

## Trascendencia social de las recientes leyes de reforma del Derecho de familia

Publicadas las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de este año, en las que se reforma nuestro Derecho de familia, puede resultar útil realizar una aproximación a las mismas con el propósito de destacar su incidencia sobre la institución que regulan, que se sigue considerando por muchos pieza clave de la sociedad.

No trato en estas líneas de hacer una crítica técnica de tales leyes. Esta se realizará, y no dudo que en términos muy duros <sup>1</sup>, en las revistas especializadas; mi propósito no es siquiera hacer una crítica de ellas, sino señalar hasta qué punto significan una modificación radical del Derecho familiar, que se trata de asentar sobre unas bases completamente distintas y en algunos puntos antitéticas de las que anteriormente le servían de fundamento.

El Derecho de familia es considera-

do unánimemente como el menos jurídico de todos los derechos porque antes que por normas legales las relaciones familiares se rigen, en la práctica, por un entramado de reglas sociales y religiosas y por costumbres que trascienden el mundo del Derecho. Precisamente por ello en ningún punto como en el que afecta la familia debe el legislador hacer preceder su tarea de un cuidadoso examen de la realidad social para que sus normas sean reflejo lo más fiel posible de las costumbres vividas en la práctica, constriñendo lo mínimo que sea necesario el espontáneo desarrollo de las costumbres. Es, pues, especialmente importante antes de una modificación de cierta envergadura del Derecho de familia, un atento examen de la realidad sociológica para lo que los modernos métodos de encuesta proporcionan medios suficientes, pero dirigido no tanto o no sólo a conocer la opinión del país cuanto la realidad vivida por la gente en los puntos que se quieren reformar. Es un criterio que debe presidir toda reforma jurídica sensatamente hecha que afecte al Derecho de familia, evitar que la ley \_se apoye en las ideologías fuertemente enfrentadas en torno a ella o, lo que es más grave, que refleje este enfrentamiento ideológico en sus normas. Lo lógico y correcto es partir de un estudio sereno y

<sup>1</sup> La forma en que se está legislando en España es hoy objeto de profunda preocupación entre los juristas por la falta de precisión técnica con que se elaboran las leyes. Los partidos políticos tendrán que mejorar los equipos técnicos que preparan los proyectos de ley y las enmiendas que presentan y las propias Cortes que establecer un mecanismo de control técnico que evite las frecuentes contradicciones internas e imprecisiones de las leyes que están creando un grave estado de inseguridad jurídica. Estas leyes de reforma familiar son, en este aspecto, un claro ejemplo de cómo no debe legislarse.

ponderado de la realidad y sus necesidades y, tras un estudio y aportación crítica de todo el que tuviere algo que decir, promulgar una ley ideológicamente neutra, en lo posible, ceñida a las costumbres sociales y abierta y permisiva de su posterior evolución. Desgraciadamente no es así como se ha actuado.

La modificación que realí<sup>2</sup>an las dos leyes a que nos hemos referido es, sin duda, la más importante que ha sufrido nuestro Derecho de familia desde que se tiene noticia de él.

En efecto, el Derecho de familia se fue paulatinamente formando en las Edades Media y Moderna mediante la acumulación de la influencia canónica de un lado y los usos y costumbres de otro, formando un cuerpo de doctrina legal fuertemente enraizado en la sociedad. Ni siquiera el Código Civil significó una modificación apreciable, pues se limitó a sistematizar el Derecho tradicional, introducir ciertos preceptos, algunos no muy afortunados, tomados del Derecho napoleónico y recoger algunas costumbres ya consolidadas por la práctica.

Las leyes de 1981 significan, como hemos dicho, un cambio radical. Este cambio hay que empezar diciendo que era fuertemente sentido en la práctica. Las costumbres han cambiado, el concepto vivencial de familia es hoy distinto al de épocas pasadas, incluso recientes, y nuestro Derecho se había resentido en este más que en ningún otro punto de la inadecuación entre la norma y la realidad normada. Es por esto por lo que el propósito de modificar el Derecho de familia mereció el unánime elogio de todos. Un ejemplo bastará para ilustrar este punto: la actual estructura social de la familia se asienta, aunque en algunos aspectos sólo tendencialmente, sobre la igualdad de los cónyuges, lo cual hacía imprescindible la reforma de las normas sobre las relaciones tanto personales como patri-

moniales entre los cónyuges, así como la patria potestad que estaban construidas aún sobre la base de la autoridad exclusiva del marido.

La modificación en sí, pues, era no sólo conveniente, sino esperada. Incluso el debatido tema del divorcio que ha atraído sobre sí la atención de la polémica, dejando desdichadamente en la sombra otros aspectos a mi juicio de mayor importancia, era algo necesario, ya que había un sector social que se encontraba en situaciones límites que reclamaban sin duda una solución<sup>2</sup>. Pero la reforma, como ya he dicho, se basa más en una transacción entre ideologías contrapuestas o mejor en una superposición de normas basadas en dichas ideologías y ha vuelto, me parece, la espalda, en algunos puntos, a la realidad concreta familiar tal y como se vive hoy. En ella hay normas aparentemente modestas, pero que creo están llamadas a ejercer un influjo social grande. Mi objetivo hoy es sacar a la luz algunas de aquéllas para simple información de los estudiosos sociales a los que no dudo atraerá estudiarlas.

### **La debilitación del tabú del incesto**

Desde que la civilización convirtió al simio en hombre uno de los tabúes constantemente presente en la familia hu-

<sup>2</sup> A mi juicio, el error cometido en este punto no consiste tanto en introducir el divorcio cuanto en no hacerlo con prudencia y sin dar un bandazo de un extremo a otro. Por ello era tan importante, al menos en la primera etapa, conceder al juez un cierto poder moderador que evite las consecuencias injustas que sin duda se van a producir en la práctica. Y, sobre todo, es un error la descarada publicidad que del mismo se está haciendo a través de los medios de comunicación. Una cosa es introducir el divorcio porque lo exige la realidad y otra incitar a él como si fuera un bien deseable.

mana ha sido el de la prohibición de las relaciones sexuales entre los miembros de la misma familia. Este tabú, objeto de frecuente estudio por los sociólogos, se tradujo en Derecho de una parte en la condena penal de dichas relaciones y de otra en la prohibición civil del reconocimiento del fruto de las mismas. Pues bien: ambas prohibiciones han sufrido en las recientes reformas una drástica reducción. El proyecto de Código penal, además de reducir la gravedad de la pena impuesta al incestuoso, la limita sólo al supuesto de que «por la publicidad del hecho derivase escándalo». Esto significa que lo castigado no es ya el incesto en sí, sino el escándalo que pueda producir. O dicho de otra forma, el hecho de que un padre mantenga relaciones sexuales con una hija no está ya penado si no concurren las otras circunstancias de publicidad o escándalo.

En la reforma civil este debilitamiento del tabú del incesto se refleja en la posibilidad de que el padre y hermanos de la madre o padre puedan reconocer al hijo de éste con el único requisito de la previa autorización judicial y en que, permitida sin límite alguno la investigación de la paternidad, queda abierta la vía para que a petición del hijo y en ciertos supuestos de sus herederos pueda reclamarse la paternidad que el Código permite establecer incluso aunque no haya prueba directa de la generación o del parto si la filiación resulta del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado o, yendo más lejos, «de la convivencia con la madre en la época de la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo».

Creo que la escueta presentación de las normas sirve de base al aserto de que comienza a debilitarse en nuestro Derecho el tabú del incesto, tema que tiene la suficiente importancia como para llamar la atención sobre él a so-

ciólogos, sicólogos y expertos en cuestiones familiares.

### **El matrimonio como «ménage a trois» de los cónyuges y el juez**

La intervención del juez en las relaciones familiares en general y en el desarrollo de la patria potestad en particular es otro punto que merece ser destacado en la reforma. Vamos a centrarnos, para simplificar, en el campo de la patria potestad.

El establecimiento de la igualdad entre los cónyuges en el matrimonio plantea a los juristas la difícil cuestión de cómo resolver las diferencias que se produzcan en una sociedad formada sólo por dos personas. Teóricamente caben diversas soluciones. Algunos Estados americanos, coherentes con el principio constitucional de respeto a la intimidad familiar, vetan toda intervención extraña dejando al libre juego de las propias relaciones conyugales la solución de sus problemas. Otra posibilidad es encargar el arreglo de estas cuestiones a elementos de la familia extensa en un sentido similar al que tienen hoy los consejos de familia en materia de tutela o encomendarlo a instituciones especializadas en cuestiones familiares, creando una especie de institutos de arbitraje familiar llevados por especialistas en estas cuestiones y cuya función fuera no sólo resolver el conflicto, sino ayudar a los cónyuges en sus dificultades. Por último, queda el recurso a la intervención judicial. Las legislaciones europeas acuden en general a esta última solución, si bien se nota, a veces, en su regulación, el recelo que sienten, «que hace acudan a ella con la resignación de no haber encontrado un medio mejor». Así, con frecuencia, se acude a la creación de jueces especia-

les<sup>3</sup>, o bien se limita la intervención de los Tribunales a los supuestos de «especial importancia», o se concede la decisión a uno de los cónyuges en los supuestos de urgencia.

Nuestra reforma sigue decididamente el criterio de confiar al juez la solución de los conflictos familiares. Y lo hace sin introducir ninguna de las cautelas que suelen contemplar las legislaciones extranjeras. Es cierto que autoriza a cada cónyuge a realizar por sí solo actos conformes al uso social o en situaciones de urgencia. Pero no prevé cómo actuar si en esos momentos están presentes ambos cónyuges y sus deseos son antitéticos. Los italianos suelen poner dos ejemplos muy significativos: la distinta postura de los cónyuges ante una operación urgente del hijo o ante el bautismo *in articulo mortis*. Lo absurdo de aplazar este tipo de decisiones llevó al Derecho italiano, en caso de cuestiones urgentes, a conceder la facultad de decisión al marido. No ha hecho así nuestro Código, y en esos supuestos, si están presentes ambos cónyuges y no se ponen de acuerdo, no habrá otro remedio que aplazar la solución hasta que el juez, tras el procedimiento correspondiente, decida. Esto con frecuencia llegará tarde, pues el Código no ha seguido tampoco en este punto el ejemplo de nuestro vecino, que permite a los cónyuges acudir al juez sin necesidad de someterse a formalidad alguna.

Sin embargo, la cuestión que quiero dejar planteada sobrepasa la anécdota anterior y es la de qué influencia puede tener sobre la estabilidad de los matrimonios esta constante posibilidad de

acudir a la solemne y fría intervención judicial para la solución de cualquiera de sus cuestiones, pequeñas o grandes, graves o insignificantes. Este tema, creo, merece la atención de los que desde campos distintos al Derecho se preocupan de la institución familiar.

### **La intervención de los hijos en su propia educación**

Otra de las novedades importantes de la reforma, y que ha pasado casi desapercibida, es la exigencia de que los hijos conozcan, sean consultados e incluso, a veces, consientan las cuestiones que les afectan.

Es un principio bastante extendido en las corrientes educativas modernas el deseo de incorporar paulatinamente al hijo a la toma de decisiones familiares como medio de despertar su sentido de responsabilidad. Pero elevado a norma jurídica le priva de la flexibilidad que permita a los padres ponderar su oportunidad en cada supuesto concreto y adaptarlo a las circunstancias. «Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos *siempre* antes de adoptar decisiones que les afecten». En estos términos tajantes y absolutos se pronuncia la ley. Concorde con este principio general, el Código exige la consulta al hijo cuando los padres no se pongan de acuerdo sobre cuestiones que le afecten, introduciéndole en el centro de las discordias paternas, debe ser oído por el juez y puede, incluso, desde que tenga juicio, acudir al juez para que tome una serie de medidas cautelares que limiten las facultades de sus padres. Coherentemente con lo anterior, el hijo debe ser consultado también en lo referente a la administración y disposición de sus bienes<sup>4</sup> e incluso tiene de-

<sup>3</sup> Jueces especiales quiere decir jueces especialmente preparados y dotados de los medios precisos para cumplir su difícil misión, y no tiene nada que ver con la creación de Juzgados de dedicación exclusiva a estas cuestiones, pero cubiertos por magistrados normales.

<sup>4</sup> Profesionalmente tuve ocasión de conocer las cuitas de unos padres para educar a un hijo al que un tío dejó una cantidad de cier-

techo, al llegar a los dieciocho años, a «exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración de sus bienes»<sup>5</sup>.

Esta drástica modificación de nuestro Derecho, creo, merece también una atención más amplia que la de los juristas para sopesar su posible influencia en la educación de las generaciones futuras. Claro que en la práctica en este como en otros puntos de la reforma es fácil que las familias desoigan los dictados de la ley y sigan viviendo de acuerdo con las costumbres que se adaptan de forma más paulatina y flexible a las necesidades de la realidad; pero la ley queda ahí no sólo como posibilidad coactiva que es, sino como intento de presión ideológica sobre la realidad social. Desde una postura estrictamente liberal hubiéramos deseado una ley de reforma menos meticulosa y más respetuosa de la libertad familiar.

### **La familia y los hijos extramatrimoniales**

En pocos temas era tan unánime la doctrina jurídica española como en destacar la urgente necesidad de poner fin a la injusta situación de los hijos ilegítimos. Verdaderamente el Código, apartándose incluso de nuestros antecedentes históricos, vetó rigurosamente la investigación de la paternidad y discriminó a los hijos ilegítimos haciendo recaer exclusivamente sobre ellos las consecuencias de los pecados de sus padres.

Por poner fin a esta situación, la reforma sólo merece elogios. Pero tam-

ta importancia que le deslumbró y le hacía considerarse superior a sus hermanos y dispensado del esfuerzo del estudio.

<sup>5</sup> Teniendo en cuenta que esta administración puede haber durado diez, quince y hasta dieciocho años, calcúlese la dificultad que implicará esta obligación para el padre que tenga la desgracia de tener un hijo exigente.

bien en este punto el legislador, tan dado a dejarse llevar por la ley del péndulo, ha ido más lejos que la mayoría de las legislaciones europeas semejantes a la nuestra, en su deseo no sólo de rehabilitar y proteger al hijo ilegítimo, sino de borrar cualquier diferencia entre los hijos que hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio, lo que va a producir sin duda consecuencias perturbadoras e injustas. Para abreviar pondremos sólo dos ejemplos.

Uno de los puntos en que la reforma ha igualado a los hijos cualquiera que sea la naturaleza de su filiación es en materia de derechos sucesorios. Los hijos y descendientes, sean o no matrimoniales, ostentan los mismos derechos en la herencia de los padres o ascendientes. Esto puede ser justo respecto al padre o madre, pero no lo es tanto respecto a los ascendientes, a los que se imponen como herederos forzosos o abintestato los hijos de sus hijos, a los que cabe que ni siquiera conozcan y con los que normalmente no tendrán relaciones de trato y afecto, todo ello en detrimento de los que consideran sus verdaderos y únicos nietos. En este punto parece como si, invertida la maldición bíblica, los pecados de los hijos recayesen sobre las cabezas de los padres, quebrantando la ley el principio de que en Derecho sucesorio debe procurarse que la norma refleje lo más fielmente posible lo que la costumbre y los usos sociales consagran.

El segundo ejemplo que queremos poner gira en torno al suprimido artículo 160 del Código. Este artículo que figura escuetamente con la palabra «suprimido» en la ley de reforma tiene una curiosa historia que es digna de contar.

El Código impone a los padres, a los que atribuye la patria potestad, la lógica obligación de tener a los hijos en su compañía. Conscientes los redactores del proyecto de las dificultades que tie-

nen para cumplir esta obligación los padres de hijos extramatrimoniales, incluyó el artículo 160 en el que se establecía que para que los hijos extramatrimoniales pudieran vivir en el hogar matrimonial se requería que prestase su consentimiento el otro cónyuge y los hijos matrimoniales mayores de catorce años. La norma era, en mi opinión, perfectamente lógica. El padre tenía respecto a estos hijos todas sus obligaciones, pero para traer al hogar matrimonial el fruto de su vida extra-matrimonial precisaba del consentimiento del cónyuge y de los hijos, que no sólo eran inocentes, sino incluso víctimas de la conducta del padre o madre alegre. La norma trataba, además, de proteger la convivencia familiar para la que la presencia no querida de esos hijos puede resultar altamente perturbadora.

Inmediatamente se presentaron enmiendas por los dos principales partidos de izquierda y con su oposición se aprobó el artículo en el Congreso. Replantadas éstas en el Senado, la ponencia nombrada en éste aceptó una de éstas y propugnó la supresión del artículo basándose en el peregrino argumento de que era innecesario porque con consentimiento de los cónyuges e hijos no sólo los otros hijos, sino incluso un extraño puede vivir en el hogar conyugal. La supresión se aprobó en el pleno del Senado y fue luego aceptada por el Congreso. Dicha supresión significa que, en virtud del artículo 151, los padres tienen en principio obligación de tener en su compañía a sus hijos, cualquiera que sea su naturaleza, y que el cónyuge carece de la posibilidad de oponerse; si a esto añadimos que otro de los artículos reformados pone a cargo de la sociedad de gananciales los gastos de alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges cuando

convivan en el hogar familiar, resulta evidente que tras la reforma la ley hará con frecuencia real el dicho clásico de que el cónyuge inocente resulte, además de cornudo, apaleado.

### **Alguna reflexión a modo de conclusión**

Como dije al principio, mi único objeto con estas líneas es llamar la atención de los intelectuales en general sobre una reforma jurídica llamada a tener una gran influencia sobre el entramado de nuestra sociedad en el núcleo del cual se encuentra la familia y provocar una atención pluridisciplinaria sobre la misma.

Para ello he elegido tan sólo unos botones de muestra que podrían indudablemente multiplicarse, pero que me parecen representativos y suficientes para el objetivo propuesto.

Terminaré remachando que la reforma era necesaria, pero se ha cometido el grave error, aparte de sus considerables defectos técnicos, de hacerla de espaldas a la realidad social. Hablar en tema de Derecho de familia de ley progresista o conservadora es, dicho sea con todos los respetos, una ligereza imperdonable. La ley sobre familia no debe ser ni conservadora ni progresista, sino adaptada a los usos y costumbres vividos en la práctica, procurando ser lo menos constrictiva posible y permitiendo el libre y espontáneo juego del complejo movimiento social.

Utilizar la ley para cambiar las costumbres en aras de un falso progresismo es, ni más ni menos, que un atentado a la libertad de los individuos y de las familias y una manipulación que intenta imponer por vía imperativa un cambio social.

J. M.<sup>a</sup> DE P.\*

\* 1931. Notario.