

MATRIMONIO Y FAMILIA ¿CRISIS INSTITUCIONAL?

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA
Notario de Madrid

SUMARIO

A) La institución familiar en el Derecho español: planteamiento esquemático. I. En la constitución de 1978. 1. Los artículos 32 y 39. 2. Qué familia es la contemplada por la constitución. 3. Matrimonio y unión no matrimonial ¿equiparación? 4. Conclusiones sobre la cuestión problemática. 5. Definición de la Familia con alcance institucional. II. En el contexto jurídico legal actual. 1. Desde el punto de vista fiscal. 2. En el plano sustantivo.—B) El divorcio («primer enemigo del matrimonio porque lo destruye»: RODIÉRE). Planteamiento esquemático de la situación.—C) Matrimonio y pareja. Un apunte de la problemática.—D) El jurista ante el matrimonio y la familia, hoy. I. Estado de la cuestión. II. Cómo se legisla actualmente. III. Sociedad de individuos, no de familias. Soluciones. 1. Aumentar la nupcialidad. 2. La figura del padre-madre de familia. 3. El papel de la familia en el futuro de la humanidad.—E) Apunte bibliográfico, con finalidad investigadora

A) LA INSTITUCIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL.

I. En la Constitución de 1978.

1. El artículo 32 no da un concepto de matrimonio ni claras luces para saber el sistema matrimonial, ni el 39 delimita el concepto de familia.

2. Tampoco se define el modelo de familia constitucionalmente protegida: si lo sería exclusivamente la basada en el matrimonio o si a su lado habrá otra familia («de hecho, natural o no matrimonial») también tutelada: ¿concubinato, una comuna *hippy* incluso?.

3. Con todo, ante el art. 39 cabe afirmar que la unión no matrimonial *no se equipara* al matrimonio: su párrafo 2 emplea la partícula «asimismo», por lo que si la pareja estable origen de la prole o ésta con uno solo de los progenitores se incluyese en el término «familia» del párrafo 1, el «asimismo» del 2 no tendría sentido, se incluiría en el 1 (SANCHO REBULLIDA).

4. Considerando además el reconocimiento del «ius connubi» como un derecho fundamental de la persona (artículo 32) cabe afirmar, con LACRUZ y SANCHO, que: si la Ley habla de familia comprende a los hijos sin distinción, pero no al concubinato, que sólo se considerará familia en los casos concretos en que la ley otorgue al grupo extraconyugal, *en cuanto tal*, una tutela específica (en igual sentido GARCÍA CANTERO).

5. Sigue en definitiva considerándose a la familia como lo que es: institución ética, natural, fundada en la relación *conyugal* de los sexos, en el «consortium omnis vitae» de marido y mujer, los que deben actuar en el interés superior de aquélla (artículo 67 Código Civil), y sin que se reconozca con efectos equivalentes a la unión *paramatrimonial* de los que solo conviven «*more uxorio*».

II. En el contexto jurídico-legal actual.

En el desarrollo legislativo del Derecho de familia son varios los aspectos a considerar: de un lado los sustantivos y de otro los fiscales.

1. Fiscalmente puede decirse, con GONZÁLEZ GARCÍA, que el régimen fiscal del matrimonio en España presenta (habla en 1993) una situación próxima a la desolación y favorece en fin las uniones de hecho. Y ante los presupuestos generales del Estado para 1995 para SANTANA CRUZ las personas que tienen cargas familiares están tratadas injusta y desigualmente en el I.R.P.F.

2. Sustantivamente, la familia *es la gran perdedora* en las leyes desde el año 1975 en adelante: despenalización del adulterio, aborto, administrativización de la adopción en la Ley de 1987, procreación asistida de la Ley de 1988. Y en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, tanto por la regulación expresa como por las normas protectoras de la familia contenidas en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y que no están en la actual, el deterioro protector es grave (GARCÍA CANTERO).

B) EL DIVORCIO («PRIMER ENEMIGO DEL MATRIMONIO PORQUE LO DESTRUYE»; RODIÉRE). PLANTEAMIENTO ESQUEMÁTICO DE LA SITUACIÓN

Implantado en 1981 como una «conquista de la democracia, imprescindible para el ingreso de España en la C.E.E.» y como remedio para «un millón de matrimonios rotos», la realidad ha demostrado: de un lado, que Irlanda está en la C.E.E. y ha mantenido la indisolubilidad del matrimonio (hasta ahora y, como ha podido verse, el referéndum, segundo en pocos años para implantar el divorcio, ha recibido ayudas estatales en pro de su aprobación ganando la batalla por un escasísimo margen de votos); y de otro, que desde luego no eran un millón los matrimonios rotos. Y por último, hay que constatar un hecho: el efecto deseducador de las leyes (alarmante crecimiento de la mentalidad divorcista, sobre todo en los jóvenes; *frivolización* del matrimonio), así como la regulación legal del divorcio, configurado como decididamente «provocador o incitador» y no como un «divorcio remedio» (cabe el *repudio* del cónyuge), y los efectos y consecuencias de su reintroducción (van en aumento los divorcios, su número se duplica en relación a los matrimonios que se contraen; el número de separaciones aumenta, y éstas son divorcios futuros en su mayoría).

El «consejo» jurídico en fin no es infrecuente que provoque, incite, encauce y precipite el divorcio, y las consecuencias sociales del divorcio se notan cada vez más: pensiones alimenticias insatisfechas, cónyuge que sale al mercado de trabajo cuando no existe oferta de empleo, más ante un cónyuge obsoleto —la mujer en la mayoría de los casos—

en su nivel profesional; el divorcio obliga a mantener por lo menos dos familias y el costo de la vida no lo permite, «rompiéndose la cuerda por lo más flojo», el cónyuge y los hijos del primer matrimonio; los hijos de padres divorciados son más proclives a sufrir trastornos, así: fracaso escolar o inestabilidad psicológica [MARTIN RICHARDS].

Todo lo anterior lleva a pensar: por una parte que no deja de asombrar que hoy ningún Partido del arco parlamentario incluya en su programa la derogación de la Ley del divorcio (a lo sumo alguno rechaza la implantación del aborto *libre*: GARCÍA CANTERO); y por otro que se está clamando por el reconocimiento de un matrimonio indisoluble opcional, respetuoso con la libertad religiosa en su dimensión social (FUENMAYOR, GARCÍA CANTERO, MARTÍNEZ AGUIRRE) y por la indisolubilidad, no por razones religiosas, sino como elemento constitutivo natural del matrimonio (como paladinamente lo reconoció el legislador español, en la Ley del matrimonio civil de 1.870).

C) MATRIMONIO Y PAREJA. UN APUNTE DE LA PROBLEMÁTICA

Se habla de convivencia *more uxorio* —PANTALEÓN PRIETO, emplea el vocablo: compañero/a— cuando un hombre y una mujer conviven, sin mediar previo matrimonio entre ambos, pero con voluntad mutua de mantener por tiempo indefinido una plena comunidad de vida.

El estudio sobre el concubinato exige a mi juicio que, partiendo de la situación en que un hombre y una mujer conviven afectivamente, sin casarse, haya que distinguir cuando no quieren contraer matrimonio y cuando no pueden hacerlo porque uno o los dos convivientes está casado con otra persona.

Ahora bien, aun en el último caso, PANTALEÓN —ante la regulación legal de la separación conyugal— considera que no es ilícita (ni inmoral) la convivencia *more uxorio* de persona casada con tercero en determinados supuestos, de los que cabe destacar el del cese efectivo de la convivencia conyugal *impuesto* por el compañero o compañera

casado, si dura más de tres años (por el artículo 82, 6.º). Sí, la Ley lleva a que el autor llegue a preguntarse ¿es razonable considerar ilícita la convivencia *more uxorio* del compañero o compañera casado por el simple hecho de ser contraria al deber de fidelidad conyugal que aquél puede *derogar* a su arbitrio?.

A mi entender en todos los posibles supuestos de convivencia, cuando uno o ambos convivientes están casados con otra persona, los contratos entre ellos son nulos por los artículos 1.255 y 1.275. Y es que no se olvide que son radicalmente nulos no sólo los contrarios a la Ley o a la moral, sino a las «buenas costumbres» y pregúntese el jurista que de tal se precie y considere decir algo positivo, objetivo y constructivo en este punto si debe jugar, frivolar y relativizar un concepto acuñado desde siempre.

En buena lógica la jerarquía de intereses contrarios en disputa ha de decantarse considerando prioritario el del matrimonio y los hijos: asegúrese ante todo la satisfacción de los alimentos, de la pensión compensatoria y las obligaciones legales entre los cónyuges y con los hijos, para luego —en segundo orden de valores— atender los intereses particulares de uno de los cónyuges con tercera persona, si ello es posible y hacedero.

D) EL JURISTA ANTE EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA, HOY.

I. Estado de la cuestión.

Frente a la familia de base matrimonial existen un cúmulo de familias proteiformes, familias *de alto riesgo*, como las ha calificado NAVARRO VALLS.

II. Cómo se legisla actualmente.

Ante la situación expuesta, ¿qué legislación hay en la España actual? Para comprender el estado de la cuestión, puede empezarse re-

cordando como en uno de los proyectos de reforma del Código Civil en materia matrimonial, se decía que «la Ley tiene que impulsar el cambio»; que en un Proyecto sobre protección de las parejas de hecho se llega a hablar de la regulación de las mismas «con independencia de su orientación sexual», y en general la legislación familiar actual es meramente conflictual: se *fotografían* las situaciones de conflicto familiar y ello desde la perspectiva de una sola parte (cónyuge abandonado, la abortista.....), de modo que la legislación no es de modelos, sino de remedios, no de regulación de derechos y deberes, sino de sanciones *a posteriori* y de reflejo de tensiones conflictivas.

III. Sociedad de individuos, no de familias.

Se va hacia una sociedad de individuos, no de familias: el retroceso de la familia en favor del individuo aislado fomenta —para LAMO DE ESPINOSA— la anomia, la falta de comunicación, el desinterés por el futuro, la desafección política; desincentiva el ahorro y la generosidad inter e intrageneracional.

¿Soluciones?. Cabe exponer algunas, ciertamente claras.

1. Aumentar la nupcialidad en la sociedad española. Para lo que hay que eliminar los perjuicios comparativos que en lo material sufren actualmente las familias: las dificultades para acceder a una vivienda, la dura regulación de la herencia y el tratamiento fiscal general de la familia y de la base económica de la misma, la empresa familiar. Esto, por ejemplo.

2. En el plano moral hay que reivindicar la figura y el modelo del padre-madre de familia («el buen padre de familia», arquetipo de conducta del Código Civil). ¿No nos percatamos de la frivolidad constante de la fidelidad conyugal?. ¿No va siendo hora de ensalzar, arropar y proteger a los *aventureros* del siglo XX (ALVARO DE SILVA); a los que contra viento y marea se casan, fundan una familia y tienen el valor, el coraje y la audacia para quedarse en ella siempre?.

3. Y es que —como ha dicho SANCHO REBULLIDA— sigue siendo la familia el mejor organismo para el cultivo del amor altruista

y sacrificado, para el cuidado y socialización del niño; de modo que puede afirmarse sin ninguna duda que el futuro de la humanidad se fragua en la familia. En ella, las dos dimensiones más formidables del ser humano, la libertad y el espíritu de sacrificio, pueden realizarse y potenciarse. Con lo que, es dentro de la familia, donde sus componentes —como ha precisado ALVARO DE SILVA— pueden acabar *siendo mejores de lo que son*.

E) APUNTE BIBLIOGRÁFICO, CON FINALIDAD INVESTIGADORA

I. La familia española.

- DE SANTIAGO, Pablo y SERRANO, Rafael: «Retrato estadístico de la familia española». ACEPRENSA, 14 de junio 1995.

Con cita del estudio del I.N.E., 1995, y del de Emilio Lamo de Espinosa (*¿Nuevas formas de familia?*, en Claves de Razón práctica, marzo 1995), los autores de este «Retrato estadístico de la familia española», ponen de manifiesto la disminución y el retraso del matrimonio, así como el aumento de matrimonios civiles (el 20,6% en 1992). El 96% de los matrimonios no se divorcia y la proporción de familias recompuestas (constituidas por al menos un divorciado) es baja: 4%.

Sólo el 1,6% del total de parejas son uniones de hecho, las que son mucho menos fecundas que las matrimoniales (más del 5% no tienen hijos frente al 9,41% caso de matrimonios; año 1991); lo mismo hay que decir de los divorcios: la descendencia final media de los matrimonios disueltos (2, 3 hijos) es menor que las de los no disueltos (2, 7 hijos).

Y el aborto, en fin, es un medio cada vez más importante para reducir la fecundidad: la proporción de abortos legales ha subido al 10,6% respecto a los nacidos vivos (aun lejos con todo de otros países europeos: Dinamarca el 30,7% por ejemplo).

- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «Familia, Derecho de». Voz de la Enciclopedia Jurídica ESPASA-CALPE, 1992.

- PUIG FRERRIOL, Luis: «Familia». *Voz del Diccionario Jurídico Básico CIVITAS*, 1995.

II. Sobre el sistema matrimonial español.

- ALBERTO DE LA HERA: «La definición del matrimonio en el ordenamiento jurídico español».

Anuario de Derecho Eclesiástico. Volumen VIII. 1992.

- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «El Derecho de Familia en el Centenario del Código Civil». *Acción Familiar*, 1992.

En la p. 23 puede leerse: el resultado es claramente negativo pues..... se ha originado un sistema matrimonial contradictorio....; de este modo derechos fundamentales de la persona quedan al criterio interpretativo de un encargado del Registro Civil o de las posiciones «progresistas» o «conservadoras» de la Audiencia provincial respectiva.

III. Acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio.

- GALGANO, Francesco: «El negocio jurídico. Traducción de Blascó Gascó y Prats Albentosa». *TIRANT LO BLANCH*, 1992.

Siguiendo la mejor tradición doctrinal (RUGGIERO en Italia, VIÑAS MEY en España) destaca en la p. 509 y ss., el autor que: «ciertamente el matrimonio es un acto jurídico, pero no es un contrato; no constituye entre las partes la relación patrimonial que caracteriza al contrato; nada más lejos de la disciplina de las relaciones conyugales que la lógica del contrato (baste pensar en la excepción de incumplimiento). La relación matrimonial cesa por los modos previstos por la Ley (muerte de un cónyuge y divorcio) y no por mutuo acuerdo como acaece en la relación de carácter contractual. Caso de querer tratar como *negocio* alguna de las relaciones matrimoniales (así, fijación del domicilio conyugal), si el acuerdo no se respeta no se puede exigir coactivamente su cumplimiento».

IV. Sobre el divorcio.

- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *op. cit.*

En la p. 29 dice: el divorcio ha sido la primera piedra en el desmantelamiento institucional de la familia.

V. Matrimonio y Familia. Unión de hecho.

- CHESTERTON, G.K.: Con este título; RIALP, 1993. En 1926 Chesterton describió al «amante libre» como la persona que intenta la idea imposible de tener una serie de lunas de miel sin una sola boda: se dedica a construir una larga galería de puertas sin que haya una casa al otro lado.

- JULIAN MARÍAS: Entrevista; Dominical «EL MUNDO», 12 febrero 1995.

A la pregunta formulada por Carmen Rigalt: «Ahora se habla mucho del orgullo gay ¿Usted que dice?», MARÍAS contesta así: quieren poner en ridículo el matrimonio; hablar del matrimonio entre homosexuales es una contradicción. Cuando hablan de legalizar las uniones de hecho yo pienso: si son de hecho no son de derecho

- DIEZ PICAZO PONCE DE LEON, Luis: Conferencia de clausura, Jornadas Derecho de Familia; Almería. Enero de 1994.

Al tocar el punto relativo a las parejas de hecho y los intentos de *pasarlas* por el tamiz del Derecho, expone: pero, si no se quieren casar.....; señalando luego la legitimidad de liquidar los bienes tales parejas, para lo que basta con las normas generales del Derecho civil.

- PANTALEON PRIETO, Fernando: «La autorregulación de la unión libre». Poder Judicial, número 4, p. 119 y ss.

Al comentar la sentencia de 21 abril 1986, de la Audiencia Provincial de Córdoba, relativa a la aplicación del régimen de la sociedad legal de gananciales a las relaciones patrimoniales de una pareja de hecho, considera que «nos encontramos ante una sentencia merecedora de aplauso.....» (p. 125).

- Idem idem: «Compañero-compañera». Voz de la Enciclopedia Jurídica Básica CIVITAS, 1995.
- REGOJO OTERO, Alejandra y GARRIDO DE PALMA, Víctor: «Concubinato». Voz del Diccionario Jurídico ESPASA CALPE. 1992.
- SAURA MARTÍNEZ, Luis Fernando: «Uniones libres». TIRANT Monografías, 1995.

Considera el autor que es incontestable la privatización del Derecho de Familia, en el sentido —con cita de DIEZ PICAZO y GULLON BALLESTEROS— de que la familia deja de ser un cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado, y es sólo un cauce de realización de *finés individuales*..... (p. 25).

Habría que preguntarse ante todo como se armoniza expresión tan rotunda con la no menos tajante, de la Ley, cuando dice: «el marido y la mujer deben actuar *en interés de la familia*. (artículo 67 del Código Civil).

Y en la p. 111 dice: más pesimista y adusto, escribe GARRIDO DE PALMA que «la norma jurídica no puede ser mera y sola traducción del acontecer de la vida real en función de índices de frecuencia estadística; ¿deben legalizarse las infracciones de tráfico, la violación, el robo, la violencia terrorista?. Ante el hecho social la norma jurídica lo que tiene que hacer —dice CORTS GRAU— es destacar los derechos, reforzar la reacción jurídica si es necesario, y no claudicar». La cita que realiza Saura Martínez corresponde a mi estudio «Panorama del Derecho de Familia» en el Libro-Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo. Volumen IV, p. 463. Juzgue el lector acerca del calificativo de *pesimista* ante la cita textual, y respecto al de *adusto*, consúltese en su caso el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, para cerciorarse de si es certera y adecuada o no su aplicación al caso presente.

- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis: «El matrimonio informal». Nuestro Tiempo, mayo 1995, p. 100 y ss.

Como final de su estudio expone: «el Tribunal Constitucional no considera viuda a quien convivió con el difunto 55 años. Según esto una convivencia informal duradera carece de la consistencia matrimo-

nial que se reconocería, por ejemplo, a la tercera secuencia sentimental de Isabel Preysler».

A lo que puede contestarse sencillamente así: «en este último caso sí que hay *matrimonio* y no en el otro» (en este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE y GARRIDO DE PALMA, Víctor. Ponencias respectivas de los Cursos de la Universidad Complutense. EL ESCORIAL, agosto 1995).

- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «La Familia en la nueva L.A.U.». Revista Jurídica SEPIN, mayo 1995.

Minucioso estudio comparativo entre la anterior legislación y la nueva L.A.U. de 1994, desde la óptica de la protección familiar: vivienda familiar; muerte del arrendatario; empresa familiar y arrendamiento de los antes denominados locales de negocios (p. 4 y ss.).

- NAVARRO VALLS, Rafael: «Matrimonio y Derecho». Discurso. «Real Academia Jurisprudencia y Legislación». 28 noviembre 1994. Separata publicada.

- PARADISO Massimo: «I rapporti personali fra conivgi». GIUFFRÉ 1993.

Pone de relieve el autor en las pp. 604 y 605, la tendencia a la «hiper-juridificación de la familia a la par que emerge una «desjuridificación» sustancial de la estructura y de las relaciones familiares (crisis de la visión de la Familia y de su Derecho como sede de derechos y obligaciones recíprocas, como fundamento de un proyecto de vida común y duradero e institucionalización y consagración de la dimensión conflictual). Juridicidad *externa* o formal en aumento que corresponde a una reducción clara de la normatividad *interna* o sustancial, privilegiando y absolutivizando la afectividad y la desinstitucionalización del matrimonio. Con lo que —concluye— se realiza la paradoja: «más leyes y menos Derecho».