula al margen de toda norma: conforme a su sistema de pactos, convenciones, susurros y caricias ajenos a la frialdad de la norma. Esta sólo va a vigorizarse ante el desencuentro afectivo o económico: como arma a lanzar contra el otro cónyuge o contra los acreedores.

Recientemente hemos visto el proyecto de modificación del C.c. en materia de obligaciones y contratos y en materia de compraventa ya editado por la Secretaria General Técnica. Pero del derecho patrimonial de la familia nadie se preocupa: parece un infraderecho que no inquieta a los puristas. Sin embargo la liquidación de una sociedad de gananciales –a nada que algo haya– es el trance procesal más complejo de los que tienen noticia nues-

tros juzgados: antes lo era la quiebra, que “*el Ramírez*” en parte mitigaba, hoy lo es la liquidación de los consorcios conyugales.

Y ello es así porque las normas sustantivas son al día de hoy un residuo histórico de inviable aplicación. En su actual diseño estructural la sociedad de gananciales nace en el siglo XVI, se construye en las Leyes de Toro y no ha resistido el paso del tiempo pues se proyecta sobre una realidad absolutamente diferente de aquella para la que nació. Incluso se está complicando cada vez mas la liquidación de los regímenes disociativos –también las uniones de hecho como ya hemos tenido ocasión de exponer– pues, cada vez, aparecen mas normas comunitarias en estos regímenes.

Y el legislador empeinado en que el problema es la norma procesal cuando no es ésta la inviable sino la norma sustantiva: todos los “*operadores*” haciendo cursos y cursos sobre el cauce procesal liquidatorio y casi nadie doctrinalmente inquieto por el disparate sustantivo de la comunidad germánica.

Los presupuestos básicos de la comunidad de gananciales: su desaparición

Abundando en lo anterior diré que por referencia al régimen tipo de comunidad –nuestra sociedad de gananciales del C.c.– el mismo

tenía sentido bajo tres presupuestos hoy absolutamente desaparecidos. Y su desaparición conlleva que carezca de sentido el actual régimen o que, de persistir como modelo normativo, ha de obedecer a unos postulados estructurales totalmente diferentes.

1º. Desigualdad y jerarquía

El primer presupuesto del régimen común era una base desigualitaria y una regulación fundada en el principio de jerarquía y no en el principio democrático. Evidentemente la comunicación ganancial servía a un proyecto de vida desigualitario: tu en la calle, ganando dinero, y yo en casa atendiendo hogar e hijos. Y ante ese reparto, patrimonialmente desigual, nos comunicamos esfuerzos y rendimientos. El sistema de ganancias sólo podía estructuralmente ser válido si había un gestor único: el marido que a la vez era el único y natural perceptor de rendimientos lo que legitimaba moralmente su gestión unilateral y sin cortapisa alguna.

Tal base es impensable en la época constitucional donde desde una perspectiva normativa el matrimonio se sustenta en la igualdad de ambos cónyuges. Ello va a producir que si lo que se quiere es ordenar jurídicamente una relación comunitaria no pueda establecerse sobre la base de la co-gestión pues es la

manera de que siempre exista conflicto cuando no confluyen las voluntades de los gestores. Alternativamente podrá ordenarse tal regulación dual pero indistinta y no mancomunadamente. Al día de hoy sólo es imaginable un sistema consorcial sobre la base de la gestión indistinta, tan igualitaria como la co-gestión, y asentada en la solidaridad que deriva del hecho convivencial a la que es totalmente ajena la desconfianza mutua que preside, o al menos justifica, el sistema de co-gestión de nuestro C.c.

2º. El matrimonio eterno

Tenía sentido el régimen consorcial, al menos en la manera en que es diseñado por el C.c. y también por la ley de 1981 que sigue sus líneas básicas, frente a un matrimonio eterno: las normas liquidatorias, las más complejas, se aplicaban una sola vez y en ello no solía intervenir el marido, normalmente premuerto sino el supérstite con/contra los hijos. Es revelador de nuestro problema actual lo dicho pretéritamente por Scaevola al cuestionar la manera con que se organizaba en el C.c. la liquidación del haber común: *“aparece el imperio de las matemáticas que no puede perdonar las fracciones. El contraste es notable, entre la armonía, la pureza y la tranquilidad de aquel hogar que acaba de extinguirse y esta revolución de cosas que se*

introduce inmediatamente; este husmear, contar y medir hasta los mas menudos enseres de la casa; este recordar fechas, buscar antecedentes, registrar papeles, consultar abogados para que no se escape un sólo céntimo de la participación de cada heredero. Es notable y es triste y casi siempre, además, es inmoral”.

No se imaginó Scaevola hasta donde podía llegar eso una vez que tras la reforma de 1981 se instaura el llamado equilibrio obligacional entre las masas patrimoniales, las privativas y la ganancial: no existía entonces una regla como la instaurada en el art. 1364 sin duda una de las mas nocivas e inviables para la regularidad liquidatoria de una sociedad conyugal en que exista algo mas a repartir que la miseria a la que también con cierta frecuencia aboca el conflicto conyugal.

Ocurre que frente al diseño del matrimonio como algo eterno –así pensado en 1889– el péndulo del legislador se ha inclinado hacia el lado contrario:

a) La ley 13/2005 de 1 de julio ha generado un matrimonio *ad gustum* que ha de durar, al menos, tres meses (art. 81.1 C.c.) y que puede disolverse sin justa causa. Cabe lo que no cabe en ningún contrato y, además, sin sanción alguna. Y ello produce resultados

sistemáticamente incongruentes como lo es el que se sancione la ruptura de los sponsales (art. 43 C.c.) y no la ruptura matrimonial.

Nada mas lejos de la contractualidad que se predicaba del matrimonio: no hay vínculo en el sentido de obligatoriedad para mantener la vigencia de un contrato de tracto continuado. Hay dos negocios unilaterales que confluyen: solo mientras confluyen existe matrimonio pues cada uno puede obviar tal consentimiento cuando le pete.

b) El matrimonio fue definido por Marx (Groucho) como una fuente de divorcios: y el legislador español ha asumido que esto sea así como algo natural que por ello ha de ser objeto de previsión. La Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de Medidas de Fomento y Agilización Procesal del Alquiler modifica en su Artículo primero el art. 9.3 de la LAU para incluir un inciso final a cuyo tenor no procederá la prórroga del contrato no solo cuando en el contrato se haga constar que se va a necesitar la vivienda por el propio arrendador o sus familiares sino que específicamente se indica que tal previsión puede ampliarse a la necesidad de *“su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial”*. La regla, aparentemente simple, planteará no pocos problemas a los arrendadores que muy sucintamente apunto pero que,

en todo caso, evidencian la idea del legislador de que el matrimonio es por definición efímero y hay que tener siempre presente el divorcio incluso en una cuestión tan indirectamente alcanzada por él.

Y el problema, como queda dicho, va a ser de cierta entidad para los arrendadores a quienes se obliga a prever su eventual divorcio –cosa que quizás en casa no guste– y, en un segundo momento, a valorar si incluye la cláusula que la norma posibilita y que significa algo parecido a un acto propio con el que favorecer a su cónyuge –parece que sería necesario un adjudicatario del uso de tal vivienda–, en un momento de conflicto conyugal, o silenciar tal posibilidad para que, en ningún caso, pueda beneficiarse tal cónyuge. Quizás esta sea una lectura *sensu contrario* de la norma no suficientemente meditada por el legislador.

3º. La solidaridad patrimonial

Otra de las ideas básicas en las que se asentaba el régimen de la sociedad de gananciales radicaba en considerar que sólo tenía sentido el sistema consorcial desde la idea de solidaridad patrimonial de los cónyuges. Idea que claramente imbuía toda la regulación del sistema.

Paralelamente diremos que, en sentido inverso, deja de tener lógica el sistema consorcial cuando el legislador, con motivo de la reforma de 1981 y como una de las obligadas, aunque mal entendidas, consecuencias de la igualdad conyugal, instaura la idea de autonomía patrimonial de cada uno de ellos en el seno del matrimonio como hoy deriva de la actual regulación del sistema de gananciales. Nada hay mas contrario a la idea de solidaridad que el sistema de reembolsos de los arts. 1364 y concordantes (1319 *in fine*, 1397.3 y 1398.2 C.c.) de igual manera que insistentemente, sobre todo en un primer momento tras la reforma de 1981, el propio TS decía que el matrimonio no altera la autonomía y capacidad de la mujer.

Como queda expresado, al día de hoy los tres presupuestos han desaparecido: todo ello hace que el caos aparezca cuando hay que liquidar una comunidad consorcial. Caos que acaece tanto si la disolución se debe al déficit patrimonial como al déficit sentimental. Las disfunciones liquidatorias son ingobernables en los términos que un tanto abreviadamente paso a reflejar en sus aspectos mas llamativos.

Las disfunciones liquidatorias

1ª. La inaplicación de las normas de régimen económico-matrimonial durante su vigencia

Como presupuesto de lo que a continuación expreso debe tenerse en cuenta que, tal y como también he adelantado, es un hecho constatable que las normas del régimen económico-matrimonial –que teóricamente existen para regular su vigencia– no se aplican en tal momento sino sólo en el de su liquidación: son sus reglas armas que, interesada y desviadamente, se utilizan contra el otro cónyuge o contra los acreedores.

De esta manera, lo que durante el matrimonio se rige al margen del C.c., por un sistema de convenciones tácitas, renunciadas, afectos, etc. –se va a disciplinar ahora por el C.c. que nunca nadie pensó aplicable. El legislador, latentemente, les seguía tratando como socios con intereses contrapuestos a lo que mientras el afecto existía los cónyuges eran absolutamente inmunes. Pero –sometidos a un régimen latentemente larvado– los regalos del 14 de febrero no eran tales sino una inversión a reintegrar con el interés legal.

2ª. Los reintegros y reembolsos

Desde una perspectiva patrimonial hay una institución insoportable por insolidaria como lo es el complejo y absoluto sistema de reintegros y reembolsos: el equilibrio obligacional del que hablaba el profesor Lacruz a quien, junto con los de su brillante generación, les pareció luminosa la idea que había sacralizado la doctrina francesa.

¿Que significa en la práctica?: significa que el viaje familiar a Eurodisney pagado con dinero privativo –la herencia de la lejana tía– no era sino una inversión reintegrable. O que el túmulo funerario de la suegra, abonado con dinero común, debía ser objeto de reintegro actualizado a favor de la sociedad de gananciales, como activo de la misma, en cuanto gastado en una atención privativa.

Como vengo afirmando tal sistema de reintegros es lo mas insolidario que existe. Ni siquiera es tan insolidario el régimen de separación donde se contribuye en proporción a la capacidad patrimonial (art. 1438, sin derecho a reembolsos –en principio–). De muy diferente manera en el régimen de gananciales todo es por mitad, al margen de la capacidad patrimonial de cada uno, y a rajatabla: los excesos contributivos deben reembolsarse y además, actualizadamente.

Todo ello, a mi juicio, debe desaparecer salvo que expresamente, en el momento del gasto realizado con cargo a un patrimonio privativo para atenciones gananciales, expresamente se quiera que dé lugar a reembolso: a ver quien se atreve a decirlo.

3ª. El sistema de cogestión mancomunada

Otro de los aspectos absolutamente ingobernables viene constituido por el sistema de cogestión y las numerosísimas e incomprensibles excepciones que permiten la gestión unilateral del consorcio con reflejo esencialmente en el art. 1365 C.c. Excepciones que si bien resultan necesarias para evitar el colapso de la gestión comunitaria hacen del referido art. 1365 un precepto inviable en la práctica que sólo sirve para cuestionar en el momento de la liquidación derivada del desafecto, o ante la agresión patrimonial de terceros, lo que durante el matrimonio nadie cuestionó. A través de una utilización fraudulenta de dicho precepto se va a rechazar por el cónyuge no gestor lo que en la fase de normalidad convivencial o patrimonial nunca cuestionó: su absoluta conformidad a que fuera el otro esposo el que se ocupara en exclusiva de todos los asuntos patrimoniales de la familia de los que nunca pidió sino, a lo sumo, las explicaciones mas elementales.

Propuestas de modificación del sistema económico-matrimonial

Con el limitado alcance expositivo con que resumo mi entendimiento de las cosas si cabe, al menos, sentar las líneas básicas por las que creo debiera encauzarse una ya imprescindible reforma del sistema económico matrimonial del C.c.

1^a. Es a mi juicio ya necesario implantar el régimen de separación como régimen legal con la atemperación del régimen matrimonial primario, cuyas normas cada vez deben ser menos: creo que debemos dejar a las parejas de hecho el que tiendan a la comunidad económica y las casadas a la separación. Parece que el signo de los tiempos es la contradicción pero no es posible remar a contra corriente.

2^a. El régimen de gananciales de persistir como régimen legal o caso de considerarse modelo subsidiario, debe obedecer a la solidaridad familiar. Exige tres reformas:

a) En primer lugar el modelo normativo ha de contemplar una comunidad universal. La certeza sobre la titularidad de los bienes familiares lo exige tanto en el momento de liquidación secuenta a la ruptura *sentimental* como ante la que derive de la crisis patrimo-

nial pues no es admisible, y contrario a la propia idea de comunidad así como a los “*negocios*” internos habidos, la absoluta inseguridad sobre tales titularidades que deriva de un sistema como el actual: muy especialmente en las relaciones con terceros.

b) Ha de instaurare el principio de gestión indistinta de forma que todo lo que cada uno de los esposos haga en el marco de la gestión familiar vincule al consorcio: los excesos que en tal ámbito se produzcan por parte de uno de ellos serán tema a resolver, y en su caso atajar, en la esfera interna del matrimonio.

c) Por cierto: alguien podría ya pensar en abandonar el cuento chino de la comunidad germánica que obliga a procesos universales liquidatorios y genera todo tipo de problemas registrales, sustantivos, concursales y procesales.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy: *Derechos sociales y ponderación*
2. L. Ferrajoli, J. José Moreso, M. Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*
4. P. Costa, B. Aláez Corral: *Nacionalidad y ciudadanía*
5. V. Ferreres, J. Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. R. Romboli, Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. Ángel Presno Línara: *Garantismo espurio*
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. Ángel Rodilla: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza: *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. J. F. Malem Seña, F. Javier Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez: *El error judicial. La formación de los jueces*
14. M. Cristina Redondo, J. María Sauca, P. Andrés Ibáñez: *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca: *Estado y cultura*

16. P. Comanducci, M^a Ángeles Ahumada, D. González Lagier: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. E. Barros Bourie, M^a Paz García Rubio, A. M. Morales Moreno: *Derecho de daños*
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta: *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
19. A. Squella, N. López Calera: *Derechos humanos: ¿invento o descubrimiento?*
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés: *Terrorismo y Derechos Fundamentales*
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón: *Los defensores del contribuyente*
22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio: *Democracia, religión y Constitución*
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe: *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez: *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*