

EXPERIENCIAS Y PROBLEMAS DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA EN ESPAÑA

Rafael Navarro - Valls,
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid y Académico-Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia de España.

1. El Cardenal Ratzinger no es estrictamente un experto en Derecho de Familia. Sin embargo, su profundidad teológica le hace diagnosticar con agudeza los grandes desafíos- también en materia de familia- a los que se enfrenta la sociedad moderna. Hace poco, en una conferencia en el Senado de la República italiana, describía cuáles son las señales de la identidad de Europa y cuáles son los enemigos a los que se enfrenta.

En lugar destacado, como punto central de esa identidad, apuntaba al matrimonio y la familia, tal y como lo configuró el cristianismo. Refiriéndose a ellos, señalaba como amenazas: el vaciamiento de su indisolubilidad a través de formas cada vez más fáciles de divorcio, la convivencia de hombre y mujer sin la forma jurídica del matrimonio y , en notable contraste con esto último, la petición de comunión de vida de los homosexuales, quienes ahora paradójicamente exigen una forma jurídica, que debe equipararse más o menos al matrimonio. Si, por una parte, la convivencia se separa cada vez más de las formas jurídicas, y si, por otra parte, se ve la unión homosexual como participante del mismo rango del matrimonio, entonces estamos ante una disolución de la imagen del hombre, cuyas consecuencias sólo pueden ser extremadamente graves¹ .

Este diagnóstico es válido para el tratamiento jurídico que el matrimonio y la familia van teniendo en España. En mi intervención procuraré ahondar en este proceso, ejemplificándolo con datos jurídicos .

2. Desde mi punto de vista, España está recorriendo a marchas forzadas las etapas típicas que diseñan el proceso de erosión del matrimonio y la familia en las áreas en que ese proceso lleva bastante tiempo en acción. Estas etapas, como en otra ocasión apunté ² son: desjuridificación, privatización, desformalización formalizadora y debilitación de la heterosexualidad. Gravitando sobre todas ellas, la secularización.

¹ Joseph Ratzinger, prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, en la biblioteca del Senado de la República Italiana, el pasado 13 de mayo sobre los fundamentos espirituales de Europa .

² Vid. R. Navarro-Valls, Matrimonio y Derecho, Madrid 1995, en especial, pp. 41ss.

Veamos sus consecuencias en el concreto marco español.

A) La desjuridificación.

A un modelo de alta juridicidad, le está sucediendo en España una institución de “baja juridicidad”. El primer dato que lo ilustra es la casi total retirada del Derecho penal del ámbito del matrimonio y la familia, salvo en lo que viene denominándose “violencia de género”. Para algunos autores, hoy existiría tan sólo un “Derecho penal residual”, lo que es significativo en el Derecho español, incluso en aquellos supuestos en que se dictan normas basadas en el principio de “intervención mínima”. Me refiero, por ejemplo, a la introducción en 1989 (Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio) de la penalización del impago de pensiones económicas subsiguientes a una separación legal, divorcio o declaración de nulidad. La introducción es razonable, pues parece más lógico encarcelar a un sujeto que no paga la pensión de sus hijos (desentendiéndose de si comen o no) que hacerlo con otro que roba para dar de comer a sus hijos. Sin embargo es postura abrumadoramente mayoritaria entre los jueces españoles dejar habitualmente en la calle al primero (cuando un juez se aparta de esta posición mayoritaria su actuación es materia de primera página y de solemnes protestas por parte de asociaciones de padres separados) y poner a buen recaudo al segundo.

En otro orden de cosas, se observa un retroceso del derecho en las dos fases del matrimonio (su constitución y su extinción) en las que hasta ahora era más decisiva su intervención. Parece como si progresivamente se traspasaran al dominio sociológico las cuestiones conexas con la capacidad para el matrimonio (incluida la heterosexualidad), o la de los derechos y deberes que se integran en la propia relación matrimonial (piénsese en la fidelidad, enunciada como uno de los deberes claves en el art. 68 del código Civil). Y en lo que atañe al divorcio, la retirada del derecho ha sido espectacular, pues casi se está convirtiendo en una cuestión administrativa. Lo cual se incrementará cuando el nuevo gobierno socialista ponga en marcha su anunciado plan de “divorcio directo de mutuo acuerdo”, sin fase de separación previa. Se entiende así que los últimos datos estadísticos muestren que las rupturas matrimoniales, en poco más de 20 años, han afectado a más de cuatro millones de españoles, de los que un millón son menores.

Por contraste, las relaciones padres-hijos están sufriendo un aumento espectacular de las dosis de juridicidad, Esto se manifiesta, por ejemplo, en materia de adopción, que en verdad puede calificarse de “institución en euforia”, pues en muy poco tiempo ha conocido en España hasta cuatro modificaciones de su regulación³.

³ Leyes de 24 de abril de 1958, 4 julio 1970, 13 mayo 1981 y 11 noviembre 1987.

B) Una nueva formalización

Como sucede en toda Europa, una de las peculiaridades del Derecho matrimonial español es la redoblada atención a las uniones de hecho. Junto a la tendencia desjurificadora del matrimonio que acabamos de ver, coexiste una paralela propensión a formalizar las uniones de hecho . Fenómenos hasta ahora ajenos a la regulación legal, se ven atraídos hacia ella, entrando así bruscamente en la esfera del Derecho español. Pero no del Derecho común, sino de los derechos autonómicos. Lo que es una peculiaridad del Derecho español. La razón estriba en que el Tribunal Constitucional ⁴ y el Tribunal Supremo⁵ se muestran reticentes a equiparar matrimonio y uniones de hecho, y a conceder idénticos efectos a una y otra. La doctrina jurisprudencial es que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes sino realidades jurídicamente distintas, por lo que , en principio, su tratamiento jurídico diferenciado, y correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental que reconoce la CE”.

De ahí la resistencia de los distintos Gobiernos a regularla a nivel legislativo global y central, lo que no significa que no le atribuya determinados efectos en materia, por ejemplo, de arrendamientos urbanos, penal, extranjería o laboral, ni que el TC niegue la posibilidad de regularlas ⁶.Conviene añadir, que el Gobierno socialista ha anunciado una ley del Gobierno central reguladora de las uniones de hecho.

Ante esta situación, once Comunidades Autónomas han legislado sobre la cuestión ⁷, no sin dudas por parte de la doctrina acerca de su competencia para

⁴ Por ejemplo, sentencias de 15 de noviembre de 1990 y 17 diciembre de 2001.

⁵ Por ejemplo, sentencia de 22 de julio de 1993.

⁶ Un buen estudio de esos efectos puede verse en V.Camarero, Reconocimiento social y jurídico de las uniones no matrimoniales, Madrid 2004, pp. 39 y ss (en prensa, que por cortesía de la autora he podido consultar)

⁷ Cataluña, Ley de uniones estables de pareja (Ley 10/98, de 15 de julio); Comunidad de Aragón , Ley 6/99, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; Comunidad valenciana, Ley 1/2201, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho; Comunidad de Madrid, Ley 11/2001, de 19 de diciembre de Uniones de Hecho ; Comunidad Autónoma de las Islas Baleares , Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; Principado de Asturias, Ley 4e/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; Comunidad Autónoma de Andalucía, Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; Comunidad Autónoma de Canarias, Ley 5/2003, de 6 de marzo; Comunidad Autónoma de Extremadura, Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho; Parlamento Vasco, ley 7 de mayo de 2003.

hacerlo, precisamente porque el art. 149.1.8 de la Constitución española, reserva al Estado central la competencia para legislar sobre una serie de materias civiles, entre las que se encuentran “ Las relaciones jurídico- civiles relativas a las formas de matrimonio”.⁸ Naturalmente, no es este el momento adecuado para exponer el contenido de tan amplio cuerpo normativo. Me limitaré a decir que de él se desprende el diseño de un mosaico de gran heterogeneidad. De las once comunidades autónomas con legislación vigente⁹ únicamente las leyes catalana ,valenciana, madrileña , vasca y canaria, no expresan un ámbito de aplicación dirigido a una convivencia análoga a la marital y, por tanto, reducido a una convivencia more uxorio. Las restantes regulan una convivencia análoga a la matrimonial , dotándola de unas prerrogativas muy similares al matrimonio, propiciando una invasión incorrecta en el derecho matrimonial. A título de ejemplo anotemos las siguientes : en la determinación de la capacidad de los convivientes para constituir una unión estable, muy similar a los exigidos por la ley civil general para el matrimonio ; cuando se aplica a los convivientes la normativa civil sobre disposición de la vivienda en común, alimentos entre partes, reclamación de una pensión alimenticia periódica al cese de la convivencia; beneficio de la pensión de viudedad del conviviente supérstite, concedido por la ley vasca; cuando se equiparan a los convivientes , con independencia de su orientación sexual, a los efectos de adopción con un contenido obligacional idéntico al de los cónyuges (normativa navarra y vasca) . Conviene resaltar que la mayoría de las Comunidades Autónomas, a excepción de Valencia, Madrid y Extremadura, admiten un amplio ámbito de posibilidad de pactos entre los convivientes con el objetivo de regular sus relaciones no sólo patrimoniales sino también las `personales derivadas de la unión. Por tanto, autonomía plena de las partes – a salvo de pactos contrarios a la ley o no respetuosos con el mínimo legal obligacional - para regular las relaciones derivadas de la convivencia.

C) La debilitación de la heterosexualidad

Afirmar que el modelo matrimonial de Occidente ha sido siempre heterosexual, es decir algo tan obvio que históricamente, por su evidencia, no ha necesitado de argumentación alguna. Lo que distingue el amor conyugal de cualquier otro es su específico carácter de complementariedad sexual. Lógica consecuencia de la propia noción de matrimonio , que no sólo es un vínculo de

⁸ Cfr. Recurso de inconstitucionalidad número 5297/2000 contra la ley navarra, citado por C.Gonzalez Beilfuss, Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea, Madrid 2004, nota 98,p. 44

⁹ Sigo el resumen de V. Camarero, Reconocimiento social y jurídico de las uniones no matrimoniales, Madrid 2004, pp. 147ss.

unión entre varón y mujer, sino más propiamente un varón y una mujer unidos entre sí a través de las diferencias naturales propias de la distinción de sexo.

El Derecho español se enmarca- como prácticamente todo Occidente- en esta línea , de modo que, por ejemplo, la Dirección General de los Registros y del Notariado ¹⁰explícitamente anota : “ No hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial...El código Civil, como no podía ser de otro modo, sigue el mismo criterio. Pero es que además, si llegara a contraerse un matrimonio entre personas del mismo sexo, sería, sin duda, nulo por aplicación del art. 73.1, en relación con el 45...”. Por su parte, el Tribunal Constitucional afirma : “se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial “¹¹ .

Sin embargo, esta claridad legal se va oscureciendo con planteamientos políticos. Por un lado una cierta tendencia a la mimetización lleva a postular el trasplante a España de soluciones minoritarias asumidas en el Derecho comparado . Me refiero a las legislaciones de Dinamarca (7 junio 1989), Noruega (1 de agosto de 1993) , Suecia (en vigor desde el 1 de enero de 1995) y Holanda (21 de diciembre de 2000), que equiparan la unión de homosexuales al matrimonio heterosexual. Igualmente, la sentencia de 18 de noviembre de 2003 del Tribunal Supremo del estado de Massachussets (Goodridge v. Department of Public Health) que declaró inconstitucional la ley del estado que prohibía el matrimonio de personas del mismo sexo, lo que ha hecho plantearse en medios políticos norteamericanos la posibilidad de aprobar una enmienda a la Constitución americana que , en línea con la Ley de Defensa del matrimonio¹² , declare el matrimonio como “una unión legal entre varón y mujer”.

Por otro lado, algunas legislaciones autonómicas, de facto, crean un verdadero matrimonio homosexual. Incluso con posibilidad de adopción. Pero una modificación legal de tal índole implica comprobar si no hay vulneración de la Constitución, especialmente de los artículos 32 y 39 , así como de toda la doctrina del Tribunal Constitucional. En este momento este último interrogante puede disiparse a corto plazo, pues hay presentado un recurso de inconstitucionalidad contra aquellas leyes autonómicas –en especial la de la Comunidad Navarra- que además de regular un verdadero matrimonio homosexual, aceptan la adopción por homosexuales.

¹⁰ Resolución 21 enero 1988, RJA, 1988, pp. 224-225.

¹¹ Auto 222/1994.

¹² The Defense of Marriage Act, ratificada por el presidente Clinton el 21 de septiembre de 1996.

3. Las causas

A estas alturas de la exposición parece oportuno intentar explicar las causas de este oscurecimiento de las líneas básicas del matrimonio en España. La primera sería la tendencia de la legislación en tomar como hipótesis de hecho la de la pareja en crisis, inestable e incompleta. Esta representación ha desarrollado en torno al matrimonio y la familia en España – como en toda Europa - una especie de Derecho tentacular y “atrapa-todo”¹³, que, como observa Rémy¹⁴ trata de adaptarse a todas las vicisitudes de la pareja, creando así una “legislación de remedios” más que de “modelos”. Una legislación que va oscureciendo, por la misma fuerza de las cosas, los perfiles mismos de la institución matrimonial; de modo que ya no presenta, como solía hacer el modelo clásico, su propia sustancia sino más bien sus accidentes¹⁵. Esta normativa, más “de gestión que de convicción”¹⁶, dibuja a su vez una familia “incierto” cuya legitimación no bascula exclusivamente sobre el matrimonio, sino sobre una legitimación organizada por la propia ley a través de esa unión “a la carta” de la que habla la sociología. En ella se combinan cohabitación y matrimonio, heterosexualidad y homosexualidad, formalización por imperio de la ley y, al tiempo, intensa contractualización, que deja a las partes la determinación de sus efectos, de su duración y de su fin. Añádase la idea que subyace en el trasfondo legal del hombre como pura biología, que permite una cierta dimisión de la responsabilidad de los padres hacia los hijos y que encuentra su potenciación en las leyes de aborto, para encontrarnos inmersos en un cierto desorden axiológico. El derecho matrimonial pierde así sus antiguos puntos de referencia, sin haber encontrado otros firmemente estables. Comienza a tomar cuerpo poco a poco la idea de si los juristas no estaremos orientando nuestros esfuerzos en una línea errada. Es decir, si no tendrá razón Baudelaire cuando alertaba acerca de que esa isla de Citera, que nosotros buscamos con inquietud a través de cambios legislativos, no será, a fin de cuentas, “après tout...une pauvre terre”¹⁷

Con lo cual no quiero decir que toda la más reciente legislación española en torno al matrimonio y la familia carezca de aspectos positivos. Es evidente que las ansias de igualdad que se infiltran en todo el Derecho de familia han puesto orden en aspectos discriminatorios que el arrastre histórico había cristalizado en un monopolio exasperantes: me refiero a la igualdad de derechos del varón y la mujer

¹³ La expresión es de J. Hilaire, *Le droit de la famille*, en “*Le droit de la famille en Europe*, Strasbourg 1992, p. 5.

¹⁴ P. Rémy, *Pilosophie du mariage civil dans la législation contemporaine*, *L'Année Canonique*, 1989, p. 30

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Commaille, *La régulation politique de la famille*, p. 272

¹⁷ Cfr. Ch. Baudelaire, *Las flores del mal*, trad esp., Madrid 1994, p. 47; Glendon, *La transformation*, p. 46. He insistido en estas ideas en R. Navarro-Valls, *Matrimonio y Derecho*, cit. pp. 129ss.

en el seno del matrimonio. Igualmente , la marcha hacia la libertad en tantos aspectos patrimoniales, con la consiguiente mutabilidad de las convenciones matrimoniales, así como el retroceso de ciertos impedimentos, sin demasiada razón de ser en el matrimonio actual, han supuesto avances en la libertad de las nupcias. En fin, el Estado-providencia parece dar paso a una verdadera “sociedad providencia” en la que las ONG, la colectividad, los miembros de las propias familias manifiestan cada vez más sus deseos de aportar asistencia a sus miembros en necesidad. En esta línea se inscriben, por ejemplo, la ley 42/2003, de 21 de noviembre, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelo, que regula el consentimiento en materia de comunicación y visitas a los nietos; ley 1/96 de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, en la que , entre otros derechos, regula el de ser oídos en las causas matrimoniales de sus padres , en especial en aquellas cuestiones que le afectan directamente y ley 27/2003 de 31 de julio , reguladora de la protección de las víctimas de violencia doméstica, que en breve plazo será sustituida por otra, enviada al Parlamento, en la que puede privarse al infractor del derecho de visita a los hijos e incluso del ejercicio de la patria potestad.