

# Problemas subsistentes en el derecho de familia

Joaquín BAYO DELGADO

El derecho de familia, y no sólo el derecho matrimonial, refleja de manera especial las concepciones sociales e ideológicas del legislador y es, por ello, un ámbito especialmente sensible a los cambios que la sociedad experimenta. Además es una parcela jurídica, y sobre todo de actuación judicial, que atañe a todos los ciudadanos en igual medida y que representa, para muchos, la única ocasión de recibir tutela judicial efectiva en un ámbito de enorme impacto personal.

Tras los 16 años transcurridos desde la vigencia de la ley del divorcio, la situación del *derecho de matrimonial* deja mucho que desear, a la vista de la experiencia acumulada y de los cambios sociales. Ha habido alguna proposición de ley de contenido material (la del Grupo socialista de 1994) o de cambio mínimo procesal (la del Grupo popular sobre el art. 1088 LEC). Actualmente el Borrador de nueva LEC, del Ministerio de Justicia, introduce cambios sustanciales sobre el procedimiento, pero no constan proyectos sobre el derecho material. Ambos aspectos deberían merecer atención del legislador, pues la situación puede calificarse de caótica.

La polémica que supuso la redacción del texto actual de los artículos 81 y siguientes del Código Civil está francamente superada. La actual norma fue fruto de un compromiso con las tesis antidivorcistas, que hoy, salvo a nivel de conciencia personal, ha quedado desfasado en una sociedad plural. La doble fase, constituida por la previa separación y el divorcio posterior es obsoleta y antieconómica. Es cierto que cabe acceder al divorcio tras una separación previa de hecho, pero eso es tanto como pedir que una pareja permanezca en la inseguridad jurídica durante largo tiempo para poder acceder directamente al divorcio. La proposición de ley del Grupo socialista (que en tema de medidas nada solucionaba y mucho complicaba) incluía la supresión de esa duplicidad, dejando la separación como alternativa a los objetores del divorcio. Pero entiéndase que la objeción ha de ser compartida por ambos cónyuges, pues nunca puede ser impuesta al otro.

La propia "doble fase" comporta problemas técnicos graves. Es bien sabido que la redacción de la ley de divorcio fue un proceso laborioso y polémico, fruto del cual tenemos un artículo 86 del Código Civil que es todo menos claro. La puesta en relación de la causa 2ª con la 3ª de ese precepto lleva a conclusiones harto curiosas. Si no hay sentencia en primera instancia tras un año desde la interposición de la demanda de separación, ya hay causa de divorcio y cabe interponer la demanda de divorcio, pero si ha habido sentencia y está apelada, no existe todavía causa de divorcio. La intención parece ser la evitación de medidas contradictorias, tanto personales como económicas, pero tal propósito

está lejos de conseguirse: es posible una sentencia de separación en primera instancia cuando ya se ha interpuesto la demanda de divorcio. ¿Desaparece entonces la causa que ya existía? ¿cómo opera la litispendencia? ¿depende la existencia de causa del normal o anormal funcionamiento de los juzgados? etc. Por otra parte, parece lógico que la separación de hecho de más de dos años, libremente consentida (aunque la discusión ante los tribunales sea sólo relativa a las medidas de separación) debe ser independiente de los avatares procesales del pleito de separación. Podemos multiplicar las preguntas y dudas. Lo malo del tema es que cada juzgado y cada audiencia, según su particular visión, da una respuesta distinta, y el ciudadano queda perplejo.

La doble fase también comporta graves problemas en cuanto a la interrelación de medidas de separación y posterior divorcio. Dos son las concepciones: la que parte de la visión de un íter continuo, de manera que sólo la modificación posterior de circunstancias posibilita el cambio de medidas, de suerte que el pleito de divorcio no es más que el ejercicio de esa acción, más la de modificación de medidas, si es el caso. Esa es la tesis que reputo correcta. La otra concibe ambos pleitos como independientes, y todo puede ser discutido desde cero. Especialmente grave es el efecto en la pensión compensatoria. Esa segunda tesis posibilita la petición de pensión compensatoria en divorcio aunque no existiera en la separación; incluso admite el aumento de la fijada en separación. Todo ello va en contra de la idea misma de compensación del desequilibrio que la ruptura de la convivencia conlleva, pero una dicción literal de la ley hace posible esa lectura, si no se hace un análisis más profundo de la institución jurídica. Aquí también reina, pues, la inseguridad jurídica.

La otra gran característica de la regulación vigente, según su concepción de 1981, es la causa culpabilística en la separación contenciosa. Es cierto que la jurisprudencia sensata ha introducido una causa jurisprudencial, el mutuo disenso o la ausencia de *affectio coniugalis*. Pero no es menos cierto que todavía hay jurisprudencia abundante que rechaza esa causa. El propio Código Civil parte de esa causa culpable (así en los arts. 834 y 1343), igual que las legislaciones civiles autonómicas o forales, como la Compilación catalana y el Codi de Successions, en materia de revocación de donaciones y derechos legitimarios conyugales, e incluso se fuerza el derecho procesal en el artículo 835 CC (y arts. 335 y 381.1 del Codi) y, pese a que la muerte extingue las acciones de separación o divorcio, prevé la continuación del pleito a los solos efectos sucesorios.

Vinculado a lo anterior está la mezcla técnicamente incorrecta que el artículo 81.1 del Código Civil hace de lo sustantivo y lo procesal, provocando

una lógica de "todo o nada". Debe preverse el caso más frecuente de coincidencia en el deseo de separación (y, en la regulación futura, esperemos que de divorcio directo) pero discrepancia en las medidas.

No acaban ahí los problemas. Destacaré algunos más. El artículo 91 CC, con su dicción poco técnica ("cargas del matrimonio") da pie a una práctica conservadora que fija pensiones alimenticias entre cónyuges separados (¡hay que potenciar la subsistencia del vínculo!) en contra del principio de aplicación de la ley especial —el art. 97 CC— en lugar de la general —art. 143.1 CC—, en contra de la propia intención del artículo 91 CC, donde se habla de "artículos siguientes" (y el art. 143 viene tras todo el título V), contra la ruptura de la solidaridad matrimonial (cfr. art. 95.1 CC). El triste efecto de esa interpretación es que la lógica social no entiende, y no puede entender, cómo una pensión tal no se extingue pese a la convivencia con otra persona, en tanto otra pensión, la compensatoria, sí se extingue, pues le es aplicable el artículo 101 CC. El absurdo llega al límite cuando la mala técnica legal (y hermenéutica) hace posible la acumulación de una pensión alimenticia y otra compensatoria para el cónyuge separado.

El artículo 93 es otra fuente de innumerables problemas, sobre todo tras la introducción de su párrafo segundo en 1990. Es cierto que existe una realidad social que hace que los hijos mayores de edad permanezcan en el domicilio familiar bastantes años tras alcanzar la mayoría de edad y que dependan económicamente de los padres. Y esa realidad debe ser tenida en cuenta en los pleitos matrimoniales para evitar reclamaciones inoportunas. Pero el legislador no dio muestras de buen hacer en la redacción de ese segundo párrafo. Es todo menos claro y sus distintas interpretaciones llevan a litisconsorcios de los hijos en el pleito matrimonial de los padres, a problemas de legitimación de los padres en la ejecución de las prestaciones económicas para los hijos, etc. La tesis que parece imponerse, tras años de dudas, es la de que tanto el primer párrafo como el segundo introducen no una pensión para los hijos sino una contribución alimenticia entre padres para, entre ambos, cumplir el deber alimenticio para con los hijos. Eso resuelve muchos problemas, pero no todos. Queda por ver qué ocurre si el hijo mayor de edad reclama alimentos por sí mismo también al progenitor con el que no convive y otras posibles actitudes del hijo que pueden interferir en la contribución alimenticia conjunta a cargo de los padres.

La atribución del uso exclusivo del domicilio familiar es también fuente de problemas. Parece superada la discusión sobre su naturaleza jurídica y su inscribibilidad registral, pero la interrelación con la acción de división de la cosa común, cuando el domicilio pertenece proindiviso a los cónyuges o ex-cónyuges, dista mucho de ser pacífica. En ciertas comunidades con régimen económico matrimonial de separación de bienes es un auténtico problema, pero también lo es en el régimen de gananciales, tras la liquidación y adjudicación de bienes, pues a menudo el domicilio es el único bien, o el de mayor

valor, que debe adjudicarse, y acaba siéndolo por mitad. Otro aspecto es el automatismo de atribución, según el artículo 96 del Código Civil, a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden, lo cual no siempre responde a la lógica del caso. Piénsese en el piso donde se ejerce una profesión liberal, u otros supuestos. La otra rigidez de ese artículo también es motivo de injusticias legales: la limitación temporal de la atribución al no titular del domicilio si no hay hijos, cuando el beneficiario es la parte débil de la pareja y sus posibilidades de autosuficiencia económica son nulas por edad, formación o salud.

El legislador estatal español, al legislar en materia de medidas consecuentes a la separación, divorcio o nulidad, continúa olvidando que el régimen económico matrimonial, base esencial de la que hay que partir, es distinto según la ley aplicable, común, autonómica o foral, y no es lo mismo para regular las pensiones, la atribución de uso del domicilio, etc., un régimen comunitario o de separación de bienes, ni entre los comunitarios hay equivalencia. Siempre parte del ganancial (arts. 95 y 102 CC, disp. ad. 9ª.2 Ley 30/1981, etc.) y, aún para éste, no ha resuelto el crucial problema del lapso de tiempo entre la separación provisional y la definitiva (a veces, varios años) en cuanto a la necesidad de suspensión del régimen para evitar abusos y situaciones materialmente injustas.

Procesalmente el panorama es desolador. Los parches de las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981 son, además de parches, malos. Basten algunas muestras. La adicional 4ª.1. deja en el aire el procedimiento y la exigencia o no de urgencia para las medidas previas. La 4ª.2 deja subsistente la estrambótica oposición al auto de medidas (solo comprensible cuando la acción principal de separación era competencia eclesiástica), en lugar de establecer apelación en un efecto. La 5ª.e. dice lo obvio, por general, que no puede haber reconversión heterogénea (art. 154.3º LEC), y omite la especial, que es necesario pedir reconversionalmente las medidas sujetas al principio dispositivo para no causar indefensión a la otra parte, y lo conveniente, que la reconversión sólo pueda ser expresa. La 5ª.j. excluye el recurso de casación, lo cual ha generado una interpretación dispar de la legalidad por las AP, no remediada por la falta de diligencia del Ministerio Fiscal en el ejercicio del recurso de casación en interés de ley. La ubicación del punto 8 en la disposición 6ª puede llevar a interpretaciones peregrinas. El propio procedimiento "incidental" no permite la concentración y, por si fuera poco, el plazo común para proponer y practicar prueba impide señalamientos coordinados para que el juez vea todo en un día o días seguidos, etc.

La regulación procesal de la liquidación de los gananciales, y por supletoriedad de los demás regímenes comunitarios, va a la zaga del derecho concursal en normativa caótica. La problemática de la división de la cosa común entre ex-cónyuges o cónyuges separados no tiene atención alguna del legislador. Tampoco la ha tenido la ejecución en materia matrimonial, con problemas tales como la

liquidación de las deudas por pensiones, las oposiciones a la ejecución, etc. Igual suerte corren las medidas cautelares en los casos de modificación de medidas de separación o divorcio y la exclusión de la ejecución provisional olvida la necesidad de ejecutar en cualquier caso las medidas económicas (excluidas las liquidatorias) y personales, pues resulta absurdo que un juez deba ejecutar unas medidas (provisionales, de separación previa al divorcio) que él mismo ha considerado inadecuadas por cambio sustancial de circunstancias. El caso más típico es una pensión elevadísima a cargo del cónyuge que ahora está en el paro.

Algunos de estos defectos y omisiones se reiteran en el Borrador de nueva LEC. Así ocurre con lo dicho sobre la reconvencción, las medidas previas, las medidas provisionales en pleitos de modificación de medidas definitivas, la regulación de la liquidación del régimen económico matrimonial, etc. Por contra, además de la opción por el juicio verbal con contestación escrita, el borrador prevé otros aspectos de forma positiva: la apelación del auto de medidas provisionales en un solo efecto (aunque no con la claridad deseable), la ejecución de las medidas pese a la apelación (pero olvida excluir la liquidación del régimen), la investigación de oficio en el propio período de prueba, sin esperar a las diligencias para mejor proveer, etc.

No menos urgente es la atención que el legislador debe parar a las *parejas de hecho*. Por una parte las parejas heterosexuales se enfrentan a problemas tanto en la ruptura como por la defunción de uno de ellos. No se trata de configurar un matrimonio de segunda clase, sino de resolver equitativamente situaciones que la sociedad ha aceptado plenamente. Muchas parejas de hecho se constituyen no por un acto consciente de voluntad de ambos sino por la cotidianidad, a veces por la renuencia de uno de ellos a contraer matrimonio y por la imposibilidad, dados los plazos legales (y la lentitud de los procesos judiciales) para el divorcio. No puede imputarse entonces exclusión voluntaria del matrimonio. Los proyectos de ley no parecen solucionar esos temas.

La situación de las parejas homosexuales es todavía más evidente, privados como están de acceder al matrimonio en su configuración legal tradicional. Si otras situaciones de solidaridad convivencial merecen regulación y respeto, también ésta lo merece en igual medida, so pena de vulnerar el principio de igualdad constitucional. Incluso se niega su condición de unidad familiar, y se pretende incluirla entre otras relaciones de auxilio interpersonal sin afecto ni relación sexual. El argumento es que no puede haber hijos, lo cual a su vez se debe a la negativa legal de la posibilidad de adopción. *Petitio principii*.

El *derecho de filiación* también está aquejado de lagunas y defectos. La no discriminación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales es un principio constitucional no desarrollado plenamente en la práctica, especialmente en el derecho procesal. La situación en el derecho sustantivo es aceptable, aunque urge la previsión (creada jurisprudencial-

mente) de atribución del uso del domicilio familiar, pero los cauces procesales en las disputas sobre patria potestad, guarda y custodia y alimentos son discriminatorios. Algunas audiencias, como la de Madrid, admiten la equiparación procesal con los pleitos matrimoniales (salvo obviamente la acción de separación o divorcio) pero otras muchas aplican criterios distintos, frecuentemente lesivos para los hijos extramatrimoniales en cuanto a coste y duración. Piénsese en un juicio de menor cuantía en comparación con el incidental matrimonial y la ausencia de medidas provisionales. Esto último se ha solucionado por aplicación del artículo 158 del Código Civil, pero no el proceso principal. Incluso se ha llegado a exigir un declarativo de menor cuantía con admisión de hechos y peticiones en contestación (para evitar la figura del allanamiento) en los mutuos acuerdos sobre hijos extramatrimoniales, en lugar de aplicar lisa y llanamente el artículo 1811 LEC, pues estamos en un supuesto de necesidad o conveniencia de resolución judicial sin empeño de contienda; ni siquiera es necesario ir a la disp. tr. 10ª de la Ley 11/1981, porque no hay controversia alguna. Esa inseguridad procesal, dependiente, de nuevo, del específico juzgado o audiencia, ha de resolverse. El Borrador de LEC no aborda el tema e ignora paladinamente a los hijos extramatrimoniales. Prevé el juicio verbal para los alimentos, pero la acción sobre ejercicio o atribución de patria potestad o guarda, al ser de cuantía indeterminada y no tener cauce propio, irá al juicio ordinario, en tanto que los matrimoniales son verbales, como hemos dicho. Además, el criterio de la ejecución de medidas matrimoniales no sería aquí aplicable y habría que acudir a la ejecución provisional, con posibilidad de oposición, etc. Al no ser procesos especiales, no se incluyen los principios de investigación de oficio y exclusión de la publicidad. Todo ello es una clara discriminación de los hijos extramatrimoniales.

El propio reconocimiento de la filiación biológica presenta alguna laguna legal. Con frecuencia se produce el reconocimiento de favor de la paternidad. Sobre todo en supuestos de actuación de la administración competente en materia de protección de menores, se dan casos de reconocimiento de paternidad para intentar dar una apariencia de estructura familiar y medios económicos. La legalidad civil estatal no prevé la necesidad de aprobación judicial del reconocimiento hecho fuera del plazo de inscripción del nacimiento. La ley catalana lo prevé, en función del interés del menor, aunque la inercia hace que pocos registros civiles lo apliquen. Sería bueno generalizar la norma.

La realidad social cambiante ha puesto cada vez más en entredicho el plazo de caducidad de la acción de impugnación de maternidad matrimonial, previsto en el artículo 136 del Código Civil: un año desde la inscripción o desde el conocimiento del nacimiento del hijo matrimonial. El problema no es el plazo en sí sino el *dies a quo*, pues un segundo matrimonio o relación de pareja puede descubrir la infertilidad del marido, que tiene hijos con su primera esposa. El Tribunal Constitucional tiene admiti-

das a trámites dos cuestiones de inconstitucionalidad sobre ese punto, una sobre el artículo 136 y otra sobre el equivalente catalán, aunque en este caso el proyecto de Codi de Família rectifica la ley de filiación en el aspecto cuestionado e introduce el cómputo del plazo desde el conocimiento de los indicios de no paternidad biológica.

La *filiación adoptiva* también plantea diversos problemas, sobre todo en la adopción internacional, pues el nuevo párrafo quinto del artículo 9.5 del Código Civil, introducido por la L.O. 1/1996 ha consagrado el integrismo jurídico, como explicamos Pascual Ortuño y yo en el artículo publicado con ese título en esta misma revista (nº 27). Básicamente decíamos allí que la absoluta exigencia de equivalencia de la figura adoptiva constituida en el extranjero con nuestra adopción plena hace muchas veces casi imposible su homologación en España. La otra clave del tema es el certificado de idoneidad, que las administraciones competentes (las comunidades autónomas) pretenden utilizar para fines distintos a su esencia. El certificado de idoneidad simplemente declara que una determinada persona o pareja es adecuada para la adopción de un niño. De ahí se pasa a la limitación a un niño de un país determinado, a la denegación de la idoneidad *a posteriori* por sospecha de irregularidad en la constitución de la adopción en el extranjero, etc. Por si eso fuera poco, recientemente el Ministerio de Asuntos Exteriores ha venido a coadyuvar a la creación de situaciones de verdadero desamparo jurídico de menores a causa de su adopción internacional. Y lo ha hecho mediante la conversión del visado de entrada en España en un pre-requisito definitivo que discrecionalmente otorga según su propia calificación jurídica de la adopción constituida en el extranjero. Si considera que la adopción no es inscribible en España no deja entrar al menor. Poco importa que el menor ya sea hijo de españoles en su propio país de origen y que los españoles no puedan "devolver" al menor so pena de abandono y desamparado de menores. La explicación dada es que así se protege a esos españoles. Bonita protección esa, tanto a ellos como a su nuevo hijo.

El X Congreso de Jueces para la Democracia, en Zaragoza, ya se pronunció sobre la *protección de menores*, aprobando la ponencia de la Comisión de Derecho del Menor (*La Administración y la Justicia de menores*) y mi comunicación (*Control judicial de la Administración protectora de menores*). A ellas me remito, pero vale la pena recordar y añadir algunos aspectos. La atribución competencial de la revisión judicial en esta materia corresponde a la jurisdicción civil, pero goza de un fuero territorial especial, según el artículo 63.16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en función de la ubicación de sus servicios administrativos; en la práctica conocen los juzgados de capital de provincia, lo cual impone a

las familias que se oponen a las resoluciones administrativas de protección a desplazarse a la capital. Si a ello añadimos la normal carencia de recursos y de conocimientos de las familias biológicas de los menores desamparados, el resultado es la escasa accesibilidad a la revisión judicial.

Las resoluciones administrativas acostumbran a adolecer de clara expresión de hechos y fundamentos legales, sobre todo de hechos, ocasionando así una clara indefensión a los padres biológicos. Que la jurisdicción sea la civil no implica que no deba aplicar la normativa administrativa general y muy específicamente la de resoluciones limitativas de derechos, puesto que las de protección lo son claramente. Pero la legislación específica debería recoger expresamente esas exigencias y no lo hace.

La ausencia de plazos es otro motivo de disfunción e inseguridad jurídica, tanto para la familia biológica como para los acogedores. Con frecuencia se plantea la oposición a la declaración de desamparo cuando la administración inicia el trámite de acogimiento familiar, pues antes el menor ha estado en un centro. Debería haber un plazo preclusivo tras la declaración de desamparo, salvo cambio sustancial de circunstancias, y otro plazo preclusivo tras la resolución de acogimiento familiar. Inversamente, también es imprescindible que la revisión judicial de una etapa imposibilite que la administración avance hacia la siguiente, evitando así los hechos consumados. Desde la perspectiva procesal, hay que señalar que la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor ha consagrado la jurisdicción *voluntaria* para los contenciosos en esta materia. La disposición adicional primera de la LO, en sus puntos 2º y 3º (que tiene carácter de ley ordinaria, disp. final 23ª), prevé la jurisdicción voluntaria para materias verdaderamente contenciosas, forzando instituciones *contra naturam*. No se trata de medidas cautelares (punto 1º, referido al art. 158 CC) sino del cauce de impugnación. Para mayor dilación y complejidad deja a salvo "el ejercicio de las acciones *en la vía judicial ordinaria*"; de hecho, con la mala técnica a que nos tiene acostumbrados el legislador, quiere decir "sin perjuicio del declarativo ordinario". En realidad se quieren aplicar los principios de actuación e investigación de oficio y para ello se acude a la jurisdicción voluntaria, perdiendo por el camino los demás principios de garantía y sin lograr mayor celeridad, como demuestra la práctica cotidiana. El Borrador de LEC, ante ese mismo problema en los procesos especiales, opta por la solución técnicamente más correcta de simplemente decir que son aplicables esos principios al proceso. Pero no resuelve el problema en materia de protección de menores y adopción, porque no incluye la materia entre los procesos especiales y deja en vigor la jurisdicción voluntaria actual, hasta una futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.