

hecho valer frente a los hijos porque éstos tienen, entre otros, el deber de respetar a los padres, el deber de convivir con ellos y, en el plano patrimonial, el deber de contribuir al mantenimiento de la Familia si resulta conveniente. No olvida Pino referirse, finalmente, al hecho de que el ejercicio de la potestad puede ser atribuida a uno sólo de los dos padres con exclusión total o parcial del otro o bien a terceros y a este respecto aclara que esto sólo puede tener lugar judicialmente.

En conclusión, el manual objeto de esta recensión se convierte en punto de referencia obligado para quienes se interesan por el Derecho de Familia. Estamos ante una obra elaborada con gran precisión y, a su vez, de suma claridad que, si bien podría calificarse de excesivamente detallista en algunos aspectos o temas concretos (de ahí que, por las limitaciones de espacio que debe tener una recensión, no hayamos podido profundizar como hubiera sido nuestro deseo en todas las cuestiones que en ella se abordan), denota los profundos conocimientos de su autor respecto del tema en cuestión analizado.

M.^a JOSÉ PAREJO GUZMÁN

ROCA, Encarna: *Familia y cambio social (de la «casa» a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, 277 pp.

Tratamos a continuación de hacer un resumen de las ideas contenidas en este libro, comenzando por el prólogo del mismo.

PRÓLOGO (LUIS DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN)

Constituye un tópico bien conocido la afirmación de que el Derecho, que por naturaleza es conservador, va siempre a la zaga de las nuevas realidades. En ocasiones, éstas se encuentran todavía larvadas cuando un legislador pone al día la legislación y no alcanza siquiera a vislumbrarlas. Y fue así en las reformas del Derecho de Familia de 1981; nos vimos, casi de inmediato sorprendidos por la aparición de nuevos retos que con anterioridad no habíamos sospechado. Con la nueva legislación, podía pensarse que disponíamos de un Derecho de familia acorde con los tiempos. Evidentemente, no fue así. Surgieron de inmediato toda una serie de problemas.

El primero de ellos es el de la *transexualidad*. A partir de entonces hay que distinguir entre sexo morfológico, cromosomático, y psicológico. Cuando todas las variantes coinciden, las cosas pueden funcionar razonablemente, pero la naturaleza organiza trampas y desequilibrios.

Jurídicamente, una vez despenalizada la mutilación, el problema de los transexuales surge en dos tipos de áreas; el primero las señas de identidad. La juris-

prudencia viene admitiendo el cambio del nombre. Pero continúa abierta la cuestión sobre la admisión del matrimonio de transexuales con personas del sexo que morfológicamente abandonaron.

El segundo de los problemas es el relativo a la filiación surgida por la aplicación de técnicas de reproducción asistida. Después de siete años desde la reforma de la filiación y la ley que reformó el Código, surge de la misma el problema de la diversificación entre paternidad biológica y social o jurídica. Ninguna cuestión especial surge con la fecundación artificial homóloga cuando se hace con semen del marido o compañero de la mujer fecundada. Sí surgen en los casos de fecundación heteróloga realizada con semen de un tercero. Nos encontramos ante el total anonimato del donante. Pero y el derecho de la persona a conocer su información genética, ¿debe subsistir? Hay que decidir si es constitucionalmente legítima la total inmunidad del donante, artículo 39 de la constitución, de modo que la inmunidad le deje exento de todo tipo de obligación y responsabilidades.

En la llamada gestación sustitutoria, que es el acto por el cual se implantan en una mujer óvulos de otra fecundados *in vitro* hay también problemas similares. Existe un conflicto latente entre madre biológica y madre gestante. La Ley considera madre a la gestante, declara nulo cualquier contrato de sustitución para la gestación.

Ha existido una tercera área de problemas en cuanto al reconocimiento de las uniones de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales. En la legislación española ha habido una clara tendencia a la equiparación entre la situación del matrimonio y las otras uniones a las que a veces se denomina de análoga afectividad. Ha sido así en referencia a atenuantes penales y cuestión de sucesión arrendaticia. Teniendo menor éxito en materia de pensiones de la seguridad social. Hay que decir que las pretensiones que se formulan se refieren al momento de la liquidación y son justas y atendibles. Debe existir el acuerdo de que este tipo de soluciones no pueden ser desechadas con el simple argumento, de que tienen una causa inmoral o torpe. Nos parece suficientemente claro que las relaciones patrimoniales son independientes de las personales y que cualquiera que sea el concepto que se pueda mantener sobre la llamada causa torpe en el artículo 1.306 del Código Civil, las relaciones patrimoniales en cuestión son inmunes a ella.

El problema actual es la legalización, y su aproximación o no al Derecho de Familia.

Tanto el artículo 12 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos como en el artículo 32 de la Constitución se presta una garantía institucional a una institución muy concreta que es el matrimonio, que es contraído por un hombre y una mujer y que tiene una finalidad institucional como es la fundación de una familia. Además pretender la protección jurídica para situaciones que se han creado en la más absoluta libertad no deja de constituir una especie de trampas que

se hacen en el juego porque la voluntad sólo se había manifestado sobre la libertad. Por esto la Ley catalana ha buscado una formalización de las declaraciones de voluntad a través de las cuales se constituyen estas uniones, que, por esta razón, ya no serán de hecho. De esta manera el pluralismo se multiplica y a partir de ahora tendremos las relaciones estrictas del Derecho de familia con el matrimonio a la cabeza, las uniones de hecho juridificadas y otras uniones que continúan siendo de hecho.

Todo esto deja un interrogante que son las preguntas por los límites del Derecho de Familia y del concepto mismo de familia.

En mi opinión, procreación y matrimonio, nos colocan en el buen camino para encontrar el sustrato último de la idea de familia. En puridad no existe familia en el sentido moderno de la palabra si no existe procreación y filiación. La familia se agrupa necesariamente en la filiación. Así se determina en el artículo 39 de la Constitución en conexión con el artículo 32 de los que se puede deducir que el matrimonio es una institución del Derecho de familia que busca tendencialmente la procreación.

Sin embargo, el Estado y las Administraciones públicas pueden descargar en las familias una parte de sus obligaciones y al mismo tiempo se da satisfacción a algo, que entre nosotros, se corresponde con una muy antigua tradición: que los niños se crían y educan en familias y que a cada familia corresponde el traspaso de las tradiciones y, en este sentido, la educación, como especialmente reconoce el artículo 27 de la Constitución. Si el reducto básico de la idea de familia y el común denominador de los tipos de ella es la procreación de nuevos miembros del grupo, con los subsiguientes auxilios del grupo y el cumplimiento de la función de socialización, habrá de convenir que la unión conyugal sólo puede permanecer en el Derecho de Familia en la medida en que por lo menos tendencialmente constituye un momento fundacional y en que es en este sentido adoptado por el ordenamiento jurídico lo que le otorga por ello un puesto institucional. Algunas relaciones que puedan ser episódicas entre progenitores cuando no hayan contraído matrimonio, pertenecen también al Derecho de familia, siempre que la progenie se dé. Fuera de ello, cualquier otro tipo de uniones que las personas puedan establecer entre sí tienen un carácter nítidamente asociativo y, si se hace abstracción de la procreación, no pertenecen en sentido estricto al Derecho de Familia.

La profesora Encarna Roca, ha plasmado en este libro, las relaciones entre la Constitución y el Derecho de familia o el papel constitucional del Derecho de familia con la propuesta de reconsiderar la totalidad de las instituciones familiares desde el ángulo de los derechos constitucionales. En esta perspectiva rigurosamente jurídica, la persona sale recrecida. El análisis del cambio social experimentado en el ámbito de las relaciones familiares ha sido también hecho con finura.

A continuación resumimos las ideas de la autora en los distintos capítulos:

FAMILIA Y CAMBIO SOCIAL

(DE LA «CASA» A LA PERSONA)

INTRODUCCIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN

Después de la entrada en vigor de la Constitución española nada era igual que antes, nuestro sistema jurídico había cambiado. El Título I de nuestra Constitución obligaba a reconsiderar los conceptos que afectan al derecho de la persona y el Derecho de familia, que eran los más directamente influidos. Se abrió entonces una puerta a la innovación en el Derecho Civil.

Los conceptos de persona y familia en el Derecho Civil son los que más han sufrido las influencias políticas. Podemos decir que existe una paradoja en los diferentes Códigos: la personalidad de los ciudadanos que los hace iguales ante la ley, no tiene una traducción práctica en las normas del Derecho de familia, en las que hasta la Constitución de 1978, no rigió el principio de igualdad, sino el de autoridad. A partir de aquí, la introducción de un sistema jurídico sobre la base del reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos representa un cambio radical en el Ordenamiento jurídico español. Este libro se inserta en este contexto.

El estudio está basado en los siguientes tres puntos: la metodología utilizada, los fundamentos de mi planteamiento y la tensión entre los sectores público y privado.

Los cambios producidos en el Derecho de familia en los últimos veinte años tienen su base indiscutible en los cambios sociales habidos en el mismo periodo de tiempo. Por esto la *metodología* a utilizar debía responder al funcionalismo, esto es, que la familia debe cumplir tres funciones: la de protección, la de ajuste a las nuevas circunstancias, y la de ayuda. Elegí el *Centre for Socio-legal Studies* de la Universidad de Oxford, porque la realidad del derecho se encuentra en las definiciones sociales de la gente y porque los problemas del actual derecho de familia se plantean en la misma forma en todo el mundo. Y esta globalización jurídica provoca que los intercambios entre juristas de diferentes países sea útil y conveniente.

En segundo lugar, debo hacer notar que el Derecho de familia no está formado por normas básicamente privadas. El Derecho es imperativo y esto constituye una garantía para los ciudadanos. Hay dos grandes grupos de normas que pueden afectar a las relaciones familiares: unas lo hacen de forma directa, artículo 32 y 39 de la CE, y otras que se aplican y deben ser respetadas por los miembros de la familia porque son personas y titulares de los derechos fundamentales desde

el momento del nacimiento. El Derecho español no se basa en una contraposición del sector público y el privado, sino en una cooperación entre sectores, la base de esto es la protección de los derechos fundamentales del individuo. Aquí se argumenta partiendo de la premisa fundamental que la personalidad consiste en la titularidad de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Para un jurista la metodología y la fundamentación no debe estar alejada de los planteamientos propios de nuestra forma de argumentar. Por ello se ha llegado a la conclusión de que en el momento actual, las grandes líneas para la resolución de conflictos pasan por la forma de la aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito de la familia. Si partimos de esta metodología las normas de aplicación directa al derecho de familia son básicamente tres: *el derecho a contraer matrimonio artículo 32 CE; el derecho a disolver el matrimonio; la protección de los menores artículo 39 CE*. La razón de por qué no aparece la tercera edad, en este libro, es que ninguna disposición constitucional impone obligaciones a los hijos con respecto a sus padres, cuando lo contrario sí sucede.

Este libro adopta tanto una postura como una metodología inusual, alejada de dogmatismos, un libro comprometido.

CAPÍTULO PRIMERO

EL MÉTODO EN EL DERECHO DE FAMILIA: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Al poner en relación el artículo 39 con el 1 de la CE, llegamos a la conclusión de que la protección de la familia es una necesidad del Estado social de derecho. Y a continuación nos preguntamos la razón, y qué familia debe ser la protegida; el Legislador deberá buscar un concepto prejurídico de familia, es decir el concepto de familia no ha de buscarse en la Constitución.

Nos encontramos, así, con un doble interés del Estado: a) regular la familia, teniendo en cuenta las diferentes situaciones, y b) dotar de normas que permitan el desarrollo de la personalidad de sus miembros y la actuación del programa constitucional.

Lo primero será determinar qué es familia, qué se considera regular o no.

Debemos conocer el concepto cultural de familia en una sociedad y momento concreto, así tendremos:

- i) Los grupos familiares, aceptados o no.
- ii) Las normas que regulan la creación y disolución del grupo. Sus relaciones internas y externas.
- iii) La determinación de si debe existir un control público o rige la autonomía de la voluntad.
- iv) La decisión sobre las minorías, si se les excluye o se les aplican criterios de selección.

Pero partiendo siempre de que el Estado considera necesario establecer una regulación sobre el Derecho de familia.

La familia no es un grupo estático, por lo tanto ha sufrido y es susceptible de cambios. Los cambios tienen unas bases. Por ello los actuales estudios sobre el Derecho de familia tienen una base empírica, que por medio de otras ciencias auxiliares (demografía, sociología, la economía), permiten conocer cuál es la realidad de las familias.

Las diferentes corrientes (funcionalismo, feminismo, *Critical legal Studies*, interpretaciones economicistas), muestran un aspecto distinto de familia. Cada una enfoca la familia en el campo concreto en el que trabaja.

El jurista puede utilizar las técnicas propias, y limitarse a la interpretación de las normas reguladoras en cada legislación; o bien puede utilizar otros medios como auxiliares con la finalidad de dar la solución más adecuada; es la corriente *Socio Legal Studies*, que parte de un planteamiento funcionalista de la familia, se considera a la familia actual y el papel de Derecho en este sistema. La metodología se fundamenta en la búsqueda de un punto de encuentro entre las respuestas puestas de manifiesto por los datos sociales y la función normativa. El inconveniente de esta corriente es el abandono del papel del Derecho como sistema de control social, se relegan a un segundo plano las técnicas jurídicas que tienen como base fundamental la protección de los Derechos fundamentales de los ciudadanos.

El método que se estima más correcto, tratándose de una obra jurídica será el de la combinación entre los datos empíricos y las soluciones jurídicas, esto proporciona un acercamiento a los problemas, que no a la solución de los mismos.

El primer problema lo podemos encontrar en la diferencia entre los diferentes Ordenamientos jurídicos. En primer lugar el derecho de familia debe cumplir una función relacionada con la vida social, lo que traería varias dificultades, que al tener la realidad social una evolución constante, no podría existir una norma jurídica estable; pueden existir abusos que la sociedad deberá corregir con la norma jurídica; los datos sociales deben ser objeto de interpretación.

La segunda cuestión es la utilización de los datos empíricos, como base para proponer soluciones y excluir otras. Los datos ayudan a identificar los problemas.

Si los datos empíricos sirven para descubrir la realidad social, no deben ser utilizados únicamente para ajustar el derecho a la misma, sino para permitir que el Derecho corrija determinadas situaciones.

Conclusión de lo antedicho es que el Ordenamiento jurídico en general y el Derecho de familia en particular juegan un importante papel en el planteamiento de los modelos familiares y en la resolución de los conflictos, cuyas bases se encuentran en la Constitución.

Y por tanto podemos decir que el Derecho positivo es creación de la sociedad, en concreto de los Parlamentos. Esto quiere decir que la atribución a los poderes públicos del sistema de protección implica una toma de posición en la concepción de la familia y en las vías para la resolución de problemas.

Puede existir deslegalización, pero esto ocurrirá en los Ordenamientos jurídicos, que no tienen modelos familiares previos. En nuestros Ordenamientos, se interviene en la construcción del modelo adecuado según la conducta social.

Cuando el Estado se plantea qué normas son las más adecuadas surgen los conflictos entre los elementos públicos y privados.

Determinado tipo de ideologías, y concretamente el liberalismo conservador, excluye a la familia de cualquier intervención del Estado. Es el concepto liberal de la familia, cree que la intervención coactiva del Estado produce más inconvenientes que ventajas, por eso se inclinan por la mínima intervención, y en caso de abuso de los poderes en contra del bienestar de la persona. Pero nos encontramos con que la realidad obstaculiza la política de no-intervención.

El liberalismo más extremo puede llegar a tratar a la familia absolutamente ajena al Derecho, como argumento está la protección al derecho de la intimidad, de forma que la intimidad será una barrera para la intervención del Estado.

Esto ha sido criticado por la jurisprudencia americana, el Estado intervendrá a favor de los niños, y en defensa de los derechos humanos individuales de los miembros de la familia.

A esto añade DINGWAL, que no se podrá admitir a un grupo que incapacite a sus miembros para la participación en la vida pública. La intimidad de la familia reside en la promoción que haga entre sus miembros, de los valores sociales.

La conclusión se encuentra, en que la familia constituye una sociedad abierta, porque es una comunidad en la que madura la personalidad de los individuos que la forman y colabora así con el Estado; por eso ni es independiente, ni está condicionada por la actuación estatal.

Puesto que la Constitución debe protección a la familia, nuestro ordenamiento está alejado de las ideas liberales expuestas. La protección de la familia es exigencia del estado social de Derecho, como un sistema asistencial. Las normas de Derecho de familia no constituyen una intrusión en los exclusivos intereses particulares, sino que son un sistema de apoyo a sus necesidades.

En nuestro sistema constitucional existen tres elementos clave:

- i) España es un Estado social y democrático de Derecho,
- ii) Los poderes públicos deben de prestar asistencia de todo tipo a la familia,
- iii) Que el sistema está basado en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Estos elementos nos llevan a la afirmación de que el sistema de protección a la familia es un *sistema mixto*, porque se distribuyen las funciones entre el Estado y los particulares, conjuntamente distribuyendo las áreas de actividad.

Así el Derecho de familia pasa a ser un elemento más de sistema mixto del estado social y democrático de Derecho. Sus normas no solo afectan al interés exclusivo de los particulares, sino que tiene un componente público.

El Estado asume la regulación de la familia a través de normas que configuran el Derecho de familia, conjunto de normas, en gran parte imperativas, que traducen a la legislación ordinaria los principios constitucionales que afectan a la familia como tal.

Pero hay que dejar claro que la familia no es un grupo estatal, no forma parte de la organización del Estado; la familia no tiene ningún reconocimiento legal superior o distinto de los que se atribuyen a los miembros de ella; no existe concepto jurídico de familia en nuestra Constitución; las bases de cualquier regulación son los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Conclusión de lo anterior será: que la familia no es un grupo autónomo. Y esto a pesar de las interpretaciones del artículo 9.2 CE, se refiere, a la libertad y a la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra. Pero la Constitución no le concede una personalidad jurídica propia, independiente de la de sus componentes, porque de lo contrario llegaríamos a la posibilidad de la destrucción del individuo a favor del grupo creado socialmente para permitir su desarrollo.

Luego deducimos que la justificación principal de que exista una normativa jurídica de la familia, es el aseguramiento de los derechos de los individuos que la forman.

Para llegar a esta conclusión se pueden seguir dos vías distintas:

1. La existencia de derechos como justificación de la intervención del Estado: del razonamiento que hace Eekelaar sobre las bases de la regulación jurídica de la familia, podemos interpretar que no es bueno que el Estado actúe como protector, las bases del Derecho serán las necesidades de los ciudadanos, trasladadas en derechos. Esta interpretación del sistema británico que hace Eekelaar, tiene dos finalidades, evitar arbitrariedades que podrían derivar de los amplios derechos de los padres sobre sus hijos menores; para saber cuándo una reclamación está basada en un derecho.

De aquí se deducirá que la familia no ejerce poderes sobre sus miembros, en tanto ellos están legitimados para ejercer reclamaciones con posibilidad de éxito.

La Constitución española no coloca al grupo familiar en una posición de poder frente a sus componentes. Ello se deduce de los artículos 14 y 32 de la CE. Ello significa que en el caso de producirse un conflicto entre el interés familiar y el individual, prevalece este último, siempre que el interés tenga su base en un derecho fundamental.

Por tanto, los derechos fundamentales prevalecen en todo caso frente a un hipotético interés familiar.

Si los intereses en juego no tienen categoría constitucional, prima el interés familiar. Porque la familia es una institución instrumental, cuya finalidad esencial es facilitar a sus miembros el ejercicio de los derechos fundamentales.

Se puede afirmar que familia y matrimonio, reciben protección constitucional porque aseguran el desarrollo armónico de la personalidad de los individuos y le garantizan los derechos y los deberes de los que es titular.

El interés familiar se identifica con la protección de los derechos fundamentales de sus miembros.

En cuanto a la *titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales*, un sistema basado en el previo reconocimiento, los intereses fundamentales del individuo priman sobre la estructura de la familia tradicional y se integran en disposiciones que admiten el ejercicio directo de los derechos fundamentales, a pesar de que su titularidad se encuentre sometida a la patria potestad o a tutela, casos en los que se considera que no tiene capacidad suficiente.

En el sistema español, la base de este reconocimiento se encuentra en la titularidad de los derechos fundamentales. No se trata de que los menores tienen menos derechos que los adultos, de lo que se trata es de sí tienen la capacidad de ejercitarlos por sí mismos.

Debe concluirse que no existe autonomía del grupo familiar frente a los intereses de sus miembros. La familia debe ser considerada como un instrumento para conseguir las finalidades previstas en la Constitución. El concepto de interés familiar responde a estos criterios y nunca a la protección de algo supraindividual que se imponga a los derechos de cada uno de los individuos del grupo familiar.

2. *Modelo imperativo y autonomía.* De acuerdo con el artículo 39.1 CE en concordancia con el 53, de la misma, deducimos que los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca una lesión en los derechos fundamentales de algunos de ellos. Así queda justificada la intervención de los poderes públicos en la teórica autonomía de los particulares.

La igualdad de los miembros es exigencia constitucional, artículo 14, 32 y 39 CE, por eso deben asegurar que la igualdad sea real y efectiva. En el Derecho de familia la legislación ha previsto la intervención cuando resulta necesaria la garantía de determinados derechos: derechos fundamentales (*ius connubii*), condición de la persona, caso de incapacidad para prestar consentimiento, equiparación de familia matrimonial y familia extramatrimonial.

La intervención de los poderes públicos no impide el ejercicio de la autonomía, sino que lo que se pretende es evitar la arbitrariedad y la desigualdad. Aceptaremos la interpretación de Roppo, que afirma que los diversos valores que pue-

den encontrar su instrumento de actuación en algún tipo de intervención pública en la familia tienen la misma dignidad. La Constitución tutela valores como la igualdad de los cónyuges y la protección de menores desamparados para cuya realización se exigen intervenciones públicas perfectamente legitimadas.

La principal justificación de las normas y la intervención pública es evitar los conflictos que se producen en el interior del grupo y que puedan llegar a lesionar los derechos fundamentales de alguno de sus miembros.

CAPÍTULO SEGUNDO.

EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

Acabamos de ver que la pertenencia del individuo a un grupo denominado familia no afecta a la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos al hombre, y debe ser el Estado el que los haga efectivos de no hacerlo el grupo.

Pero existen en la Constitución otras normas que afectan directamente al Derecho de familia, se trata de las contenidas en los artículos 32 y 39, que sin tener la consideración de Derechos fundamentales, permiten al Estado la regulación de su contenido fundamental.

En cuanto al derecho a contraer matrimonio, existe en Europa una constante desregulación del matrimonio, y por otra parte, una proclamación de la libertad de contraerlo, que pasa a ser un derecho fundamental.

Vamos a preguntarnos ahora si el Derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental. El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en su artículo 12 establece que a partir «de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de ese derecho». Esto ha llevado a considerar que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental del hombre. En nuestra Constitución el *ius connubii* se sitúa fuera de la regulación de los derechos fundamentales luego queda excluido de la protección que, de los mismos, la Constitución asigna. No obstante, se reserva a ley la regulación de las condiciones del mismo.

Consecuencia de esta reserva de ley será, que el Estado debe respetar la libertad de contraer matrimonio manifestada por quien desee hacerlo. Es un derecho no absoluto, condicionado a las condiciones que el Estado determine, en relación a la capacidad para contraerlo y las condiciones para hacerlo. Que el Estado debe respetar esa libertad imponiendo presupuestos razonables al fijar la edad, condiciones físicas y psíquicas necesarias para contraer matrimonio.

El artículo 32.1 CE garantiza que la situación personal de quien contrae matrimonio no sufrirá ningún cambio, esto es consecuencia de la aplicación al matrimonio del derecho a la igualdad del artículo 14 CE, en su ámbito público.

En el ámbito privado el artículo 1.358 CC establece la nulidad de los pactos entre los cónyuges que sean contrarios a la igualdad.

La Constitución, no es neutral sobre el matrimonio. El matrimonio no altera el sistema, sino que es un elemento más del mismo en orden a la eficacia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El derecho a contraer matrimonio en Estados Unidos está basado en el derecho a la intimidad, en España deriva del derecho a la libertad, teniendo como consecuencia, la elección del propio cónyuge, la de la forma, y el de no seguir casado.

Como consecuencia del artículo 32.2 CE, el ordenamiento jurídico está obligado a legislar respondiendo a las siguientes cuestiones:

1.^a ¿Quién puede casarse? En el artículo 46 CC se establece la mayoría de edad y la emancipación como únicos requisitos de capacidad para la validez del matrimonio. Es la capacidad de la persona la que condiciona la aptitud para contraer matrimonio, ya que solo así se puede tener la seguridad que asumirá los deberes inherentes a la institución.

2.^a ¿Con quién se puede uno casar? Los artículos 46 y 47 CC establecen unas prohibiciones absolutas, como son el parentesco y la monogamia. El derecho a contraer matrimonio no es absoluto.

3.^a ¿Cuál es el procedimiento para contraer válidamente matrimonio? Es decir la forma del matrimonio exigida por el artículo 32 CE, el matrimonio es siempre formal en nuestro Ordenamiento, y la forma la señala la Ley en el artículo 49 CC, haciendo referencia a la forma civil, y a la propia de las confesiones religiosas que hayan firmado acuerdos con el Estado. No existe libertad de forma, sino forma obligatoria.

Se pueden sistematizar dos aspectos del derecho a contraer matrimonio:

– Las prohibiciones constituyen excepciones al principio general de libertad. Del artículo 32 se deduce una referencia indirecta al sexo de los contrayentes, que nos permite afirmar que deben ser personas de distinto sexo.

– Las consecuencias de la decisión de no contraer matrimonio. Es el tema de las parejas de hecho.

Todas las legislaciones definen el matrimonio como la unión entre hombre y mujer, el fin es la procreación. Cuando se pretende el matrimonio entre personas del mismo sexo, aparece el conflicto. Será el caso de dos situaciones que deben tratarse de diferente modo, los transexuales, y los homosexuales.

No existe unidad en torno al tratamiento legal de los *transexuales*, hay países como Suecia, Alemania, Holanda, Italia, y ahora España que permiten el cambio de sexo registral. Hay otro grupo de países que no permiten este cambio en el Registro Civil, como es el Reino Unido. Reconocido el derecho a la rectificación registral, ¿se permite el matrimonio, con persona del sexo opuesto?

El Tribunal Supremo, en España declara que la rectificación del sexo en el Registro Civil no permite al interesado contraer matrimonio con persona del sexo opuesto del que ahora figura registrado.

Pero nos encontramos con argumentos a favor y otros en contra.

A) A favor del derecho a contraer matrimonio con persona del ahora sexo opuesto se formulan tres argumentos:

1.º El derecho a la intimidad del afectado y la reserva de la rectificación registral. Tiene su base en el artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene derecho a su vida privada. El fallo de este argumento es que el matrimonio, no afecta solo al interesado, sino que también afecta a su cónyuge.

2.º Que el transexual que ha registrado la rectificación no puede contraer matrimonio con persona perteneciente a su nuevo sexo, pero tampoco con persona perteneciente a su antiguo sexo, puesto que la rectificación registral se ha producido para adecuar la realidad jurídica a las consecuencias producidas por el cambio de sexo, pero biológicamente sigue perteneciendo al sexo con el que se inscribió. Hay que decir, que no es totalmente efectivo ya que la elegibilidad del cónyuge no es totalmente libre, viene determinado por disposiciones legales que no dependen únicamente del sexo.

3.º Que públicamente, el transexual ostenta un sexo distinto de aquel con el que fue registrado. Hay que argumentar en contra que, la forma externa no es decisiva en cuestiones que afectan a terceros.

B) Los argumentos en contra son los siguientes:

1.º El argumento biológico, ya que la persona sigue teniendo sus caracteres cromosómicos iguales a los que ya tenía al nacer, biológicamente sigue siendo hombre o mujer.

2.º La Corte de los Derechos Humanos ha considerado que no se viola el artículo 12 de la Convención, que reconoce el derecho a contraer matrimonio, porque el precepto se refiere a matrimonios tradicionales entre personas de distinto sexo, luego la decisión de no inscribir en el Registro Civil el cambio de sexo no viola el citado artículo.

3.º La protección a terceros. Puesto que el derecho a contraer matrimonio implica a terceros. Aunque es débil este argumento porque podría declararse la nulidad del matrimonio por error en las condiciones esenciales de la persona, artículo 73 CC. Tras un procedimiento judicial, que hubiera podido evitarse.

La solución debe venir de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989 y la Recomendación 1.117 del Consejo de Europa, El Estado deberá tomar la decisión sobre si estas personas pueden o no contraer matrimonio, y con quién.

El caso del matrimonio *de homosexuales*, el problema se plantea en relación al reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a los homosexuales y si la legislación española lesiona el artículo 12 de la Convención Europea.

Vamos a estudiar los modelos de las diferentes legislaciones y los problemas que se plantean más a menudo.

En Europa se han utilizado dos modelos; dotar a las parejas homosexuales de un estatuto propio, y se denominan asociación registrada. Fórmula alternativa al matrimonio. La otra vía es la francesa, es el “pacto civil de solidaridad” y el pacto español que consiste en la creación de un contrato civil entre esas personas.

Los problemas que se plantean más corrientemente son, los relativos a la vivienda, la adopción, hijos habidos en otros matrimonios, y la sucesión.

En el caso de la subrogación en el arrendamiento de vivienda, la legislación española, la LAU permite la misma a la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente de análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual.

La adopción. La negativa unanimidad legislativa al respecto ha sido rota por la legislación holandesa.

La custodia de los hijos. Las razones para atribuir a uno u otro la custodia se basan en la posible afectación de la identidad sexual del menor y la desconsideración social de la homosexualidad, lo que puede llevar a la estigmatización del niño.

El argumento de la diferencia con el matrimonio es utilizado en todas las legislaciones europeas que han introducido la convivencia registrada; en Suecia se justifica aludiendo que habría que definir el matrimonio de forma distinta.

Pero, cuáles son los argumentos que sostienen el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio. El principal es la negativa de que el matrimonio deba ser considerado como un medio para la procreación, puesto que existen matrimonios infértiles y por eso no son nulos. Otro punto sería la protección al derecho a la intimidad, que impediría al Estado intervenir en la vida privada, prohibiendo estos matrimonios.

En España el derecho a contraer matrimonio deriva de la libertad y no está configurado expresamente como un derecho fundamental. Mencionar el auto del tribunal Constitucional 222/94 del que se deduce que el Estado no debe equiparar necesariamente los matrimonios y las parejas del mismo sexo, aunque mantengan la estabilidad.

Por lo tanto las líneas generales de cualquier solución deberían ser las siguientes:

- 1.^a La estabilización de las parejas homosexuales debe basarse en derechos diferentes al derecho de contraer matrimonio. Las razones basadas en la lesión de otros derechos fundamentales no tiene sentido, porque la igualdad no puede predicarse de situaciones distintas.

2.^a Cualquiera que sea la opción que se escoja debe contemplar la unión de homosexual de forma directa, sin esconderla detrás de otros nombres. Reconocer directamente la situación.

3.^a La pareja homosexual debe adecuarse a un estatus de acuerdo con sus propias circunstancias. El reconocimiento de las mismas no debe llevar como lo ha hecho la ley catalana de 1998, a una aplicación mimética de los modelos matrimoniales. Para las relaciones de la pareja con terceros, el Derecho Privado ofrece soluciones, aunque éstas no hayan estado pensadas para estos casos concretos.

El derecho a contraer matrimonio requiere de una determinada forma establecida por el artículo 49 CC, de acuerdo con el artículo 32.2 CE, consecuencia de la necesidad de construir un estatus matrimonial con efectos sobre los cónyuges y frente a terceros. El matrimonio es una institución garantizada en la Constitución, y como consecuencia se generan unos derechos y unos deberes, conocidos de antemano por las partes, mientras que las *uniones de hecho* no tienen garantía constitucional. La consecuencia es que no existe igualdad, la diferencia de regulaciones es correcta desde el punto de vista constitucional; por tanto el legislador español podrá legislar de forma distinta lo que es distinto.

Esto no impide que existan medidas concretas para situaciones concretas, que establezcan tratamientos parificados a las situaciones matrimoniales que no afecten a la institución, sino únicamente a algunas consecuencias que podrían suponer lesiones de derechos individuales.

De todo lo dicho, deducimos que, el derecho al matrimonio no es absoluto, su ejercicio viene condicionado por los requisitos legales. No se basa en la intimidad personal, porque el estado puede y debe intervenir en su regulación. Es un aspecto del derecho fundamental a la libertad. Y que no existen situaciones iguales al matrimonio y muy especialmente cuando los individuos pueden ejercer el derecho a casarse, y deciden no hacerlo en el uso de su libertad.

CAPÍTULO TERCERO

LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL DIVORCIO: LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Las consecuencias económicas del divorcio, requieren soluciones, debido a los problemas que afectan a los menores y a uno de los cónyuges, normalmente mujeres. Y más concretamente a la liquidación del régimen económico matrimonial que regía entre los cónyuges, la atribución del uso de la vivienda, la pensión alimenticia, y la pensión al cónyuge que sufre el desequilibrio económico con el divorcio. Todo esto es objeto de pacto por parte de los cónyuges, o bien por decisión del Juez en caso de que los acuerdos sean abusivos o dañinos para alguna de las partes. Se establecen sistemas para evitar el incumplimiento de estos pactos, pero suelen ser ineficaces.

Pero hay uno de estos problemas que ha sido objeto de estudio más profundo, la pensión compensatoria.

La legislación española, en su artículo 97 del CC, establece el concepto de pensión: «el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en resolución judicial...».

El derecho a la pensión se desliga de la existencia de culpa de la crisis matrimonial, y se admite sobre la base de condiciones objetivas.

El derecho a la pensión surge por necesidades económicas provocadas por el cese de la convivencia y el divorcio.

El concepto de pensión es totalmente independiente del de cargas familiares, porque éstas implican una convivencia familiar, consecuencia de un matrimonio existente.

Al extinguirse el deber de socorro y asistencia mutua del artículo 68 C.C. cesa el deber de alimentos y nace el derecho a la pensión. Este derecho puede existir o no.

La naturaleza de la pensión, no tiene nada que ver con el mantenimiento, el fundamento es el desequilibrio. Cualquier pacto económico en un divorcio deberá tener como punto de referencia la necesidad de evitar el desequilibrio y nunca los alimentos. Esto deriva del tenor del artículo 97 CC, la pensión compensatoria no tiene en ningún caso naturaleza alimenticia. Constituye en todo caso un supuesto de resarcimiento de daño objetivo, el desequilibrio económico, consecuencia de la separación o el divorcio. No se trata de prolongar la obligación por alimentos y el deber de socorro, más allá de la disolución del matrimonio, sino de una compensación.

Pero lo anterior no debe llevar a la afirmación de que es una responsabilidad civil, no se trata de una indemnización en sentido estricto. No se trata de prevenir necesidades futuras, se trata de compensar a quién más perdió con el divorcio.

Las diferencias entre pensión compensatoria y los alimentos son:

1.º La pensión se establece para los supuestos de desequilibrio económico entre cónyuges provocado por la crisis matrimonial, y los alimentos son una obligación en torno al concepto de necesidad.

2.º Por el contenido económico de ambos derechos: los alimentos son proporcionados a la fortuna de quién debe prestarlos y a las necesidades de quién los acredita. La pensión es una cantidad fija, modificable sólo con las circunstancias del artículo 100 CC.

3.º Los alimentos son irrenunciables y la pensión compensatoria sí.

No se trata de que el cónyuge esté en estado de necesidad, porque si esto ocurre y no hay desequilibrio económico no surge el derecho a la pensión.

La decisión de adoptar un régimen de comunidad de bienes cuya liquidación impida el desequilibrio, no ha tenido una formulación clara en España, pero ha influido en las decisiones de los tribunales, en las reclamaciones de pensiones.

El legislador catalán a la vista del desequilibrio que produce la liquidación del régimen de separación de bienes, establece que, el cónyuge que sin retribución o con retribución insuficiente, se haya dedicado a la casa o trabajo para el otro cónyuge, tendrá derecho a recibir del otro, cuando se extinga el matrimonio, una compensación económica cuando por razón del defecto, se haya generado una situación de desigualdad entre los patrimonios de los cónyuges, que implique un enriquecimiento injusto.

Significa que la pensión compensatoria constituirá un *posterius* al régimen de bienes. Los elementos que deben utilizarse para saber si existe un derecho a pensión, y la cuantía de ese derecho, se centran en estas ideas:

1.^a Para saber si existe desequilibrio, habrá que contabilizar todas las compensaciones que recibe el cónyuge que la reclama.

2.^a Además de lo anterior, hay que tener en cuenta la liquidación del régimen de bienes y los pactos de atribución de la vivienda familiar.

3.^a No existe pensión automática por el hecho del divorcio.

Aunque la tasa de divorcios en España puede considerarse baja en relación con los países de nuestro entorno, las estadísticas de los últimos años muestran que los divorcios han aumentado considerablemente, siendo Cataluña la comunidad autónoma donde más cantidad de ellos se ha registrado.

Las estadísticas judiciales españolas todavía no reflejan cómo se reparten las consecuencias económicas de estas crisis matrimoniales.

Por lo que se refiere a la tipología de los hogares, se ha producido en la década de los 80 un incremento de los Hogares unipersonales. Con respecto de los hogares monoparentales, la tipología más normal es la de una mujer adulta separada o viuda que vive con sus hijos. Se pone de relieve también, que en caso de divorcio es la madre la que se hace cargo de los hijos.

El aumento de las tasas de divorcio y la creciente desestructuración de las familias lleva determinadas consecuencias:

– Los casados tienen más salud que los divorciados, los hombres sufren más con el divorcio que las mujeres.

– El divorcio afecta a los niveles de vida de las personas. Los niños y las mujeres se vuelven más pobres, siendo el grupo peor parado las mujeres de clase media que trabajaron como amas de casa.

Hay que decir que estos datos pertenecen a estadísticas de países anglosajones, pero que se puede trasladar al nuestro y decir que el aumento de divorcios, consecuencia del ejercicio de la libertad de las personas, y del declinar de las

creencias religiosas, crea una nueva clase de pobres, aquéllos que han de vivir de unas pensiones, que se pagan tarde y mal.

El divorcio socializa la aplicación del derecho; éste ya no es un síntoma aplicable a las clases ricas, sino que afecta a todos los niveles sociales.

Para poder estudiar las razones por las que se llega a una situación concreta de ruptura matrimonial, antes hay que estudiar la naturaleza del matrimonio y la naturaleza del divorcio.

La laicización lleva a otorgar al matrimonio estructura contractual. El divorcio será una consecuencia de la ruptura de un consentimiento matrimonial preexistente.

El actual sistema español estructura el matrimonio sobre la base del consentimiento matrimonial (45 CC.), lo que no debe llevar a una consensualización pura del matrimonio, porque existe el principio de exigencia de forma. Habrá que concluir en la admisión de un principio consensualista en la creación del matrimonio que refuerza la legitimación del matrimonio, pero a la vez lo convierte en más frágil e inestable, puesto que el divorcio es la ruptura del consentimiento matrimonial.

La garantía de los derechos fundamentales a la libertad y la intimidad implica el reconocimiento de un sistema de divorcio que tenga como eje la no indagación sobre las causas que lo provocan.

Podemos decir, que el sistema de divorcio español es mixto, porque combina dos tipos posibles:

a) *el divorcio causal*, recoge el artículo 86-3b) y 5.º CC, «cuando quien pide el divorcio acredite, que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación».

«la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes».

b) *el divorcio consensual*, es el que se limita a constatar que no existe convivencia, con independencia de las causas que la hayan provocado.

El miedo al divorcio proviene como señala Eekelar, de la gravedad de las consecuencias económicas que provoca.

Haremos referencia a diferentes aspectos del matrimonio, antes de llegar a los modelos que se deberían adoptar para llegar a una solución más correcta;

- i) cooperación para toda la vida, es como si el matrimonio se mantuviera más allá del divorcio.
- ii) modelo individualista, existe un acuerdo de proporcionarse beneficios mutuos, en la ruptura, se proporciona una compensación, por la pérdida de los esperados ingresos y la restitución de las inversiones realizadas durante el matrimonio.

- iii) Modelo asegurativo, los esposos se convierten en aseguradores mutuos, uno del otro.

Muy seguramente el Ordenamiento jurídico español mezcla estas tres ideologías respecto a los efectos del divorcio, con relación a los hijos se asume el modelo asegurativo, y en cuanto a los cónyuges el modelo individualista.

Podemos establecer aquí una tipología de los posibles problemas, por lo que se refiere a las consecuencias de un divorcio;

- i) Matrimonios, sin hijos, o con ellos mayores de edad,
- ii) Matrimonios de corta duración, o personas jóvenes,
- iii) Matrimonios de larga duración, de personas mayores, fuera del mercado de trabajo,
- iv) Matrimonios con hijos menores o mayores dependientes.

A lo anterior cabe añadir otras variables, como son: la existencia o no de patrimonio familiar objeto de división, tipo de propiedad, posibilidad de acceder a un trabajo remunerado por el cónyuge acreedor de la pensión, acceso a una formación para un mejor trabajo.

Otra cuestión es quién debe decidir sobre el reparto de las consecuencias económicas del divorcio, es decisión judicial imperativa o, como en España se da, primacía a la autonomía de la voluntad y así el Juez solo actúa controlando los pactos para que no produzcan perjuicios a la parte débil de la relación.

Así el Ordenamiento se enfrenta a una contradicción, si por el artículo 32 como consecuencia de la igualdad ante la ley impera la autonomía de la voluntad de los esposos, el Ordenamiento jurídico no tendrá por qué arbitrar remedios económicos para situaciones postdivorcio.

Por tanto vamos a ver el papel que debe asumir la regulación jurídica. Es imposible la independencia económica de mujeres y niños. El Ordenamiento jurídico puede establecer sistemas de protección de los elementos débiles de la relación jurídica, especialmente los hijos, lo hace cuando el Juez controla los acuerdos de los Convenios para evitar el perjuicio de la desigualdad, pero no puede intervenir más allá.

Cabe preguntarnos si es preferible un sistema público de pensiones o un sistema privado de soporte por parte del cónyuge. El sistema español de sostenimiento de la familia y sus miembros es un sistema mixto basado en la cooperación entre el sector público y privado.

El Derecho juega un determinado papel en el control social, imponiendo unas consecuencias para evitar, como mínimo, el perjuicio de los Derechos fundamentales.

El propósito del Legislador al establecer las normas de los artículos 97 y 95 CC fue, precisamente, dar eficacia al sistema mixto antes aludido y evitar que un

cónyuge salga perjudicado a costa del otro como consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad de no continuar casado.

Una de las finalidades del régimen económico matrimonial consiste en la distribución de las propiedades de cualquier tipo adquiridas por los cónyuges constante matrimonio. Existen dos grandes grupos de regímenes de bienes: los que establecen una propiedad conjunta, que puede afectar a todo el patrimonio adquirido una vez contraído el matrimonio. Y aquellos otros sistemas que establecen regímenes de separación.

El tema de la propiedad ofrece dos variantes que deben de ser tenidas en cuenta en el ámbito de las prestaciones económicas derivadas del divorcio:

a) La composición del patrimonio. En el Derecho moderno se tienen en cuenta los bienes que derivan del capital humano, por dos razones, una la tendencia de los países anglosajones de evitar la dependencia, básicamente, de las esposas, después del divorcio. Si sólo uno de los cónyuges obtiene rendimientos de su trabajo, y el régimen de bienes es el de la comunidad, habrá que incluir en el patrimonio bienes que no sean materiales. Y la otra razón, no todo capital humano es susceptible de ser repartido entre los cónyuges, sino sólo aquel que se ha adquirido como consecuencia de la actividad conjunta de ambos y que supone una inversión, cuando el destinatario de la inversión toma la decisión de divorciarse de quien la ha hecho, en todo o en parte.

Por lo que respecta al Derecho español podemos encontrar estos elementos en las siguientes disposiciones:

– El artículo 1.438 CC, señala que el trabajo para la casa efectuado por cualquiera de los cónyuges, «dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

– El artículo 41 CF, con la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto del cónyuge aquel que se beneficia del trabajo gratuito. En realidad es un claro ejemplo de compensación por inversión en capital humano no retribuido, que se reconoce para equilibrar las relaciones económicas entre cónyuges en los supuestos de ruptura matrimonial.

b) La otra cuestión se relaciona con los problemas derivados de la propiedad de la vivienda familiar. Al ser la vivienda un bien protegido por la relación que tiene con el derecho social a la vivienda digna del artículo 47 CC y establecerse un sistema especial de disposición del artículo 1.320 CC, sus características se apartan de las de los otros bienes que se regulan en las relaciones económicas entre cónyuges. Teniendo en cuenta que posiblemente el único bien del matrimonio va a ser la vivienda, por el artículo 96 CC se va a atribuir al cónyuge que quede al cuidado de los hijos.

En definitiva, si la liquidación del régimen de bienes es presupuesto previo para determinar si existe o no desequilibrio, hay que concluir que en la actual

situación y en la mayoría de los casos, no hay posibilidades de reequilibrar los patrimonios de ambos cónyuges por este medio.

Es conveniente buscar una explicación sobre la decisión de los Ordenamientos jurídicos al admitir este tipo de prestaciones económicas postdivorcio.

La cuestión es si debe considerarse o no a la pensión como una compensación, teniendo en cuenta que nuestra legislación no admite el divorcio con base en la culpa, tampoco estamos hablando de un enriquecimiento injusto, como podría hacerse en las parejas de hecho dado que no existe base matrimonial, pero no puede ser una razón en el matrimonio a no ser aquellos casos identificados con el artículo 41 CF.

Después de estudiar diversas posibilidades llegaremos a la conclusión de que *la pensión por desequilibrio constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio: mientras era eficaz, el matrimonio enmascaraba esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, la pérdida se manifiesta con toda su crudeza y por ello debe existir la compensación.*

El camino que llega a esta conclusión es el siguiente:

1.º *¿Cuál debe ser la finalidad de la pensión compensatoria?* En España la pensión compensatoria está muy alejada de la pensión por alimentos que queda integrada en el derecho de mantenimiento de los hijos. Así se debe de excluir que la pensión compensatoria tenga la naturaleza de mantenimiento, el artículo 100 CC establece la fijeza de la pensión, aunque con relatividad.

Su limitación a los casos excepcionales, pretende fomentar el trabajo entre las mujeres, fomentar la autonomía de la persona de acuerdo con el artículo 10 CE. En este criterio coinciden las Audiencias Provinciales, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de la esposa reclamante.

2.º *La pensión compensatoria como indemnización.* En este sentido es de destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 30 de enero de 1995, donde después de negar que se trate de un derecho de alimentos, se plantea su naturaleza indemnizatoria, “se basa en un desequilibrio económico fundado en la solidaridad material que surgió entre los esposos al contraer matrimonio».

Esta explicación comportaría la continuación del matrimonio más allá de su disolución, hay que buscar otra explicación.

El artículo 97 CC dice “desequilibrio económico en relación con la posición del otro (cónyuge), que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio”; el derecho a pensión se configura a modo de indemnización por los perjuicios que se puedan derivar del cese de la convivencia conyugal, sólo se tiene en cuenta el equilibrio entre los patrimonios de los esposos, y no la participación de ellos en la causa de la ruptura.

Es necesario acudir a criterios económicos, el derecho a la pensión se obtiene a través de lo que se denomina inversiones matrimoniales, es una herramienta para eliminar incentivos financieros distorsionantes y no para librar a uno de los cónyuges de la necesidad.

Así vemos que cuando no se ha invertido totalmente en el matrimonio, los Tribunales negarán la pensión por desequilibrio, de estas sentencias se deduce que la pérdida económica consecuencia del matrimonio debe de compensarse cuando el matrimonio haya producido una desigualdad entre las capacidades de los cónyuges de obtener ingresos. Y que ello ha de verse con independencia del régimen económico matrimonial. Por tanto lo que se compensa es la pérdida de la oportunidad de obtener un trabajo, sufrida por un cónyuge a quien afecte, y además, debe compensarse también la dedicación exclusiva al cuidado de la familia. La pérdida de los costos de oportunidad.

En cuanto a la cuantificación de la pensión hay que tener en cuenta los elementos del artículo 97 CC.

De todo ello se deducen cuatro principios básicos en la construcción de la pensión como compensación por desequilibrio:

1.º La necesidad de liquidar de forma definitiva la situación producida por el matrimonio que ha llegado al divorcio. La pensión puede ser temporal.

2.º La pensión no es una compensación por la ruptura ni por la causa que produce el divorcio. La protección del derecho a la intimidad impide esta investigación.

3.º El principio de la autonomía personal y la consecuencia de que las personas deben de proveer por sí mismas al propio sustento, elimina la característica alimenticia de la pensión.

4.º En el caso de que haya hijos, los Tribunales deciden atribuir una compensación por la dedicación a la familia o bien por la necesaria dedicación presente.

El divorcio se convierte en una cuestión exclusivamente privada, en la que los poderes públicos controlan las causas previstas por la ley y que no se produzcan perjuicios irreparables para alguna de las partes.

CAPÍTULO CUARTO.

MENORES Y FAMILIA

La progresiva privatización de las relaciones familiares hace que el Derecho de familia se desplace hacia la protección del colectivo más débil, los niños. Ante la dificultad de mantener el modelo mediterráneo, como forma exclusiva de protección de los individuos débiles, nos encontramos con tendencias que van

a tener gran influencia en la construcción de la teoría de los derechos fundamentales de los menores, una es la que se basa en la privatización del interés del menor, *familismo*; y la que se basa en la necesidad de intervención del Estado, sobre todo, por medio de prestaciones sociales.

La expresión interés del menor viene siendo utilizada en el mundo jurídico a partir de los textos internacionales que España ha ratificado y forman parte de nuestro Ordenamiento jurídico. Pero los Ordenamientos Internacionales no han seguido una línea uniforme; sus declaraciones son numerosas, alcanzando su mayor grado de expresión en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. Se fija una dualidad de sistemas, artículos 4 y 5, la familia debe ser primer elemento de protección, de modo que el Estado no pueda eliminarla, aunque deba cooperar con ella.

Pero el pronunciamiento más importante se recoge en el artículo 3.1 de la Convención, según el cual, cualquier decisión concerniente a los menores, debe tener en cuenta de forma primordial los intereses de los mismos, de forma que no sólo quedan afectados los poderes públicos, sino también los particulares.

La Convención ha provocado que casi todas las legislaciones europeas hayan adoptado el principio del interés del menor. Y surge el problema de cómo puede ser reconocido este interés, así nos encontramos con dos sistemas: identificarlo por medio de una lista de situaciones que quedan incluidas en el concepto general de interés del menor, equiparando los conceptos de interés del menor con la finalidad de proporcionar al Juez una guía en el momento de tomar decisiones que afecten al menor. La segunda posibilidad consiste en la introducción de una cláusula general, pero sin contenido concreto.

Parece que este último sistema crearía una gran inseguridad, pero otros autores opinan que sería mucho más útil, lo que nos lleva a volver a preguntarnos por la definición de interés del menor en un sistema abierto como es el español.

La cláusula del interés del menor está centrada en el respeto de los derechos fundamentales, y cualquier actuación pública para evitar la correspondiente lesión.

Estando claro el reconocimiento de que los menores son titulares de derechos, queda el problema del ejercicio de los mismos, dadas las características de los titulares.

Con la Convención de 1989 aparecen dos cuestiones, si la Convención establece los derechos de los niños, esto significa que antes no los tenían, y sólo existen los derechos establecidos por el Convenio. Y surge una nueva preocupación, ¿cuál es el origen de esos derechos? Los autores que piensan que la base de cualquier regulación fundada en derechos es la voluntad, para los que los menores no pueden formular una voluntad plausible. Para los autores que ponen el acento en el interés, éste permite protegerlos a través de la utilización de la teoría de la titularidad de esos mismos derechos.

Admitir que la existencia de un derecho se basa exclusivamente en la voluntad de las personas, plantea una dificultad: la necesidad de objetivación de la decisión que se refiere a los intereses del menor. Si no hay criterios objetivos, cualquier sistema jurídico se convierte en inseguro y arbitrario.

Quizá la clave es que algunos autores no acaban de comprender que el niño tiene categoría jurídica de persona. Es titular de derechos fundamentales por razón de su nacimiento. La construcción jurídica que tenga como base la previsión de todas las situaciones del menor, es peligrosa, en tanto que puede dejar fuera situaciones impensables en el momento en que se redacte la norma. Frente a esto está el sistema español, aunque deja la puerta abierta al arbitrio del Juez, que apreciará en cada momento si se producen o no situaciones especiales que obliguen a una protección concreta del interés del menor.

La doctrina italiana ha llegado a la conclusión de que resulta muy difícil intentar precisar un concepto de interés del menor que sea objetivo y uniforme. La argumentación jurídica que se utiliza es la protección de la personalidad del menor. El interés del Estado es la protección de los derechos fundamentales de las personas que por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad.

En materia de protección de menores existe una evidente interacción entre los sectores privado y público.

El artículo 8.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos reconoce el derecho de la persona a que sea respetada su vida privada, familiar, su vivienda y su correspondencia. De aquí parece deducirse un reducto de intimidad, protegiendo la autonomía de la familia frente al Estado. Si bien es verdad que los padres tienen ciertos derechos en relación con sus hijos, de aquí no se deduce que no tengan que soportar determinadas actuaciones, cuando sean necesarias para proteger los derechos fundamentales de éstos.

A partir del artículo 39.3 de la CE que establece que «los padres han de prestar asistencia completa a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio durante la minoría de edad y en aquellos otros casos en que la ley lo establezca», impone a los padres un tipo de obligaciones que forman el contenido propio de la patria potestad.

En un Estado social y democrático de Derecho, las instituciones familiares tienen su razón de ser en tanto que aseguran al individuo que forma parte de las mismas la garantía de los derechos fundamentales de que es titular. Consecuencia de esto es que el ámbito de protección del menor deja de ser privado para compartir con la actuación del poder público.

La estructura tradicional basada en el matrimonio, no puede resolver muchos de los problemas que en la actualidad han surgido, por ello hay que buscar otras soluciones basadas en estos puntos esenciales:

a) *Las normas no deben de basarse exclusivamente en el matrimonio. Se deben establecer sistemas alternativos de protección, sobre la base de interven-*

ción pública, cuando se produzcan situaciones de desamparo, por no ejercicio de la patria potestad o tutela. De aquí que el artículo 39 CE declare la protección de la familia.

b) *La protección debe basarse más en la persona que en su patrimonio.*

c) *El papel atribuido a los poderes públicos es el de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.*

En conclusión debe afirmarse que siendo los menores titulares de derechos fundamentales por haber adquirido la personalidad jurídica en el momento del nacimiento, la intervención directa o indirecta de los poderes públicos se justifica plenamente, puesto que su finalidad es evitar que la actividad o inactividad de los adultos pueda lesionar los derechos de quienes no tienen capacidad para actuar por sí mismos. La potestad adquiere sentido, puesto que se concibe en función de los sometidos a ella, y no un derecho de los padres.

EL ESTATUTO DEL MENOR

No se trata de definir algo que no aparece en la Constitución, sino que se trata de tener en cuenta una situación especial, en la que se encuentran determinados derechos fundamentales, cuando su titular es menor de edad. Este es el único sentido que se puede dar a esas leyes, para no entender que los menores sólo gozan de los derechos que allí se reconocen, cuando no es cierto.

El derecho básico de los menores de edad es el de ser atendidos conforme a su personalidad y con pleno respeto a sus derechos fundamentales. Esto es el interés del menor que también se recoge en el artículo 2.1 de la LO 1/96. Es evidente que en casos generales serán los titulares de la patria potestad quienes van a decidir sobre las cuestiones que afectan al menor. Pero puede ocurrir que haya un conflicto de intereses, en estos casos la preferencia la tiene el menor.

La especificidad de determinados derechos fundamentales aplicados al menor:

1.º *El derecho a la educación.* El artículo 27 CE establece “todos tienen derecho a la educación. Recoge dos tipos de derechos, el de las personas en general a poder acceder a la enseñanza gratuita, y el derecho de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos.

En los casos de conflicto entre padres y Estado se solucionan los desequilibrios que puedan lesionar derechos fundamentales propios de los padres, como es el de la libertad religiosa. Pero quién soluciona los casos de confrontación entre los padres y el menor: el artículo 154.3 CC señala que los padres deben consultar esta decisión con su hijo. Se trata de una consulta no vinculante para los padres.

El artículo 27 CE ofrece una garantía doble, por una parte asegura a los padres la libertad de elegir el tipo de enseñanza que consideren más convenient-

te para sus hijos, pero además también quedan garantizados en el ámbito de la regulación del derecho a la educación los derechos fundamentales a la vida e integridad física, a la libertad ideológica y religiosa y a la finalidad y objetivos de la propia educación. Estos derechos se aplican a los menores de edad y no parece que deban ejercerse por medio de un intermediario. Se aplica directamente lo que dispone el artículo 161.1 CC.

La Constitución deja siempre a salvo el derecho de los menores a tomar sus propias decisiones, porque el derecho atribuido a los padres no confiere un poder absoluto sobre los hijos, sino que se ejerce para ellos.

2.º *La libertad religiosa.* El artículo 6.1 LO1/1996 reconoce al menor el derecho a la libertad de conciencia y religión en general. El artículo 27.3 CE establece que «*los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones*».

Las convicciones a las que se refiere el artículo es tanto las de los padres como las de los hijos. Contiene un derecho que los padres podrán ejercer para evitar que el Estado imponga una ideología uniformadora de la educación religiosa y moral de los menores, cosa que sería contraria al modelo plural establecido en el artículo 1 CE, pero no es un derecho que permita a los padres imponer una determinada ideología a los hijos menores, porque también se exige que la patria potestad se ejerza conforme a la personalidad del menor (154.2 CC).

3.º *El derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.*

En el caso de los menores, los problemas se centran en la modalidad de su ejercicio. Según el artículo 3 de LO 1982 los menores deben consentir los actos que puedan afectar a su derecho a la intimidad. Por tanto, el consentimiento corresponde al interesado, siempre sobre la base de que sus condiciones de madurez le permitan formular una declaración de voluntad consciente. En relación con el ejercicio de este derecho, existen dos posibilidades: el ejercicio directo y el que podemos denominar ejercicio vicario, a través de quienes ostentan la patria potestad o tutela del menor.

Así en primer lugar, los garantes de la protección de los derechos del menor son quienes legalmente ostentan su guarda y custodia, no sólo porque a ellos corresponde el ejercicio de reclamación cuando el derecho fundamental ha sido lesionado, sino porque la ley les impone un especial deber de respeto y protección en nombre e interés del menor que debe llevar a negar autorizaciones perjudiciales. La otra garantía se centra en el control por parte de los poderes públicos de la efectividad del derecho fundamental implicado, a través de la actuación del Ministerio Fiscal, quien tiene obligación de intervenir cuando tenga conocimiento de la existencia de intromisión ilegítima incluso si consta consentimiento del menor.

A partir de aquí se plantean los problemas relacionados con los derechos fundamentales. Las consecuencias de que una persona sea mayor de edad con-

sisten en el reconocimiento de la autonomía de sus decisiones, de modo que puede actuar en las todas las esferas con plenas consecuencias jurídicas.

El Ordenamiento jurídico reconoce a los menores de edad una cierta capacidad de actuación eficaz y en este caso, se exige un control, se parte en la ley de la concurrencia de condiciones de madurez; ello determina el nivel de eficacia, sin el que no puede existir actuación válida. Además deberá de estar prevista en la ley.

Estos casos vienen recogidos en el Código civil, permitiendo la válida actuación del menor:

i) *Actuación plenamente eficaz*. El ejercicio de los derechos de la personalidad previsto en artículo 162.1 CC y en el artículo 155.2 CF.

Disposiciones que admiten directamente la actuación válida del menor en sectores personales y económicos y que puedan llevar a la adquisición de determinados bienes, entre ellos, su salario; el consentimiento para su propia adopción cuando ésta se produzca a partir de los 12 años, la validez del testamento otorgado por mayor de 14 años.

De todo esto se deduce que el consentimiento del menor es un requisito indispensable cuando la actuación propia o ajena afecta a sus derechos fundamentales y ello, siempre que concurren las condiciones de madurez que le permiten entender y querer las consecuencias de sus actos.

ii) *La actuación controlada*. Son los casos en los que el Código civil admite la eficacia de la actuación del menor a la concurrencia de los titulares de la patria potestad. Son los casos de reconocimiento de hijos no matrimoniales. El ejercicio de la patria potestad de los hijos reconocidos y la administración de los bienes adquiridos por la propia actividad laboral. En otros casos el control es judicial, como la dispensa de edad para contraer matrimonio.

iii) *La opinión del menor*. Se trata de dar participación a quien quedará afectado por la decisión que otros tomarán por él. Así ocurre en las separaciones y divorcios de los padres, respecto a su cuidado y educación, artículos 92.2 y 82.2 CF y 177 CC.

Conclusión es, que siendo la patria potestad un sistema de protección, carece de sentido cuando el sujeto a proteger tiene las condiciones de madurez necesarias para tomar la decisión que va a afectarle. En este caso, la patria potestad no funcionará porque no es necesario protegerle.

De todos estos datos concluimos que la vía normal para asegurar la protección del menor tiene lugar a través de las familias, por eso no debe de extrañar el artículo 39 CE que establece un sistema mixto de protección, instalando en el ámbito constitucional una realidad existente en la sociedad española.

Es inevitable estudiar la vía más normal de atribución de patria potestad, la filiación. La filiación es una técnica jurídica, cuya finalidad esencial es proporcionar a los nacidos un sistema de protección durante su minoría de edad. La patria potestad corresponde a quienes sean los padres.

Los principios que rigen la atribución de la filiación pueden deducirse de lo dispuesto en la Constitución, y consisten en la coincidencia de la verdad biológica y la legal y la aplicación del principio de igualdad.

1.º *La verdad biológica y la legal.* Debe ser considerado padre la persona que lo sea biológicamente, la Constitución admite la investigación de la paternidad por la obligación que tienen los padres de prestar asistencia a sus hijos.

Pero este principio no es fundamental, puesto que hay veces que no coinciden la paternidad biológica y la legal, como es el caso de la adopción, y la filiación asistida.

2.º *El principio de igualdad.* El segundo principio que rige constitucionalmente la filiación es el derecho a la igualdad. La filiación es un sistema para identificar a los titulares de la patria potestad. La determinación de la filiación es un derecho del hijo, que le va a permitir exigir de sus padres el cumplimiento de los deberes que el artículo 39.3 CE les impone.

En el sistema español las formas de atribución de la paternidad son las siguientes:

a) La atribución de la maternidad. Hasta la utilización de técnicas de reproducción asistida, la determinación era el parto. El sistema elegido por la legislación española es el que mejor protege los intereses del hijo, es decir el hecho natural del parto.

b) La atribución de la paternidad. Se acude a las presunciones de convivencia del presunto padre con la madre física en determinados periodos fijados legalmente. La paternidad queda legalmente determinada según que las relaciones con la madre de quien va a ser declarado padre, se produzcan dentro o fuera del matrimonio. Y esto es así porque el matrimonio genera la obligación de la fidelidad (artículo 68 CC).

Con respecto a lo anterior, se formulan las siguientes reglas:

- i) *Las presunciones de paternidad.* Si se cumplen las previsiones legales, se atribuirá al marido la paternidad de los hijos de la mujer casada (aparece regulado en artículos 115 y 119 CC y 89 CF). Es una presunción iuris tantum, puede ser destruida cuando se pruebe que el padre es persona distinta.
- ii) *La declaración de voluntad:* el reconocimiento. Se producen aquellos casos en los que, no habiendo matrimonio, el declarante asume como hijo suyo al de una mujer con quien ha convivido habitualmente o de forma esporádica. Puede ser de dos formas, mediante reconocimiento formal (en documento público, testamento, Registro Civil); y el reconocimiento aformal, por medio de actos tácitos, o el simple reconocimiento sin forma (135 CC).

- iii) *La verdad biológica.*
- iv) *La excepción ¿vuelta a la paternidad formal?* En los casos de reproducción asistida, la paternidad atribuida a través de sistemas formales prevalece sobre la biológica. La ley elimina la posibilidad de que se utilice el dato genético, para interponer una acción de impugnación de paternidad del hijo de la esposa o compañera, cuya inseminación se consintió. Esto perjudicaría los intereses del hijo. Esta imposibilidad provocará, que sea padre quien consintió el proceso médico.

3.º *La paternidad social.* Sobre la base de que existe una situación, el Ordenamiento jurídico, a partir de que se crea un sistema de cooperación entre particulares y los poderes públicos, ofrece una protección privada a menores que se encuentran en situación de desamparo. La paternidad social puede ser definitiva como la adopción, o provisional, como el acogimiento.

La adopción es un remedio para situaciones de desprotección, en las que la familia originaria no cumplen las obligaciones legalmente establecidas, la adopción solo puede admitirse en los casos y características establecidas por la ley.

En el caso de la adopción conjunta por parejas de homosexuales, la solución está en tener como base el interés del menor, porque es un sistema ideado para proteger al menor, nada tienen que ver aquí los derechos de los homosexuales.

Nos hemos limitado a hacer un resumen de las ideas principales del libro sin hacer una valoración de las mismas.

AMPARO BENET

DE LA ROCHA GARCÍA, Ernesto: *Manual práctico de regímenes económicos matrimoniales. Regulados en el Código civil y en las compilaciones forales, con los formularios de actuaciones que de los mismos puedan derivarse*, Editorial Comares, Granada, 1999, 194 pp.

La monografía que comento, «Manual práctico de regímenes económicos matrimoniales», cuya edición ha asumido la Editorial Comares, es una publicación más de la extensa y significativa obra que tiene como autor al magistrado Ernesto de la Rocha García. Este prolífico autor, gran conocedor de materias diversas y al tiempo interrelacionadas como son el Derecho civil, procesal, administrativo y mercantil, y experto por su profesión en numerosas cuestiones puntuales, se adentra ahora en uno de los aspectos del Derecho matrimonial –los regímenes económicos matrimoniales–, que más expansión está experimentando en la actualidad, dada la frecuencia, hoy día, de supuestos de crisis matrimonial. No es la primera vez que el magistrado pone al alcance de los interesados en el tema, sus relevantes conocimientos sobre la materia, pues, ya con anterioridad