

VII.3- LOS PROCESOS DE FAMILIA: UN EJEMPLO DE DEFICIENTE REGULACIÓN

Isabel Tapia Fernández

Ha sido costumbre reiterada, en el seno de la Academia, dar solemnidad a la ceremonia de entrega del Premio Luis Pascual González con el discurso de un Académico sobre el tema tratado en la obra ganadora. Y ya es sabido que, en unas Corporaciones amantes de las tradiciones cuales son las Academias, estas costumbres acaban convirtiéndose en ley. En esta ocasión la entrega del VII Premio Luis Pascual González a la obra de Ricardo Yáñez Velasco –publicada asimismo en el presente Boletín– permitió a los asistentes al acto disfrutar de la magnífica conferencia –que a continuación se inserta– de la Académica y Catedrática de Derecho procesal de nuestra Universitat Isabel Tapia Fernández, en la que sometió a implacable análisis crítico la regulación legal de los procesos de familia, analizando especialmente las inevitables modificaciones que la ley 15/2005 de 8 de Julio –sancionadora del divorcio exprés– ha de provocar en los procesos referidos a las situaciones de crisis matrimonial, en los casos en que no existan menores afectados por la separación o el divorcio.

I.- En diciembre de 2001, el Parlamento de las Islas Baleares, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de autonomía, promulgó la Ley 18/2001, de parejas estables, siguiendo la trayectoria marcada por otras leyes de Parlamentos de diversas Comunidades Autónomas. Esta Ley –como se analiza en el trabajo del Dr. Yañez, merecedor del premio Lluís Pascual de este último año– constituye la creación de un régimen jurídico específico para las parejas estables; reconoce determinados efectos de la relación de pareja en la esfera civil y patrimonial; y las equipara a éstas con las conyugales en cuanto a derechos y obligaciones derivados de esa situación personal. Pero este régimen jurídico específico no alcanza el ámbito jurisdiccional.

Entiendo que, una vez adoptada por el legislador la decisión política de regular las situaciones de convivencia de hecho, se hacía imprescindible una referencia en el ámbito jurisdiccional, no fuera a ser que, a pesar de aquella proclamada equiparación de la pareja estable con los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges, nos encontremos, a la hora de resolver las diferencias surgidas de aquella situación, con unas uniones (la conyugales) de primera, y otras (las de hecho legalizadas) de segunda.

En los minutos que siguen, haré un brevísimo análisis del recorrido legislativo seguido para los procesos de familia en los últimos tiempos; al final del cual creo que quedará patente la falta de cuidado del Legislador a la hora de regular el enjuiciamiento de las diversas cuestiones que atañen a la familia.

II.- La doctrina española ha venido considerando que la regulación procesal de las cuestiones que derivan del “status familiae”, de las relaciones que se crean por consecuencia del matrimonio, ha de ser por fuerza especial por cuanto incide en una materia que tiene un acusado matiz público. Importa al Poder Público en estos casos intervenir en el juego de esas relaciones, para tutelar intereses que exceden de la vida privada. Y el proceso, obediente a ese principio básico, debe adoptar medios instrumentales para adecuarse a esa materia de acusado cariz público. De ahí la creación, en los diversos ordenamientos jurídicos, de unos procesos especiales, contruidos y estructurados al margen del proceso común.

Pero la cuestión se complica cuando, junto a la familia matrimonial, se regula otro tipo de familia, la de convivencia estable. Porque –como decía al principio– importa saber si a ese nuevo tipo de familia le es aplicable el sistema procesal específico de la familia matrimonial. Y se complica aún mas cuando el Legislador civil reconoce abiertamente que al Poder Público no le importa en absoluto la regulación procesal de las crisis de las parejas, matrimoniales o no matrimoniales; a no ser, faltaría más, que esas parejas

tengan hijos menores para los que, por supuesto, existe una clara protección legislativa.

No me voy a ocupar de la protección de los hijos menores de la pareja, ya sea matrimonial, ya sea de hecho legalizada o sin legalizar, para los que, como acabo de decir, existe una evidente preocupación de los Poderes Públicos. Me voy a referir a la situación jurídica de la familia creada por la unión de dos personas (por vínculo matrimonial o no) que tiene transcendencia jurídica.

La trayectoria legislativa ha sido la siguiente:

- 1º En el originario sistema procesal, el art. 483.3º de la LEC de 1881 establecía que las demandas relativas al estado civil de las personas, se decidirían en juicio ordinario de mayor cuantía, el proceso ordinario de máximas garantías para el justiciable. Es verdad que no existía un cauce procesal especial para enjuiciar esas cuestiones, sino el general del juicio ordinario de mayor cuantía; pero lo cierto era que, por obra de algunas normas del Código civil o de otras disposiciones extravagantes de aquel cuerpo legal, y sobre todo por la fuerza de la doctrina del Tribunal Supremo, aquel proceso ordinario asumía perfiles que no eran los comunes.

- 2º. Con la salvedad de la Ley de Divorcio promulgada durante la Segunda República, que estuvo en vigor de 1932 a 1939, la regulación procesal especial de los procesos matrimoniales vino producida como consecuencia de la Ley de reforma del Código Civil de 1981. La Ley 30/1981, de 7 de julio, modificó el régimen legal del matrimonio en España; y se aprovechó la ocasión para abordar los inevitables aspectos procesales derivados de aquella reforma. De este modo, en las Disposiciones Adicionales, la Ley estableció un régimen especial procesal para encauzar aquellas materias “en tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

- 3º. La regulación fragmentaria y dispersa, contenida en la Ley de 7 de julio de 1981, fue completada y sistematizada con la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que recoge en el Título I del Libro IV dedicado a los procesos especiales, un conjunto de normas de aplicación a unos procesos que tienen un denominador común: el acusado matiz público de la materia referida a las relaciones familiares. Estos procesos son especiales porque se configuran bajo unos criterios distintos de los comunes, en cuanto en ellos no rigen con plenitud los principios jurídico técnicos que informan el conjunto de procesos civiles, en lógica consonancia con la materia que regulan. Son los matrimoniales unos procesos donde el bien jurídico protegido supera el mero interés privado para erigirse en público; por tanto el principio de oportunidad con sus

lógicas consecuencias (principio dispositivo y de aportación de parte) que configura la generalidad de los procesos civiles, cede terreno a favor del principio de oficialidad.

- 4º. Paralelamente con las reformas legales de los procesos de familia, se promulgaron diversas Leyes en distintas Comunidades Autónomas regulando la situación de aquellas parejas estables (o de convivencia “more uxorio”) que quisieron legalizar su situación de hecho. Y, entre ellas, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables del Parlamento de las Illes Balears.

Con la regulación por parte de las distintas CCAA de estas parejas estables, se crea una situación legal un tanto peculiar; porque, hasta ese momento la situación era medianamente clara. Por una parte, la voluntad de una pareja de crear una familia que genera un vínculo jurídico, el matrimonial, regulador de sus relaciones personales y patrimoniales, es la que propicia toda esa regulación sustantiva y procesal muy especial. Y por otra, la voluntad de una pareja de no someterse a vínculo jurídico alguno implica la ausencia de normativa específica sustantiva y procesal. En este último caso (a salvo siempre de las cuestiones de orden público afectantes a los menores), las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de esa pareja de hecho se regularán por los concretos pactos que se puedan establecer, y sus controversias serán dirimidas a través de los genéricos cauces procesales establecidos para la generalidad de las materias. Como reiteradamente declara la jurisprudencia, el principio de igualdad no queda dañado, al tratarse de situaciones desiguales queridas y consentidas.

Pero es evidente que al formarse un tercer modelo de pareja: la de hecho pero sometida a Derecho, con expresa equiparación en sus relaciones personales y patrimoniales a las parejas conyugales, la situación se complica sobremanera. Porque si nuestra Constitución protege la institución de la familia, esta protección jurídica que el art. 39 CE asegura por parte de los Poderes Públicos, no cabe duda de que se ha de extender a cualquier tipo de familia (no sólo la matrimonial) y en condiciones de igualdad entre ellas. Por ello, a mi entender, no es lógico que en atención a la sensible materia que constituye el objeto de un proceso matrimonial se haya establecido un tipo de proceso especial, y que esa sensible materia, por no constituir objeto de un proceso matrimonial, sino de convivencia no matrimonial, quede al margen de toda especialidad procesal: el principio de igualdad ante la ley queda, a mi juicio, comprometido; al tratarse procesalmente de forma desigual situaciones sustantivas equiparables.

Que la regulación especial de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es aplicable a las situaciones de crisis de una pareja no matrimonial, no ofrece dudas. En efecto: el art. 748 LEC enumera a qué procesos serán de aplicación las disposiciones a que se refiere el Título I; y, además de los de

capacidad, filiación, paternidad y maternidad, alude expresamente en el n° 3° a “los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos”. Y en el n° 4°, a “los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”.

Por tanto, estas normas especiales se aplican a los procesos matrimoniales y a los que atañen a la guarda y custodia y alimentos de los menores (fruto de matrimonio o de otro tipo de relación). Cualesquiera otras cuestiones distintas de las anteriores se regirán por el proceso ordinario que corresponda y que está previsto para toda clase de materias.

¿Por qué el legislador procesal de la Ley 1/2000 ha orillado toda referencia a las relaciones de pareja no matrimonial?

Si en estas materias existe un “indiscutible interés público” (como se afirma en la Exposición de Motivos), que obliga a diseñar esos procesos con quiebra del principio dispositivo ¿se puede sostener que ese interés público en la resolución de controversias sólo se da en las relaciones de matrimonio, y no en las relaciones de familia no matrimonial?.

El legislador de la nueva Ley procesal perdió una buena oportunidad para referir el proceso especial también a las uniones estables no matrimoniales. El por qué de esa omisión no se ha justificado.

Desde luego, no parece que haya sido un olvido. La expresa mención a los procesos “que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”, parece indicar que, junto a la regulación de las relaciones matrimoniales, el legislador ha pensado en aquéllas en que habiéndose producido fuera del matrimonio, quedan implicados derechos de los menores, como son la guarda y custodia y los alimentos que reclame un progenitor a otro en nombre del menor, siempre que el objeto del proceso sea exclusivamente ése. Y, por tanto, es perfectamente deducible que el legislador, por exclusión, no ha querido introducir en el ámbito de aplicación de aquel proceso especial cualquiera otra controversia referente a uniones no matrimoniales.

Y esto no parece razonable. Las uniones estables no matrimoniales no deberían verse mermadas en sus derechos (tampoco procesales), como si de una discriminación por razón de estado se tratase. Porque, una de dos, o los convivientes reniegan de someterse a ninguna normativa que regule sus relaciones; o si consienten en su regulación (aunque con una fórmula familiar distinta de la matrimonial), dicha regulación habría de extenderse, por lógica, también a la protección jurisdiccional de sus derechos.

No es posible, en este acto, analizar el régimen jurídico específico que para las parejas estables establece la Ley del Parlamento Balear, ni tampoco poner de manifiesto de forma concreta (esto es, cuestión por cuestión) ese tratamiento desigual en materia procesal. Baste decir, con carácter general, que toda la regulación especial aplicable a los procesos de familia matrimonial no es aplicable a las cuestiones que surgen bajo el cobijo de una unión no matrimonial (siempre con la salvedad de la existencia de hijos menores de esa relación de pareja).

- 5°. Finalmente, el último eslabón –por el momento– en este iter regulador lo constituye la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio; Ley que da una nueva configuración a la institución del matrimonio. Y aunque esta nueva configuración es patente en el plano sustantivo, no parecía tener especial calado en el ámbito procesal, donde los preceptos de la LEC reformados son pocos, y las reformas de escasa entidad aparente.

En los minutos finales de esta intervención explicaré por qué, a mi juicio, la incidencia en el plano procesal de esta nueva regulación del matrimonio es mucho más profunda de lo que se ha querido mostrar. Y cómo, al mismo tiempo, justifica el título de esta charla: la chapuza legislativa.

Pero antes, siquiera sea para clarificar el panorama actual, y aun a sabiendas del general conocimiento que este auditorio especializado tiene sobre el tema, expondré muy sintéticamente el por qué los procesos “de familia” son unos procesos especiales en la nueva Ley procesal.

III.- Los procesos de familia son unos procesos especiales

Como decía anteriormente, en cuanto que se considera que el Derecho de familia no está configurado bajo el principio absoluto de autonomía de la voluntad, el interés público que subyace en él ha de suponer un claro límite a dicha autonomía; y, en consecuencia, el proceso que regula aquellas cuestiones de familia ha de adecuarse a aquellas limitaciones.

Pues bien, en estos casos, las disposiciones generales contenidas en el Capítulo I del Título I, especifican los límites de la autonomía de la voluntad, también en el proceso, puesto que se trata de una materia afectada por el orden público. Por eso, las normas que los regulan son normas imperativas, de “ius cogens”, que afectan a una serie de especialidades procesales referidas a las partes, al objeto del proceso, al procedimiento, y sobre todo, a la misma necesidad del proceso.

En efecto, las situaciones jurídicas a las que afectan estos procesos no se pueden producir espontáneamente, por la sola voluntad de las partes (como ocurre con la generalidad de las relaciones jurídicas civiles). Los particulares

—aunque estén de acuerdo— no pueden lograr por sí mismos las consecuencias jurídicas previstas en la norma reguladora de esas situaciones personales: se necesita el proceso y la actuación jurisdiccional. El proceso, así, y la sentencia que lo concluye son necesarios para crear la situación jurídica pretendida.

Pero además, la Ley establece especialidades en cuanto a las partes, en cuanto al objeto del proceso y en cuanto al procedimiento mismo. En todos estos aspectos se aprecia la fuerte disminución del principio dispositivo y de aportación de parte que rige para la generalidad de los procesos civiles.

Así, el art. 751 LEC establece la prohibición del poder de disposición sobre el objeto del proceso, de modo que no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.

Y el art. 752, con relación a la forma y tiempo de aportación de los hechos al proceso, prevé la quiebra del principio de preclusión y de aportación de parte, puesto que “los procedimientos a los que se refiere este Título (entre ellos, no se olvide, los de separación y divorcio) se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el proceso”. Además, la iniciación probatoria no corresponde exclusivamente a las partes, sino también al Tribunal de oficio. Y no juega en estos procesos el mecanismo común de fijación de los hechos a través de la admisión. Así como tampoco rigen las normas que sobre la carga y valoración de la prueba se establecen con carácter general.

Es verdad que, para imponer estas normas no dispositivas, la ley siempre hace una salvedad: “respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este título, y que tengan por objeto materias sobre las cuales las partes puedan disponer libremente según la legislación civil aplicable, no serán de aplicación las especialidades contenidas en los apartados anteriores”. Pero el problema es que la Ley no resuelve qué materias son de derecho dispositivo (y por tanto no afectadas por las normas especiales de este Título) y cuáles no. Está claro que las pretensiones de evidente contenido patrimonial no se verán afectadas por las normas especiales; pero en cuanto a las pretensiones matrimoniales en sentido estricto ¿quedan sujetas a estas especialidades?

Por lo que ahora interesa, entiendo que el proceso de separación y divorcio —por lo menos, hasta la Ley de 8 de julio de 2005— se seguía considerando en la LEC como un tipo de proceso no claramente dispositivo, sino afectado por un cierto interés público: siempre había que afirmar la concurrencia de una causa legal; y el tribunal sólo podía acceder a la pretensión si quedaba acreditada la causa alegada. De ahí, la exigencia del

proceso y de ahí las normas no dispositivas vistas anteriormente.

IV. La reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio

Pero con la reforma operada por la Ley de 8 de julio de 2005, considero que esta situación se ha visto completamente girada; y que ahora no se justifica un proceso especial para las pretensiones de separación y divorcio; y ni siquiera tengo claro que se necesite un proceso jurisdiccional, por lo que diré a continuación.

A grandes rasgos, la reforma de la Ley 15/2005 afecta a los procesos matrimoniales en los siguientes extremos:

a) Se mantiene la opción entre la acción de separación y divorcio, como una alternativa de los cónyuges a decidir si desean o no la disolución de su matrimonio; eliminándose, así, la exigencia de que previamente al divorcio exista un período de separación de hecho o judicial.

b) Ni la acción de separación ni la de divorcio dependen para su prosperabilidad de causa legal alguna que haya de ser alegada y acreditada. Basta la voluntad de la persona de no seguir vinculada con su cónyuge, para que el Juez deba acoger la petición. De “divorcio unilateral” se habla (obiter dicta) en algunas resoluciones de los tribunales; y de instauración en la España del Siglo XXI de la figura del “repudio”, por algunos autores.

c) Interpuesta demanda de separación o divorcio, se sigue el procedimiento previsto en el art. 770 (procedimiento contencioso), o el previsto en el art. 777 (procedimiento de común acuerdo).

Pues bien, las reformas de la Ley procesal con relación a estos procedimientos (contencioso o de común acuerdo) son mínimas, inapreciables para lo que ahora nos interesa; y tampoco existe reforma alguna en relación a las Disposiciones Comunes de los procesos regulados en el Título I del Libro IV (entre ellos, los de separación y divorcio); por lo que se podría pensar que en nada ha cambiado la esencia, fundamento y necesidad de un proceso especial que regule los procesos estrictamente matrimoniales.

Sin embargo, a poco que se reflexione, la conclusión a la que se llega es la contraria.

A mi juicio, la nueva configuración del matrimonio no justifica ya la existencia de un proceso especial no dispositivo. Porque ahora el hecho que justificaba aquella especialidad de principios (el interés público que subyace en la materia matrimonial) no está en absoluto comprometido en las situaciones matrimoniales como tales. Otra cosa son los efectos y consecuencias del matrimonio en cuanto a la existencia de hijos menores y el régimen jurídico con relación a ellos: esta materia sí que está fuertemente

afectada por el interés público. Lo que quiero decir es que no se justifica una regulación especial, cuando la única pretensión de tutela es el puro estado civil de las personas, sin repercusiones con relación a los menores.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, no se cansa de repetir y proclamar la autonomía de la voluntad de las partes, y la ausencia de interés público que exija satisfacción. De ahí que la especialidad de los procesos matrimoniales no tenga ya razón de ser. Porque la materia sobre la que tratan no es ya indisponible, sino disponible por sus titulares, por lo que toda quiebra del principio dispositivo debe quedar eliminada.

Pero es más. Si con lo anteriormente manifestado queda en entredicho la necesidad de un proceso especial para enjuiciar las pretensiones estrictamente matrimoniales, me parece que otro tanto hay que decir con relación a la necesidad de un proceso jurisdiccional para obtener la tutela jurídica de las pretensiones de separación y divorcio.

Al eliminar la nueva Ley las causas o motivos cuya acreditación era inexcusable para que el Juez pudiera acceder a la petición de separación o divorcio; al establecer ahora que lo transcendente es (y cito textualmente) la “voluntad de la persona que ya no desea seguir vinculada a su cónyuge”; por lo que “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud” (Exposición de Motivos de la citada Ley) ¿qué necesidad hay de un proceso jurisdiccional a través del cual se dirima la contienda entre las partes?. Si, como sigue diciendo la Exposición de Motivos de la Ley, “basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales (estupefacción absoluta) ¿qué tipo de litigio o contienda existe entre los cónyuges que necesite de un proceso jurisdiccional y de una sentencia que lo resuelva?. No parece imaginable un proceso (que, en cuanto tal y por esencia, implica una controversia entre litigantes cuya solución ha de venir dada por la sentencia jurisdiccional) en el que “el demandado no pueda oponerse a la petición”, ni “el Juez pueda rechazar la petición”. ¿Qué oposición o resistencia a la pretensión existe ahí?. ¿Qué mandato legal obliga al Juez a acoger la petición en todo caso?. ¿Para qué un proceso en el que la decisión le viene impuesta al Juez en atención a lo pedido por el actor?

Entiendo por lo anteriormente expuesto que, tras la promulgación de la Ley 15/2005, la falta de adecuación de la pretensión de divorcio con el sistema procesal arbitrado para su exigencia es patente. Y no sólo porque la nueva regulación no justifique ya la existencia de un procedimiento especial

de los previstos en el Título I del Libro IV de la LEC; es que ni siquiera justifica –a mi juicio– la existencia de un proceso jurisdiccional. Como he dicho en otro lugar, pienso que el trámite de un expediente de jurisdicción voluntaria o, incluso, la comparecencia ante un fedatario público podría ser suficiente para satisfacer la pretensión de separación y divorcio.

No creo haber exagerado al tildar a los procesos de familia como ejemplo de deficiente regulación, de falta de cuidado del legislador en una materia tan sensible como ésta. Pero por si acaso el ilustre auditorio al que me dirijo no ha quedado del todo convencido, ahí va el definitivo botón de muestra de mala técnica legislativa:

El art. 770 LEC, que regula el proceso de separación y divorcio contencioso, exige en su regla 1ª que a la demanda se acompañen una serie de documentos, “...así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho”; me imagino que se tratará de su derecho a solicitar la separación o el divorcio. Pues bien, si –como dice la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005– lo trascendente es “la voluntad de la persona que ya no desea seguir vinculada a su cónyuge”, de modo que “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de causa alguna”, ¿qué documento fundamentador de su pretensión de separación o divorcio debe aportar?.

¿Y para qué quiere el tribunal conocer los documentos que fundan el derecho del actor a su pretensión de separación o divorcio, si ni siquiera tiene que alegar el demandante derecho alguno susceptible de ser documentado?.

Pero es más, en la regla 4ª del art. 770, referida a la prueba, se dice que “... el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio”. Sin comentarios.

Hoy día, a la espera de que entre en vigor la reforma de la Ley procesal operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, el Legislador sigue empecinado en su error. Las normas que estamos comentando han sido contempladas en esta Ley de reforma; pero sólo para retocar la audiencia de los menores; sin reparar en los errores apuntados.

No he sido excesivamente dura al tachar de deficiente la regulación de los procesos de familia. La falta de homogeneidad, de coherencia interna, y de adecuación procesal, creo que ha quedado suficientemente mostrada.