

DR 29 398

Estás escuchando Revista de Derecho, un programa de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. En el primer programa de Revista de Derecho que dedicamos a quinto curso, el 27 de octubre, el profesor titular de Derecho Civil 4, don Ramón Durán, expuso la primera parte del tema sobre la reforma del derecho de familia. Esta noche seguirá con el mismo, centrándose en tres aspectos muy importantes del derecho de familia, como son la nulidad, la separación y el divorcio.

Buenas noches, profesor Durán. Muy buenas noches. ¿Qué causas existen en el derecho español de ineficacia del matrimonio o de su disolución? Esta materia ha venido a ser regulada en Derecho Español por la Ley de 7 de julio de 1981.

Esta ley inaugura un nuevo marco de las causas de ineficacia del matrimonio y de su disolución en Derecho Español. Esta nueva regulación tiene una parte que ya venía acompañada por una docena jurisprudencial moderna pero reiterada respecto de la ineficacia del matrimonio y es absolutamente nueva en lo relativo a la disolución de éste. En cuanto a la ineficacia del matrimonio, el Tribunal Supremo Español establece que han de admitirse, pese a que en general esto no se hace respecto de otros negocios jurídicos, las tres causas esenciales de ineficacia, esto es, la inexistencia, la nulidad radical y la nulidad relativa.

Esto tiene un origen histórico realmente curioso. Cuando se realizó el Código Civil francés, el Código Napoleón de 1804, no se establecía como una causa de nulidad prevista en la ley el caso de matrimonio de homosexuales. Cuando se planteó el primer supuesto, el juez, aplicando el principio de que no hay nulidad sin texto, no hay nulidad si no está establecido específicamente en el ordenamiento, no supo qué hacer y en casación se estableció que a partir de entonces vigiría otra nueva causa de ineficacia del matrimonio que era la inexistencia.

Se produce inexistencia cuando faltan los requisitos básicos esenciales o presupuestos legales de la normativa, por ejemplo, disparidad de sexos o un mínimo de consentimiento matrimonial. Bajo este aspecto, por ejemplo, una vez eliminado por la ley 17 de julio de 1981 del Código Civil español la simulación como causa de nulidad específica, sería hoy en día una causa de inexistencia. Así pues, las causas de inexistencia no están recogidas específicamente en el Código, pero parten de los presupuestos sobre los que se establece la institución del matrimonio.

Y esto es importante advertirlo porque, por ejemplo, cuando el Código Civil establece sobre el artículo 45 primer párrafo que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, está dejando claramente previsto que cuando se simule mediante un matrimonio otro tipo de efectos jurídicos, este matrimonio no es que se anuló, es que simplemente es inexistente. Junto a la inexistencia, existe la nulidad radical o absoluta y la nulidad relativa. Hay que partir del supuesto de que el matrimonio no es un negocio jurídico normal, sino que más bien disfruta de un doble carácter.

En primer lugar, se accede él por consentimiento, y este consentimiento evidentemente sí que es un negocio jurídico, pero es un consentimiento sobre una institución prefigurada y además una institución que, querámoslo o no, es natural. Por consiguiente, esta doble faceta también se manifiesta en otra doble faceta muy importante respecto a la capacidad del matrimonio, y es que es distinta la capacidad para contraer el mero hecho de otorgar el consentimiento a la capacidad prevista para realizar o conseguir un *status familiae*. Por consiguiente, cuando se unan estas dos características esenciales del matrimonio en la institución matrimonial, hace realmente difícil decidir si dos personas pueden a la vez contraer y a la vez conseguir este *status familiae*.

Pues bien, en este sentido, junto a la inexistencia existe la nulidad radical y la anulabilidad. En principio en el matrimonio, como institución, no cabría la figura de la anulabilidad o nulidad relativa, porque se contrae o no se contrae, pero no puede quedar a que una de las partes impugne el matrimonio su existencia o no existencia. Sin embargo, desde que por la ley 17 de julio de 1971 se introduce en el Derecho Español el divorcio, la nulidad cambia totalmente de sentido, y así tenemos como en Derecho Español junto a la inexistencia de tipo jurisprudencial existe una nulidad, pero una nulidad que es una extraña mezcla de estos dos tipos de nulidades que se tiene en los negocios jurídicos, como son la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

Tiene de común con la nulidad absoluta que en principio todas son causas de nulidad absoluta, y tiene de común con la nulidad relativa que su régimen parece aproximarse tremendamente a esta institución. Por ejemplo, el Código Civil Español tras la reforma del 7 de julio de 1981 establece el efecto convalidante a las dispensas, es decir, que una dispensa sobre una prohibición de matrimonio otorgada después de que éste se haya contraído sana el matrimonio, lo cual es absolutamente contradictorio con un estudio riguroso y técnico sobre la nulidad de los negocios jurídicos. Asimismo, y llegando a un punto más alto, hay que conocer que en Derecho Español la mera convivencia de un año a partir de la nulidad, por ejemplo, producida por la menor edad de los contrayentes, también sana el matrimonio, es decir, sin ningún tipo de acto jurídico, como podría ser la dispensa, sino la mera convivencia de un año sana el matrimonio.

También hay que tener en cuenta que en Derecho Español, en cuanto a la nulidad, se recogen o se toma en cuenta una legitimación activa restringida, es decir, no cualquier persona como en la nulidad radical de cualquier otro negocio jurídico puede impugnarlo, sino solo el Ministerio Fiscal y los contrayentes, u otras personas con un interés legítimo que el juez manifieste oportuno. Y por último, la figura del matrimonio putativo hace que la eficacia típica de la nulidad quede realmente menguada. Matrimonio putativo existe cuando uno de los contrayentes contrae matrimonio nulo pero de buena fe.

En estos casos establece el Código Civil Español, en concreto en el artículo 79, que dicho matrimonio tendrá efectos respecto de los hijos y respecto del contrayente de buena fe. Así pues, estos son los casos de ineficacia del matrimonio. La nulidad pretendida con estos rasgos

y la inexistencia.

Junto a esto existen también causas de disolución. La disolución no es un problema de ineficacia del matrimonio, sino de rotura absoluta del vínculo. Y como un paso previo encontramos la separación.

La separación supone una relajación temporal del vínculo por diversas circunstancias. El problema se produce cuando se establecen en un nexo común la separación como paso previo y la disolución o divorcio como caso posterior. Pero tal vez esto convenga más bien a otra pregunta posterior.

Pasando entonces al tema de la separación, ¿qué tipos de separación existen? Yo creo que esta es una cuestión de alto interés. En derecho español y en cualquier otro derecho existen dos tipos de separación conyugal, naturalmente. Es la separación de hecho y la separación judicial.

La separación de hecho es un fenómeno sociológico. Dos personas casadas cesan en la convivencia matrimonial, pero no acuden a la instancia judicial oportuna para establecer el régimen de esta nueva situación. La separación judicial, por el contrario, supone una decisión jurídica por el juez competente sobre la nueva situación una vez que se estime que este matrimonio ha quedado separado.

Hay que tener en cuenta que la separación no afecta directamente al vínculo ni tiene por qué hacerlo. Supone la separación de cuerpos, es decir, que ya no vigen los principios esenciales de convivencia matrimonial, pero no se ha roto el vínculo. Bien, en derecho español, tras la reforma del 7 de julio de 1981, se producen algunas consecuencias realmente ilógicas.

Por ejemplo, el divorcio se establece sobre la base de la separación de hecho, es decir, que en muchas ocasiones se le otorga más relevancia a la separación de hecho que a la separación judicial, lo cual creo que es altamente inoportuno y atenta contra la seguridad jurídica. Ello aparte, la separación judicial tiene como fundamento esencial el acuerdo de los cónyuges. Una vez que los cónyuges han llegado a un acuerdo, se permite su separación.

Evidentemente existen otro tipo de causas, la llamada separación causal. Sobre esta separación causal hay que advertir que existen en el Código Civil, en su actual relación, gravísimos errores, porque, por ejemplo, se permite que sea separación causal causas que son de divorcio. Y si hemos quedado antes que la separación se estima como un paso previo al divorcio, es absurdo que se diga que son causas de separación otras que ya de suyo son de divorcio.

¿Por qué? Si son de divorcio, ¿para qué queremos, en este caso, la separación? Profesor Durán, ¿podría aclarar por qué le parece mal que la separación de hecho tenga tanta relevancia? Sí, por supuesto. En primer lugar, a mí me gustaría dejar clara una idea, y es que en este tipo de cuestiones lo de menos es si a uno le parece mal o no le parece mal. Lo más importante es sobre si las instituciones y su regulación conllevan a un interés social estimable o no conllevan a ello.

Y en ese sentido, me gustaría aclarar a mí que no es que me parezca mal, lo que sucede es que el matrimonio hace consigo un conjunto de deberes y derechos que suponen el entramado de esa relación conyugal que existe. Estos deberes y derechos de siempre han sido comprendidos por la doctrina como indisponibles, porque se derivan de una institución que los conyuges libremente han querido contraer. Dicen de esos casos si libremente no hubieran querido contraer, en los cuales hubiesen casos de nulidad, etc.

Pero libremente contraída esta institución, uno no puede desligarse de manera unilateral y por su propia voluntad de estos derechos y obligaciones. La verdad es que el estudio de estos derechos y obligaciones sería una de las partes más bonitas y tal vez que no se ha realizado con la extensión de vida del derecho a la familia. Porque la jurisprudencia también ha dicho reiteradas veces que no son derechos y deberes jurídicamente coaccionables.

Y esto por una razón esencial, porque se basan en una estructura que parte de una relación afectiva entre dos personas. Así pues un derecho y un deber como puede ser la fidelidad, la convivencia, el auxilio, el socorro, evidentemente nacen de algo que es un presupuesto y es mucho más hondo de la regulación del legal del matrimonio, nace de la propia estructura del matrimonio. Pero por medio de estas regulaciones hay que tener en cuenta que se lleva a una situación en la cual uno de los cónyuges no solo dispone de sus derechos y obligaciones como cónyuge sino que además dispone del propio vínculo, lo cual pone en serio detrimento incluso el matrimonio respecto de otra serie de relaciones jurídicas.

En derecho español nadie puede desligarse voluntariamente de una relación obligacional contraída, como por ejemplo en la compra-venta o la permuta, la que se quiera. En el matrimonio esto sucede, pero lo grave no es esto, sino que lo grave es que el matrimonio es una relación mucho más importante para la convivencia social, para el entramado social, que cualquier otro tipo de relación jurídica establecida entre personas. Por eso estimo altamente pernicioso que se otorgue tanta relevancia jurídica al cese efectivo de la convivencia conyugal, que así se denomina en el Código Civil, para instaurar el divorcio.

Creo que es un notorio error, como más tarde podemos profundizar. Pues vamos a pasar precisamente al tema del divorcio. ¿Nos podría, profesor Durán, explicarnos cómo está regulado el divorcio en el derecho español? El divorcio es una institución que trae consigo un clarísimo debate social, en el cual se mezclan las opiniones personales de tipo ético con otras opiniones jurídicas.

Yo trataré de ser lo más objetivamente posible, teniendo claro que en mi particular juicio el divorcio es una institución que atenta gravísimamente contra la estabilidad conyugal y por consiguiente no debía haber sido instaurada, porque no se puede regular a partir de excepciones. Dicho esto, que es una opinión personal y como tal la digo, pasaré a la regulación legal. En primer término, el divorcio es una institución absolutamente extraña en la atracción jurídica patria.

Sólo cuenta con el antecedente efímero de la Ley de Matrimonio Civil de la Segunda República.

Incluso en los proyectos de matrimonio civil obligatorio que ha habido en España, por ejemplo la Ley de Monteros Ríos de 1830, no se contemplaba el divorcio. Además el divorcio, tal y como está regulado en Derecho Español, hay que reconocer que supone un gravísimo peligro para la propia institución del matrimonio y que varía su propio contenido.

Aunque sean unas palabras un poco fuertes y tal vez ficticiamente han de ser empleadas, hay que decir que en Derecho Español prácticamente se instaura un repudio legal. Y se hace porque se eligió entre dos alternativas, el divorcio llamado remedio o el divorcio llamado sanción. El divorcio y la sanción parte del presupuesto de que ante una conducta incorrecta uno de los cónyuges, el otro puede disolver el vínculo.

El divorcio remedio, por el contrario, lo que intenta es que partiendo de una situación establecida de crisis conyugal, se reconozca esta crisis conyugal y se eleve al rango de causa para la disolución del matrimonio. Pero esto no es remedio de nada, esto es simplemente la disolución del vínculo que unía las partes. Hay que tener en cuenta además que en Derecho Español al juez no se le otorgan facultades para calificar en los casos determinados si existe causa o no de divorcio, porque de ordinario la causa es el simple cese de la comisión conyugal, sin importar quién tenga la culpa de este cese.

Ello aparte, también se prohíbe, es decir, no se contempla, la posibilidad de acudir a recurso de pensación. Y esto es altamente llamativo, porque en una materia de tanta importancia como es un matrimonio se impide que el Tribunal Supremo pase a analizar los casos en particular. También hay que tener en cuenta que las disposiciones adicionales establecen un procedimiento de separación unidad de divorcio realmente rápido, incluso que llama la atención respecto a otros procedimientos que existen en Derecho Español.

El fundamento, como vimos diciendo, del divorcio es el cese efectivo durante determinado tiempo de la convivencia conyugal, sin importar quién sea el causante de este cese efectivo o si hubo justificación o no para que esto se produjera. Hay que tener en cuenta que tal y como está establecido en el Código Civil el cese efectivo de la convivencia conyugal, este es compatible con reanudaciones que sean más o menos temporales de la convivencia conyugal, así lo tiene contemplado el artículo 87 del Código Civil, lo cual es altamente extraño. Así pues, existen separaciones, ceses efectivos de la convivencia conyugal en el propio domicilio conyugal actualmente en Derecho Español.

También la regulación del divorcio ha llevado a que una de las partes, uno de los conyuges, puede imponer al otro el divorcio, lo quiera o no lo quiera, y aunque la causa de esa separación sea culpa de quien lo pide. Esto trae consigo que uno de los conyuges puede imponer al otro, lo desee o no lo desee, o incluso tenga razón en cuanto a culpabilidad o no, un divorcio no deseado por la otra parte. Así pues, si en la separación el criterio fundamental es el acuerdo de voluntades, ¿por qué este acuerdo de voluntades no se tiene en cuenta en el divorcio y sólo la parte de una de las partes? Tampoco se entiende bien.

También hay que tener en cuenta que hoy en día en Derecho Español el divorcio se aplica al

matrimonio, según la propia lectura del código, sea cual fuere la forma y lugar de esa elaboración. Así pues, también se aplica el divorcio civil a los matrimonios canónicos, lo cual supone una cierta intervención en una regulación que es específica y que puede ser en ciertos momentos un tanto contradictoria. Es decir, no se admite la llamada fórmula Mazón, que se emplea en algunas legislaciones comparadas realmente muy escasa, según la cual los conyuges antes de contratar matrimonios sí que podían establecer el llamado pacto de no divorcio, por el cual los dos renunciaban a la posibilidad de ejercer para algún futuro la acción de divorcio.

Esto tampoco se contempla en Derecho Español. Pasando a otra serie de materias, porque la premura de tiempo no nos permite profundizar a lo mejor todo lo que se habla en estas, hay que decir que otro elemento esencial en cuanto al divorcio es el convenio regulador, pero también en cuanto a la nulidad y en cuanto a la separación. Son las llamadas normas comunes a la nulidad, separación y divorcio.

El convenio regulador supone el acuerdo de las partes en el régimen del matrimonio cuando éste sufre crisis, en materias, por ejemplo, de uso de vivienda y agua familiar, de la disciplina de la patria por detrás de los hijos, el cuidado, la guarda, la custodia y las visitas del régimen económico y de la aportación de cada una de las partes a las cargas del matrimonio. Hay que tener en cuenta que en principio se desea que este convenio regulador venga instalado por el acuerdo de las partes y cuando no se realiza esto, el juez debe decidir medidas en este sentido. Pero tal vez lo más importante sea la ausencia de auténticas garantías de cumplimiento por la parte que debe de dar una aportación bineraria para el sostenimiento de las familias para que esto lo realice.

El Código Civil contempla que el juez pueda exigir todo tipo de garantías personales y reales en su cumplimiento, pero esto de hecho no sucede. Por eso sería muy conveniente, y en este camino vamos, instalar un tipo penal que significara el incumplimiento de estas medidas para evitar que, precisamente, y de ordinario sucede, la parte que sería con los hijos, que de ordinario también es la mujer, no reciba además el subsidio que le tiene que otorgar o tiene que pasar el marido para el sostenimiento de los hijos y de ella misma. Y para finalizar, profesor Durán, ¿podría contarnos qué otras reformas existen en el derecho de la familia española? Dentro del marco de las últimas reformas que existen en el derecho de la familia española, y dejando aparte la ley última, la Ley Especial sobre Técnicas de Reproducción Artificial Asistida, vamos a hablar de dos fundamentales, que son la Ley sobre Tutela y la Ley sobre Adopción.

La Ley sobre Tutela, de 24 de octubre de 1983, varía completamente el marco de la tutela en derecho español porque este marco vino siendo contemplado prácticamente por influencia del código civil francés, es decir, con olvido de nuestra tradición jurídica patria. Con esta ley, con esta nueva ley de 24 de octubre de 1983, se volvió a contemplar aquella tradición jurídica patria que era mucho más conveniente, a mi juicio, para la legislación española. Y así se eliminan instituciones que eran totalmente contrarias al derecho histórico español, como por ejemplo el

Consejo de Familia, que era de influencia claramente francesa, y en cambio se instaura la tutela de otra serie de instituciones afines, como por ejemplo la curatela.

En la tutela hay reformas de gran interés, como por ejemplo la posibilidad de que existan varios tutores, unos de tipo personal, otros de tipo real, etcétera, y no tenemos tiempo como para desarrollarlo, pero lo que es que me interesaría aquí subrayar es que se ha pasado de un sistema de tutela familiar a un sistema de tutela autoridad. Esto trae consigo, por ejemplo, que muchos autores, al tratar de la tutela, lo incluyan dentro de la parte general, no de la parte derecha de familia, porque si antes se contemplaba la tutela, que es la institución de guarda de los incapaces no sometidos a patria potestad como un remedio de las instituciones familiares, hoy en día se traslada a la parte general de los incapaces como era lo más conveniente. En cuanto a la adopción, y para terminar, diré que la ley de 11 de noviembre de 1987 también varía completamente el marco legal de la adopción.

En esta ley existen puntos de gran interés. El primer punto de gran interés es la gran intervención administrativa pública en el proceso de adopción, lo cual habría de pervertir su carácter jurídico privado, y prácticamente se priva a las partes, a los particulares, que intervengan de manera autónoma en todo este proceso. Yo creo que es un fenómeno que no es de modo alguno positivo.

También hay que tener en cuenta que el espíritu de esta ley ha sido variado fundamentalmente por las disposiciones adicionales, porque en las disposiciones adicionales se dice que donde la ley, el texto de la ley, contempla el supuesto del matrimonio, hay incluso también el supuesto de parejas estables, lo cual, aparte de agrandar la instrucción familiar, lo que hace es equiparar matrimonio y convivencia estable, lo que jurídicamente, al menos, no es sostenible. Entre otras cosas, porque cuál puede ser el futuro de estabilidad que se presta a un niño por una pareja estable. Si no tiene ninguna vinculación entre ellos, pues no se sabe bien.

En todo caso, se admite en el texto español. También son importantes las posibles privaciones de la parte apostata por abandonos que no han de justificarse de antemano y que, a mi juicio, es un grave peligro. Y, por último, un punto esencial de cambio también ha sido la prohibición de adopción por ascendientes sobre descendientes, lo que se hace en prevención de ciertos sobres a que podía dar lugar esa posibilidad antes contemplada, pero que, aún así, yo creo que existen hoy en día supuestos, fácticos, en los cuales sería aconsejable el autorizar la adopción por ascendientes de descendientes.

Y, tal vez, estos sean los elementos esenciales de las nuevas leyes sobre reforma de derechos familiares. Es conveniente advertir, por último, que si bien en ocasiones aquí se han dado elementos de fundamental crítica sobre estas leyes de reforma, también hay que reconocer que en algunos puntos son realmente favorables, como, por ejemplo, que se tenga como auténtico trabajo profesional el de la mujer en el hogar en cuanto a las medidas económicas del convenio regulador en las crisis matrimoniales o, también, el fin por el cual se instaura la nueva ley de adopción, que es evitar ese tráfico de niños que es realmente ilícito y que sucede

en la sociedad española, aunque, tal vez, las medidas que se adopten en ese sentido no sean del todo eficaces. Muchas gracias.