



**Universidad**  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Grado

Afectación de los cambios sociológicos en el sistema  
matrimonial español: evolución de los efectos civiles  
sobre los contrayentes.

Autor/es

**Patricia Palma Fuster**

Director/es

**Isaac Tena Piazuolo**

Facultad de Derecho

2014

## ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS: —————▶ página 3

I. INTRODUCCIÓN —————▶ página 5

Cuestión tratada en el trabajo de fin de grado : página 5

Razón de la elección del tema y justificación de su interés: página 6

Metodología seguida en el desarrollo del trabajo: página 9

II. CONCEPTOS JURÍDICOS UTILIZADOS —————▶ página 10

Familia: página 11

Matrimonio: página 14

Sistema matrimonial : página 20

III. ANÁLISIS DEL PRIMER PERÍODO: ANTES DE LA CE —————▶ página 23

Deber de convivencia, fidelidad y socorro mutuos : página 26

Deber de protección del marido a la mujer y deber de obediencia de la mujer al marido:  
página 27

El marido es el encargado de la administración de los bienes conyugales: página 28

El marido es el representante de la mujer : página 29

Nulidad de los actos llevados a cabo contra lo dispuesto en los apartados anteriores:  
página 32

IV. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PERÍODO: DESPUÉS DE LA CE —————▶ página 33

Principios rectores: página 38

Derechos y deberes recíprocos: página 40

V. EVOLUCIÓN DEL DIVORCIO EN ESPAÑA —————▶ página 45

Constitución de 1931: página 45

Período de inexistencia, 1931-1981: página 48

De la reforma de 1981 hasta la actualidad: página 55

VI. DEBATES ACTUALES EN TORNO A DERECHOS Y DEBERES ENTRE CÓNYUGES

¿ES INDEMNIZABLE EL DAÑO MORAL? —————▶ página 61

Indemnización al cónyuge de buena fe cuando el matrimonio es nulo: página 62

Resarcimiento de daño causado por incumplimiento de deberes matr.: página 63

La protección de los deberes fundamentales de los cónyuges: página 68

VII. VALORACIÓN CRÍTICA. POSIBLES MEJORAS DEL DERECHO DE FAMILIA →

página 70

VIII. BIBLIOGRAFÍA —————▶ página 75

## LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

ASSEP: Análisis sociológico, económico y político

Art: artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución española

CIS: Centro de investigaciones sociológicas

CIU: Convergencia y unión

CEDH: Corte Europea de Derechos Humanos

Ed. : editorial

EEUU: Estados Unidos

FOESSA: Fomento de estudios sociales y sociología aplicada

IOP: Índices de opinión pública

ISSP: International Social Survey Programme

p. : página

pp. : páginas

PP: Partido Popular

PSOE: Partido Socialista Obrero Español

REIS: Revista Española de Investigación Sociológica

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

ss.: siguientes

SS: sentencias

STC: sentencia del Tribunal Constitucional

STS: sentencia del Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

El Derecho es una ciencia en constante cambio, y que refleja la realidad social, por ello estas reformas llevadas a cabo desde la promulgación del Código Civil, no son fortuitas o infundadas.

El objeto del presente trabajo es precisamente analizar qué es lo que subyace detrás de las reformas más relevantes así como sus consecuencias prácticas.

Sin embargo, la empresa propuesta es inabarcable, debido a la pluralidad de ordenamientos civiles inherentes al sistema español y al dilatado espacio de tiempo que abarcaría. Como ha sido necesario concretar un lapso temporal determinado y un solo sistema, el trabajo versará sobre el período de tiempo entre 1958 y el momento presente, en el sistema civil común. La primera elección es porque es la ley de 24 de abril de 1958 en pleno régimen franquista, marca el inicio de la abolición de las discriminaciones más evidentes, un punto de inflexión a partir del cual es interesante analizar su evolución jurídica. La elección del Derecho Común es porque recoge los cambios sufridos en toda la sociedad española y porque, en muchas ocasiones es la referencia de los legisladores forales o autonómicos.

Es ineludible tratar la situación de la mujer dentro del mismo, puesto que es sobre la que más se ha reflejado este progreso, así como el distanciamiento Estado – Iglesia. Por causas de concreción expresadas más arriba, sólo voy a tratar los cambios en lo relativo al derecho civil, y no otros que podrían tratarse en materias tales como el derecho penal, el constitucional o el laboral, sin perjuicio de algunas referencias breves que considero interesantes para la materia.

## 2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

El derecho de familia es el sector del Derecho Civil que se ha sometido a reformas más profundas. La redacción original de 1889 tenía un marcado carácter patriarcal de la familia, sumisión de la mujer a la autoridad del marido y la radical discriminación entre los hijos legítimos e ilegítimos. Estos principios son absolutamente contradictorios con la Constitución Española de 1978 ¿Cómo puede el sistema jurídico tener dos normas cuyos principios inspiradores son totalmente opuestos en vigor?, la respuesta es clara, mediante la evolución paulatina del Derecho de Familia a través de diversas leyes, que han supuesto de facto la construcción de un nuevo contenido, distinto de forma casi absoluta al original.

En concreto la reforma de la cual partimos, tiene un personaje destacado que es Mercedes Formica. Esta mujer, olvidada durante mucho tiempo por pertenecer al grupo etiquetado como «los malditos»<sup>1</sup> por su vinculación con la Falange, a la que ganar la guerra, les trajo la consecuencia de ser relegados del reconocimiento cultural.

La Señora Fornica, comenzó su andadura política en 1933 adscribiéndose a la Falange y siempre muy ligada a la intelectualidad. Estudió derecho y pronto empezó a ocupar cargos en el partido. Su pasión por la Falange, sin embargo, se fue diluyendo poco a poco, hasta el punto de considerar a Franco y los nuevos falangistas que se habían alistado tras el estallido de la Guerra como unos adulterantes del régimen joseantoniano.

---

<sup>1</sup> MAINER J.C. « Literatura y fascismo en España. El desván de los Malditos». *Lateral, Revista de Cultura*, enero de 1995 pp 95 y ss.

Comenzó su carrera en el seno de las mujeres falangistas, cuyo emblema era la subordinación de la mujer con respecto al hombre, y su tarea la de tratar de comprender a su marido y hacer más interesante la vida del hogar.<sup>2</sup>

Sin embargo, escribía novelas donde reflejaba a una mujer transgresora e insumisa que huía del matrimonio. Las restricciones de la revista *Medina*, en cuya edición tenía un papel relevante, no eran concordantes con su concepción de la sexualidad, que igualaba la mujer al hombre. Fue en los años 40 cuando se apartó definitivamente de la Falange y se comprometió firmemente con la lucha por la dignidad de la mujer. Se terminó de desencantar cuando, tras finalizar sus estudios, quería formar parte del Cuerpo de Diplomáticos pero no podía porque no cumplía uno de los requisitos «ser varón»<sup>3</sup>. Se dirigió al Ministro de Justicia, explicándole que con la ley del momento, un título universitario en manos de una mujer, no era más que «papeles mojados» a lo que éste respondió que lo que le sucedía era normal y que debería haber estudiado algo más acorde a su condición de mujer, como por ejemplo, comadrona.

Dña Mercedes se encontró entonces en una situación que ni se hubiese producido con Primo de Rivera, (Quien siempre le apoyó en sus estudios) ni con la legislación republicana válida antes de la guerra civil, aunque se podían encontrar trabas sociales, no legislativas. Testimonios de ello, en el campo del derecho como Victoria Kent, Clara Campoamor (que participó, por ejemplo, en la redacción de la ley del divorcio de 1932) o Matilde Huici lo avalan.

En una entrevista, en plena etapa franquista antes de entrar en la década de los 50 declaró «como mujer, no deja de preocuparme la injusticia de que la muchacha

---

<sup>2</sup> SCANLON, G. «La polémica feminista en la España contemporánea (1868-1974) *Akal, Madrid, 1986.*

<sup>3</sup> Los requisitos fueron publicados en el BOE de 10 de octubre de 1949 en la convocatoria de oposición a la escuela diplomática.

universitaria de hoy tenga cerrados todos los caminos para el ejercicio de una profesión; sobre todo las que se derivan del Derecho»<sup>4</sup>

Para ejercer su profesión, se dio de alta en el Colegio de Abogados de Madrid, siendo una de las tres licenciadas españolas en activo junto a Pilar Araiz y Josefina Bartomeu.

El inicio de la campaña que desembocaría en la reforma del Código antes citada, comienza en este momento. Conoció a fondo, a través de sus clientas, mujeres maltratadas y divorciadas, el estatus jurídico de la mujer de su época y comenzó una campaña a favor de los derechos de la mujer española en el diario ABC<sup>5</sup>, con gran tirada en la época.

De todos los escritos que publicó y las numerosas notas de prensa nacionales e internacionales que hablaron sobre ella, es de especial relevancia para el tema concernido aquí el artículo de 7 de noviembre de 1953 que firmó ella misma y que se editó en el periódico antes citado, su artículo se titulaba «el domicilio conyugal»<sup>6</sup>.

Se hicieron eco de ello revistas internacionales de prestigio como la estadounidense Time, diarios europeos, entre otros Die Welwoche, KolnerStadAnzeiger u Oggi B.T. y en Latinoamérica La Prensa, el Colombiano, Diario Carioca, Visión o Mañana, además del seminario de CNT, entre otros<sup>7</sup>.

En cuanto a la investigación del impacto social, de las consecuencias que tienen las leyes así como el estudio del clima anterior necesario para que cambien, también tienen

---

<sup>4</sup> La autora fue portada de la revista Semana número 475, de publicación el 29 de marzo de 1949. En su interior aparecen recogidas estas declaraciones.

<sup>5</sup> Sirva de ejemplo FORMICA, M. «Inferioridad Jurídica de la mujer» *Diario ABC, Madrid 22 de noviembre de 1953*.

<sup>6</sup> En Diario ABC, Madrid 7 de noviembre de 1953. (consultado en la hemeroteca virtual del periódico: <http://hemeroteca.sevilla.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1953/11/07/009.html>)

<sup>7</sup> FORMICA M. *Espejo Roto y Espejuelos, Pequeña historia del ayer Vol. 3*. Huerga y Fierro editores, Murcia, 1998 pp. 39-45 (. Los dos primeros son *Visto y vivido (1931-1937)*, Barcelona, Planeta, 1982 y *Escucho el silencio*, Barcelona, Planeta, 1984. En el tercer tomo de memorias, *Espejo roto. Y espejuelos*, es donde se narra toda la campaña iniciada en pro de la mujer, que culminó con la reforma legal de 1958, objeto de nuestro estudio.

una protagonista femenina en el campo del derecho de familia y es Carmen de Burgos conocida como Colombine quien comenzó a recabar informaciones y opiniones acerca del divorcio a comienzos del siglo pasado, a través de una plataforma creada por ella misma, un «club de matrimonios mal avenidos», siendo su lanzadera de publicación el Diario Universal. Su pretensión era crear un punto de discusión a través del cual promover la promulgación de una ley del divorcio española.

Aunque a través de métodos poco ortodoxos (cartas que le envían los lectores y opiniones de personajes importantes en la época) llega a obtener 1.462 respuestas favorables y tan solo 320 desfavorables. En sus propias palabras «el divorcio es un signo de progreso y está admitido en la mayoría de los países. El divorcio es conveniente a la sociedad y a la moral [...] de nuestro plebiscito resulta que la opinión en España es favorable al divorcio y es indudable que se celebrará entre nosotros como conquista de la civilización»

Desde el siglo XIX el interés en esta materia, quizá por su vinculación social o porque es una de las que más preocupan a los ciudadanos en cuanto a la cantidad de veces que se ven a lo largo de su vida afectados por él de forma directa desde el mismo nacimiento, que genera una red de relaciones familiares y derechos, es constante.

El matrimonio es quizá uno de los campos más estudiados y con más implicaciones morales, sociales y éticas porque se configura con la propia voluntad la que lo configura y no una realidad fáctica como el nacimiento (vínculos de filiación) o la muerte (extinción de la personalidad jurídica). Por ello este trabajo trata de saber qué implica tomar esta decisión y qué situaciones desencadena.

### 3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Para la realización del presente trabajo, he recurrido a documentos en soportes físico y a internet. En cuanto a los materiales tangibles, los he encontrado en la Biblioteca de la facultad de Derecho, en la de la facultad de Filosofía y en la Biblioteca Pública de Aragón, además de documentos privados.

El soporte telemático que de mayor utilidad me ha resultado es Dialnet en cuanto a la búsqueda de documentos relacionadas con mi trabajo, también he utilizado Alcorze.

Para la realización del estudio social, he consultado las bases de datos del INE, los informes del CIS y los informes FOESSA, todos ellos a través de sus propias páginas web.

En el último apartado, reflexiones finales y posibles mejoras del derecho de familia, me ha sido de gran utilidad la entrevista personal con expertos titulados y ejercientes en la materia en la actualidad en nuestra ciudad.

## **II. CONCEPTOS JURÍDICOS UTILIZADOS**

Antes de entrar de lleno en el fondo del tema, me parece interesante presentar unos conceptos básicos que van a ser repetidos a lo largo de la exposición y por ello considero preciso estudiar su contenido de las mismas para dejar claro qué representan y qué contenido abarcan en relación con el texto.

Estos conceptos son: familia, matrimonio y sistema matrimonial, en su vertiente de significado jurídico. No son conceptos estáticos sino que están sometidos a cambios propios de la inercia de la evolución social que se produce a través de las generaciones.

## 1. FAMILIA

La familia es una comunidad cuyo concepto en principio estaba claro, era creada por el matrimonio y se le sumaban los hijos del mismo. Aunque en la actualidad esta sea la referencia, la tipología de variantes familiares crece continuamente, lo cual hace que dar una única definición legal de la misma sea una tarea ardua y además innecesaria ya que con ello se podrían hacer exclusiones indebidas. No obstante se puede definir como el grupo de personas físicas relacionadas entre sí por vínculos conyugales o de parentesco.<sup>8</sup>

El derecho de familia comprende en realidad, al menos, tres tipos: el del matrimonio, el de la filiación y el estudio de las instituciones tutelares de menores e incapacitados.<sup>9</sup>

Se distingue del derecho patrimonial en cinco aspectos: su contenido ético (aunque sea el derecho el que transforma estas normas en exigibles hasta donde es útil y conveniente) lo que hace entendible la fusión del derecho y el deber que supone; transpersonalísimo, en el sentido de que prima el interés de la familia sobre el del individuo; limitada autonomía de la voluntad (que se reduce al matrimonio); e indisponible de la duración (es irrenunciable e intransmisible).

En la actualidad, la Constitución Española protege a la familia en su art. 39, pero la doctrina tiene dudas acerca de establecer a qué tipo de comunidad se está refiriendo en concreto con esta palabra.

Aunque hay autores que defendieron que se trataba únicamente de la familia matrimonial, con la evolución de la jurisprudencia del TC se ha visto reflejado que en realidad, su ámbito de protección es más amplio. Se puede extraer de la Sentencia 184/1990 donde se dice que no existe identidad entre matrimonio y protección familiar

---

<sup>8</sup> O'CALLAGHAN X. *Compendio de Derecho Civil* Tomo IV Derecho de Familia 6ª edición 2006

<sup>9</sup> División del derecho de familia y características propuestas en LACRUZ BERDEJO J.L. *Elementos de Derecho Civil* Dykinson, Madrid 2010

constitucional, identifica la pluralidad de familias como propias de la sociedad en la que vivimos, de tal forma que todas ellas merecen igual protección.<sup>10</sup>

Por lo tanto, se entrecruza con el artículo 14 CE, es improcedente hacer distinciones tales que hagan que resulte vulnerado el artículo constitucional que proclama la igualdad<sup>11</sup>

## 1.1 CONCEPTO DE FAMILIA EN LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

En la historia legislativa de la Unión han sido prolíferas las declaraciones y convenciones que fundamentan el carácter privilegiado de la familia, sobretudo en la década de los años 50. En los últimos años, estamos siendo testigos de la interpretación vivificante<sup>12</sup> de estos textos. Para estrechar la brecha entre legislación y sentir social<sup>13</sup>, la Corte interpreta los textos de mitad del siglo pasado conforme a la realidad y el sentir europeo del momento, generando así, una historia jurisprudencial evolutiva<sup>14</sup>.

En torno a la familia, la Corte defiende que es una cuestión donde se entiende competente y no hay reglas generales a las que deba atenerse, se decide caso por caso, esta es la traducción de un extracto textual del caso Hokkamen v. Finlandia en 1994.<sup>15</sup>

En el mismo, dicta que la existencia de la vida familiar conforme o no al art.8 depende de las circunstancias y factores del caso particular.

---

<sup>10</sup> Puede consultarse el texto completo de la sentencia citada en el siguiente enlace: [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc\\_184\\_1990.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc_184_1990.pdf)

<sup>11</sup> TENA PIAZUELO I. «Cabeza de familia, y lo que trae a la familia de cabeza: consideraciones sobre las recientes reformas del derechos de familia español» *Homenaje a Victor Manuel Garrido de Palma Cizur Menor*, Navarra ed. 2010 pp. 961-997

<sup>12</sup> Tyrerv vs Reino Unido (1978) Ser. A, No. 26, p. 31

<sup>13</sup> KLEIJKAMP, G., Family Life and Family Interests, *Kluwer, Londres, 1999, p. 140.*

<sup>14</sup> MOWBRAY, A., «The creativity of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 5 (1) (2005), pp. 57-79

<sup>15</sup> Caso número 19823/92 ECHR de 23 de septiembre de 1994

De acuerdo con esta interpretación que decía antes, se ha revisado la convivencia como elemento definitorio, muy especialmente a raíz del aumento exponencial de parejas divorciadas o separadas respecto de los años en que las leyes estaban redactadas.

Actualmente, el estándar «under the same roof» no es definitorio para la vida familiar que califica de concepto líquido y que puede abarcar zonas o apenas algunos parentescos. Un ejemplo de esta jurisprudencia lo vemos en el caso *Berrehab v. Netherlands*.<sup>16</sup> Tras su divorcio, a un ciudadano marroquí le fue denegada la renovación de la residencia en Países Bajos, lo cual suponía un conflicto puesto que su hija seguiría viviendo allí con su madre. Ante ello, la Corte dijo que un niño es ipso iure parte de una relación, lo cual se extrae del artículo 8 de la Convención, por lo tanto, a partir de su nacimiento, el niño tiene vínculo familiar con sus padres. Esto fue reconocido en 1988.

Un año antes, el mismo tribunal había sostenido que la vida familiar a la que hace referencia el citado artículo, se refiere también a la familia ilegítima y el Estado queda obligado a realizar acciones positivas respecto a su protección.

Ya en la década de los 90, en el caso *Keegan v. Irlanda*<sup>17</sup>, la Corte estimó que existe un derecho a la vida familiar del niño nacido, incluso si en el momento de su nacimiento, los padres no conviven. Lo ocurrido en este caso fue, que la madre inició los trámites de adopción durante el embarazo, sin que el padre lo supiese. El padre, conoció a su hijo dos días después del nacimiento, y pidió oponerse a la adopción, la Corte permitió que se opusiera, aunque estaban cumplidos todos los trámites con los padres adoptivos.

Ahora bien, este derecho comienza en el mismo momento del nacimiento, y no antes, de manera que una mujer puede abortar de forma legítima sin el consentimiento del progenitor masculino el argumento que nos ofrece la Corte es que el derecho a la vida

---

<sup>16</sup> n. 10730/84, ECHR, 21/6/1988

<sup>17</sup> n. 16969/90, ECHR, 26/5/1994

familiar del padre, no puede interpretarse de manera tan amplia que vulnere el derecho de la madre a su salud psíquica y mental, que ella alegó para justificar el aborto, véase por ejemplo, *X v. United Kingdom*.<sup>18</sup>

En los años 2000, lo que concierne examinar en cuanto a el encaje o no en el concepto de familia con las uniones del mismo sexo. Ya no se discute siquiera si estas parejas encuadran en el término vida privada, que se da por hecho. Constante todo lo anterior (vida familiar ya no está solo basada en el matrimonio, y éste no es imprescindible para configurarla), aprecia la Corte una rápida evolución de actitudes sociales hacia parejas del mismo sexo cohabitando en una unión estable de hecho. A consecuencia de ello, queda comprendido en vida familiar.

Podemos sacar dos conclusiones de la concepción de vida familiar actual de la Corte Europea de Derechos Humanos, con consecuencias radicales en derecho de familia:

- el matrimonio deja de ser el modelo óptimo.
- matrimonio y familia son dos términos tendentes a desligarse.

## 2. MATRIMONIO

Hay diversas teorías de la institución matrimonial que van desde la contemplación del mismo como una relación contractual a un negocio jurídico bilateral<sup>19</sup> complejo típico del Derecho de Familia. Es evidente que sí es un contrato en cuanto que las partes (contrayentes) dan su consentimiento para conformar una nueva situación, pero esta simplificación no parece recoger todo el contenido del mismo puesto que la voluntad, aunque es un requisito imprescindible, no es el único. Ha de otorgarse (al menos en

---

<sup>18</sup>N. 8416/78, DR 19, 244, según la cita de SIEGHART, P., *The international law of the human rights*, Oxford University Press, reed. 2003 (1983), p. 203, notas 9 y 10

<sup>19</sup>

nuestro sistema matrimonial) bajo unas condiciones fijadas por el estado que configuran el sistema matrimonial que se estudian en el apartado siguiente.

En su doctrina, el Tribunal Supremo, ha establecido que aunque la autonomía de la voluntad sea más limitada que en otros contratos, no quiere decir que su naturaleza no sea tal ya que la indisponibilidad de los efectos no es consecuencia de la ausencia de consentimiento sino de la especialidad del objeto.<sup>20</sup>

Los caracteres del matrimonio son la unidad, no admitiendo la bigamia ni la poligamia; la estabilidad porque aunque no sea perpetuo en España desde la promulgación de la ley de 1981, se constituye con carácter indefinido sin término ni condición. Y, en cuanto a su fin, es la de plena comunidad de vida, extraída de la voluntad de los sujetos.

No obstante, la definición de este término constituye uno de los temas jurídicos que más debate ha generado en los últimos años, tras la promulgación de la ley 13/2005 sobre la equiparación del matrimonio homosexual al heterosexual, y su posterior ratificación, en 2011 por Sentencia del Tribunal Constitucional.

Aunque no forme parte de la estructura esencial del trabajo, creo que es pertinente hacer algunas referencias a ello dada su trascendencia social.

## 2.1 UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Si bien es cierto que en España el tema tratado, ha significado un fenómeno con gran interés político y público, no podemos considerar nuestro país como un ente aislado ni, estudiar un giro completo de la regulación sobre el elemento que fue durante siglos aceptado y no discutido, los componentes del matrimonio son un hombre y una mujer, como algo que se ha gestado únicamente dentro de nuestras fronteras, y, todavía más si

---

<sup>20</sup> Véase Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1985 y de 1 de julio de 1994.

atendemos al momento en que nos encontramos donde los principios rectores de nuestro derecho, así como las normas de interpretación, cuando no las leyes ejecutivas directamente, se elaboran en el seno de los órganos de la Unión Europea.

Por estas razones, considero pertinente analizarlo conforme a lo descrito en el fallo «Case of Schalk and Kopf v. Austria » de 24 de junio de 2010<sup>21</sup> donde se refleja la evolución jurisprudencial de la Corte Europea de derechos humanos respecto de los conceptos de familia y matrimonio.

Este fallo condensa lo llevado a cabo en este ámbito hasta el momento de su promulgación y, a su vez, sirve para explicar las razones que llevaron al legislador español a cambiar la ley para incluir a la unión de personas del mismo sexo dentro del concepto de matrimonio.

La historia del caso se basa en dos hombres austríacos que intentan, sin éxito casarse en su país y, tras todos los recursos pertinentes, acceden a el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en adelante TEDH. Los demandantes invocan el art. 12 del CEDH interpretándolo de tal forma que la procreación y educación de los hijos no es ya, un elemento decisivo en el matrimonio.

Para dar respuesta, el TEDH tuvo en cuenta su propia jurisprudencia anterior que trataba casos aplicables al fondo del asunto en cuestión.

Por una parte, hay casos que han limitado el margen de apreciación de los estados como el B. and L. v. the United Kingdom<sup>22</sup> que elimina el impedimento matrimonial entre suegro y nuera por considerar que dañaba la esencia de la institución matrimonial.

---

<sup>21</sup> El número de sentencia es 3141/04. Puede consultarse su contenido íntegro en la página web de la Corte Europea de Derechos Humanos: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{\"itemid\":\[\"001-99605\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{\)

<sup>22</sup> No. 53760/00 puede consultarse el caso así como la normativa aplicable al mismo en la siguiente web: <http://www.humanrights.is/thehumanrightsproject/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/444>

O el caso *F. v. Switzerland*<sup>23</sup> donde se consideró contrario a derecho que el estado impusiera un período obligatorio entre matrimonios de tres años a una persona mentalmente hábil.

En segundo lugar, se han tratado casos donde los dos contrayentes tenían el mismo sexo biológico en origen pero, una de ellas es en el momento de la pretendida celebración transexual<sup>24</sup>, aunque es escasa jurisprudencia la que trata este tema, la Corte lo consideró relevante para resolver el problema de los matrimonios homosexuales. En un resumen escueto, lo que hace es admitir el matrimonio entre estas personas porque considera que ya no puede interpretarse la diferencia sexual como términos estrictamente biológicos.

En la misma línea, tuvo en consideración los casos en que el matrimonio era formado en origen por personas de sexos contrarios pero, constante matrimonio una de ellas se lo reasigna, quedando como un matrimonio de personas del mismo sexo. En estos casos sí que considera que hay un margen de apreciación de los Estados para poder exigir el divorcio aún contra la voluntad de los cónyuges.

En el análisis de la corte destacan como especialmente relevantes los artículos 12, 14 y 8 del Convenio europeo de derechos humanos, y dos directivas de la UE sobre reunificación familiar, (en una de ellas no se hace referencia a la diferenciación sexual de la pareja fundacional), entre otros.

El contenido central de esta sentencia es que el art. 12 del CEDH no obliga al estado a dar acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo; no se discrimina la vida familiar por

---

<sup>23</sup> No. 11329/85. Toda la información referente al caso se encuentra en la web de la CEDH. En concreto, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57490#{\"itemid\":\[\"001-57490\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57490#{\)

<sup>24</sup> Caso *Goodwin v. United Kingdom* n. 28957/95 ECHR 2/7/2002. Es un caso muy relevante respecto a la prevalencia de la decisión de la Corte sobre el margen de apreciación de los Estados. El Sr. Goodwin, con identidad registral femenina, requiere que sean borrados a todos los efectos su identidad biológica, incluso para contraer matrimonio con alguien que era, en origen del mismo sexo, la Corte acepta el reclamo.

negar este acceso (doctrina del margen de apreciación) y las uniones de homosexuales configuran así mismo, vida familiar, por primera vez en la historia de su jurisprudencia.

No obstante, no es discriminatorio que los estados conserven una definición heterosexual del matrimonio.

De esta forma se conserva la bipartición sexual como «regla razonable» y «elemento sustancial del matrimonio» pero ello, aderezándolo con que el CEDH es un «instrumento vivo» y reservándose la potestad de actualizarlo<sup>25</sup>, sostiene que en Europa no existe un consenso sobre el tema tratado, ni convergencia sobre estándares en lo que se refiere a matrimonios de parejas del mismo sexo. Deja la cuestión abierta, de tal forma que si se diese uno de los requisitos anteriores, los países perderían el margen de apreciación y debería ser admitido, aunque no lo sea de acuerdo con las condiciones actuales en el momento de la promulgación de la sentencia.

No obstante, es destacable que el voto no fue unánime y, entre los que defienden que el matrimonio homosexual no tiene cabida en el ordenamiento europeo<sup>26</sup> destaca el argumento de que el artículo 12 debe ser interpretado de manera literal, porque es la forma de interpretación general y, ello excluye las uniones de personas del mismo sexo.

En nuestro país, las parejas homosexuales reclamaron su reconocimiento legal durante toda la década de los 90, a través de colectivos como el comité reivindicativo y cultural de lesbianas, o la federación de gays y lesbianas que han tenido un papel destacado hasta la aprobación de la ley del matrimonio homosexual en 2005. Su intenso ejercicio reivindicativo abarca la colaboración con la comisión encargada del estudio de parejas de hecho homosexuales o ejercer el derecho de petición ante el Parlamento Europeo.

Petición que fue admitida en 1995 por el Presidente de la Comisión de Peticiones por

---

<sup>25</sup> La corte entiende que el CEDH es un «living instrument», pero se atribuye a sí misma la facultad de actualizarlo por medio de su hermenéutica judicial.

<sup>26</sup> Ver por todos MCGLYNN, C. *Family and the European Union: Law, Pluralism and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

considerar que las cuestiones que planteaban tenían cabida en el ámbito europeo.<sup>27</sup> Los motivos que esgrimían en sus demandas y que son los que finalmente utilizará la izquierda son que son una realidad constatable y cotidiana, para lo cual alegan diversas leyes tales como la 21/1987 de 11 de noviembre, la de arrendamientos urbanos, asilo y la ley orgánica del poder judicial. Además destacan que diversos países de nuestro entorno geográfico y jurídico ya han regulado las parejas homosexuales y, que los artículos 14 y 39 de nuestra CE obligan a asegurar la protección de la familia.

Por otra parte, incide la resolución del Parlamento Europeo de 1994 donde la CE pide que se ponga fin a las desigualdades que supone la orientación sexual en los países miembros.

Desde una perspectiva política el tema generó, como no podía ser de otro modo, largas discusiones en la cámara del congreso en la última década del siglo pasado.<sup>28</sup>

Las dos propuestas más divergentes eran la del PP, que proponía un contrato civil para garantizar la seguridad jurídica<sup>29</sup>; y la de Coalición Canaria que, para reconocer una pareja de hecho requería que la unión fuese, de mayores de edad, sin vínculos consanguíneos de hasta segundo grado, y que convivieran en pareja sin atender a su sexualidad al menos durante un año. El PSOE e IU tenían unas posturas equivalentes a esta, salvo que para el PSOE el período de convivencia tenía que ser de dos años.

La introducción del contrato civil por el PP desató intensos debates, entre las voces en contra, podemos destacar que se le acusó de desvirtuar el debate de las parejas de hecho

---

<sup>27</sup> Se contestó a la solicitud en escrito de la Comisión de Peticiones de 22 de noviembre de 1995. En este escrito la Comisión consideró que era oportuno trasladar la petición a la Comisión de Libertades Públicas y Asuntos interiores del Parlamento Europeo.

<sup>28</sup> SANCHEZ RODRIGUEZ, M.A. «Somos familia» en *El País* de 16 de octubre de 1997. Se puede consultar en el siguiente enlace: [http://elpais.com/diario/1997/10/16/sociedad/876952809\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1997/10/16/sociedad/876952809_850215.html)

<sup>29</sup> Véase Exposición de motivos de la proposición del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, Serie B, n 88 pp. 1-2

o que la unión civil recuerda una fórmula de legislación mercantil, lo cual es una ofensa (esto último es representativo porque provenía del aliado del PP en el gobierno, CIU).

El porqué de esta propuesta, se encontraba en la definición que daba el PP a la familia, y entendía que no se puede equiparar situaciones con arreglo a nuestras leyes, aunque sí se puedan equiparar efectos. Además para este grupo, la CE no admitiría una reforma que estuviera encaminada a reconocer a las parejas homosexuales como si fuera un matrimonio o una unidad familiar, porque el modelo de familia de nuestra CE es un modelo de unión entre un hombre y una mujer y de los hijos que con ellos convivan<sup>30</sup>. Y además en su apartado dos, incluye a las familias heterosexuales sin matrimonio por ello se refiere a la protección de los hijos sea cual fuere su procedencia.

Sin embargo, cuando este grupo perdió su mayoría, les permitió a los otros grupos sacar adelante sus propuestas, hasta el punto de llegar a aprobar con 183 votos a favor el matrimonio entre personas del mismo sexo el 21 de abril de 2005.<sup>31</sup>

### 3. SISTEMA MATRIMONIAL

Según la definición de De Pablo es el «conjunto de normas que definen la decisión del estado acerca de: 1º la forma o formas en que puede celebrarse el matrimonio, con eficacia jurídica y 2º las normas jurídicas sustantivas reguladoras del matrimonio contraído en una determinada forma»<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> De hecho, cuando perdió la mayoría y la reforma fue aprobada, apoyó junto a la Iglesia Católica una manifestación multitudinaria en Madrid bajo el lema *La familia sí importa* convocada por el *Foro español de la Familia*, de la que se hicieron eco todos los medios de comunicación.

<sup>31</sup> Los 87 votos a favor fueron de los partidos siguientes: PSOE, ERC, IU, PNV, CC, CHA, dos diputados de CIU y una diputada del PP. 147 en contra procedentes del PP y Unió y 4 abstenciones.

<sup>32</sup> Lo cita LACRUZ BERDEJO en *Elementos de Derecho Civil tomo IV, Familia*, tercera edición Dykinson, Madrid, 2008 página 44

Existen tres grandes bloques de formas de matrimonio, en una primera, no se exige nada más que la intención de las partes de que aquello que están celebrando sea en efecto, un matrimonio, el Estado lo reconocerá solo concurriendo el consenso.

En segundo lugar, se encuentran aquellos ordenamientos que solo dan eficacia a una forma ya sea aquella de la religión oficial del Estado, o aquel que el estado propone, a lo que se conoce como sistema de matrimonio civil obligatorio.

Por último, se encuentran los sistemas facultativos como el español, la discusión doctrinal se encuentra en si este configura un tipo latino o un tipo anglosajón. El tipo latino supone que se puede optar entre la forma religiosa y la civil y ésta decisión repercute también sobre la legislación de fondo así como la jurisdicción a la que se someta. En el tipo anglosajón el sistema obligatorio es el civil porque se aplica esta legislación y Tribunales pero se puede celebrar también según las formalidades de una determinada organización religiosa.<sup>33</sup>

Se adscriben al tipo latino Sancho Rebullida, Puig Brutau, Lalaguna Dominguez, Lopez Alarcón, Santos Briz, García Cantero y Albaladejo<sup>34</sup>.

Albaladejo<sup>35</sup> lo explicó de la siguiente manera: el espíritu del art. 2 de la CE no es obligar a los españoles a casarse civilmente; que el hecho de que el Código Civil hable de celebración en forma religiosa no se refiere solo a rito, porque todo nuestro derecho anterior ha aludido con esta expresión a tipos esenciales de matrimonios.

---

<sup>33</sup> Esta distinción se toma de PUIG FERRIOL L. en *comentarios a las reformas del Derecho de Familia. Volumen I* TECNOS, Madrid, 1984 páginas 193 y 194

<sup>34</sup> Enumeración recogida en RIVES GILABERT J.M, RIVES SEBA A.P. «Evolución histórica del sistema matrimonial español» *noticias jurídicas, octubre de 2011 p. 18*

<sup>35</sup> Recogido por YAGÜE GIL P.J *Contestaciones de Derecho Civil al Programa de Judicatura. Tomo II. p48-49*

En la otra posición se encuentran Puig Ferriol, Fernández Entralgo, Díez Picazo y Gullón, Jordano Barea, Vega Sala, Giménez Fernández de Carvajal y Etelvina Valledares.<sup>36</sup>

O´Callaghan<sup>37</sup> se sitúa también en esta última opción entendiendo que la Ley reconoce como único el matrimonio civil aunque admita dos formas, la civil y la religiosa para la celebración. Pone como ejemplo que sirve de apoyo a esta teoría que no se admitirá y no se incribirá un matrimonio en forma católica si no cumple el requisito de edad del Código Civil, ni se admite el segundo matrimonio celebrado de forma religiosa aunque la religión bajo la que se efectúa admita la poligamia.

En el primer período que se analiza en el presente trabajo (1958-1978) la ley reconocía dos clases de matrimonio, de esta forma, si uno de los dos profesaba la religión católica tenía que contraer matrimonio de acuerdo con esta confesión y solo de manera subsidiaria y habiendo probado que no se hace, se habilitaba la solución del matrimonio civil. Hubo amplias discusiones acerca de cómo se probaba que alguien no profesase ésta religión y también qué ocurría cuando solo uno de los dos contrayentes practicaba la citada religión y el otro no.

No fue hasta el Decreto de 1 de diciembre de 1977<sup>38</sup> cuando se dispuso que la prueba de no profesar la religión católica tenía que hacerse por el interesado ante el Encargado del Registro.

Históricamente el modelo español, ha girado en torno al reconocimiento del matrimonio canónico por parte del ordenamiento estatal <sup>39</sup> esto fue así hasta la promulgación de la

---

<sup>36</sup> Enumeración recogida en RIVES GILABERT J.M, RIVES SEBA A.P. «Evolución histórica del sistema matrimonial español» *noticias jurídicas*, octubre de 2011 p. 18

<sup>37</sup> O´CALLAGHAN X. *Compendio de Derecho Civil Tomo IV. Derecho de Familia*. Revistas de Derecho Privado, Madrid, 1994, p. 27 y 28

<sup>38</sup> Real Decreto 3455/1977, de 1 de diciembre, sobre modificación de determinados artículos del Reglamento de Registro Civil. Publicado en «BOE» núm. 21, de 25 de enero de 1978, páginas 1745 a 1750 (6 págs.)

ley 30/1981 de 7 de julio cuando pierde la primacía que tenía este binomio y se amplía a la posibilidad de otros celebrados conforme a otras religiones si se celebran acuerdos de cooperación con las mismas de acuerdo con el art. 59 CC o el Estado las autorice unilateralmente.

En la actualidad pese a que dio lugar a intenso debate entre la doctrina, parece unánime el criterio de que el art. 32 de la Constitución vigente, establece un sistema de matrimonio civil con pluralidad de formas.

### **III. ANÁLISIS DEL PRIMER PERIODO: ANTES DE LA CE**

El punto de partida del análisis se toma en 1958 por las causas que he explicado en la justificación del tema elegido.

Ley de 24 de abril de 1958 establece con el objetivo de armonizar la ley civil con el concordato de 1953, y para ello reforma el art. 42 estableciendo el matrimonio canónico como imperante y el civil como subsidiario, sobre los problemas jurídicos que se plantearon entonces y el intenso debate que en la doctrina generó sobre su interpretación, ya he hablado en el apartado anterior –formas de matrimonio- y no considero oportuno extenderme más.

En cuanto a el avance en la igualdad de sexos dentro y fuera del matrimonio, es un cambio legislativo importante porque no solo modifica algunos artículos sino que proclama unos nuevos principios rectores del sistema que van a tener que ser contemplados en la aplicación del derecho posterior.

La Exposición de Motivos de esta ley es errática y contradictoria en el sentido de que sí que reconoce la igualdad de sexos como principio teórico, pero también que no puede pasar de esta naturaleza porque la práctica requiere una jerarquía orgánica y expresa que

---

<sup>39</sup> NAVARRO VALLS R. « La posición jurídica del matrimonio canónico en la Ley de 7 de julio de 1981», Revista de Derecho Privado número 66 mes 1, 1982 p. 667

la «unidad de dirección en el matrimonio se encomienda a él».<sup>40</sup> El legislador la encomienda por razones históricas, religiosas y naturales (teoría clásica de que el orden de las cosas implica que el varón es superior y la mujer debe someterse a la voluntad de éste).<sup>41</sup>

Lo paradigmático de esta exposición es que lo entremezcla con afirmaciones como «es cierto que el sexo de por sí no debe dar lugar a diferencias, y menos, a desigualdades de trato jurídico- civil».

Por lo tanto, está justificando la soberanía de un cónyuge sobre otro no en la inferioridad de la mujer sino, que, aún diciendo que los considera iguales, es necesario establecer una supremacía del varón por razones organizativas en palabras literales de la ley «la familia, por ser lo más íntimo y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero si ciertas diferencias orgánicas, derivadas de los cometidos que en ella incumben a los miembros de la familia». Sin embargo, no establece posteriormente ni en la propia exposición ni en el articulado, cuál es la diferencia entre desigualdad y jerarquía o diferencia orgánica y, el resultado es que trata a la mujer como una menor de edad perpetua.

Derivada de la inercia de ésta ley, que apunta que no se debe discriminar a la mujer aunque luego no deje margen para que se aplique en la realidad, se promulga el 22 de julio de 1961 la ley 56<sup>42</sup> sobre derechos políticos, profesionales y laborales de la mujer y, consigue equiparar a la mujer soltera o viuda con el hombre.

---

<sup>40</sup> Son opiniones de la Doctora en filosofía del Derecho LOPEZ ZAMORA P. *Capacidad limitada de la mujer casada en el Derecho histórico español*» KÍNESIS número 3 año 2006

<sup>41</sup> Se hace referencia a ello desde ARISTÓTELES El hombre es el llamado a mandar más bien que la mujer (...) La fuerza del hombre estriba en el mando, la de la mujer en la sumisión *POLITICA LIBRO I capítulo V, el poder doméstico*. Hasta CORTS GRAU J. *Curso de derecho natural*, Ed. Nacional, 1970 quien dice que: La unidad conyugal es la unidad de una institución en la que registramos un orden y una jerarquía: la autoridad marital. Entre muchos otros.

<sup>42</sup> El artículo primero de la Ley 56/61 reconoce a la mujer los mismos derechos que al varón en el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y laborales, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley.

En cuanto a la mujer casada, que es lo que aquí interesa, sigue sometida a la unidad de dirección marital y necesita licencia para actuar en diversos campos, pese a todo sí que se logra otro pequeño avance que es concederle a ella un recurso judicial que puede interponer cuando el marido se niegue con mala fe o abuso para concederle la citada licencia.

No es hasta pasada una década cuando se reconoce la equiparación universal de ambos sexos con el Real Decreto 2319/70 de 20 de agosto<sup>43</sup>, sobre trabajo de la mujer y los menores y sobre los derechos laborales de la mujer trabajadora.

Es en este momento cuando se establece la presunción de que la mujer tiene licencia marital si venía ejerciendo el trabajo antes del matrimonio, se establece un procedimiento ágil para oponer la posible negativa y se reconoce a la mujer casada la capacidad de comparecer en procedimientos laborales sin la asistencia de su marido.

Las desigualdades que subsistieron durante ésta década no fueron causadas por el hecho de ser mujer, sino de ser mujer casada.

Por último la reforma del Código Civil<sup>44</sup> y el Código de Comercio de 2 de mayo de 1975 sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, supone ya, aunque sea preconstitucional una nueva orientación del derecho de familia afectando a numerosos artículos y, por fin, consigue establecer el principio de igualdad jurídica dentro del derecho de familia.

Es fruto de una instancia del congreso de Abogacía que en 1970 en León pidió a los poderes públicos esta reforma.

---

<sup>43</sup>Se trata del Real Decreto 2310/70 de 20 de Agosto, sobre trabajo de la mujer y los menores y sobre los derechos laborales de la mujer trabajadora, que desarrolla la Ley anterior, vigente desde hace casi una década.

<sup>44</sup> Unos años antes se promulga la Ley 31/72 de 22 de Julio, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil suspendía algo tan llamativo y único en el mundo como la clausura de la mujer soltera, menor de 25 años en la casa del padre o madre con el que conviviera.

Los aspectos más importantes de la reforma citada son: el matrimonio *per se*, no modifica la nacionalidad (la mujer no adquiere la nacionalidad del marido), establece el principio del consenso entre cónyuges derogando el sistema jerárquico visto anteriormente, ya no se restringe la capacidad por razón de matrimonio y, por ende, no se necesita licencia marital y ambos cónyuges tienen la misma facultad para realizar actos y gestiones relacionados con la familia y administrar los bienes del matrimonio y, en su caso, de los hijos.<sup>45</sup>

Una vez redactado el contexto jurídico e histórico en que esta parte va a estar encuadrada, paso al estudio de los artículos 56 a 66 del Código Civil aplicable antes de la transición democrática.

La sección 4ª De los derechos y los deberes entre marido y mujer, comprendía los siguientes:

### 1. DEBER DE CONVIVENCIA, FIDELIDAD Y SOCORRO MUTUO

El auxilio mutuo comprende los espacios físico y moral de la persona en el sentido de ayuda, afecto, y estima. El socorro mutuo era considerado un principio rector del matrimonio aunque no encontraba medidas suficientes para hacerlo coercible, por su propia naturaleza.<sup>46</sup> El único que sí que podía sancionar la autoridad era en su vertiente física, en el sentido de negar alimentos.

---

<sup>45</sup> El anteproyecto de esta ley fue redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, fue sometido a la aprobación del Gobierno en el verano de 1974. Tras la preceptiva elaboración en la Comisión de Justicia, que introdujo algunas correcciones.

<sup>46</sup> La ayuda y socorro mutuos son una reiteración ambos tienen el mismo contenido. Algunos autores diferencian entre ambos, el primero tendría carácter general y el deber de socorro sería el específico de alimentos. Así lo recoge el MEMENTO PRÁCTICO de FRANCIS LEFEBVRE en su edición de 2009.

Es indisponible, por lo tanto, los cónyuges no pueden prescindir de él por contrato y, en caso de que así lo hiciesen, sería nulo de pleno derecho, no necesitaría impugnación porque carecería de toda eficacia y su razón es que sería contrario a la institución familiar.

Establece la comunidad de vida matrimonial sin distinciones ni limitaciones y será contrario al orden público y a la moral los actos que contravengan el citado principio.

En cuanto a la deuda alimenticia, para que se estime satisfecha necesita que se equipare con las condiciones que concedería el matrimonio en cuanto a posición social y patrimonio del obligado a prestarlo, no solo precisa de los requisitos genéricos del art. 142<sup>47</sup> que trataba sobre la prestación de alimentos en general, este necesita cumplir además lo anterior por considerarse especial por razón del prestatario (el cónyuge).

El socorro mutuo será exigible en cualquier circunstancia en la que se encuentre el matrimonio.

## 2. DEBER DE PROTECCIÓN DEL MARIDO A LA MUJER Y DEBER DE OBEDIENCIA DE LA MUJER AL MARIDO

En relación a esto, la jurisprudencia estableció en la sentencia de 24 de junio de 1950 que el deber de protección incumbe al marido, no es recíproco. Por otra parte, el marido puede obligar a la esposa a reintegrarse en el hogar familiar, bajo su autoridad en

---

<sup>47</sup> Este artículo recogía lo siguiente: «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad.» Mantuvo esta redacción desde la entrada en vigor del CC hasta la reforma de 1981.

cualquier momento con respaldo legal. Deriva de que la separación por voluntad de los cónyuges es una situación anormal que no tiene ningún apoyo en la ley.<sup>48</sup>

En la misma línea, la mujer tiene obligación jurídica de seguir a su marido para vivir en la residencia que él quiera fijar, con la salvedad de si es en un país extranjero o en ultramar y, con dispensa judicial que no se otorga libremente, sino que además ha de atenerse a una causa justa.

Por ejemplo, se estimó que una mujer podía elegir su lugar de residencia dieciocho años después de que su marido se trasladase a Argentina y sin haber recibido noticias suyas durante ese tiempo. Ello con la justificación de que la mujer se había visto obligada a buscarse medios de vida autónomamente, y, la jurisprudencia con esta causa le dio autorización para que fuese a trabajar a otro lugar distinto del de la residencia conyugal.

#### 4. EL MARIDO ES EL ENCARGADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES

El propio artículo establece la exclusión de los bienes parafernales. Eran los únicos bienes sobre los que ella podría disponer como dueña sin que le obliguen los actos que su marido pudiera hacer sobre ellos sin ratificación posterior.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Aúna estas dos afirmaciones la STS 1242/1957 que casa lo dictado en instancias anteriores y cuyo texto literal dice: « por constar evidenciado que en repetidas ocasiones interesó de la misma, de modo formal, se reintegrase al domicilio conyugal, así como de hacerle saber su disposición a prestarle- en él la protección y medios económicos de subsistencia, sin que por aquélla se accediese a ello, a pesar de no disfrutar de situación legal alguna que amparase su negativa a dejar de cumplir la obligación de reintegrarse al mentado domicilio, que, al parecer, abandonó sin causa o motivo que justificase tal determinación» la evidencia consiste en una carta notarial en la que manifiesta que no tiene inconveniente en que su esposa vuelva a vivir con él.

<sup>49</sup> Los integraban los que la mujer aportaba al matrimonio, pero no iban incluidos en la dote y los que adquiría durante el mismo por vía de subrogación o sustitución de los mismos. Los regulaba el CC en su art. 1361 del Código civil antes de la reforma por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio, ambos del año 1.981.

No obstante lo anterior, puede entregárselos a su marido para que los administre ante Notario, en este caso el marido tendría que constituir hipoteca sobre ellos o asegurarlos como establecieran los bienes dotales.

En caso de que el marido fuese menor de 18 años, le ayudará en la administración por este orden, su padre, su madre y su tutor, que también necesitará en este caso, para tomar dinero a préstamo y gravar los bienes. En caso de que la mujer casada fuese menor de edad (menor de 21 años), no era suficiente con la licencia de su marido para que pueda vender los bienes sobre los que ella tenga disposición porque no puede suplir la capacidad jurídica, de la misma forma que si el marido fuese menor de edad, y la mujer mayor, no podría darle su consentimiento sino que se necesitaría el de las personas que suplen o completan la su capacidad propia.

Si el marido tenía 23 años y se trata de bienes raíces (inmuebles) era necesario el consentimiento del marido y de su padre o, subsidiariamente su madre, y en caso de que faltare no habría contrato. Como se puede observar, nada se decía en relación a la mujer puesto que el artículo hacía referencia explícita a que no es dueña de ningún bien, salvo la excepción explicada al principio.

## 5. EL MARIDO ES EL REPRESENTANTE DE LA MUJER

Así ella, no podía sin la licencia expresa de este comparecer en juicio, ni ella misma ni por medio de procurador. Aunque sí defenderse en un juicio criminal (penal) y demandar o defenderse en los pleitos contra su marido sin esta licencia, y también cuando obtuviera habilitación conforme a lo que disponía la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua.

Si el marido obrara en perjuicio de los derechos de la mujer, esta podía alegar la nulidad de esos actos o contratos que le hayan perjudicado. Si el marido le diera poder general para pleitos a un procurador se entiende que también lo da para que represente a su mujer sin necesidad de que el marido hiciera referencia a ello en el momento del apoderamiento, porque es a él a quien correspondía representarla, y por tanto, no necesitaría que sea reiterado es un poder que tiene por ministerio de la Ley.

Este artículo, entendía la jurisprudencia, que no negaba a la mujer casada la capacidad procesal sino que solo la subordinaba a la autorización de su marido y, prueba de ello es que si la mujer es parte actora en un procedimiento sin su consentimiento el acto no se declaraba radicalmente nulo, sino que se podía convalidar y él podía ratificarlo de forma expresa o tácita. Además, si el marido le denegaba la autorización ella podía acudir al tribunal y, entonces el juez la puede suplir.<sup>50</sup>

La doctrina de la litisexpensas, es decir, en los casos enunciados más arriba en los cuales la mujer podía actuar sin licencia, tiene su fundamento en el derecho de la mujer para solicitar y obtener lo necesario de su marido para poder litigar contra él. Era una obligación del marido y un derecho de la mujer, relacionado con el primer apartado, de socorro mutuo y, que subsistía durante todo el tiempo que durara el matrimonio legalmente constituido es decir, terminaba con la suspensión o el cese legal con las causas justas. La mera separación de hecho del matrimonio no tiene respaldo alguno y constituía una situación anormal.

La obligación de completar la capacidad de la mujer por parte del marido, era independiente de bajo qué régimen se ha constituido el matrimonio, incluidos los regímenes forales.

---

<sup>50</sup> La doctrina aclaraba que el derecho de la mujer debe limitarse y está sometido a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales quienes deben apreciar la naturaleza, necesidad y extensión del gasto para autorizarle y graduarle.

Se encargaba, asimismo, la jurisprudencia de aclarar que la norma no prohíbe, sino que autoriza a la mujer a comparecer en juicio.<sup>51</sup>

El otro punto de vista del artículo es, que aunque el marido podía comparecer en pleitos en nombre de su mujer sin ningún tipo de necesidad de que ella le hubiera autorizado, si accionaba sobre bienes privativos de la mujer necesitaba su autorización expresa, porque sin ella, incurría en la excepción perentoria de la falta de acción.

La representación que tiene el marido era para comparecer en juicio por la mujer, pero no para contratar sobre los bienes propios de la mujer, y, por ello, necesitaba voluntad expresa de manera que concurra en el contrato, lo haya autorizado anteriormente o *a posteriori*.

El consentimiento del marido podía exteriorizarse en la enajenación de los bienes extradotem<sup>52</sup>, que tanto por forma directa o indirecta si ello implica una conducta inequívoca de asentimiento.

Para aceptar o repudiar una herencia, la mujer tenía que pedir autorización al marido y, si se le negase, al juez continuando el procedimiento para adquirir la representación necesaria para el acto jurídico.

Si la mujer casada tiene el poder amplio de su marido como apoderado y además tenía concedida la licencia marital con facultad de conceder poderes a procuradores, podía ser citada directamente, sin intervención del marido para el juicio en el que haya sido demandada por actos propios.

En cuanto a las deudas en gananciales, si las había contraído la mujer en los casos en los que podía legalmente obligar a la sociedad, solo se imputaran los gastos de litisexpensas

---

<sup>51</sup> sentencia de 28 de enero de 1957 aparece en la página 6 de la sentencia 139/1957 cuyo ponente es Vicente Marin Garrido y su número de identificación en CENDOJ 28079110011957100139.

<sup>52</sup> son aquellos que no se incorporan a la dote de la mujer, y conserva sobre ellos todas las facultades de propietaria como si no estuviese casada

al patrimonio común en caso que la mujer acredite que no tiene otros bienes (dotales, extradotum o parafernales).

Que el marido otorgase a la mujer licencia para comparecer en juicio no era óbice para que en cualquier estado del litigio la representare éste, entendiéndose entonces que queda revocada de forma implícita. El marido no puede renunciar a la representación de la mujer de forma irrevocable, porque sería «depresivo a la autoridad que le corresponde en la familia»<sup>53</sup> por lo que la ley expresa que solo podía dar la licencia que es esencialmente revocable, siendo uno de los modos de revocación del poder la comparecencia por sí mismo y como representante legal de aquella.

## 6. NULIDAD DE LOS ACTOS LLEVADOS A CABO CONTRA LO DISPUESTO EN LOS APARTADOS ANTERIORES

A excepción de cuando se trate de cosas destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso serán válidas. Si son muebles o joyas se podrán convalidar cuando los compre la mujer sin licencia pero solo si el marido hubiese consentido el uso y disfrute de estos objetos por parte de su mujer.

La doctrina<sup>54</sup> que estableció el Tribunal Supremo con respecto a esto es:

- a) los actos celebrados por la mujer sin intervención del marido no originan nulidad absoluta *ipso iure*, está subordinada al ejercicio de la acción que solo compete a las personas señaladas en el art. 65 (el marido o sus herederos)
- b) la obligación que la mujer contraiga sin licencia del marido, aunque sea válida, porque tiene capacidad natural, puede ser anulada a instancia del marido o los herederos

---

<sup>53</sup> Sentencia 2-12-927 CJ, T. 179, núm.36

<sup>54</sup> SS 19-11-63; 6-5-44; 24-5-928 y 29-5-907

de éste sin perjuicio de que como no es un negocio radicalmente nulo, ellos mismos puedan convalidarlo por actos expresos o tácitos.<sup>55</sup>

c) en caso de que la mujer compre una finca: produce todos los efectos jurídicos la falta de autorización marital no vicia el consentimiento pero convierte la obligación en condicional, ante la posibilidad de que impugne el marido.<sup>56</sup>

Estas condiciones no rigen en casos de necesidad extrema o de acontecimientos imprevistos. Si el marido está ausente o en paradero desconocido, la mujer podrá estar en juicio por sí misma respecto a los actos y contratos que realice para satisfacer las necesidades apremiantes de la familia.

Los objetos de uso personal de la mujer, tienen que guardar una adecuada relación con el rango familiar y la fortuna que disfrute.

No obstante lo anterior, la mujer tiene capacidad sin licencia de su marido para otorgar testamento y para ejercer los derechos y deberes que le correspondan para con los hijos legítimos y naturales reconocidos que fuesen de un padre distinto a su marido y respecto a los bienes de los mismos.

#### IV. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PERIODO: DESPUÉS DE LA CE

Una de las características principales del derecho de familia de nuestro tiempo, y de las más llamativas con respecto al derecho comparado es el vaciado de contenido personal, de una institución eminentemente personal, que han supuesto las sucesivas reformas.

La Constitución desencadena un proceso de renovación de todo el ordenamiento jurídico que ejerce grandes cambios sobre el derecho de familia en general y el

---

<sup>55</sup> Sentencia de 6 de mayo de 1944 (R. 663)

<sup>56</sup> Sentencias 24 de abril de 1951 (R. 1614) y 22 de marzo de 1965 R 904

matrimonio en particular. Se sustituye el sistema de matrimonio civil subsidiario por el de matrimonio civil facultativo <sup>57</sup>.

Atendiendo solo a lo que dice la Constitución sobre el sistema matrimonial, no se puede concretar porque se limita a marcar unas directrices (igualdad ante la ley, libertad religiosa, aconfesionalidad...) y en cuanto, al matrimonio se limita a decir que «la ley regulará las formas de matrimonio». Se encarga de acotar la amplitud del art. 32 la instrucción de 26 de diciembre de 1978 de la DGRN que implanta un sistema de matrimonio civil facultativo y, con este objetivo, entiende que se modifican los artículos 42 y siguientes del Código Civil a partir de su entrada en vigor, todos los ciudadanos españoles tienen derecho a celebrar su matrimonio de forma civil o por la forma religiosa que esté reconocida (por algún procedimiento de los explicados en el apartado II.3 –sistemas matrimoniales-) sin ningún tipo de declaración sobre sus creencias o confesión espiritual de la que además el Juez o el Cónsul no podrá preguntar para celebrar el matrimonio civil.

Este sistema queda consolidado perfectamente con la sustitución del Concordato de 1953 a tenor del cual se había articulado todo el régimen matrimonial anterior, por el Acuerdo entre el Gobierno Español y la Santa Sede en cuyo articulado se establece que se reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas de Derecho Canónico. La doctrina (Puig Ferriol, Rives Gilabert, entre otros)<sup>58</sup> entiende que a través de este instrumento de cooperación Iglesia-Estado, se cierra la posibilidad de que en una futura reforma del Código, se pueda establecer como obligatorio el matrimonio civil.

---

<sup>57</sup> Antes de la entrada en vigor de la Constitución ya lo había declarado así la Dirección General de los Registros y el Notariado, en su instrucción de 26 de diciembre de 1978 interpretando los arts. 32.1 y 16.2. De esta manera «los Jueces y Cónsules encargados de los Registros civiles deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indignación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes»

<sup>58</sup> PUIG FERRIOL, L.- *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia. Volumen I.* Págs. 193 y 194.

Pero, que la situación que experimenta un cambio radical, desde lo expuesto en el apartado anterior a lo que va a ser tratado en este punto no es casual ni fortuita.

Se inició en los años 60 en los países nórdicos, especialmente Suecia que era calificado como el «Laboratorio social europeo»<sup>59</sup>, entre sus rasgos característicos están la tendencia a invocar la realidad social como motor de los cambios y convertir las circunstancias sociales en criterio ético y el libre desarrollo de la personalidad.

Se entra así en la dinámica de la secularización en la cual el matrimonio civil intenta incorporar datos sociológicos a los textos legislativos

Tras la entrada en vigor de la citada Constitución, es imprescindible tener en cuenta que los efectos personales que se derivan del status del matrimonio son derechos y deberes recíprocos entre ambos cónyuges, bajo el principio de igualdad y la función concreta de servir al interés familiar.

Una de las reformas más relevantes es, sin duda la ley 30/1981 de 7 de julio, denominada ley del divorcio. Introduce esta forma de disolución matrimonial con carácter general y con carácter retroactivo en palabras textuales de ley: «el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración (...) por el divorcio».

En la década de los 90, se introducen algunas disposiciones reguladoras de las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales, en principio de carácter local como la del Ayuntamiento de Vitoria de 1994 y, unos años más tarde de las Comunidades Autónomas, siendo la pionera Cataluña en 1998 y solo unos meses más tarde Aragón.

Todas estas leyes reproducen el mismo esquema ya tomado por el matrimonio civil y anteriormente el canónico, mantiene los tres pilares de capacidad, consentimiento y forma y sus tres momentos: constitutivo, registral y crítico.

---

<sup>59</sup> Con esta expresión se hace referencia al carácter pionero que tuvo este país aprobando leyes novedosas que más tarde fueron secundadas por otros países tanto de Europa como de América.

La evolución de la norma examinada llevó a aprobar en 2005 una nueva modificación más permisiva con el divorcio, denominado divorcio-repudio<sup>60</sup> que consiste en que se deroga el sistema de causas de divorcio, bastando la mera voluntad de uno solo de los cónyuges transcurridos 3 meses desde el matrimonio excepto si se acredita la existencia de un riesgo para la vida, integridad o libertad o indemnidad sexual para el cónyuge o sus hijos (art. 81.2ºCC).

El resultado del paulatino pero trascendental cambio que, hasta la fecha ha terminado con la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo y el divorcio sin casusa, ha sido desplazar el eje de la esencia del matrimonio a la afectividad en vez de, como venía ocurriendo a lo largo de la historia la procreación y el establecimiento de núcleos inmutables.<sup>61</sup>

De esta manera, el centro de atención es el individuo más que el colectivo familiar y el cometido es que desarrolle sus derechos como ciudadano propio de la dignidad de las personas.

El problema que presenta en la actualidad es, darle utilidad práctica jurídica a los principios y obligaciones que voy a exponer a continuación, esto es, qué penalización o sanción impone el derecho si se incumplen, el sistema coactivo del derecho de familia.

Merece especial importancia la evolución que ha sufrido en este ámbito el status de la mujer.<sup>62</sup> Las leyes 11/1981 de 13 de mayo y 30/1981 de 7 de julio supusieron la instauración de un nuevo derecho de familia, a partir de entonces, el Capítulo quinto del título cuarto del libro primero del Código Civil, está reservado a los derechos y deberes

---

<sup>60</sup> GUZMÁN ZAPATER M. «Divorcio sin intervención judicial y repudio» *ARANZADI CIVIL: REVISTA QUINCENAL* N°2 1999, págs. 1815, 1832.

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ-CORONADO GONZALEZ A. « la evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual» *foro nueva época* N 3/2006 :p 93-112

<sup>62</sup> Se analiza en VALLÉS AMORES ML. «La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del derecho de familia» *Feminismos* 8 diciembre de 2006 pp. 115-129

de los cónyuges, consagrándose la igualdad el respeto, el socorro, la fidelidad y la ayuda mutua, y la obligación de vivir juntos.

Ambos cónyuges están facultados para atender las necesidades ordinarias de la familia ejerciendo la potestad doméstica (que había sido hasta ahora propio de la mujer). La novedad de esta legislación no es tanto el reparto equitativo de las tareas del hogar ya que, no se puede ni se debe obligar a los cónyuges a realizarlas de una determinada manera, ya que esto sería una intromisión en la intimidad familiar, sino el hecho de que a partir de entonces, en caso de disolución el trabajo que se realice en casa será computado tanto para contribuir a las cargas matrimoniales como en el régimen de separación.

En cuanto a la ley 30/81 de 7 de julio, suprime la prohibición impuesta a la mujer y no al hombre de esperar 301 días para contraer nuevas nupcias tanto en caso de viudedad como en caso de que su matrimonio se hubiese declarado nulo e igualó la edad civil para casarse, 18 años en ambos sexos si no concurren circunstancias modificativas tales como la emancipación o la dispensa judicial.

La importancia de estas reformas reside en que a partir de este momento aparece el principio general de que dentro del matrimonio ambos sexos son iguales tanto en derechos como en deberes y esto, por su propia característica de principio, va a inspirar la legislación posterior.

Finalmente la ley 15/2005 de 8 de julio posibilita que el cónyuge que, por la separación o divorcio soporte un empobrecimiento respecto del nivel de vida que el matrimonio llevaba, tenga derecho a una compensación económica.

En la mayoría de ocasiones, son solo principios rectores que no tienen aplicabilidad tangible, en ese caso, ¿Qué significa *status matrimonial* al margen de los efectos patrimoniales?

El actual artículo 68 CC dispone lo siguiente «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente», engloba unos principios y unos deberes personales cuya (en ocasiones escasa) aplicación práctica voy a tratar de exponer a continuación.

## 1. PRINCIPIOS RECTORES

### 1.1 Principio de Igualdad

Se plasma en el artículo 66 del Código Civil: los cónyuges son iguales en derechos y deberes, ello deriva de los artículos 32.1 y 14 de la CE.<sup>63</sup>

Por su razón, no cabe representación legal de un cónyuge por el otro a no ser que se otorgue un poder de representación de forma voluntaria.

Esta igualdad es indisponible de tal forma que no pueden pactar en contra, si así lo hicieran este pacto sería nulo, lo cual no implica que no puedan distribuir las funciones libremente. El CC regula las situaciones en las que no es posible alcanzar este pacto acudiendo a la autoridad judicial.

En el momento de análisis que lo encontramos (después de la promulgación de la CE), parece obvio para todos los ciudadanos, sin embargo, no se debe perder de vista que, han sido necesarias sucesivas reformas del Código civil para alcanzarlo e incluso destacar que, tiene especial relevancia la ley 14/1975 pese a ser preconstitucional.

Es importante destacar que con respecto al exterior tiene efectos erga omnes de manera que tanto las responsabilidades contraídas por uno de los cónyuges como las ganancias recaen sobre ambos.

---

<sup>63</sup> En opinión de LACRUZ BERDEJO JL. El texto constitucional a tenor del cual «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» es ambiguo, porque puede interpretarse como limitándose a conceder el mismo derecho a casarse a hombre y mujer o a casarse con plena igualdad, esta es la razón de ser del art. 66. LACRUZ BERDEJO JL. *Elementos del derecho civil tomo IV Familia, Tercera edición Dykinson, Madrid, 2008.*

La consecuencia de todo lo expuesto anteriormente es que la ley ni distingue ni da preeminencia a ninguno de los cónyuges sobre el otro.

### 1.2 Principio de actuación en interés de la familia

Es un principio programático que se utiliza para inspirar la normativa relacionada y para la interpretación posterior de las mismas en el hecho concreto, a falta de una regulación más específica.<sup>64</sup>

Debe respetarse tanto en su vertiente positiva, el de obrar en interés de la familia concreta y no de los individuos que componen la misma considerados de forma aislada, y una vertiente negativa: no realizar actos que menoscaben el interés familiar.

Comprende a matrimonios con y sin hijos, no al resto de parientes (ascendientes por ejemplo) aunque puedan convivir con ellos.

En relación a esto último, aunque se trate de un interés común, no ampara situaciones en las que se discrimine directa o indirectamente por razón de sexo, como ocurría con legislaciones anteriores, como se ha expuesto. Además de por los artículos constitucionales citados, está expresamente redactado en la LO 3/2007, de Igualdad efectiva de Hombres y Mujeres.

### 1.3 Principio de libre contratación entre cónyuges

Hacen referencia a ellos los artículos 1458 y 1541 del Código Civil este último para la permuta y el primero para la compraventa de bienes y para la transacción, que aunque

---

<sup>64</sup> La STS de 4 de diciembre de 1998 establece que los artículos 66 y 71 suponen proclamaciones programáticas y dado su carácter de generalidad no pueden ser aptos para servir de soporte exclusivo a un motivo casacional. MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE edición de 2009.

no se extrae del tenor literal del citado artículo, así lo ha declarado el Tribunal Supremo<sup>65</sup>.

## 2. DERECHOS Y DEBERES RECÍPROCOS

### 2.1 Respeto y ayuda y socorro mutuos

Plasmados en los artículos 67 y 68 del Código Civil. No se refieren solo a física sino también moralmente. Aunque *a priori*, el respeto no tiene un sentido jurídico estricto sino social o moral, porque su significado es atribuido de forma distinta por cada sociedad y época, el Tribunal Supremo ha dictado sentencias que concretan, al menos de forma negativa, qué no es respeto en la España actual, y su incumplimiento tiene efectos jurídicos.

Por ejemplo, se aprecia la desheredación del cónyuge por no cumplir con el deber de asistencia moral y física en la enfermedad del causante, vulnerando por ello los artículos 67 y 68.<sup>66</sup>

Esta obligación es una de las expresiones del derecho-deber de respeto que ha quedado expuesto en relación a las características del derecho de familia y, por ello no se debe solo en casos de peligro inminente o cuando la necesidad sea grave sino en situaciones corrientes del status matrimonial.

Encuentra su aplicación en el ámbito de la contribución a las necesidades ordinarias de la vida en común que no solo comprende la obligación legal de alimentos sino también el levantamiento de las cargas matrimoniales con los bienes privativos de cada uno de

---

<sup>65</sup> Sentencias de 15 de diciembre de 1992 y de 19 de diciembre de 1997

<sup>66</sup> STS de 25 de septiembre de 2003

los cónyuges (1318 CC) y de proporcionar los recursos económicos necesarios de acuerdo con el nivel social de la familia concreta.

El respeto contemplado aquí, es más amplio que el derecho a la dignidad que merece toda persona por el hecho de serlo. De esta manera englobaría actitudes que tiendan a imponer opiniones políticas o religiosas, a condicionar el comportamiento profesional o social y a impedir el desarrollo de las relaciones personales.

Parte de la doctrina, como Diez Picazo y Gullón<sup>67</sup> mantiene que los derechos de la personalidad son individuales y no pueden ceder ante el principio de la unión conyugal, a no ser que así lo decida el propietario de los mismos.

Se entiende que engloba el deber de protección recíproca que regulaba la ley anterior y el deber de colaboración levantando las cargas matrimoniales por parte de ambos cónyuges. Aunque esto último no sea recogido por la ley, excepto en la sociedad de gananciales, es entendido así por doctrina y jurisprudencia, además de que como contribución también se entienden las aportaciones de tipo espiritual o afectivo.

Las consecuencias que tiene su incumplimiento, son de orden civil y penal.

En el orden civil el incumplimiento del deber de alimentos entre cónyuges activa la potestad para reclamarlos siguiendo el art. 144.1º CC y puede ser causa de desheredación del art. 855 apartados 1º y 3º.

En el ámbito penal si concurren las circunstancias del tipo, puede dar lugar al delito de abandono familiar. Las penas para este tipo de delito fueron elevadas en 2003 por el incumplimiento de prestar asistencia necesaria a ascendientes, descendientes y cónyuges con penas de hasta 6 años de prisión y por impago de pensiones alimenticias con prisión de hasta 1 año y multa de 2 años.

---

<sup>67</sup> Vid en *MEMENTO PRÁCTICO* Francis Lefebvre, 2009 página 23

Por lo demás no parece apreciarse correlación entre ayuda-sentido moral y socorro-sentido físico.

## 2.2 Convivencia

Artículo 69 CC: «se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos»

Es decir, aunque la ley parte de este principio, se puede destruir, es, por tanto, *iuris tantum*.

Se destruye a través de dos formas: 1. Cuando el matrimonio entra en trámite de disolución y 2. Mediante prueba en contrario, el medio es cualquiera admisible en derecho: sentencia de separación, declaración de ausencia legal o de fallecimiento, la condena de un cónyuge a pena privativa de libertad y el pacto expreso que conste en documento público, entre otros.

Implica un *animus*, que es la intencionalidad de vivir juntos y el *corpus* que es el hecho mismo. El *animus* no se rompe en caso de que uno de los dos tenga que vivir en otro lugar por razones de trabajo.

Es aceptado que es una nota esencial en el matrimonio pero, se puede infringir por el pacto entre los cónyuges acompañado de otro acuerdo de prestación de alimentos, cumpliendo así el principio de equidad. Es un deber que tiene un cónyuge frente al otro y cualquiera de los dos puede exigirlo aunque exista pacto anterior. Desaparecidas las causas de separación, le queda la aplicación de la pensión alimenticia del art. 144 CC, es una facultad del cónyuge no culposo tanto para reclamarla si es éste el beneficiario como para negarla si es a él a quien se le reclama. Y las sanciones del abandono del hogar o de la familia si concurren los requisitos del tipo.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Antes de la reforma del CC por la L 15/2005 era causa de separación matrimonial, o de delito de abandono de familia si concurren las circunstancias exigidas en el tipo del art 226.1 CP.

En todo caso, no puede obligarse mediante coacción física, ni ser objeto de ejecución forzosa. Sí que se puede emplear para facilitar el acceso a la vivienda común si uno de los cónyuges ha sido expulsado, pero no para obligar a ambos miembros a vivir juntos sino porque los dos tienen derecho al uso y disfrute de los bienes comunes como son en este caso el hogar familiar o el ajuar.

Por otra parte, también puede resultar quebrado este artículo cuando los cónyuges viven juntos pero con los afectos totalmente desligados, porque no es necesaria solo la identidad de domicilio sino la comunidad de vida dentro del mismo

La nueva redacción que se le dio a los antiguos artículos 56 y 58 de los que he hablado antes, no pueden implicar en ningún caso, el mismo significado de manera que el marido no tendrá autoridad para fijar la residencia conyugal. La doctrina del Tribunal Supremo actual es que lo tienen que fijar los cónyuges de común acuerdo y, en caso de no alcanzarlo, lo fijará el juez.<sup>69</sup>

Lo normal es que exista acuerdo en cuanto a la fijación de la primera residencia y que, posteriormente, por razones laborales o profesionales, relacionados con los hijos (mejores centros educativos) o, incluso, dentro de la misma ciudad desee cambiar su residencia. En estos casos si no se llega a un acuerdo también decide el juez.

La decisión será tomada atendiendo a el interés de la familia, entre las dos opciones que planteen los cónyuges pero no puede tomar una tercera alternativa.

El procedimiento es el de la jurisdicción voluntaria a tenor de la Ley 13 de mayo de 1981, que continua en vigor porque no ha sido derogada por la Ley de Enjuiciamiento Civil y no cabe recurso alguno.

El domicilio conyugal será útil para determinar el lugar de notificación en caso de competencia judicial cuando se separe el matrimonio.

---

<sup>69</sup> STS de 15 de febrero de 1983

### 2.3 Fidelidad

Es una de las figuras matrimoniales que más cambios ha tenido a través de las sucesivas reformas legislativas. Con la entrada en vigor de la Ley 22/1978 se despenalizó el adulterio y pasó a ser causa de separación, hasta que en 2005, estas causas desaparecieron, ha quedado incoercible.

El artículo 68 está pensando en las dos caras del sustantivo tanto positiva como negativa pero, no lo sanciona actualmente de ningún modo, no es coercible directamente. En todo caso podría llegar a ser sancionado de forma indirecta como causa de divorcio pero, desde la implantación del divorcio libre, que no exige causa, no tiene ninguna virtualidad más allá del contenido ético o moral.

Pese a que una parte de la doctrina reconoce la posibilidad de solicitar indemnización del daño moral causado<sup>70</sup>, en España no está muy desarrollado. No podemos perder de vista que se trata de un análisis jurídico y, pese a que ética y socialmente el reproche sería mayor cuando ha concurrido infidelidad, no lo es así en el derecho y, por ello el TS en sentencia de 30 de julio de 1999 no cuantifica de manera económica el daño moral producido al otro cónyuge por esta situación no dándole cabida ni en el artículo 97 ni en el 1.101. En todo caso, la única vía que señala parte de la doctrina es que podría estar recogido en el art. 1902 en relación a los daños patrimoniales y morales.

Así mismo, se entiende que podría tenerse en cuenta en la fijación de la cuantía de la pensión compensatoria pero, no es hasta la fecha, recogido por los tribunales.

Lo que sí es aceptado en cuanto a este campo, es la desheredación del cónyuge infiel art. 855.1 CC.

---

<sup>70</sup> LOPEZ DE LA CRUZ L. «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales» *IN DRET* 4/2010 Barcelona, octubre de 2010 pp.12-13

## 2.4 Deber de compartir las responsabilidades y el cuidado doméstico

Regula las relaciones internas en el hogar, es uno de los ejemplos vacíos de contenido jurídico, de tal forma que los cónyuges son los que regularán sus propias normas durante la convivencia. En caso de que ésta cese sí que se puede alegar la norma judicialmente, sin embargo, lo más apropiado al caso sería aplicar las normas de separación o divorcio.

La ley 15/2005 lo amplió incluyendo también el deber de cuidar a terceros, ascendientes y descendientes. Aunque no aporta un mayor contenido, el legislador redactó esta ley con el ánimo de recalcar la importancia de estas actividades. Su utilidad práctica se concreta en el aspecto patrimonial, el cónyuge que lo ejerza tiene derecho frente a quien lo incumple de un resarcimiento económico por enriquecimiento injusto.

Por otra parte, el deber de ayuda a terceros no es recíproco entre los cónyuges entre sí pero no cabe que el tercero beneficiario reclamase este aspecto, el fundamento del deber es pues, que no pese sobre uno solo de los cónyuges.

## **V. EVOLUCIÓN DEL DIVORCIO EN ESPAÑA**

### 1. CONSTITUCIÓN DE 1931

Otorga carta de naturaleza por primera vez al divorcio, y su entrada en la agenda política anima de nuevo el debate público. Hay seminarios y revistas que estudian el interés social en esta institución. Los católicos se muestran contrarios a esta idea como Niceto Alcalá Zamora o Miguel Maura. A excepción de Leurroux, del resto de representantes del gobierno y otros intelectuales se obtiene el apoyo al divorcio como Largo Caballero, Casares Quiroga, Margarita Xirgú, y la ya nombrada Clara Campoamor. De entre ellos es curioso destacar que

Manuel Franco contesta apoyando el divorcio y manifestando su deseo de regularlo, una postura del todo discordante con la que adoptará años después su hermano.

Esta reforma fue apoyada por el 78% de los encuestados aunque siga viéndose como un hecho rechazado.<sup>71</sup>

El precedente que tenemos en este caso es el divorcio promulgado durante la segunda república española.

El proyecto de ley fue fruto de una comisión de eminentes juristas presididos por Felipe Sánchez Román y fue publicado en la Gaceta de Madrid en 1932.

Esta ley declara la disolubilidad del matrimonio por el divorcio y, que se puede llegar a él por dos vías, por causas tasadas en la ley, en total 13 o el mutuo acuerdo lo cual es una novedad destacada en nuestro derecho, que no se había contemplado nunca con anterioridad siquiera en relación con la separación y que incluso en 1981 se admitirá sólo de forma limitada. Los únicos requisitos eran que fuesen ambos mayores de edad y que el divorcio se hubiese prolongado al menos durante dos años.

Si se solicita el divorcio en base a una causa legítima, el actor podrá ser solo el cónyuge inocente y antes de que prescriban las causas, la mayoría eran 6 meses desde que el cónyuge inocente las conoció o 5 años desde que se realizó la acción. No obstante había plazos más largos para las causas más graves, adulterio 10 años y atentado contra la vida del cónyuge o los hijos sin prescripción.

En caso de reconciliación de los cónyuges en un procedimiento de divorcio por mutuo disenso no podrán volver a intentarlo por esta vía en los dos años posteriores. Si un cónyuge es declarado culpable no puede contraer nuevo matrimonio en el plazo de un año y queda inhabilitado de forma permanente para contraerlo si la causa era la tentativa

---

<sup>71</sup> Esta información está extraída del artículo de BECERRIL RUIZ D. «La percepción social del divorcio en España» Revista de investigaciones sociológicas nº 123, 2008 pp. 188, 190

del marido de prostituir a la mujer o la de cualquiera de los cónyuges con respecto a los hijos.

La acción del divorcio finalizará por sentencia declarativa del mismo, por reconciliación o, por muerte de uno o los dos cónyuges.

Es importante destacar que durante este período solo se reconocía el matrimonio civil por lo que desaparecen las referencias que habían estado presentes años atrás en relación con los fueros especiales de los tribunales eclesiásticos y, se refiere únicamente a «el juez».

Respecto de los hijos menores, son los mismos cónyuges quienes de mutuo acuerdo pueden acordar con cuál de ellos se habían de quedar, y el Juez aprobaría tal acuerdo.

En caso de que no hubiese acuerdo, si era un divorcio con causa y había un culpable, se quedarían con el otro y, si ninguno o ambos lo fuesen, el juez decidiría (teniendo siempre la madre consigo a los menores de 5 años). De igual forma rompiendo con las legislaciones anteriores, el padre privado de los derechos de patria potestad los podría recuperar en caso de muerte del otro ex cónyuge (anteriormente se recurría a la tutela).

Asimismo es otra importante novedad que el nuevo matrimonio del cónyuge divorciado y a cargo de la patria potestad de los hijos comunes, no afecta a este aspecto – el juez podría establecer lo contrario con causa justificada-.

Se reconoce por primera vez un derecho de alimentos distintos a los del art. 142 CC al cónyuge inocente cuando carezca de bienes propios bastantes para su subsistencia y también conserva lo dado, y puede reclamar lo prometido – el cónyuge culpable no. Puede, incluso pedir que se constituya hipoteca sobre los bienes inmuebles del obligado para asegurar el cobro de esos alimentos, previéndose sanciones penales en caso de incumplir de forma reiterada el pago de las pensiones alimenticias (novedad que fue objeto de muchas críticas en su momento).

Pese al gran avance que supuso este modelo y la igualdad de la que ya en la época hacía gala, tuvo un breve período de vigencia de apenas de 6 años. Suspendida por decreto durante la Guerra Civil, en 1938 y siendo finalmente derogada con carácter general por la Ley de 23 de septiembre de 1939.

Desde este momento, la inexistencia del divorcio en España será una constante hasta 1981.

Si la proclamación del divorcio se hizo con rango constitucional en 1931, tal vez, por contraposición en 1945 fue aprobado en el Fuero de los Españoles declarar que «el matrimonio será uno e indisoluble», e incluso en el aspecto formal cuando en 1958 desapareció del Código Civil la palabra divorcio.<sup>72</sup>

## 2. PERÍODO DE INEXISTENCIA, 1939-1981

Ni durante la guerra ni la posguerra se reabre un debate político o social en torno a esta circunstancia, no será hasta los sesenta cuando se empieza a agitar la población en torno a diferentes problemas sociales. El Diario Femenino en 1968<sup>73</sup> y 1969 realiza uno de los primeros análisis del período dictatorial en torno a este tema. La muestra no es amplia, pero son personajes claves los encuestados y, de 21 personas, 16 muestran su apoyo al divorcio, como forma de dignificar la institución matrimonial. No tenemos muchos más datos sobre la opinión de la sociedad pues, debido al poco valor que se le daba a la libertad de expresión en el régimen

---

<sup>72</sup> Los aspectos relativos a la regulación jurídica del divorcio en este período han sido extraídos del siguiente artículo JIMENEZ MUÑOZ, FJ. «El divorcio en España, unos apuntes» La ley, 11 de julio de 2005

<sup>73</sup> La encuesta fue publicada bajo el título genérico «Debates en la redacción» el 24 de noviembre de 1968, lo firmaba Carmen Alcalde.

imperante, otras revistas e instituciones que pretendieron ahondar en el tema fueron sancionadas tal es el caso de Triunfo<sup>74</sup> en 1971.

Otro de los factores que determina el apoyo en clima general, al divorcio es el trámite en Italia (país católico por excelencia) de un referéndum en torno a la cuestión que terminó con una aprobación de la ley del divorcio. Esto dejó a España en una situación de desigualdad comparativa con los países de nuestro entorno (a excepción de Irlanda).

A finales de los sesenta aparecen los informes FOESSA, y es en el segundo, en 1970 cuando aparece un interés en el tema, aunque sin entrar a analizarlo, dice textualmente «no se ha planteado en España el problema del divorcio e ignoramos todo lo referente a las separaciones de hecho. Asunto tan importante bien merecía un estudio monográfico». Aunque tardó cinco años en volver a hacer siquiera referencia a ello.

El 24 de abril de 1958, cambió la redacción del artículo civil así pues, la sección 5ª «De los efectos de la nulidad del matrimonio y del divorcio» pasó a denominarse «de los efectos de la nulidad del matrimonio y los de separación de los cónyuges».

Como se puede suponer, esta opción estaba contemplada como algo residual, con causas tasadas y régimen estricto. La regla general es que el matrimonio fuera vitalicio, independientemente de la voluntad de los cónyuges y, si la separación de derecho era algo inusual, la separación de hecho ni siquiera estaba contemplada, era contemplado como una situación «anormal» sin ningún respaldo legal.

Así esta breve sección con apenas 5 artículos, regulaba aquellos casos en que el matrimonio se disolvía, con unas normas mucho más estrictas y judiciales que en el período anterior, sin que la voluntad de las partes estuviese demasiado presente en todo el proceso.

---

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ DE CASTRO I. «Una compleja organización social» en el número 464, de fecha 24/04/71 pp 36 a 39

Si era la mujer la que pedía la separación o nulidad del matrimonio también podía pedir que provisionalmente se le separase de su marido y se le confiaran los hijos menores de 7 años, que se le indicara un domicilio y, si fuera menor de edad ella misma se sometiera a custodia de la persona que tendría que quedar, si en los 30 días siguientes no se acreditara la interposición de la demanda estas medidas quedarían sin efecto (a causa de lo anormal de la situación explicado en el párrafo anterior).

Solo los tribunales ordinarios interpondrán las medidas provisionales que se previeran en la ley procesal civil de acuerdo con la legislación voluntaria.

Para que esta obligación se hiciera efectiva sobre los bienes parafernales, el marido tiene que demostrar que no puede en absoluto ejercer un oficio, profesión o industria que le proporcione lo necesario para su sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Una vez que estuviera admitida la demanda de separación del matrimonio o de nulidad el juez adoptará las siguientes medidas:

La separación de los cónyuges. Decidirá cuál de los dos continúa con el uso de la vivienda común para lo cual tendrá en consideración el interés de la familia. Hasta tal punto es omnipotente la voluntad del Juez que también será él quien decida cuáles son las ropas, objetos y muebles, que podrá llevar de la casa el cónyuge que deba salir de aquella.

Fijará de forma discrecional con quién continuarán la convivencia los hijos y quién será el encargado de la patria potestad o, en casos excepcionales se encomendarán a otra tercera persona o institución. Y, el tiempo y forma en que el cónyuge que no conviva con los hijos podrá verlos.

A tenor de la doctrina del TS, plasmada en numerosa jurisprudencia<sup>75</sup>, los Tribunales de Menores no tienen potestad en estos casos, y no puede extenderse por diversas razones: porque este precepto es específico y, porque de adoptarse lo contrario resultaría que las medidas establecidas pero los jueces de primera instancia en el ejercicio de estas funciones, podrían resultar modificados y hasta dejados sin efecto por los tribunales Tutelares de menores que ni tienen la categoría legal de órganos superiores ni están autorizados para llevar a cabo una función que sería abiertamente revisora de las decisiones judiciales.

Así mismo la patria potestad era concebida como «una red o constelación de facultades y deberes mutuamente unidos» debido a esta característica cuando exista causa para ello, los tribunales podrán decidir que algunas funciones o deberes se desmembran y, puedan ser otorgadas a uno de los cónyuges la patria potestad plena, salvo algunas funciones que serán otorgadas al otro cónyuge.

En relación al régimen económico matrimonial: el marido conservará la administración y disposición de los bienes y se le transfieren a la mujer los parafernales que hubiese entregado al marido pero seguirá necesitando autorización judicial para los actos sobre los mismos que excedan de la administración ordinaria.

Los bienes dotales continúan bajo la propiedad y administración del hombre, como antes de la presentación de la demanda de separación, salvo que el juez estime pertinente lo contrario. En todo caso, sea cual fuere el cónyuge que los administre, también se necesitará autorización judicial para los actos que excedan de la mera administración de bienes gananciales.

Señalará alimentos a la mujer y/o al marido así como a los hijos que no queden en poder del obligado a dar alimentos, que no tendrá la opción de prestarlos en su propia casa. Y,

---

<sup>75</sup> Sentencias de 27 de abril de 1963, 9 de abril o 3 de julio de 1964, entre otras.

por último acordará el abono de la litisexpensas determinando tanto la cuantía como el obligado al pago.

De acuerdo con el espíritu del ordenamiento y de la doctrina jurisprudencial, aun cuando la mujer tenga bienes si éstos no llegan con sus productos a cubrir las atenciones primarias de la alimentación no puede privársela de la litisexpensas necesarias para la defensa de sus derechos, cuando en la sociedad de gananciales existan bienes suficientes para poder atender a dicha necesidad. No obstante, el solicitante de litisexpensas, tendrá que acreditar que no tienen bienes suficientes para lo cual no basta la mera declaración. Aunque el marido tenga la obligación de suministrarla a la mujer no es un derecho tan absoluto para que pueda cargar toda clase de gastos judiciales si estos no están justificados.<sup>76</sup>

Si la mujer por la escasez de sus bienes tuviese que litigar como pobre y no puede obtener este beneficio porque para su cómputo se incluyen bienes del marido, se produce un estado de indefensión que se soluciona con la otorgación de la litisexpensas con cargo no solo a los gananciales sino a otro tipo de bienes del matrimonio porque con todos ellos se tienen que levantar las cargas del matrimonio.

El derecho a litisexpensas estará sometido no obstante, siempre a lo que resuelvan los Tribunales apreciando la extensión y naturaleza de la necesidad para autorizarla y graduarla.

El beneficio de litisexpensas cesará cuando la mujer disponga de bienes peculiares que no administre el marido y, con sus frutos no ingresados en el patrimonio conyugal. Por otra parte, también la mujer debe contribuir con sus medios económicos al levantamiento de ese cargo social cuando ejercite sus derechos contra su marido, sin

---

<sup>76</sup> Sentencias de 24 de abril de 1961 y de 11 de junio de 1960, interpretando el apartado sexto del artículo 68, según el código civil vigente en 1973

restar ninguno de los medios que disponga para este fin. Una vez que se concede la litisexpensas para un procedimiento, se entiende también otorgado para todas las incidencias y depósitos que surjan en el mismo.

El matrimonio contraído de buena fe, aunque fuese declarado nulo producirá efectos civiles del cónyuge que lo haya contraído de buena fe (que es presumida) y de los hijos, si se prueba la mala fe de ambos, solo se postergan los derechos civiles respecto de los hijos.

La aplicación de este artículo requería según la jurisprudencia<sup>77</sup>, que el caso cumpliera con tres requisitos:

1) el matrimonio sea nulo, es decir, se encuentre dentro de lo específicamente señalado en el art. 101 2) que los efectos que obtiene sean de carácter estrictamente civil 3) que exista buena fe de parte de al menos uno de los contrayentes, un ejemplo sería que el cónyuge no supiese que la contraparte tuviese un matrimonio anterior.

La sentencia de 21 de diciembre de 1963 que se enfrentaba al caso presentado, dice que aunque no se pueda entender en nuestra patria la ejecución declaratoria de divorcio, no se pretende tal eficacia sino que lo que se pretende es estar certeros de que el matrimonio se ha celebrado entre las partes con desconocimiento de uno de ellos del vínculo anterior y que el hijo ha nacido de la unión actual. Con estos requisitos el hijo nacido es matrimonial, porque no se le puede privar al niño de los efectos civiles.

Este artículo era general y comprendía todos los casos de nulidad de matrimonio, establecidos en el Código civil por impedimentos dirimentes que no sean los previstos y sancionados en el art. 51.

La ejecutoria de nulidad de matrimonio producía los efectos siguientes:

---

<sup>77</sup> Sentencias de 7 de marzo de 1972; 21 de diciembre de 1963; y 7 de marzo de 1956. Extraídas de *CÓDIGO CIVIL*, Aranzadi, Pamplona, 1973 página 97

Si hay buena fe de parte de ambos, los hijos mayores de siete años quedan al cuidado del padre, y las hijas de la madre; si solo hay buena fe por parte de uno de los progenitores todos los hijos de ambos sexos quedan al cuidado de éste. En caso de que la mala fe hubiese estado presente en ambos progenitores el juez podrá proveer un tutor. La madre no obstante, siempre tendrá a su cuidado a los hijos menores de 7 años.

Todo ello deberá ser subsidiario a lo que haya previsto el tribunal que conoció de la nulidad del matrimonio si se hubiese expresado sobre este asunto.

Los cónyuges pueden, no obstante, alcanzar un acuerdo.

Sobre los bienes del matrimonio se produce los mismos efectos que a la muerte de uno de los cónyuges, si uno de ellos ha obrado de mala fe, no tiene derecho a bienes gananciales.<sup>78</sup>

Por su parte, la ejecutoria de separación produciría los efectos siguientes: separación de los cónyuges, los hijos serán puestos bajo la potestad del inocente (en caso de que no lo hubiere, como en el supuesto anterior). Si el cónyuge que por haber sido declarado inocente, tenía la potestad sobre los comunes y muere, el culpable solo recuperará la patria potestad si la causa que dio origen a la separación no afecta a la formación moral de los hijos. En caso contrario, se proveerá un tutor.

El cónyuge culpable perdería todo lo dado o prometido al inocente y pierde también el derecho de alimentos. El inocente conserva todo lo recibido y puede reclamar lo prometido por el culpable y puede pedir hipoteca legal suficiente sobre los bienes del culpable: retención de sueldos y salarios, depósito de valores y cuantas medidas cautelares sean necesarias.

---

<sup>78</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ F.J. «El divorcio en España, unos apuntes sobre su evolución histórica» La ley, N°3 pp 2044-2055

### 3. DE LA REFORMA DE 1981 A LA ACTUALIDAD

La ley 30/1981 de 7 de julio vuelve a introducir el divorcio (vinucular) como causa de disolución del matrimonio. Ya la Constitución de 1978 propiciaba la nueva orientación al disponer que la ley regularía las causas de disolución y sus efectos. A diferencia de la de 1931 no establece el matrimonio directamente (debido a el juego de equilibrios políticos que supuso su redacción) pero permite que pueda establecerse por ley ordinaria. La reciente democracia era el contexto social adecuado, en el que existían unas percepciones favorecedoras

Como se ha expuesto en relación a el sistema matrimonial, en el apartado II del presente trabajo, se configura un matrimonio civil con pluralidad de formas (civil o religiosa) siendo el divorcio únicamente una cuestión de derecho civil. Las causas de divorcio son generales y retroactivas, pudiéndose aplicar a todos los matrimonios con independencia del tiempo y la forma en que fueron celebrados.

La ley desarrolla una posible separación por mutuo acuerdo una vez transcurrido un año del matrimonio que se configura como paso previo al divorcio, y, en tal sentido, por vía indirecta, las causas de separación lo serán también de divorcio.

Se adopta en la reforma del Código que supone esta ley, un sistema de divorcio-remedio conforme a un patrón no culpabilista adoptando como presupuesto común el cese efectivo de la convivencia conyugal.

A diferencia de la ley de 1932, no se admite el divorcio de mutuo acuerdo pero, por otra parte, tampoco establece la prescripción de las causas de divorcio que sí se contemplaban en la etapa republicana.

Esta ley destaca los aspectos consensuales del matrimonio y su mantenimiento durante el tiempo que subsista la *affectio maritalis* y permite su disolución cuando éste desaparezca, por ello varias causas se basan en el disenso mutuo o en un cambio de consentimiento que se había otorgado celebrando el matrimonio. El cese de la convivencia conyugal se entiende como una declaración de voluntad presunta.

La acción de divorcio, salvo determinadas causas, se otorga a ambos cónyuges pero de forma personalísima, a la muerte de uno de ellos se extingue, y no se transmite a sus herederos.

En 2005 se reforma de nuevo el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil para cambiar, de forma radical la realidad que existía durante la dictadura franquista en torno a este asunto. Se equipara de forma absoluta el acceso a la separación y al divorcio (lo que ha aminorado la aplicación de la primera de forma considerable).

El divorcio se configura como una institución flexible y con un campo de aplicación muy amplio, siguiendo un sistema no causal, donde tampoco se exigen plazos –solo el de 3 meses desde celebrado el matrimonio que, tampoco se impondrá en caso de violencia doméstica-.

El único requisito exigible es pues, la voluntad de uno de los cónyuges y un convenio regulador si se trata de un procedimiento consensual o de una propuesta de medidas si es contencioso.

Es una institución nueva, tanto en nuestro derecho como en el comparado, donde solo se encuentran precedentes en el repudio musulmán – en este caso no sería sin embargo, limitado solo al hombre, sino de doble vía- .

Esta misma característica beneficiosa, flexibilizadora, donde se acortan plazos y trámites puede suponer por otra parte, un aumento del número de divorcios realizados de forma irreflexiva, tal vez por ello se deba aumentar la mediación familiar (asunto que trato en el último apartado del presente trabajo).

Por otra parte, se modifica la regulación del ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores. Concediéndose un mayor ámbito de decisión a los padres. Uno de los aspectos más polémicos ha sido que la decisión del juez entorno a la guarda y custodia será de dictarla compartida en los casos en que exista acuerdo de los padres al respecto e incluso de forma excepcional, basta con la petición de uno de los padres. Se tienen que dictar a si mismo las cautelas que procedan para el eficaz cumplimiento del mismo y, siempre se tendrá en cuenta la circunstancia de no separar a los hermanos.

En cualquier caso el juez antes de acordar este régimen tiene que oír a los menores si tienen suficiente juicio y lo estima necesario, al ministerio fiscal y valorar las alegaciones de las partes y de la prueba practicada en la comparecencia y la relación existente entre los padres.

En cuanto al desequilibrio económico se habilita la posibilidad de que consista no solo en una pensión sino también en una prestación única.

Es en 1978 cuando tenemos una investigación con el divorcio como tema central, y en los años siguientes hay un gran interés reflejado en encuestas y preguntas, que no se ha vuelto a repetir siquiera en fechas recientes.

También es en estos años, concretamente en 1983 cuando se crea el ISSP International Social Survey Programme,<sup>79</sup> que realiza investigaciones de interés para las ciencias sociales. En torno al tema de familia se han llevado a cabo tres oleadas, en las que España ha participado en dos 1994 y 2002.

El estudio se realizó situando al encuestado en el siguiente escenario: suponiendo que la relación de pareja tenga problemas o funcione mal ¿prefiere mantener el matrimonio o disolverlo por vía de divorcio?

Los resultados fueron los siguientes:

PERMANENCIA EN EL MATRIMONIO AUNQUE FUNCIONE MAL:<sup>80</sup>

	1994	2003
Muy de acuerdo	2.0	1.1
De acuerdo	11.6	8.2
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	5.7	5.6
En desacuerdo	56.8	53.0
Muy en desacuerdo	17.7	29.0
No sabe/ no contesta	6.2	3.2

79BECERRIL RUIZ D. «La percepción social del divorcio en España» Revista Española de Investigaciones Sociológicas» n° 123, 2008 pp. 187-208

<sup>80</sup> CIS, estudio 2013 (1994)- ISSP 1994; Estudio 2529 (2003)-ISSP 2002.

La población española mostró muy poco apoyo a la idea de continuar con el matrimonio aunque tenga problemas, era un porcentaje ya pequeño pero que disminuyó en 5 puntos durante la década. Y, un mayoritario 82% que muestran algún grado de desacuerdo con la frase. Además, podemos extraer otro dato que es que las personas que no sabían o no contestaban, disminuyeron a la mitad, por lo que hay un mayor grado de implicación.

Este instituto, permite así mismo hacer una comparativa con otros países. El desacuerdo con la frase del enunciado es general, la mayoría no supera el 10% de personas que se muestran de acuerdo.

Aunque España haya mostrado unos índices pequeños de compartir esta idea como hemos visto en la gráfica, es uno de los países europeos que más de acuerdo se muestra con ella. Los mínimos están representados por Francia, Chipre, Holanda, Gran Bretaña y Alemania que apenas no alcanzan el 3%.

Volviendo a nuestro país la respuesta varía en cuanto a la edad del encuestado, en ningún tramo es mayoritaria pero aumenta el acuerdo conforme lo hace la edad. En cuanto a la comparación temporal, aunque en todos los grupos de edad haya descendido el acuerdo, ha sido mayor el descenso en la gente de más de 45 años, es decir son las personas adultas las que cambian más rápido de opinión para equipararse a los jóvenes.

Si atendemos al estado civil los divorciados son los que más en desacuerdo se encuentran y, los que menos los viudos. La distinción entre sexos, aunque el acuerdo es mayor en el hombre, no es significativo.

Sí que extraemos una tendencia muy clara, cuando más se asiste a ceremonias religiosas y más cercano se está a posiciones ideológicas de derechas, mayor es el acuerdo de la persona de permanecer en una relación aunque esta funcione mal.

El perfil de persona que más desacuerdo muestra con esta idea es una mujer de entre 15 y 25 años, divorciada o separada con una ideología cercana a la izquierda y con poca o nula asistencia a ceremonias religiosas.

De lo anterior obtenemos la respuesta de que por lo general, la sociedad española considera que no hay que permanecer en el matrimonio cuando hay problemas pero ¿es el divorcio la mejor solución? Se llevó a cabo por el mismo estudio internacional y las respuesta de nuestro país fue que la mayoría de las personas están siempre de acuerdo con un 79% en 2003. El divorcio se configura como la mejor solución, pero no existe un gran retroceso entre las personas que están en contra, la idea gana adeptos entre los que no tenían claro en 2004 cuál era su posición, que terminan por posicionarse a favor.

Es paradójico si lo comparamos con la posición de España en la pregunta anterior (más tendente a la prolongación del matrimonio que los países europeos), que ante esta cuestión presente uno de los porcentajes más altos del mundo, empatando con Portugal y solo superado por Brasil.

En la mayoría de los países, desciende el porcentaje de personas de acuerdo de 1994 a 2003 ejemplos son Japón, EEUU, Suecia o Australia. Sin embargo en nuestro país sube, los grupos que menos se muestran de acuerdo son los muy jóvenes y los muy mayores.

Hay un fuerte arraigo de esta idea en la percepción social, prueba de ello es que, aunque las personas con posiciones más cercanas a la extrema izquierda son quienes más de acuerdo están y cuanto más hacia la extrema derecha, mayor es el desacuerdo, en ninguna posición la aceptación del divorcio deja de ser minoritaria.

Tras este planteamiento general nos cabe preguntar ¿cuál es la justificación que los españoles dan al divorcio? Conocerlo es posible gracias a la información de los sondeos ASEP<sup>81</sup> y el CIS<sup>82</sup>, los datos son los siguientes:

En 1981 el 29% de la población creía que el divorcio no era nunca justificable, mientras que en 2006 (última vez que se llevó a cabo un estudio pormenorizado de este aspecto), había perdido peso hasta simbolizar el 6% de la población. Entre estas dos encuestas, hay 7 años en las que se han realizado mostrando un descenso paulatino.

Los varones venían justificando habitualmente más el divorcio que las mujeres pero en los últimos años esta tendencia se ha equiparado, las mujeres han ido ganando puntos, mientras que los hombres en los años 90 descendieron.

Considerando el nivel educativo, se obtiene una progresión perfecta desde los niveles bajos a los altos. Cuanto mayor es el nivel educativo, superior justificación obtiene el divorcio.

En un contexto internacional, la puntuación media de España es una de las más elevadas e incluso internamente, su evolución particular ha sido muy rápida si la comparamos con los países de nuestro entorno.

Al comienzo del período del estudio la justificación media española era una de las menores del grupo europeo, en el último año nos hemos situado en los primeros puestos, sin que haya habido nunca una recesión (como sí la ha habido en otros países, Alemania o Reino Unido por ejemplo).

---

<sup>81</sup> ASEP pone a disposición del usuario todos los datos que recoge y estudios que publica en la siguiente web: [www.jdsurvey.net](http://www.jdsurvey.net)

<sup>82</sup> Estos datos han sido consultados en la página oficial del CIS : [www.cis.es](http://www.cis.es)

## **VI. DEBATES ACTUALES EN TORNO A DERECHOS Y DEBERES ENTRE CÓNYUGES ¿ES INDEMNIZABLE EL DAÑO MORAL?**

Con posterioridad a la instauración del divorcio sin causa en nuestro ordenamiento, ha habido un aumento considerable de pronunciamientos en la jurisprudencia que reconocen el resarcimiento de daños morales cuando el otro cónyuge incumple los deberes matrimoniales expuestos anteriormente. Se aplica con una finalidad sancionatoria de conductas que, siendo moralmente reprochables, no está claro que puedan ser sancionadas por el derecho, ello en base a principios generales.

La cuestión a la que se enfrenta la doctrina actual es a determinar cuáles de los supuestos que se planteen deben originar una indemnización por daño, con el límite de que no puede suponer la reintroducción del concepto de culpa.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia tiende a rechazar o acotar la injerencia del derecho patrimonial en el derecho de familia, sin embargo en la última década aparecen cada vez más voces, y mejor fundadas de admitir el derecho de daños en el ámbito del derecho de familia, como una reintroducción de los criterios morales sobre el comportamiento de los cónyuges ante un contexto social dominado por el individualismo y, en el que ha desaparecido el divorcio por culpa.

Si atendemos a una perspectiva histórica tanto en nuestro derecho como en el comparado, se ha excluido totalmente el derecho de familia del ámbito de aplicación de la responsabilidad por daños, y ello es porque el propio derecho de familia ya tenía métodos para sancionar al cónyuge que no cumpliera las obligaciones conyugales.

Por eso, el contexto del debate en que nos situamos, no puede ser otro que el actual, momento en el cual tiene sentido este planteamiento donde, en la familia, además de ser una institución, se valoran los miembros con sus derechos de forma individual, algunos

de ellos, incluso constitucionales, por ello pueden ser vulnerados y se tienen que tutelar frente a ataques incluso de miembros de dentro de la familia.

## 1. INDEMNIZACIÓN AL CÓNYUGE DE BUENA FE CUANDO EL MATRIMONIO ES NULO

El artículo 98 del Código Civil establece una indemnización cuyo beneficiario es el cónyuge de buena fe cuando sufra algunos perjuicios económicos a causa de la declaración de nulidad del matrimonio. Pero también encontramos jurisprudencia en la que además son incluidos los daños morales en este resarcimiento, lo que implícitamente constituye un juicio de moralidad sobre el comportamiento del cónyuge que ha obrado en contra de los deberes matrimoniales. Entre la jurisprudencia destacable se encuentra una sentencia del Supremo de 1985, cuyos hechos probados fueron que, el marido había contraído matrimonio con el único objeto de mantener relaciones sexuales con la esposa actora del proceso.<sup>83</sup> El TS declaró que la conducta mostrada era dolosamente grave y de mala fe y, por tanto, que puede ser incluida en el art. 1269 CC. Por esta razón declaró que además de la indemnización por los daños patrimoniales sufridos, era necesario añadir el daño no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legalmente constituida.

En la misma línea, en 1994<sup>84</sup>, se conoció un caso donde la esposa engañó al marido diciendo que todavía era fértil, cuando no era cierto, el Supremo declara que la equiparación entre el dolo de la esposa y la mala fe del cónyuge referida por el Código hace que deba estimarse plenamente conforme a derecho.

En una jurisprudencia más actual, se encuentran casos planteados ante las Audiencias Provinciales, a saber:

---

<sup>83</sup> En concreto la fecha de la sentencia es 26 de noviembre de 1985

<sup>84</sup> STS de 1 de julio de 1994

SAP de Cádiz<sup>85</sup>: el marido había ocultado que a fecha de celebración del matrimonio, ya estaba casado con otra mujer y, además tenía una hija. La AP concedió la indemnización por daños morales bajo el pretexto de que «la regulación de la nulidad del matrimonio ha tenido como característica, desde el primer momento, el singular valor que en ella se reconoce a la buena o mala fe de los que celebraron el acto».

Lo que tienen en común estos supuestos es que se castiga al cónyuge que no ha actuado moralmente bien en particular conforme al deber de fidelidad.

En este punto se pueden plantear otros problemas, como si tras esta indemnización se permite acudir además al artículo 1902 CC coetánea o subsidiariamente o ya está incluido, la doctrina que aboga a favor del resarcimiento de daños morales también lo hace a favor de aplicar el 1902 cuando concurren las presupuestos del mismo.

## 2. RESARCIMIENTO DE DAÑO CAUSADO POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES MATRIMONIALES

Si bien en el punto anterior se ha hablado de la indemnización por el daño ocasionado por el vicio antes de que se constituya el matrimonio, ahora se plantea qué ocurre si los deberes se incumplen durante el matrimonio válidamente constituido.

Antes de la entrada en vigor de la ley del divorcio sin causa, la respuesta era clara, constituían causa de disolución del vínculo, tras su entrada en vigor se empiezan a cuestionar los artículos tratados en el presente trabajo en el sentido de cuál es, bajo este nuevo contexto, su eficacia o trascendencia.

---

<sup>85</sup> SAP Cádiz 81/2006 de 4 de diciembre.

En nuestra jurisprudencia, podemos distinguir dos momentos, una primera parte en la década de los 90 donde los jueces se mostraban reacios a incluir este tipo de daños en derecho de familia y, una segunda, con una paulatina mayor aceptación en las últimas décadas donde se acepta su reconocimiento, aunque, por el momento no ha llegado al tribunal supremo, por eso voy a tomar el desarrollo de las Audiencias Provinciales.

Sentencias que desestiman:

- STS de 22 de julio de 1999: Se planteaba el resarcimiento del daño moral a favor del marido que descubre que no es el padre biológico de los que creía sus hijos. El tribunal supremo consideró que no había quedado probada la mala fe en la demandada, y por ende, no había conducta dolosa, lo que es un requisito de aplicación del art. 1902 CC.
- STS de 30 de julio de 1999: ante un caso similar, el matrimonio con dos hijos se separa, queda la madre al cargo del cuidado de los dos hijos y el padre de las cargas matrimoniales. La mujer impugna la paternidad del ex marido, y se declara en sentencia judicial que no es el padre, y por ello condenan a la madre a pagarle 10 millones de pesetas. El TS estima indudable el reproche ético-social que merece la actitud de la demandada pero, dice que en ningún modo podría asignarle efectos económicos.

Hay que recalcar que aunque el fallo de ambas sea el mismo, no se estima la petición, la fundamentación es absolutamente divergente de tal forma que, en la primera no se condena a la esposa basándose en que no ha existido una actuación dolosa, y, solo en la segunda, se determina contundentemente que la infidelidad conyugal no genera ningún derecho a indemnización.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> ROCA TRÍAS ROCA TRÍAS *La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, 2000, Dykinson, Madrid.

Interpretando a contrario la primera, se puede establecer que en los casos donde la actitud de uno de los cónyuges sea dolosa, sí que cabe una condena en virtud del art. 1902 CC.

Esta disparidad de doctrina dentro del propio Tribunal Supremo, ha ocasionado que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sea dispar y sin criterios claros.

- SAP de Valencia 597/2004 de 2 de noviembre el marido descubre que de los cuatro hijos que había considerado suyos durante la relación conyugal, solo uno era padre biológicamente de uno y los otros tres, eran fruto de una relación que mantenía paralelamente la demandada. El tribunal recordó que la infidelidad no es indemnizable pero, sí que estableció indemnización por la ocultación dolosa de la paternidad y la atribución al marido.
- SAP de Valencia 466/2007 de 5 de septiembre. En un caso como los anteriores donde el padre descubre no serlo realmente, al menos en su acepción biológica, alega daños morales tales como depresión, ansiedad y dolencias físicas describiendo su sensación como de una pérdida asimilable a la muerte del hijo. La AP se reiteró en lo dicho en la sentencia anterior, si bien no puede establecerse una indemnización por infidelidad, sí que se puede por la procreación de un hijo extramatrimonial, y el engaño al demandante.
- SAP de Barcelona 27/2007 de 16 de enero: el demandante quería que se practicasen unas pruebas de paternidad a la niña que la madre se negaba a realizar, por esta conducta negligente se le condena a pagar una indemnización al marido por daños morales en base al artículo 1902 CC.
- SAP de Cádiz 125/2008 de 3 de abril: sanciona la conducta infiel de la esposa. Aunque no se pueda probar si la mujer conocía que el hijo no era del demandante, basta con un dolo eventual, no explícito para imputarle responsabilidad y que el mero cumplimiento

del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero que se había atribuido al marido por presunción genera por sí mismo, responsabilidad civil.

- SAP de León 39/2009 de 30 de enero se condena a la esposa por los daños morales que le ocasiona al actor cuando descubre que la que creía su hija no lo era, esto supuso la pérdida del vínculo biológico y el derecho a continuar su relación con la menor.

De esta jurisprudencia se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1) si la situación genera un daño 2) existe negligencia o dolo y 3) se puede determinar nexo de causalidad, entonces nace la responsabilidad aunque ambos estén vinculados matrimonialmente.<sup>87</sup>

Hay otras sentencias que establecen que el dolor causado por la infidelidad no debe ser resarcido, es decir la cuestión ni giraría en torno a si en derecho de familia se puedan o no generar daños morales, lo cual es evidente a raíz de los casos estudiados, sino que a partir de ellos se pueda establecer una indemnización.

López de La Cruz<sup>88</sup> lo fundamenta en que la fidelidad pertenece a la esfera íntima y privada de la familia y los particulares, por ello aunque sea reprochable moralmente, el derecho ni puede ni debe llegar a su sanción ni es resarcible el perjuicio provocado por el mismo.

En la SAP de Segovia 186/2003 la esposa solicita una indemnización por el abandono del marido del hogar conyugal pese a que éste le había estado pasando una pensión compensatoria desde su marcha. La Audiencia deniega el derecho alegando que la única cantidad reclamable en ese caso es el deber de alimentos, que en el caso estaba cumplido. El resto del contenido de los artículos 67 y 68 son deberes incoercibles.

---

<sup>87</sup> El análisis de estas sentencias se encuentra en el artículo siguiente: LOPEZ DE LA CRUZ L. «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales» *INDRET* 4/2010

<sup>88</sup> LOPEZ DE LA CRUZ L. « Contenido actual de los deberes conyugales» *INDRET*, 2010 pp. 571 y ss.

Se puede establecer otra conclusión, por la que será un «dolor moral indemnizable» por tanto, el experimentado al conocer que el procreado en matrimonio no es biológicamente hijo del que la presunción legal ha considerado como padre.

Parte de la doctrina como López de la Cruz<sup>89</sup>, no comparten este punto de vista puesto que solo se tienen en cuenta los lazos biológicos y no los afectivos que subsisten y, en su opinión no tiene porqué interceder.

Sin embargo, aunque teóricamente la opinión de la autora es lógica y plausible, en la práctica es de difícil aplicación puesto que, como recoge la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004, «la realidad nos lleva a la imposibilidad psicológica y social de que ello ocurra, al menos, hasta que todos los implicados, incluso los menores, superen el impacto emocional que la situación ha generado, pero que no alteraría el ya padecido»

La conclusión que sí podemos extraer de las sentencias estudiadas es que la jurisprudencia actual lo que sí castiga indubitablemente es la conducta de la esposa que por dolo o negligencia oculta la paternidad o la atribuye a su esposo así como la negligencia de no realizarse las pruebas que le son exigidas para comprobar la paternidad.

En otras ocasiones, aunque esta vez sí, con disparidad de doctrina, se sanciona la propia concepción de hijos extramatrimoniales, en este caso, no está tan clara la legalidad de tales sanciones puesto que, el comportamiento de infidelidad en sí mismo considerado, no es ilícito ni tampoco mantener una relación extramatrimonial.

Si caemos en elevar el reproche moral que merecen las acciones en un reproche jurídico, colisionamos con el derecho fundamental de la libertad de las personas que está protegido constitucionalmente. Además se corre el riesgo de reintroducir el sistema

---

<sup>89</sup> LÓPEZ DE LA CRUZ, L. *el contenido actual...* cit. p.63

de culpa a través de la indemnización del daño moral, lo cual no tiene cabida legal en nuestro contexto jurídico.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha admitido ya en alguna ocasión la aplicación de las normas de Derecho de daños en el ámbito familiar. En la STS de 30 de junio de 2009 se condena a la madre de una menor a indemnizar el daño moral causado al padre por impedirle la guarda y custodia, marchándose a EEUU con la hija. El Tribunal motiva esta decisión en los hechos de que no exista incertidumbre sobre el origen del daño, que solo puede ser atribuido a la madre y al impedir un derecho del padre incurre en responsabilidad por el daño moral causado en éste.

### 3. LA PROTECCIÓN DE LOS DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS CÓNYUGES

La doctrina y la jurisprudencia tienen una tarea pendiente en materia de derecho de familia a la hora de determinar cuáles son las conductas que, dentro del matrimonio habilitan para reclamar una indemnización.

Descontando materias que pertenecen al orden penal, muy especialmente en materia de derecho de género, parece claro que la protección de los derechos fundamentales de una persona no pueden ser menores por el hecho de contraer matrimonio por lo que, si el otro cónyuge los vulnerara, tendría derecho a ser resarcido en las mismas condiciones que lo sería si los hubiese violado un tercero.

En este sentido, el tribunal Supremo ante un caso en que inmerso en un proceso de separación, el marido aporta a la causa dos diarios íntimos con el fin de justificar trastornos mentales padecidos por la esposa sin resolución judicial que permita tal

aportación y sin consentimiento de la esposa, estima vulnerado el derecho a la intimidad que deviene todavía en más grave si se tiene en cuenta que las actuaciones judiciales son públicas, y las diligencias de prueba y vistas de los pleitos también se practican en audiencia pública. El marido debe indemnizar por esta vulneración.<sup>90</sup>

También se han dado casos en los que uno de los cónyuges tiene que indemnizar al otro por vulneración del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar a consecuencia de la publicación de un libro en el que se relata la vida conyugal de ambos actores.

Dicho todo lo anterior, y, asumiendo el desarrollo del que precisa este tema en nuestro futuro próximo, en el momento presente los conceptos que tenemos claros en relación a esta materia es que cabe indemnización en los siguientes tres supuestos:

- Cuando se lesione el principio de igualdad: art 32 CE espina dorsal que atraviesa todo el ordenamiento relacionado con el matrimonio, por ello no se trata solo de deberes morales. Si se viola el derecho de igualdad de uno de los cónyuges será indemnizable por la vía del art. 1902 CC
- Lesión de cualquier otro derecho fundamental constitucional.
- • Lesión del principio de solidaridad del matrimonio democrático: alimentos, y ayuda y socorro, cuando se lesione el derecho a integridad física o psíquica del otro, se indemniza conforme a las reglas del derecho de daños.

---

<sup>90</sup> STS de 23 de febrero de 2006.

## **VII. VALORACIÓN CRÍTICA. POSIBLES MEJORAS DEL DERECHO DE FAMILIA**

En lo relativo a mi opinión en cuanto a la posible indemnización por daños morales en derecho de familia, creo que es una cuestión difícil de tratar, porque no solo se trata de decidir entre «sí, deberían ser indemnizables» o «no, no deberían serlo». En caso de que así sea, ¿cómo se fija la cuantía? Podría estar basado en informes psicológicos, días de baja por este motivo si los ha causado... y, además que efectivamente suponga un daño como tal, es decir, que no se finja o se alegue por motivos económicos solamente.

Tras la proclamación de la Constitución fue poco el tiempo que se tardó en aprobar una nueva ley del divorcio en España, aunque es algo que no se tenía desde 1939.

En los poco más de 30 años que lleva aprobada, se ha pasado en la concepción de matrimonio desde la indisolubilidad a tener las tasas más alta de divorcio de la Unión Europea. En el primer año en el que esta ley estuvo vigente se disolvieron (por separación o por divorcio) 16.334 matrimonios, en 2010 fueron 110.000.

Desde 2005, cuando se elimina el divorcio por causa y el establecimiento de un período que mediaba entre la ruptura del matrimonio y el divorcio la mayoría de personas optan por el divorcio directo.

Se introduce para aminorar los posibles dramas familiares los mediadores y se les deja a las partes un campo más amplio del que se estableció en 1981, que el Estado heredó de una concepción excesivamente canonista del matrimonio.

El sistema judicial ha tenido una gran influencia en la evolución de esta figura pues, por estar más cerca de la sociedad absorben y perciben mejor los cambios de la misma.

Ejemplo de ello es la causa de separación llamada «falta de afecto marital» que durante 25 años permitió dar cobertura legal a matrimonios rotos que no encajaban en ninguna causa legal del Código Civil.<sup>91</sup>

Igualmente los jueces han igualado las parejas matrimoniales y no matrimoniales aminorando la discriminación a las que se sometía a estas últimas en las normas procesales (LEC de 2000) en vista a que cada vez son más las parejas que, sin formalizar su situación conviven, tienen hijos y crean un patrimonio común equivalente a el del matrimonio.

Lo que sí hemos aprendido en estos años es que el conflicto familiar exteriorizado en un proceso judicial no puede ser concebido únicamente como un ente exclusivamente jurídico-legal, tienen componentes psicológicos y sociales que no pueden ignorarse.

Se han creado desde las entidades locales y autonómicas, los puntos de encuentro familiar que ayudan a continuar la relación de los hijos menores con los padres que no tienen la custodia de los mismos. Igualmente los servicios de mediación e intervención familiar.

Pese a todo, también ha habido desaciertos como la atribución de los procesos de familia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en algunos casos, o la regulación de la custodia compartida tanto en el Código civil como en algunas comunidades autónomas, lo que ha resultado poco efectivo, o la nueva regulación en 2009 de la reclamación de gastos extraordinarios. Estas reformas han sido llevadas a cabo en parte a causa del mal uso de la información, de los grupos de presión y del interés mediático que despiertan, con el objetivo de favorecer a determinados grupos, que desembocan al final en objetivos más bien políticos. Un ejemplo de ello son las asociaciones de padres

---

<sup>91</sup> UTRERA GUTIÉRREZ JL. «Treinta años divorciándonos» La Ley, nº 7771, 9 de enero de 2012

separados o las asociaciones de mujeres, que dejando a un lado el importante papel que realizan, a veces también son vía de manipulación mediática y ciudadana.

Además creo que sería necesaria la creación de una jurisdicción civil especializada en asuntos de familia, es una reforma poco costosa y que se traduciría en una igualdad efectiva entre los que se divorcian en una gran ciudad y cuentan con un juez con conocimientos más especializados porque solo se dedica a esa materia y equipos de apoyo como los puntos de encuentro arriba citados, y los que lo hacen en un entorno donde la población es menor y un juez encargado de todo tipo de asuntos judiciales tiene que resolver este asunto tan complejo y con tantos factores implicados (cónyuges, prole, patrimonio común, vivienda...), únicamente pudiendo usar el Código Civil y la LEC, sin ningún otro profesional que le ayude en la toma de estas decisiones.

Ya hay otras jurisdicciones especializadas para crisis empresariales por ejemplo, para menores infractores o para procesos contra la administración. Y, no creo que las relaciones familiares y, el interés del menor en muchos casos, merezcan una menor consideración.

Algunos jueces demandan además un instrumento que permita hacer más previsible la respuesta judicial en la fijación de pensiones alimenticias en favor de los hijos, origen del 80% de las discrepancias en los divorcios contenciosos (que representan un 33% de los totales). Estas tablas o baremos ya están vigentes en algunos de los países de nuestro entorno y, favoreciendo el acuerdo entre las partes, rebajaría la carga judicial y evitarían los inconvenientes psicológicos que tanto en niños como en adultos acarrearán este tipo de divorcios.

También se debería concienciar a la sociedad de la coparentabilidad responsable tras la ruptura, que es algo más que un reparto del tiempo de convivencia con los hijos y unas menores obligaciones económicas del no custodio. Esto es además un requisito a

conquistar para lograr la igualdad efectiva de hombres y mujeres, reparte los roles y mejora el bienestar de los hijos. Para alcanzarlo hay que romper con la custodia monoparental superada ya en Europa, hay que reforzar la incipiente mediación familiar (con mayor o menor desarrollo según la Comunidad Autónoma) en los casos en que hay un nivel alto de enfrentamiento entre los adultos.

Por otra parte, no podemos olvidar que este sistema presenta desventajas: la resistencia de algunos abogados y su posible coste añadido al proceso. Los abogados lo perciben como una amenaza pero, lo ideal es que la mediación trabajase junto a estos y no en vez de ellos. Y, en cuanto al coste, teniendo en cuenta el dinero que gasta el Estado la judicialización de los conflictos (cuerpo de jueces, fiscales, secretarios, instalaciones, funcionarios...) y a las partes (abogados, procuradores, costas...) .apostar por la mediación es mejorar en eficiencia jurídica y en efectividad, se dan soluciones menos costosas económicamente y además mejores.

Tenemos que adaptar nuestras leyes e infraestructuras de acuerdo con el sentir social, aunque tradicionalmente (sobre todo la creación de nuevos organismos e instituciones) y su posterior implantación al principio incipiente para poderse generalizar más tarde, se ha llevado de forma paulatina, es el cambio en la sociedad el que nos apremia a la realización de mejores soluciones a las rupturas matrimoniales.

No podemos perder de vista sin embargo, que España es un país de contrastes mientras que somos uno de los países que encabezan el ranking mundial en justificación del divorcio, también ocupamos las primeras posiciones en cuanto a porcentaje de personas que lo rechazan abiertamente.

Todo ello tiene que ver con una estructura de consensos amplia, parece que tenemos un acuerdo básico en valorar la familia y el matrimonio pero a la vez somos muy liberales en la concepción de estas relaciones familiares, quedando ampliamente aceptados (e

incluso respaldados por la ley) el divorcio, las parejas de hecho y los matrimonios homosexuales.

En general, como sociedad, tenemos un derecho moral o esfera del deber ser, formada en unos ideales de carácter tradicional, pero tenemos una amplia tolerancia a las desviaciones que se generan sobre esta idea preconcebida de «cómo debería ser» a «cómo es en la realidad».

En términos de Tönnies,<sup>92</sup> la institución familiar queda como un único reducto de comunidad frente a la asociación de otros grupos, por lo que nadie discute su valor. Para la mayoría de personas se pretende conservar el comunitarismo tradicional frente a un exagerado individualismo pero ello no significa que estos valores no se acepten y comprendan.

La realización de este trabajo me ha llevado a considerar la sujeción de la posición de España a la llamada hipótesis de la bifurcación postmoderna.

Esta hipótesis se fundamenta en una doble dialéctica de virtudes y defectos y de las consecuencias negativas y positivas, tanto de la modernidad como de la tradición.<sup>93</sup>

Sin duda creo, que nuestro país se encuentra inmerso en ella; y la familia, como institución esencial y primaria del ser humano no escapa de la realidad y es una de las mayores partícipes de las transformaciones sociales. El pluralismo inherente a nuestro país sumado a la positividad permisiva de nuestras leyes, abre un camino hacia el futuro en este campo del derecho, donde España, sin duda, va a ocupar una posición de abanderada.

---

<sup>92</sup> TÖNNIES F. *Comunidad y asociación Comunidad y asociación. El comunismo y el socialismo como formas de vida social*. Ediciones Península. Barcelona 1979. (1ªed. alemana *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887).

<sup>93</sup> BECERRIL RUIZ D. «La percepción social del divorcio en España» *Reis* n° 123, 2008, p.207

## BIBLIOGRAFÍA:

ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil I*, Edisofer, Madrid, 2006

CASTÁN TOBEÑAS J. *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo V Derecho de Familia*, Edersa, 2006

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Cívitas, Madrid, 2002

LACRUZ BERDEJO J.L. *Elementos de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid 2010

MORENO GIL O. *Código Civil y jurisprudencia concordada*, BOE, Madrid 4 edición 2006

O'CALLAGHAN X. *Compendio de Derecho Civil Tomo IV Derecho de Familia*, Edersa 2006.

## Revistas:

BABÉ NUÑEZ L. «Notas históricas del sistema matrimonial español» *Anales de Derecho universidad de Murcia*, número 16 1998 pp 35-52

BECERRIL RUIZ D. «La percepción social del divorcio en España» *revista española de investigaciones sociológicas (REIS)* Nº 123 2008 PP. 187-208

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ A. «La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual» *Foro Nueva Época* número 3/2006 pp 93-112

FERRER ORTIZ J. «Notas críticas sobre el sistema matrimonial español» *Ius canonicum*, XXXII n 63 1992, 559-593

JIMÉNEZ MUÑOZ FJ. «El divorcio en España, unos apuntes sobre su evolución histórica»

LAFARRIERE J.N. «Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea » *Persona y Derecho* n° 63 2010/2

LÓPEZ DE LA CRUZ L. «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales» *InDret* 4/2010 octubre de 2010 pp. 1-34

LÓPEZ ZAMORA L. «Capacidad limitada de la mujer casada en el Derecho histórico español» *estudios de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho* Número III. 2006

MONTESINOS SÁNCHEZ N. «matrimonio y homosexualidad» *Feminismo/s*, 8, diciembre 2006 pp. 159-180

SOLER GALLO M. «Hurgando en el desván de los malditos: unas notas sobre Mercedes Fórmica» *estudios de la universidad de Cádiz páginas 40-55* 9 de mayo de 2011

UTRERA GUTIERREZ JL. «1981-2011: treinta años divorciándonos» *La Ley*, n° 7771

VALLÉS AMORES M.L. «La posición jurídica de la mujer a través del derecho de familia» *Feminismos/s* 8 diciembre 2006 pp. 115-129