

Cuadernos de Integración Europea #7 - Diciembre 2006 - páginas 33-50
<http://www.cuadernosie.info>

Particularidades del sistema matrimonial español en el seno de la Unión Europea

 **M^a Luisa Jordán Villacampa**

Catedrática Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valencia



RESUMEN

El marco constitucional en el que se inserta el matrimonio parte de unas premisas completamente distintas a las de épocas anteriores en las que el Estado era confesional. A partir de la Constitución de 1978, es el artículo 32 el que marca las pautas por las que la legislación ordinaria debe regularlo. La celebración del matrimonio civil hasta el año 2005 debía realizarse entre personas de diferente género. Dicha situación cambia con la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. En ella, se establece la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio con los mismos efectos que el de una pareja heterosexual. La introducción de esta normativa ha supuesto una novedad de hondo calado que particulariza el sistema matrimonial español respecto del de la mayoría de los países de la Unión.

SUMARIO

1.- Introducción.- 2.- El matrimonio en España: Estado de la cuestión. 3.- Los matrimonios religiosos: A) El matrimonio concordatario. B) El reconocimiento civil de los matrimonios religiosos por Acuerdo de cooperación con el Estado. 4.- 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. 5.- Derecho comunitario: Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

PALABRAS CLAVE

Sistema matrimonial español, disolución matrimonio, custodia de menores, regulación comunitaria en materia matrimonial y de responsabilidad parental.



1. Introducción

En materia matrimonial, España presenta algunas características que son dignas de mención en relación a la mayoría de los países de la Unión.

Dado el aumento de la conflictividad familiar a nivel internacional resulta casi obligado reflexionar, por una parte, sobre la nueva regulación promulgada en el año 2005, en España, para contraer matrimonio y para disolverlo y, por otra, sobre la normativa comunitaria en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones matrimoniales.

En poco más de treinta años nuestro país ha dado un giro copernicano. Se ha incorporado a la Europa Comunitaria de pleno derecho, se ha globalizado, ha aumentado su renta per cápita y se ha convertido en receptora de inmigrantes. Su normativa en materia de inseminación artificial y la posibilidad de acceso a la misma de mujeres solas¹ la está convirtiendo en un reclamo clínico al tiempo que está aumentando el número de las familias monoparentales.

Por otra parte, la natalidad de las mujeres nacionales ha descendido espectacularmente pero, se han incrementado las adopciones internacionales, han aumentado los matrimonios y las parejas mixtas entre personas de distintas culturas, etnias y religiones, y se solicita la reagrupación familiar de extranjeros por diversos colectivos. Numerosos varones españoles marchan al extranjero a buscar esposa o utilizan, para ello, los servicios de agencias especializadas.

Además, se está produciendo *una involución* en los avances conseguidos sobre el sistema patriarcal con la consiguiente repercusión en la violencia familiar² y un largo etcétera de situaciones particulares³, que no es oportuno comentar aquí pero que están modificando las costumbres y ampliando el abanico de posibilidades para formar una pareja o una familia matrimonial o no.

Si a ello le sumamos, el bombardeo a que nos someten los medios de comunicación para conseguir que se acepte con naturalidad todo aquello que se desea introducir en la sociedad, sean productos de consumo, conductas determinadas, vocabulario específico, estados de opinión y un largo etcétera de todo tipo, quizá podría llegar a pensarse que la tan propagada libertad que

¹ Vid. JORDAN, M^a L., *Familias Monoparentales, Inseminación Artificial y Derechos Humanos*, en *Iuris Tantum*, Valencia, 1999, núm. 0, 19-27

² Los postulados del sistema patriarcal, que inciden por igual en hombres como en mujeres, pueden llevar a algunos al convencimiento sobre la posesión del otro. Lo cual, impide, en ocasiones, aceptar una ruptura de pareja e incide en la utilización de la violencia física, psíquica etc. Dicha actitud que en España se describe popularmente con el "la maté porque era mía" y que, afortunadamente, estaba erradicándose de la mentalidad de muchos, parece que está incrementándose, entre otras causas, por la influencia de ideas importadas que nos retrotraen a actitudes ya superadas y que recuerdan medio siglo atrás.

³ Hay conductas que están generando la modificación de nuestras leyes para conseguir proteger a las niñas menores de sus propios padres, afectos a costumbres impropias del siglo XXI. V.gr. la Ley Orgánica 3/2005, de 9 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina. BOE. Núm. 163, de 9 de julio, de 2005.

teóricamente se asegura que poseemos y que podemos ejercitar, no sólo está hábilmente canalizada para manipular las conductas sino que pretende generar una obediencia cuasi-debida en evitación de que se difiera de lo que se consideran posturas avanzadas de libertad⁴.

Pero si observamos detenidamente el trasfondo efectivo de las leyes relativas a la pareja de hecho, al matrimonio y a la familia veremos la verdadera dimensión socio-económica que atañe a la pareja y a la familia.

Toda esta realidad evidenciable con la mera observación de lo que acontece, está introduciendo en la España del Tercer Milenio un mapa socio-familiar impensable hace tan sólo unas décadas.

2. El matrimonio en España: Estado de la cuestión

No es ninguna novedad aseverar que la forma clásica utilizada para contraer matrimonio en España ha sido, durante siglos, la canónica ante la Iglesia católica, dado que durante la mayor parte de su historia ha sido un país confesionalmente católico.

Los avatares políticos hicieron, sin embargo, que en dos ocasiones tuviera un sistema de matrimonio civil obligatorio que no perduró en el tiempo. En dos ocasiones, también, se promulgaron leyes de divorcio la primera en 1932 que fue derogada tras la guerra civil y la segunda en 1981 conocida como ley Fernández Ordoñez que ha sido modificada en el año 2005.

En la actualidad, el marco constitucional en el que se inserta el matrimonio parte de unas premisas completamente distintas a las de épocas anteriores en las que el Estado era confesional.

A partir de la Constitución de 1978, se reconoce la aconfesionalidad del Estado y se garantiza la libertad ideológica y religiosa de individuos y grupos con los límites del orden público protegido por la ley.

En relación al matrimonio, es el artículo 32 el que marca las pautas por las que la legislación ordinaria debe regularlo.

Dicha norma establece el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y designa que “la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.” Además, el artículo 117 del citado texto legal reconoce el principio de unidad jurisdiccional del Estado.

⁴ Resulta paradójico que una conocida empresa de comunicaciones, Vodafone, en las horas de mayor audiencia televisiva, publicite el precio de una tarifa plana de Internet en base a los nuevos tipos de familia.

La normativa civil posibilita contraer matrimonio tanto civil como en la forma religiosa legalmente prevista⁵ y se aplica a los ciudadanos que están bajo su imperio.

En ese sentido, todos los ciudadanos tienen derecho a contraer matrimonio civil sin tener que hacer declaración alguna sobre si pertenecen o no a alguna religión, y pueden, también, solicitar el divorcio independientemente de la forma en que se hubiese celebrado su matrimonio, religiosa o civilmente.

Pero, en todo caso, la celebración del matrimonio civil hasta el año 2005 debía realizarse entre personas de diferente género.

Dicha situación cambia con la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio⁶, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. En ella, se establece la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio con los mismos efectos que el de una pareja heterosexual.

La introducción de esta normativa, largamente solicitada por sectores que ya habían conseguido la equiparación de derechos por medio del reconocimiento de las uniones de hecho, tanto hetero como homosexuales⁷, ha supuesto una novedad de hondo calado que particulariza el sistema matrimonial español respecto del de la mayoría de los países de la Unión.

En este sentido, hay que tener en cuenta, en relación al orden público internacional en materia de capacidad matrimonial, la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁸, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo que pone de manifiesto la variedad de legislaciones en materia matrimonial.

Por otra parte, las repercusiones de la ley sobre el derecho a contraer matrimonio ha hecho que el contenido de la Ley 15/ 2005, de 8 de julio⁹ que introduce cambios de singular relevancia en materia de separación y de divorcio pasara desapercibido.

⁵ Vid. Art., 49, 59, 60 Código Civil. y concordantes

⁶ BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005

⁷ Vid. Camarero Suárez, V., *Las Uniones no Matrimoniales en el Derecho Español y Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 156 y ss. Contempla la situación en Holanda, Bélgica, Dinamarca, Italia, Alemania, etc y la Resolución del Parlamento Europeo de 1994 sobre igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Unión Europea.

⁸ BOE núm.188, de 8 de agosto de 2005

⁹ BOE núm.163, de 9 de julio de 2005

Sobre la constitucionalidad de la supresión del presupuesto de la heterosexualidad en la Ley 13/2005, resulta imprescindible la lectura de la excelente monografía de POLO, J.R., *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Civitas, 2006

Vid. asimismo sobre el matrimonio el interesante trabajo de, ROCA, E., "Familias homosexuales: Matrimoni, Adopció i Acolliment de Menors" *RJC*, 2006, n.1, 9-40

En efecto, dicha ley modificadora del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia, ha posibilitado la *separación y el divorcio sin causa*. Con ello, ha dejado sin contenido las obligaciones personales entre los cónyuges a pesar de haberlas ampliado en su redacción, lo cual evidencia una *contraditio in terminis*

El divorcio sin causa, que carece de predicamento en la Unión Europea, supone, en definitiva, la legalización del repudio, término gramaticalmente preciso aunque políticamente incorrecto. Esta nueva normativa parece haber empezado a dar sus frutos con la elevación significativa del número de divorcios en el año 2006.

Se trata de una reforma que el legislador de la Segunda República no se atrevió a acometer pese a haber constitucionalizado el divorcio y promulgar, con posterioridad a la ley divorcista, una ley de matrimonio civil obligatorio.

La Ley 15/2005 es una ley con grandes repercusiones prácticas cuya carga de profundidad está pasando desapercibida ante la opinión pública.

Lo que sorprende, es que haya merecido tan poca atención por parte de los juristas puesto que se trata de una modificación de más importancia de la que parece mostrar su mera apariencia externa. Desde mi óptica, es una reforma que, si bien es cierto que, puede evitar algunas batallas jurídicas, genera una nueva inseguridad en la familia con hijos.

Quizás habría que preguntarse por las consecuencias a largo plazo del divorcio libre en las familias cosmo-naturales, es decir, las integradas por padre, madre e hijos. En ocasiones, establecer medidas que, en un primer momento, parecen muy avanzadas puede producir efectos poco deseados.

Ejemplos recientes existen en múltiples ámbitos, pensemos, por ejemplo dentro del espectro familiar, en las leyes de inseminación artificial de donante anónimo (proveniente de banco de semen) de algunos países que prohíben la investigación de dicha paternidad biológica¹⁰.

Los países más avanzados de la Unión que restringieron inicialmente dicho derecho ya están dando marcha atrás en dicha normativa posibilitando la investigación de la paternidad biológica.

Salvando las distancias de tiempo, lugar y cambio de circunstancias, a lo mejor valdría la pena recordar, algún ejemplo histórico de divorcio libre.

¹⁰ GARCÍA-RUIZ, Y., *Reproducción humana asistida: derecho, conciencia y libertad*, Ed. Comares, Granada 2004 y "Técnicas de reproducción humana en España tras la reforma de 2006: derechos humanos y derecho de familia", en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, nº 6, diciembre 2006, 137 a 168.

En ese sentido, la historia muestra como algunos países que promovieron el divorcio sin causa¹¹ sufrieron un descenso notable de la natalidad, lo que les exigió la necesidad de proteger la estabilidad de la pareja matrimonial para posibilitar y fomentar el desarrollo de la familia y el nacimiento de los hijos.

El incentivo se estableció incluso con premios a la natalidad que recuerdan épocas ya superadas en nuestro país, o quizá no tanto porque recientemente se ha intentado potenciar con el título de familia numerosa a las parejas con tres hijos.

En torno a la normativa que debe regular las situaciones de crisis familiar hay que tener siempre muy presente que las personas más necesitadas de protección suelen ser los hijos. En consecuencia, la función tuitiva de la ley debería recaer sobre ellos en primer lugar. Por ello, cabría preguntarse ¿que bien es en realidad el que intenta proteger la Ley 15/2005, de 8 de julio, a la pareja o a la familia? porque se trata de una ley que se gesta paralelamente a la Ley 13/2005, de 1 de julio, que permite el matrimonio entre personas de la misma identidad sexual.

Si bien es cierto, que nuestra legislación, también, posibilita la adopción conjunta por parte de los cónyuges mencionados, los problemas que dichas situaciones generan pueden agravarse por el divorcio sin causa. Se trata de un tema complejo cuyas consecuencias habría que valorar detenidamente por un equipo pluri-disciplinar partiendo de datos objetivos reales.

3. Los matrimonios religiosos

Como hemos dicho anteriormente, los ciudadanos pueden contraer matrimonio religioso con efectos civiles. Con ello evitan la duplicidad de celebraciones matrimoniales, una civil y otra religiosa, como sucede en algunos países de la Unión como en la vecina Francia, por ejemplo.

3. A) El matrimonio concordatario

A partir de la Carta Magna ninguna confesión tiene carácter estatal, en consecuencia el marco jurídico regulador de las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica, el Concordato de 1953, con sus posteriores modificaciones, fue sustituido por una serie de Acuerdos parciales que conforman el Concordato vigente.

¹¹ Piénsese, p.ej., en los premios a la natalidad y los títulos a la Madre Heroína que se otorgaban en la antigua Unión Soviética cuando, tras los excesos revolucionarios, el divorcio libre hizo descender los natalicios hasta índices tan preocupantes que tuvieron que modificar la legislación divorcista y premiar la maternidad.

En materia matrimonial, el referente que nos interesa es el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, que establece el alcance del reconocimiento del matrimonio canónico en nuestro país.

Concretamente, el Art. VI, del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, juntamente con la Disposición Transitoria Segunda y el Protocolo Final, han marcado un hito en cuanto a la modificación de la normativa matrimonial en España.

En efecto, la importancia de la cuestión radica en que el Estado ha dejado de reconocer al matrimonio canónico como clase de matrimonio o como matrimonio de tipo latino, según la denominación tradicional.

Es decir, que el Estado ya no asume legislativamente la completa regulación del matrimonio religioso católico como un *totum* puesto que excluye el reconocimiento civil de algunas de las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos en materia matrimonial.

Así, por primera vez en la historia de España se ha silenciado cualquier referencia a la separación del matrimonio canónico, y tan solo se ha pactado el posible reconocimiento civil de las declaraciones de nulidad y de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado¹², en resolución dictada por el tribunal Civil competente.

Incluso antes de la entrada en vigor del Acuerdo, la competencia en materia de separación matrimonial pasó a los Tribunales Civiles en virtud del Decreto de Baqueira Beret de diciembre de 1979. El traspaso de competencias supuso un conflicto para aquellos, de manera que algunos tribunales civiles aplicaron la normativa canónica al ser más avanzada y, otros la civil. Dicha cuestión se zanjó, como se recordará, con la promulgación de la Ley de Divorcio de 1981.

Volviendo a la forma celebración, el estado civil de persona casada se alcanza *desde* la celebración del matrimonio contraído según las normas del derecho canónico, pero para el *pleno reconocimiento* de dichos efectos civiles debe inscribirse el matrimonio en el Registro Civil correspondiente por el Juez encargado.

Por otra parte, el Acuerdo concordatario muestra que el Estado español va más allá del mero compromiso de reconocer únicamente la forma religiosa del matrimonio canónico inscribible, sin quebrar por ello el principio de unidad jurisdiccional, cuando hace concesiones en dicho sentido respecto de las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos previstas en el Art. VI, 2.

Esta sería otra de las particularidades, que singulariza al sistema matrimonial español respecto de los países de la Unión.

¹² Art. 778 LEC

3. B) El reconocimiento civil de los matrimonios religiosos por Acuerdo de cooperación con el Estado

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa que desarrolla el artículo 16 de la CE establece en su artículo siete los requisitos para que el Estado suscriba, en su caso, acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas.

Fruto de esta normativa han sido los tres Acuerdos de cooperación que en 1992 suscribió el Estado español con los grupos religiosos que habían tenido presencia histórica en España. Para ello, se eligió el sistema de que los distintos grupos religiosos se federaran para poder llevar a cabo dichos acuerdos. Así surgieron la FEREDE, la CIE y la FCI, que conforman las federaciones respectivas de evangélicos, islámicos e israelitas.

En efecto, los Acuerdos de Cooperación del Estado, de 10 de noviembre de 1992, con la Federación de Entidades Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, que reconocen efectos civiles a los matrimonios religiosos contraídos según las normas rituales de dichas religiones, continúan mostrando que el panorama español en materia de familia tiene una nueva y propia dinámica muy alejada, por otro lado, de otros referentes de países europeos que, como el francés, al aplicar un sistema de matrimonio civil obligatorio sitúa lo religioso, con todas sus implicaciones, en el plano de los derechos meramente privados.

En el artículo siete de cada uno de estos Acuerdos se contempla el reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados según los ritos religiosos de dichas religiones. Para ello, deberán promover el expediente matrimonial ante el encargado del Registro Civil correspondiente y constatar los requisitos de capacidad que se exigen a todos los ciudadanos para poder celebrar el matrimonio. Una vez celebrado éste, según la forma religiosa y las exigencias civiles, deberá inscribirse en el citado Registro para el reconocimiento de sus efectos civiles.

Por otra parte, el matrimonio israelí y el islámico están regulados legislativamente, cada uno de ellos, por su propio ordenamiento religioso. Sin embargo, en caso de crisis matrimonial, el Estado español no ha contemplado la posibilidad de reconocer efectos civiles a las resoluciones matrimoniales emanadas de sus tribunales religiosos.

4. 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.

Más de 60 años después desde la promulgación de la primera ley de divorcio española y más de 25 años después de la segunda, la Ley 15/2005, de 8 de julio¹³, a la que se conoce como la ley del divorcio Express, ha introducido un serie de modificaciones importantes.

Antes de comentar las más significativas conviene recordar que:

La Ley 30 de 1981, 7 julio, fue la segunda ley que posibilitó el divorcio en España, una vez establecida la democracia y dejada atrás la derogada Ley de divorcio de la II República.

Siguiendo la tendencia del resto de los países occidentales, la ley de 1981 pretendió establecer un divorcio remedio más que un divorcio-sanción e introdujo la posibilidad de la separación y del divorcio consensuado¹⁴.

Sin embargo, era necesaria la separación previa, de hecho o de derecho, para obtener una sentencia de divorcio. Al propio tiempo, estableció unas causas de separación y de divorcio relacionadas con el incumplimiento de los deberes que comportaba la relación matrimonial y de familia pero, sin vincular los efectos secundarios del matrimonio a la culpabilidad.

Desde la entrada en vigor de la Ley de 1981, muchas fueron las voces¹⁵ que se alzaron contra la necesidad de la separación previa al divorcio por considerar que aquella generaba la duplicidad de procesos y de contiendas. Invocando el principio de economía procesal se abogaba por la simplificación del procedimiento.

¹³ Sobre las normas de esta ley aplicables al ordenamiento catalán vid. el comentario de VEGA SALA, F., "La Reforma de la separación y el divorcio (Comentari a 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)" RJC, 2006, n.1, 43 y ss.

¹⁴ Llama la atención que en la exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio se haga hincapié en "la libertad y en el libre desarrollo de la personalidad" y en que se desea evitar el divorcio sanción y la culpabilidad como fundamento, para introducir la separación y el divorcio sin causa, obviando así, el papel que tuvo el mutuo consenso, en su momento, para evitar la separación y el divorcio culposo.

Se olvida, con ello, el camino recorrido para que La Ley 30/1981, de 7 de julio, viera la luz y pudiera ser operativa pese a sus múltiples imperfecciones. Ciertamente, que al anterior comentario se podría alegar, entre otras cosas, que la exposición de motivos de dicha ley no tiene porque hacer referencia a lo por mí señalado. Sin embargo, de la citada exposición no parece desprenderse la realidad de lo acontecido en la época ya que se intentó desvincular los efectos secundarios del matrimonio de cualquier tipo de sanción o culpabilidad. Realidad que viví muy de cerca desde mi función de Magistrado Suplente en los Juzgados de Familia de Barcelona durante casi cuatro años. En ese sentido, la memoria histórica resulta esencial para evaluar, en justicia, el camino recorrido.

Por otra parte, REINA, refiriéndose a la ley de divorcio de 1981, hace hincapié en que "Aunque la ley recoge causas de separación (e incluso alguna de divorcio) de carácter culposo, no hallamos en el Título del Código civil dedicado al matrimonio referencia alguna a criterios de culpabilidad para determinar las medidas o efectos derivados; los criterios legales en que explícita o implícitamente se basan tales medidas son el beneficio del menor, la tutela de la parte débil, el interés de la familia, etc.-" en REINA, V. & MARTINELL, J.M^a, *Las Uniones Matrimoniales de Hecho*, Madrid, 1996, 17

¹⁵ REINA, V. & MARTINELL, J.M^a, *Las Uniones Matrimoniales de Hecho*, Madrid, 1996, 19, "Crítica a la pervivencia de la separación conyugal como remedio jurídico"

Siguiendo el tiempo, y al albur de las nuevas tendencias occidentales, algunos de los ciudadanos, que tenían opción a contraer matrimonio civil o religioso, optaron por una unión de hecho al margen de aquél, bien para vivir como pareja únicamente, bien para crear una familia con hijos.

Su unión, al igual que su separación, se basaba en la autonomía de la voluntad. En caso de conflicto acudían, no obstante, a los tribunales para solucionar sus problemas a pesar de la carencia de una legislación procesal y sustantiva específica.

Al propio tiempo, las parejas caracterizadas por su identidad sexual a las que se les vedaba la posibilidad de contraer matrimonio abogaron primero, por el reconocimiento de su unión de hecho, con idénticos derechos a los matrimoniales y, posteriormente, por el matrimonio.

Esta nueva realidad que se ha ido imponiendo por la presión de los colectivos interesados, en algunos países occidentales, ha originado que muchas comunidades autónomas establecieran, primero un Registro de parejas de hecho y, posteriormente promulgaran legislaciones al respecto.

Lo cual, ha evidenciado una cierta paradoja especialmente en Cataluña¹⁶ donde las uniones de hecho¹⁷ de personas de la misma identidad sexual tienen una normativa equivalente a la matrimonial en materia de derechos hereditarios, a diferencia de las parejas heterosexuales que carecen de los derechos de aquélla, vulnerándose con ello el principio de igualdad.

Si a ello añadimos que la Ley 13/ 2005, de 1 julio, ha eliminado el requisito de la heterosexualidad en el matrimonio¹⁸, se da la circunstancia que en Cataluña a las parejas de la misma identidad sexual a las que se les aplique la legislación de parejas de hecho o la matrimonial tendrían derechos cuasi-equivalentes.

En consecuencia, resulta incongruente, desde nuestra óptica, haber vaciado de contenido la institución matrimonial tradicional y al propio tiempo posibilitar legalmente semejante variedad familiar sin, aplicar con objetividad, realidad y rigor el artículo 39 de la CE., que propugna la protección social, económica y jurídica de la familia por parte de los poderes públicos

Entre las modificaciones más significativas que ha introducido la Ley 15/2005, de 8 de julio, cabría destacar:

¹⁶ A tenor del artículo 33.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña se promulgó en el DOGC núm. 2687, 23/07/1998, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. Vid. Capítulo I Unión estable heterosexual. Capítulo II unión estable homosexual. Esta ley ha sido modificada por la Ley 3/2005, de 8 de abril, DOGC núm. 4366, de 19/04/005, que ha modificado, al mismo tiempo la Ley 9/1998, del Código de Familia, y la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de Adopción y de Tutela.

¹⁷ Fue la primera ley de parejas de hecho que se promulgó en España.

¹⁸ Vid. Sobre esta cuestión POLO, J.R., *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Civitas, 2006

Los artículos 81 y el 86 al posibilitar que cualquiera de los dos cónyuges, unilateralmente y sin causa alguna, por su propia decisión y voluntad puedan solicitar la separación y/o el divorcio¹⁹ introducen una modificación de gran alcance jurídico.

Modifican, en definitiva la naturaleza jurídica del matrimonio convirtiéndolo en un contrato dispositivo al igual que las uniones matrimoniales de hecho.

Vacían, si cabe, aún más el contenido de la institución matrimonial civil puesto que el incumplimiento de obligaciones por parte de la pareja no implica efecto alguno respecto de los efectos primarios del matrimonio, lo que desde la óptica de las características de la norma jurídica resulta una incongruencia.

Con ello, parece que estamos entrando en una dinámica propia de la *affectio maritalis* de la época romana. pero iniciada a través de la forma jurídica matrimonial, lo cual no deja de ser otra incongruencia.

Los comentarios anteriores no significan que no consideremos como una clara mejora la derogación de la separación previa al divorcio. Todo lo que suponga favorecer la agilidad procesal y sustantiva nos parece fundamental.

Pero, si bien es cierto que la separación y el divorcio sin causa evitan, ciertamente, a nivel procesal una buena parte de la problemática y del costo que supone cualquier contencioso en sus distintos niveles psicológico, económico, temporal, etc. Quizá, deberíamos detenernos un poco más en lo que podría implicar o derivarse de la citada normativa.

Por una parte, el contenido de las obligaciones de los cónyuges parece vaciarse de cualquier obligatoriedad y se deja desprotegida a la parte más débil de la relación al privársela de una posibilidad de presión para su defensa, amén que la actuación judicial deviene un mero trámite en lo que a los efectos primarios de la resolución se refiere.

La norma, que en el fondo parece pensada para la pareja sin descendencia, puede abrir una nueva brecha en la maltrecha protección que se hace en este país a la familia pese a las invocaciones grandilocuentes sobre la misma. Si en todo proceso matrimonial suele aflorar la parte más egoísta y negativa del ser humano, la indefensión del interés familiar más digno de protección que siempre son los hijos puede entrar en una nueva fase.

No es necesario ningún incumplimiento de los deberes matrimoniales o familiares para divorciarse. Es suficiente con presentar la solicitud para que el juez tenga que disolver el vínculo jurídico matrimonial, si se cumplen los únicos requisitos exigidos legalmente consistentes en haberse casado en un periodo de tiempo anterior a los tres meses, salvo caso de violencia.

¹⁹ Hace más de una década, antes de la promulgación de ley que se comenta, REINA, en la citada monografía sobre las uniones de hecho ya se hizo eco de la posibilidad del divorcio sin causa.

El efecto primario del matrimonio, el vínculo jurídico matrimonial se disuelve por la mera voluntad de cualquiera de los cónyuges, por imperativo legal, convirtiéndose el juez en este caso en un mero ejecutor legal de la voluntad uni o bilateral de las partes.

Más que ante un acto o decisión judicial, estaríamos ante un acto meramente administrativo en el que tras comprobar el acta matrimonial y el tiempo transcurrido el Juez es mero ejecutor de la decisión de las partes.

Entiendo, como he señalado anteriormente, que se deja desprotegida a la parte más débil de la relación al privársela de una posibilidad de presión para su defensa.

Cuestión distinta sería la relativa a los efectos secundarios, verdadero caballo de Troya de la relación cuando existen hijos y/o bienes.

El tema no es baladí y habrá que estudiar la reacción de los destinatarios cuando comprendan el alcance de la nueva legislación.

Lo cual debería hacer reflexionar detenidamente al legislador y al estudioso especialmente en relación a los efectos secundarios del matrimonio que inquietan tanto a las partes como a los poderes públicos.

A tenor de la nueva normativa carecería de sentido mantener una legislación distinta para las familias de hecho o de derecho; v.gr. la denegación de pensiones de viudedad²⁰ a las parejas de hecho.

Da la impresión que se ha intentado contentar a todos los colectivos con las mismas normas jurídicas lo cual es algo sumamente complejo.

Por ello, pudiera pensarse, que la reforma divorcista va más orientada hacia las necesidades futuras de la nueva institución matrimonial que a remediar los problemas derivados de la familia tradicional formada por padre, madre y descendencia biológica o adoptada.

Sin embargo, como los fines del matrimonio y de la familia no son sólo individuales sino que son, también, sociales la aplicación de la ley irá mostrando, sin duda, la necesidad de nuestra sociedad de adecuar o no los efectos de dicha regulación.

No en vano, el matrimonio es una institución jurídica, que dado su interés social continúa siendo regulada por el Estado.

²⁰ Porque las bases sobre las que se asientan las denegaciones de dichas pensiones en las uniones de hecho tienen cada vez menor fundamento al diluirse las diferencias jurídicas entre el contrato matrimonial y la unión de hecho. Se podría considerar que incluso atentan contra el principio de igualdad.

El artículo 68, repite la incongruencia de los artículos 81 y 86 al ampliar la redacción del contenido de las obligaciones de los cónyuges. Señalando que estos deberán "compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo."

Al tratarse de una obligación personal contemplada, con carácter general, en la obligación de la prestación de alimentos entre parientes, no parece aportar nada nuevo a la relación matrimonial, más bien semeja una fórmula de estilo que genera una ilusión sin contenido reivindicable.

El artículo 92, cuyo nuevo contenido en relación a los menores es fruto de las reivindicaciones de diversos colectivos, nos parece complejo y de difícil aplicación en algunos de sus apartados.

Muy desafortunada me parece la medida de haber derogado la obligación del juez de oír a los menores²¹ cuando se adopten medidas que les afecten, esta opinión es, sin embargo, controvertida y son muchos los que no participan de ella.

Considero²² que es un *derecho* de los menores ser oídos *por el Juez*, no por personas alternativas por muy cualificadas que estén, cuando en un pleito matrimonial se decide sobre su destino. Cuestión distinta es que el Juez recabe dictamen del especialista.

El derecho del menor a ser oído que se reconoce en la nueva redacción del art.92.2, no parece ampararlo porque carece de contenido cuando establece textualmente:

"El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos".

O mucho me equivoco o se trata de una norma inoperante porque si el Juez, de oficio, no llama a un menor a su presencia, la parte interesada en que no comparezca a presencia judicial actuará al respecto y, el menor de *motu proprio* dudo mucho que entienda, sepa y pueda, hacer frente a una situación semejante.

La única defensa de un menor en un pleito matrimonial, sobre lo que otros deciden por él, es *ser oído por el Juez* que ha de decidir sobre su destino, *de forma confidencial, y sin que consten, por escrito en el sumario, las respuestas* referentes a la exploración judicial, *con la finalidad de evitar presiones o represalias por parte de los progenitores.*

²¹ En sentido contrario Vid. el comentario del Sr. Fiscal y Profesor de la Escuela Judicial dependiente del Consejo General del Poder Judicial (Barcelona), MIRANDA, M, "La nueva regulación de la audiencia de los hijos menores", en Cuadro comparativo de reformas procesales en separación y divorcio, SepinNet revista, 2005, nº 55 LEC, 44-47

²² Las opiniones sobre los menores de este escrito, son fruto de la experiencia de la autora como Magistrado suplente en los Juzgados de Familia de Barcelona durante casi cuatro años.

El tema de la exploración de menores es un tema sin resolver, durante años han sido los Oficiales los que la realizaban en la Oficina judicial delante de todo el mundo y tomando por escrito unas respuestas del menor que eran interpretadas por quien las transcribía y vueltas a interpretar por su Señoría, que no había visto al menor.

En estas condiciones, ciertamente estoy de acuerdo en derogar la exploración.

Justo es reconocer, sin embargo, que se está dando un paso en el anterior sentido en la nueva ley ya que establece, en la Disposición Adicional Final Primera, la Modificación del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²³.

Así, la regla 4 del artículo 770 dice: “En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.”

Otro aspecto que introduce el citado artículo 770 en su regla 7 hace referencia a la mediación, cuando establece que las partes, de común acuerdo, podrán solicitar la suspensión del proceso para someterse a aquella.

Por otra parte, el artículo 92. 5 contempla la posibilidad de que el juez reconozca la guardia y custodia compartida de los menores cuando los padres lo soliciten en la propuesta del convenio regulador o lleguen a su acuerdo en el transcurso del procedimiento.

Si bien la guarda y custodia compartida, hace años que se reconoce por la vía de la propuesta del convenio regulador, especialmente en Cataluña, hay que constatar que siempre ha sido una realidad difícil de compaginar con los intereses particulares de los progenitores y, salvo específicas y honrosas excepciones, considero que supone un foco de estrés y de desarraigo espacial innecesario para el menor.

Los *menores*, al igual que los adultos o los ancianos, son *seres humanos* aunque *pequeños* y que, a menos que sean nómadas, que cambian de ubicación pero no de enseres, personas, etc., necesitan puntos de referencia en el espacio que sean constantes para su adecuado desarrollo como personas.

²³ Una interesante aportación sobre la LEC y el Derecho Civil Catalán son los comentarios de CABALLOL, L. & MARSAL, J., en *LEC Llei d'enjuiciament civil 1/2000. Notat i concordat amb especial atenció al Dret Civil Català. Edició actualitzada el 15 de novembre de 2005. Atelier, 2005.*

En ese sentido, la bondad de que el Juez decida *per se* el reconocimiento de la guarda y custodia compartidas, aunque sea excepcionalmente, a petición de uno sólo de los cónyuges, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, art. 9.8, puede plantear problemas en el desarrollo integral de los menores, en la operatividad de atribución de la vivienda conyugal, de abono de pensiones, de atribución de gastos etc.

En definitiva, podría generar más problemas que soluciones tanto a los adultos como a los menores.

Por otra parte, la necesidad del informe favorable del Fiscal prevista en la ley debe tratarse de un error material que debería ser subsanado rápidamente.

El hecho de que el informe del Fiscal sea preceptivo es de todo punto adecuado pero, que su contenido vincule al Juez iría contra una de las características propias de la función judicial.

En definitiva, el Juez carecería de poder decisorio.

El artículo 97 en materia del derecho a una pensión compensatoria modifica la redacción anterior, la denomina compensación pero mantiene su naturaleza de prestación compensatoria puesto que la establece a favor del cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

La novedad, a mi juicio muy importante, es que la norma establece que aquella podrá consistir “en una pensión temporal, por tiempo indefinido o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”.

Me parece importantísima esta inclusión porque el tema de la pensión compensatoria se ha intentado ningunear en la praxis, especialmente cuando era indefinida, con el manido argumento de la injusticia que supone que se convierta en una pensión vitalicia, cuando la injusticia radica, en su caso, en no reconocer las circunstancias que aconsejen designar la pensión compensatoria que no es, *strictu sensu*, una pensión alimenticia, como se sabe.

Muy importante me parece, asimismo, el Fondo de Garantía de Pensiones que introduce la Disposición Adicional Única en los siguientes términos:

“El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura de dichos supuestos”.

Se trata de una norma compleja en la que cabe todo. En cualquier caso y para evitar especulaciones, habrá que esperar a su desarrollo y aplicación.

El tiempo dirá si la norma se desarrollará adecuadamente, si la garantía será operativa o si se quedará en una mera declaración de intenciones.

En relación a toda la normativa apuntada en materia de familia se están produciendo una serie de resoluciones judiciales que, están pidiendo una reflexión seria y precisa de *armonización de la legislación existente*.

Aunque se trata de una cuestión, íntimamente, unida al tema que nos ocupa no puedo detenerme en el mismo porque desbordaría la finalidad de este trabajo. Sin embargo, es importante tenerlo en consideración para entender convenientemente las incongruencias que se están produciendo en materia de familia puesto que van en detrimento de su protección y vulneran, por ello, el art. 39 de la Constitución.

Ejemplo de lo dicho serían:

Por una parte, las resoluciones que están denegando pensiones de separación y de divorcio a quienes en principio tendrían derecho a ellas, por la asombrosa causa de tener una relación sin convivencia puesto que dicha situación la equiparan al matrimonio y a la pareja de hecho conviviente al entender que en dichas relaciones sin convivencia existe una presunción de convivencia marital²⁴. Lo curioso, es que estas resoluciones coexistan con otras que, aunque ajustadas a la legalidad, denieguen pensiones de viudedad a las parejas de hecho heterosexuales por causa de no haberse celebrado un matrimonio.

Por otra parte, la cuestión de la guarda y custodia compartida²⁵ está generando, también, su previsible problemática comentada *ut supra*.

5. Derecho comunitario: Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

La eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales ha sido siempre una cuestión difícil y compleja, si, además, se trata de ejecutar resoluciones relativas a la familia, sea matrimonial o no, y a los aspectos derivados de las relaciones paterno-filiales la cuestión se complica todavía más, en especial, cuando en la relación de pareja confluye un elemento de extranjería.

La normativa internacional vigente respecto a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental se centra, como se sabe, en los acuerdos bilaterales entre Estados y en la regulación comunitaria.

²⁴ SAPB, Sec.12, nº 5/2007, de 10 de enero de 2007; SAPB, Sec.18, nº 207/07, 3 de mayo de 2007;

²⁵ SAPB, Sec.12, nº 696/2006, de 20 de diciembre de 2006; SAPB, Sec.18, nº 9/2007, de 8 de enero de 2007; SAPB, Sec.18, nº 102/2007, de 20 de febrero de 2007.

En ambos casos, hay dificultades adicionales cuando los distintos ordenamientos nacionales no reconocen los mismos efectos constitutivos en relación al matrimonio, a los efectos de los ex cónyuges, o a las relaciones paterno-filiales. En ese sentido, en la propia Unión Europea existe una tendencia a articular un sistema de reconocimiento conjunto de los citados efectos para facilitar la ejecución de las resoluciones.

La normativa matrimonial española, que acabamos de mencionar, con sus múltiples características y leyes autonómicas no ofrece precisamente un ejemplo de simplificación legislativa que favorezca dicha tendencia comunitaria. No obstante, justo es reconocer que algo similar sucede en otros países de la Unión y que, en cierto modo, podría explicarse debido al cambio espectacular que se está produciendo a nivel global en múltiples ámbitos de la sociedad. Cambio que, sin duda, está influyendo en las relaciones personales.

Sea como fuere, a nivel comunitario se está haciendo un significativo esfuerzo para facilitar la aplicación del derecho vía ejecución de resoluciones y ello, siempre es positivo.

En ese sentido, el Consejo Europeo de Tampere corroboró, en su momento, el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como piedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial y destacó el derecho de visita como prioritario.

Así el Consejo promulgó el Reglamento nº 1347/2000, de 29 de mayo del 2000 que establecía normas para regular la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, dictadas con ocasión de acciones judiciales en materia matrimonial.

El anterior Reglamento fue derogado por el Reglamento nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Sin embargo, en relación a situaciones concretas continúan aplicándose los Reglamentos anteriores en las normas no derogadas y, en todo caso, el Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, que queda completado por el vigente Reglamento.

El ámbito de aplicación del Reglamento nº 2201/2003 recae sobre:

- 1) El divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial
- 2) El derecho de custodia y el derecho de visita
- 3) La curatela y otras instituciones análogas.
- 4) La designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia.
- 5) El acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento
- 6) Las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

Por lo que se refiere a las resoluciones judiciales relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial el Reglamento sólo se aplica respecto de los efectos primarios, sin ocuparse de las causas del divorcio, las consecuencias patrimoniales u otras medidas accesorias.

En materia de responsabilidad parental, las normas de competencia están concebidas en función del interés superior del menor y en función del criterio de proximidad o de residencia habitual aunque, con carácter excepcional, podrá ser competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro mejor situado para conocer el asunto.

El papel relevante que el Reglamento otorga a la audiencia del menor, me parece un gran acierto si ésta se realiza, adecuadamente, por personal especialmente competente. En caso de traslado o retención ilícita de un menor continuará aplicándose el Convenio de la Haya de 1980, para que la restitución se realice sin demora, pero se completará con el reglamento. En este supuesto de restitución del menor y de aplicación de los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya ,se velará para que se le dé audiencia durante el proceso, a menos que no se considere conveniente en función de su edad o grado de madurez.

Las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor que hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen de conformidad con las disposiciones del Reglamento deben ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento adicional alguno. Sin embargo, las modalidades de ejecución de dichas resoluciones siguen rigiéndose por el derecho nacional.

El Reglamento no se aplica a Dinamarca por lo que no le vincula, sin embargo, el Reino Unido e Irlanda sí participan de su aplicación por propia decisión.

