

UN NUEVO PASO EN LA DESTRUCCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

POR

GABRIEL GARCÍA CANTERO (*)

1. REQUIEM POR EL MATRIMONIO

Al gobierno la maniobra le ha salido redonda. Hacía semanas que agitaba el trapo rojo del matrimonio homosexual, y ha logrado atraer a la opinión pública hacia él, desviando la atención sobre la paralela reforma del divorcio. Además, ¿quién propugna hoy la indisolubilidad? Si el partido mayoritariamente minoritario dice algo, utilizaremos el argumento *ad hominem*: ¿por qué os oponéis a reformar el divorcio si lo utilizáis tanto como nosotros? De hecho ese proyecto, calificado simpáticamente como divorcio exprés, ha merecido escasa atención en la opinión pública y las críticas vertidas se han centrado exclusivamente en cuestiones puntuales, como la guarda compartida, importante pero accesoria. La vía para el nuevo divorcio estaba así franqueada.

Pero la trascendencia del nuevo régimen de separación y divorcio es cuantitativamente enorme, por más que el llamado matrimonio homosexual lo sea cualitativamente. En la elabora-

(*) *Verbo* siempre ha seguido con atención, dentro del marco de una preocupación por la familia, las reformas jurídicas que le afectan. En particular el catedrático de Derecho Civil, Gabriel García Cantero, y el notario Francisco de Lucas Fernández, se han distinguido en la crítica de las mismas. Publicamos ahora del primero dos incisivos artículos de prensa estampados durante el pasado verano (N. de la R.).

ción de la ley hay una descarada manipulación estadística en la que nadie parece haber caído en cuenta. Sumar el número de separaciones con el de divorcios es erróneo (el clásico adicionar churras con merinas), pues se corre el riesgo de que una misma ruptura se compute dos veces, y asimismo, no se tienen en cuenta las reconciliaciones ulteriores y los casos de personas que se contentan de por vida con la mera separación. El Gobierno ha ocultado los datos de la Oficina Europea de Eurostat, que trabaja con datos oficiales; según los últimos publicados, España, Irlanda e Italia son los países comunitarios con tasa menor de divorcios (no alcanza el 1 por mil habitantes), siendo el 2 por mil la media de la UE, habiendo algunos países (Suecia, Dinamarca, Francia) que superan o están a punto de alcanzar el 3. No es cierto, como se ha dicho, que en España los divorcios se incrementen enormemente si se los compara con los demás países de la UE.

La nueva ley es descaradamente pro-divorcista, pues introduce el divorcio por mutuo consentimiento, y también el repudio unilateral sin alegación de causa. La primera modalidad está mal vista en Derecho comparado por atentar frontalmente con el carácter institucional del matrimonio. La segunda es, ni más ni menos que el repudio, propio de los países islámicos que se inspiran en el Corán.

El artículo 32.2 de la Constitución dice que la ley regulará las causas de separación y disolución, lo que supone que el juez sólo puede dictar sentencia de separación o divorcio habiendo causa legal para ello, no siendo suficiente el mero voluntarismo ("Sr. Juez, solicito divorciarme porque sí, porque quiero hacerlo"), y, dudosamente, el mero consentimiento de ambos cónyuges (sobre todo habiendo perjuicio para hijos menores cuya protección integral garantiza el art. 39.3 CE). Por esta razón hay un claro motivo de inconstitucionalidad en la nueva ley, al que se acumula la infracción del artículo 39.1 CE que solemnemente declara que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. No parece que acelerar legalmente las rupturas matrimoniales, a partir de los tres meses de la boda, sea un modo eficaz de proteger jurídicamente al matrimonio.

Cada nuevo sistema divorcístico que inventa el legislador supone una nueva filosofía de la unión conyugal. La exposición de motivos de la nueva ley dice, paladinamente, que persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Hay un equívoco que conviene dilucidar: en el moderno Derecho europeo de la familia se habla del principio de libertad matrimonial que está en la base del *jus connubii* de todos los ciudadanos, conquista relativamente reciente. Pero aquí —aplicando al parecer el llamado uso alternativo del derecho— se habla de ampliar la libertad de ruptura, lo que significa algo distinto, pues todos los ciudadanos están sujetos, por derecho común, a la palabra dada y al cumplimiento de sus compromisos jurídicamente asumidos. Facilitar su ruptura es volver a las cavernas. ¿O es que el nuevo divorcio está pensado para el matrimonio homosexual, dada su conocida inestabilidad?

Más adelante insiste: se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos. He aquí un claro retroceso de veinte siglos cuando el Derecho romano declaraba que *non consensus sed concubitus facit nuptias* (el casado debía reiterar cada día el consentimiento matrimonial). Decididamente el legislador ha querido inventar un novedoso matrimonio, el cual nada tiene que ver con el auténtico. Aunque el efecto pernicioso de las malas leyes suele ser permanente, cabe prever esperanzadamente que las nuevas generaciones no hagan demasiado caso al modelo legal.

2. ESPERPENTO LEGISLATIVO

El jefe del Gobierno, en un gesto inusitado, al ser votada en el Congreso en segunda lectura la ley sobre el "matrimonio" homosexual, quiso saltar al ruedo parlamentario para recibir los aplausos cerrados de sus fans. Pero antes de valorar el fondo de la nueva ley, cualquier jurista español que se enfrente a la misma gusta de recorrer su *iter* parlamentario, sus entretelas y vericue-

tos, y con mayor razón cuando afecta a una institución milenaria como el matrimonio. Pasando por alto la multitudinaria oposición popular expresada pacíficamente el pasado 18 de junio en Madrid, y prescindiendo de la singular peripecia de haber sido vetada por el Senado, esta ley presenta notas específicas que maculan indeleblemente la labor parlamentaria realizada.

Se aprecia ya el profundo desconcierto entre los operadores jurídicos que deben aplicarla inmediatamente (encargados del Registro Civil, notarios, registradores, jueces y abogados); amén de prestar un flaco servicio al mismo colectivo que pretende beneficiar, escasamente representado por el *lobby* actuante; y, por añadidura, ocasionando una innecesaria afrenta al buen sentido jurídico común de los españoles.

Antes de llevarla al Código, hubiera sido prudente experimentarla en una ley especial como han hecho los países escandinavos, pioneros en este campo, a los que han seguido recientemente otros tan cuidadosos de la finura técnica de su sistema jurídico como Francia, Alemania, Suiza y el Reino Unido. Pero, al parecer, queremos emular y dejar atrás a Justiniano, Alfonso X el Sabio, Napoleón, Savigny o Windscheid.

Se han pasado por alto los ejemplos y las enseñanzas del Derecho comparado. Baste recordar lo ocurrido en Holanda, en donde el Parlamento designó la Comisión Kortmann, la cual, a lo largo de varios años, estudió posibles supuestos de discriminación, elaborando finalmente un Libro Blanco sujeto a información pública y contradictoria. Sólo después de un animado debate, sucesivos Gobiernos fueron proponiendo las reformas que ahora han culminado (por cierto, la Sociología muestra el escaso éxito de algunas de las más extremistas). O lo sucedido en Alemania, en donde el Gobierno preguntó al Tribunal Constitucional si era correcto permitir casarse a los homosexuales, y a la vista de que la Constitución de Bonn sólo permite el matrimonio heterosexual, hubo de acudir a la regulación de la *Lebensgemeinschaftsgesetz* (o "Ley sobre la vida en común") para los homosexuales. O lo acontecido en Francia, en donde, tras no pocas vacilaciones, se ha optado por el *pacte civil de solidarité*, PACS en abreviatura, cuya constitucionalidad se ha condicionado a que se relegue al

libro de los contratos, que los homosexuales pueden libremente concertar; ejemplo seguido en Suiza este mismo año, con referéndum incluido. O la ley inglesa de 2004, que ha prescindido del *marriage*, hablando en su lugar de la *civil partnership*. Por lo visto, sigue en vigor el eslogan *Spain is different*.

Si nos fijamos en el método legislativo utilizado para introducir la nueva figura en el Código, advertimos de inmediato su elementalidad; método propio más bien de un principiante, dijérase de alguien ayuno en técnica jurídica. Nada extraña que el monte haya parido un ratón, un auténtico fiasco, un engendro normativo cuyo mejor descriptor es el clásico del estropicio causado por un elefante en una cacharrería... Si la última *ratto* era permitir el "matrimonio" a las parejas del mismo sexo, alguien pensó que bastaba con un brochazo en el artículo 44 c y la sustitución en un par de artículos de los términos "marido" y "mujer" por "cónyuges", y apenas media docena de reformas similares en otros tantos preceptos, con el genial hallazgo de una norma igualitaria que sirviera de cierre (siempre que la ley habla de matrimonio ha de entenderse con independencia de la diferenciación sexual de sus componentes). De un plumazo se envían a la basura cientos de miles de páginas de sesudos varones y... a respirar hondo después de la segunda lectura del Congreso (jesos senadores del PP y sus acólitos!).

De ignorancia supina merece calificarse aquella en que ha incurrido el legislador con esta ley. El Derecho de Familia es un complejo mecanismo, ninguna de cuyas piezas puede alterarse impunemente con independencia de las demás. Buen ejemplo son las vacilaciones experimentadas en el texto de la Exposición de Motivos, que sólo a última hora excluyó la presunción de paternidad del marido de entre los efectos del "matrimonio" homosexual, con lo que queda al descubierto la imposibilidad de que sea igual al heterosexual. Tampoco la patria potestad es fácilmente acomodable a la nueva figura, pese a que ahora la consigna es *cherchez l'enfant*; estas uniones, como resulta obvio, son esencialmente infecundas y sólo acudiendo a expedientes indirectos (procreación asistida) o desviándolos de su finalidad (adopción) es posible hacer que convivan menores en tales hoga-

res (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha decretado recientemente que no es contraria a éstos la denegación de la adopción a favor de un homosexual declarado).

Los holandeses están descubriendo ahora que la igualdad de derechos entre los hijos se ve notablemente alterada con la introducción del "matrimonio" homosexual hasta el punto de haber detectado hasta cinco situaciones diferentes en que pueden encontrarse tales menores disfrutando estatus distintos. Incluso parecen dispuestos a aceptar la triparentalidad para los niños, de modo que sea normal que éstos puedan tener hasta tres progenitores legales.

Los asesores del Ministerio de Justicia que elaboraron el proyecto parece que no se molestaron en analizar hasta sus últimas consecuencias la introducción de ese cuerpo extraño en el Código Civil español. ¿Hay responsabilidad por *malpractice* en el quehacer legislativo?