

NUEVO DERECHO DE FAMILIA: **Realidad o ficción** Por Jesús Alberto Leonart Torán

El Código civil, entre otros cuerpos legales, se ha visto afectado, recientemente, por dos importantes Leyes -13 y 15 de 2005-, que, por su contenido, no han pasado desapercibidas ni a los aplicadores del Derecho ni al gran público.

Se trata, en efecto, de las leyes 13/2005, de 1 de Julio por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y Ley 15/2005, de 8 de Julio, por la que modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio- en adelante las Leyes 13 y 15.

1. Los motores del cambio. Las Leyes 13 y 15, no muy extensas, pero sí de intensidad reformadora, van precedidas de una Exposición de Motivos, altamente reveladora de los propósitos del legislador de 2005.

La primera de ellas, la Ley 13, en cuanto afecta al derecho a contraer matrimonio, parte de reconocer, en una visión retrospectiva y con argumentos sociológicos, que "la relación y convivencia de pareja basada en el afecto" y presente en el Código civil desde su redacción originaria, se presenta superada por una "realidad social española de nuestro tiempo... mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código civil de 1889 para ello -continúa la Exposición de Motivos- se han superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones".

Asimismo se alude al fundamento constitucional de la Reforma: la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 CE).

Tampoco falta, en fin, la legitimidad internacional, así se cita expresamente la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de Febrero. de 1994 en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

"Se parte de una concepción del matrimonio en la que se reconoce un nuevo derecho a todo contrayente: el derecho a no estar casado"

2. El estilo del legislador: la elegancia iuris.

La ley 13 se estructura en un artículo único, 2 Disposiciones Adicionales, -la 1ª, suscitará no pocos problemas y antinomias- y 2 Disposiciones Finales.

El artículo único recoge las modificaciones de redacción, -adaptación terminológica, según la E. de M.- que afectan al articulado que aludía antes de la Reforma a "marido y mujer", para sustituirlo por la expresión "cónyuges" o "progenitores" tratándose de patria potestad. Además se añade un segundo párrafo al artículo 44 en el que se refiere a "contrayentes".

La Disposición adicional 1ª, establece, como "norma de cierre" que, "las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con diferencia del sexo de sus integrantes".

El legislador de 2005 no debe estar muy satisfecho del recorrido que hace por el articulado del Código civil y de la ley del Registro civil, en su afán derogador, ya que después del sistema de lista, acude a la modificación "in toto" del resto del ordenamiento.

Tal pretensión puede producir efectos distorsionantes y perplejos en sectores muy circunscritos del mismo, piénsese en el Derecho eclesiástico del Estado, salvo que no se consideren "disposiciones

legales”, los Acuerdos con la Santa Sede de 3 de Enero de 1999 o los suscritos con el resto de confesiones religiosas arraigadas en España en 1992.

3. El juicio de constitucionalidad.

A pesar del poco tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, el 8 de Julio, han sido muchos los reproches de inconstitucionalidad que ha recibido la Ley 13, hasta el punto que se puede decir que es raro el colectivo profesional que defienda la adecuación de la norma reformadora al texto constitucional.

Para ello se utiliza básicamente el argumento derivado del propio art. 32 CE “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, como si hubiera matrimonios sin igualdad y ésta fuese una opción por la que inclinarse.

El precepto, a diferencia de otros derechos o libertades reconocidos constitucionalmente, especifica como titulares de ese derecho al hombre y la mujer, a diferencia de otros derechos fundamentales que se predicán de “todos”... tienen derecho a la vida o “se reconoce el derecho...”.

Este argumento literal se une a la consideración conceptual e institucional del matrimonio con ingrediente heterosexual. Cuando el art. 44 en su redacción de 1981, reconocía que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código”, algunos ya pensábamos que faltaban dos palabras claves cuya omisión podría permitir el matrimonio homosexual: “entre sí”.

Es decir, que aunque faltase la consagración de la heterosexualidad, era evidente que en la mente del legislador no cabía otro tipo de matrimonio.

Ahora bien, la interpretación sociológica de las normas ¿es predicable también del texto constitucional? Dicho de otro modo, ¿cabe interpretar las normas de nuestra Carta Magna “según la realidad del tiempo en que han de ser explicadas”? la solución afirmativa, desde luego, nos ahorraría muchos debates de Reforma Constitucional, aunque siempre sería iniciar un peligroso camino por la delgada línea que separa la seguridad jurídica de una interpretación abrogante de la norma constitucional.

4. Las nuevas-posibles relaciones paterno filiales.

El alcance de la Reforma trata de reducirse a meras modificaciones terminológicas, en principio, cuando está en juego, nada menos, que la sustitución de la titularidad de la patria potestad del padre y la madre por los llamados “progenitores” que no teniendo capacidad para engendrar entre sí, si tienen capacidad para adoptar. De nuevo, sobre la mesa el interés protegido en la adopción.

¿A quién beneficia la adopción? ¿Se beneficia al hijo teniendo dos padres o dos madres? O acaso se da satisfacción a quienes no pueden concebir hijos –hasta aquí como en la adopción tradicional- permitiendo, ex lege, ser progenitores (¿de un mismo sexo?).

Lo que está claro es la quiebra del postulado romano que presidía la regulación de la adopción: adoptio naturam imitat.

La ley 13 termina, en fin, retocando 3 preceptos relativos a la Ley del Registro civil en punto a la sección 1ª –nacimiento y general- la inscripción de filiación, y la del nombre y apellidos.

5. El nuevo régimen de separación y divorcio.

Se incluye en la Ley 15/2005, de 8 de Julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.

Se parte de una concepción del matrimonio en la que se reconoce un nuevo derecho a todo contrayente: el derecho a no estar casado, a volver al “statu quo ante” y, para ello, se facilita enormemente el procedimiento a seguir.

Se acortan los plazos- en principio- y se suprimen las causas de separación y divorcio. Ya no será necesario agotar un período dilatado de convivencia, sólo se prevén tres meses, incluso sin este plazo en casos excepcionales.

La legitimación para instar la separación y el divorcio se deja a la exclusiva voluntad de los cónyuges sin apelación a causas o motivos tasados.

Será suficiente, como reconoció alguna jurisprudencia, alegar la falta de affectio o el desamor para iniciar el procedimiento.

No hay que olvidar, empero, que las nuevas obligaciones de los cónyuges, consagradas en el Código civil, art. 68, "los cónyuges...deberán además compartir las responsabilidades domésticas..." pueden reaparecer como causas de separación o divorcio.

Y dígame lo mismo de las causas de desheredación del cónyuge, art. 855, en cuyo primer párrafo se sigue manteniendo, el incumplimiento grave o reiteradamente de los deberes conyugales...

La acción de divorcio o separación, así concebidas, recuerdan a una suerte de condición resolutoria tácita o acaso una potestad de revocación reconocida por la Ley y ejercitada por sí y ante sí – aunque requiera de la homologación judicial-, sin que sea obstáculo el principio de que el contrato, su validez y eficacia, no pueda quedar al arbitrio de uno de los contratantes.

"Se consagra la equiparación de la separación judicial con la de hecho a efectos de privación de la legítima al cónyuge viudo"

La constitucionalidad de la Ley 15/2005.

La previsión constitucional de 1978 en su art. 32-2 "causas de separación y disolución" plantea qué ocurrirá ahora con una ley de desarrollo de dicho precepto, que no contemple causas de separación ni de disolución. Claro es, que siempre se podrá aducir que las nuevas causas son el mutuo disenso o el desistimiento unilateral...

En todo caso, recuérdese la polémica suscitada en 1978 con la expresión "causas de disolución": se planteó en su momento que por esta vía se introducía el divorcio –causas en plural, muerte y divorcio...

Aunque no faltaba quien, con ingenuidad cinematográfica, defendía el plural "causas de disolución" incluyendo la muerte y... la declaración de fallecimiento. Tres años después se aprobaría la conocida como "ley del divorcio".

Otras innovaciones y modificaciones.

Se introducen nuevas obligaciones de los cónyuges en los términos ya vistos (responsabilidades domésticas y cuidado y atenciones de personas dependientes). Se prevé la guarda y custodia compartidas, como había sido demandado por diferentes colectivos, aunque no se nos ocultan los problemas que pueden suscitar en la práctica.

Mayor trascendencia tienen, a nuestro juicio, las modificaciones en el ámbito del Derecho sucesorio: legítimas del cónyuge viudo y sucesión abintestato. En las primeras, se suprime toda referencia a elementos culpabilísticos de la separación, -separación/remedio y no sanción- y se consagra la equiparación de la separación judicial con la de hecho a los efectos de privación de la legítima al cónyuge viudo.

Se suprime el párrafo 2º del art. 837, caso de concurrencia del viudo con hijos sólo de su consorte, desapareciendo el aumento de legítima del viudo a la mitad en usufructo. Se retoca el art. 840 en orden a la conmutación del usufructo, cuando concorra el viudo con hijos sólo de su consorte y se excluye a los separados judicialmente o de hecho del llamamiento abintestato.

6. A modo de conclusiones. En conclusión, se amplían derechos-a contraer matrimonio, a no estar casado-, se facilita la entrada –todos tienen derecho a contraerlo, y la salida- a modo de condición resolutoria tácita, aunque no haya incumplimiento, ojo con los matrimonios blancos- se rompe con los esquemas de paternidad-homoparentalidad- y se ignoran los conceptos convencionalmente admitidos por la comunidad científica.

Recuérdese la anécdota vivida en el Consejo de Estado francés, en la época de la Codificación, cuando se discutía entre las nulidades TEXTUALES y las VIRTUALES con motivo del matrimonio. Siendo Bonaparte quien en aquella discusión consagró la terminología de la INEXISTENCIA, -

categoría dogmática aplicada a los actos y negocios jurídicos- al decir que en casos como la identidad de sexo, o de falta absoluta de consentimiento, no se podía decir que el matrimonio fuera nulo sino INEXISTENTE ("il n'y a pas de mariage") ya que no había matrimonio.

Desde que se admitió que el buque era un inmueble-a los efectos de su hipotecabilidad-, que cabía pignorar cosas muebles sin desplazamiento posesorio -siendo depositario de cosa propia-, o cuando se reconoció la sociedad de un solo socio, se inició un camino sin retorno, plagado de expedientes técnicos-ficticios- donde la plasticidad de las instituciones clásicas podían permitir todo tipo de aventuras terminológicas.

Ahora le toca el turno al Derecho de Familia, matrimonio y filiación, una disciplina que se resiste a ser regulada, "lieu de non Droit", decían los clásicos, y donde los conceptos secularmente enraizados no siempre admiten el juego de la fictio iuris sin que se resienta el sistema de normas e instituciones que queda inalterado.