Artículo: La evolución del derecho de familia en España
Revista: Nº194, año LXI (Jul-Dic, 1993)
Autor: Carmen Hernández Ibáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 194
AÑO LXI
JULIO - DICIEMBRE 1993
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: La evolución del derecho de familia en España
Revista: Nº194, año LXI (Jul-Dic, 1993)
Autor: Carmen Hernández Ibáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LA EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA

CARMEN HERNANDEZ IBAÑEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Vicerrectora de Coordinación de la
Universidad Complutense de Madrid

El Derecho de Familia español ha sido reformado por leyes especiales directamente encaminadas a modificar parcialmente el Código Civil español de 1889. Ello se debe a que era la parte del Derecho Civil más necesaria de cambios, ya que debía adecuarse a la Constitución española de 1978, a la realidad social, así como ponerse en consonancia con el Derecho de países afines al nuestro, que ya desde la segunda mitad del siglo habían comenzado una reforma de su Derecho de Familia[1].

El Código Civil español de 1889 mantuvo en el campo del Derecho de Familia el espíritu de las antiguas leyes patrias, aunque no de forma absoluta pues prescinde de algunas instituciones de Derecho antiguo y sobre todo de los derechos forales, observándose en él la influencia del Código Civil francés, al mismo tiempo que debido a la gran tradición religiosa española se reconoció plenamente la autoridad de la Iglesia y del Derecho Canónico para el matrimonio entre católicos[2].

La Segunda República Española supuso grandes reformas en el Derecho de Familia como consecuencia de la promulgación de la Constitución española de 1931 que proclama que la familia está bajo la salvaguardia especial del Estado, la igualdad de derechos para ambos cónyuges, el divorcio como causa de disolución del matrimonio que se desarrolló en la Ley de 2 de marzo de 1932, el matri-

[1] Cabe destacar en Alemania la Ley alemana de equiparación de 1957; en Francia la tutela fue modificada por Ley de 14 de diciembre de 1964; el régimen económico matrimonial (Ley de 13 de julio de 1965), la adopción (Ley de 11 de julio de 1966), la patria potestad (Ley de 4 de julio de 1970) y la filiación (Ley de 3 de enero de 1972). En Italia, la Ley Nº 151 de 19 de mayo de 1975 ha modificado un buen número de preceptos del Código Civil, ha derogado otros e introducido algunos nuevos. En Portugal la reforma del D. de Familia se ha realizado como consecuencia de la promulgación de un nuevo y completo Código Civil que fue aprobado por Decreto Ley de 25 de noviembre de 1966, y posteriormente por Decreto Ley de 27 de mayo de 1975 se han modificado algunas de sus normas.

[2] J. Castán Tobeñas. *Derecho Civil español, común y foral* T.V. Vol 1º 1987, págs. 92 y 93.

Artículo: La evolución del derecho de familia en España
Revista: Nº194, año LXI (Jul-Dic, 1993)
Autor: Carmen Hernández Ibáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

monio civil como único legalmente reconocido, y tendió a igualar a los hijos nacidos fuera del matrimonio con los habidos en él, y la posibilidad de investigar judicialmente la paternidad.

Pero la política legislativa de después de la Guerra Civil derogó todas estas disposiciones restableciéndose la validez del matrimonio canónico por Ley de 12 de marzo de 1938, quedando sin vigencia la Ley de matrimonio civil de 1932, y se proclamó la indisolubilidad del matrimonio por Ley de 23 de septiembre de 1939.

Posteriormente, en el ámbito del Derecho de Familia, hay que señalar la Ley de 24 de abril de 1958 y la de 4 de julio de 1970, que a pesar de ser parciales incidieron en esta parte del Derecho.

Por primera vez aparece una reforma de conjunto en la Ley de 2 de mayo de 1975 que pretendió implantar la igualdad jurídica de los cónyuges, aunque sólo consiguió debilitar la absoluta dependencia jurídica de la mujer respecto del marido, suprimió la licencia marital, derogó el principio por el cual el matrimonio condicionaba la nacionalidad de los esposos, y permitió hacer por primera vez capitulaciones matrimoniales o modificar las anteriores constante matrimonio.

Debido a que la Ley de 2 de mayo de 1975 no logró totalmente su objetivo, se hizo urgente una nueva reforma que consiguiera una total igualdad jurídica entre el marido y la mujer con las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981.

La Ley de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, desarrolla el artículo 32 de la Constitución española de 1978. Este precepto es el único de la Constitución que se ocupa del matrimonio: "1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

Con anterioridad a esta ley existía en nuestro ordenamiento el matrimonio canónico y subsidiariamente el matrimonio civil, si uno de los contrayentes no profesaba la religión católica o renegaba de ésta. El único paréntesis que hubo, sin olvidar la Ley de Matrimonio Civil de 1870, fue el de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 que estableció éste como única forma de celebración con efectos jurídicos. Pero fue derogado por la Ley de 12 de marzo de 1938, volviéndose a la normativa anterior.

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978 declaró que "se deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes". Con esta instrucción se pretendió armonizar lo preceptuado en la Constitución en relación a la libertad religiosa, hasta que una ley civil regulara el matrimonio.

La Ley de 7 de julio de 1981 estableció un sistema de matrimonio único, que es el civil, aunque con admisión de variedad de formas de celebración. Como consecuencia se admite el matrimonio canónico a raíz de los acuerdos celebrados entre la Santa Sede y el Estado español firmados el 3 de enero de 1979, que en su artículo VI, I, 1er. párrafo dice: "El Estado reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico". Y las leyes 24, 25 y 26/1992 de 10 de noviembre aprueban respectivamente los Acuerdos de

Artículo: La evolución del derecho de familia en España
Revista: Nº194, año LXI (Jul-Dic, 1993)
Autor: Carmen Hernández Ibáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España. Estas leyes han encontrado su desarrollo en la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de enero de 1993, que ha aprobado los modelos de certificado de capacidad matrimonial y de celebración del matrimonio a que hacen referencia los artículos séptimo de los tres acuerdos.

Antes, tanto la separación legal como la nulidad del matrimonio eran competencia de los Tribunales eclesiásticos si el matrimonio era canónico, y de los Tribunales del Estado si el matrimonio era civil, produciéndose escasos supuestos debido a la dificultad de contraer esta clase de matrimonio. Actualmente, los Tribunales civiles tienen competencia para decretar judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio. Y con respecto a la nulidad, los Tribunales civiles la declaran para los matrimonios civiles y los Tribunales eclesiásticos, para los matrimonios canónicos pero sólo tendrá eficacia civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado.

La Ley de 7 de julio introdujo el divorcio, hasta entonces no regulado en España, ya que únicamente se había admitido por la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y derogado por Ley de 23 de septiembre de 1939; puesto que la Ley de Matrimonio Civil de 1870 mantuvo el principio de la indisolubilidad del matrimonio, a pesar de establecer como obligatorio el matrimonio civil.

Hay que señalar que ha sido muy importante que esta ley, al establecer las causas de separación y de divorcio, haya incluido entre las mismas el mutuo acuerdo de los cónyuges siempre que haya transcurrido un tiempo determinado desde la celebración del matrimonio. Esto es digno de alabanzas, pues con ello finaliza el que siempre hubiera que buscar un cónyuge culpable y otro inocente.

Esta ley atribuye a la separación de hecho matrimonial, según Albaladejo[3], "cuando no consecuencias legales automáticas e inmediatas, sí fuerza para permitir obtenerlas", al mismo tiempo que tuvo en cuenta una situación fáctica que se daba en la realidad, existiendo en aquel momento más separaciones de hecho que legales debido a las ventajas que ofrecían las primeras sobre las segundas como son: evitar un proceso largo, costoso y complicado; el no tener que exponer los esposos ante un Tribunal las intimidades de su vida conyugal, y la posibilidad de que el marido y la mujer lleguen a reconciliarse en un futuro.

También ha sido modificada la edad para contraer matrimonio. Antes era 12 años para la mujer y 14 para el hombre en el matrimonio civil, y 14 y 16 respectivamente para el matrimonio canónico. Actualmente para contraer matrimonio civil es necesario estar ambos emancipados (16 años), aunque el juez puede dispensar el impedimento de edad a partir de los 14 años, con justa causa y a instancia de parte.

Por lo que respecta a la declaración de fallecimiento, con anterioridad a la Ley de 7 de julio, ésta no disolvía el matrimonio civil; sin embargo, el Derecho Canónico sí que autorizaba un ulterior matrimonio de cónyuge presente, cuando como resultado de la oportuna información canónica se adquiriera la certeza moral del fallecimiento efectivo. A partir de esta ley, el matrimonio queda disuelto, cualquiera que sea la forma de celebración, por la declaración de fallecimiento.

[3] M. Albaladejo. En el prólogo de *La separación de hecho matrimonial* de C. Hernández Ibáñez. Edit. Edersa, 1982.

Artículo: La evolución del derecho de familia en España
Revista: Nº194, año LXI (Jul-Dic, 1993)
Autor: Carmen Hernández Ibáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La Ley de 13 de mayo de 1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, desarrolla el artículo 39 de la Constitución española que hace referencia a la familia y también el artículo 14 de esta Ley Fundamental que proclama el principio de igualdad: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", y el art. 39 de la Ley Fundamental dice: "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Hay que preguntarse, ¿a qué familia hace referencia nuestra Constitución? Algunos autores, entre los que se puede citar a Alzaga, manifiestan que lo usual en el Derecho Constitucional comparado es que se haga referencia al matrimonio y a la familia como dos aspectos de una realidad, y Sánchez Agesta señala que la familia en nuestra Constitución es el grupo constituido por un hombre y una mujer que han contraído matrimonio. Sin embargo, Lacruz y Sancho Rebullida[4] no creen que en la Constitución se pueda equiparar el concepto de familia con el de familia legítima, de modo que sólo ésta se entienda nombrada en el art. 39.1. Si el art. 39 omite calificar a la familia protegida como "legítima", ello no implica como consecuencia ineludible que la protección haya de ser la misma para todos los tipos de familia, sino que se admite entre los grupos protegidos algunos que no se basan en el matrimonio y en el parentesco de él nacido. Pero tampoco se quiere decir con esto que el cambio deba consistir en admitir como familia todo grupo que pretenda este nombre, desde "la familia Manson" al matrimonio de homosexuales. En todo caso, legítima o no, la Constitución contempla exclusivamente el modelo occidental de familia, es decir, la encabezada por una pareja heterosexual. Estos autores también se cuestionan si la consideración legal de familia supone o no la equiparación en derechos y deberes de todos cuantos núcleos entran como sujeto protegible dentro del concepto del art. 39.1. La respuesta para ellos es que todas las familias no son iguales, ello se deduce del art. 32 de la C.E. que reconoce al matrimonio como algo distinto de un pacto privado, pues tiene una forma determinada que produce unos derechos y unos deberes establecidos por el Estado, y que no puede relajarse o disolverse sino cuando se den unas causas de separación o disolución, igualmente reguladas. Conforme al art. 39.2., de la Constitución, todos los hijos son iguales sean matrimoniales o no, pero al no decir lo mismo el art. 39.1., permite decir que las familias no sean todas idénticas, por lo que su grado de protección es distinto, aunque hay equiparación entre todos los hijos. Las prestaciones, ayudas y los estímulos son diversos, siempre en ventaja de la relación conyugal.

[4] J. L. Lacruz Berdejo y F. Sancho Rebullida. "Elementos de Derecho Civil IV", *Derecho de Familia*. Fascículo 1º, 1982, págs. 42-49.

Artículo: La evolución del derecho de familia en España
Revista: Nº194, año LXI (Jul-Dic, 1993)
Autor: Carmen Hernández Ibáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El cambio más profundo en esta ley se ha producido en materia de filiación, aunque también es verdad que era uno de los campos del Derecho de Familia donde era más urgente una reforma total, ya que la redacción de 1889 del Código Civil se encontraba muy alejada de la realidad social, en desacuerdo con principios ideológicos y valores sociales, así como con los conocimientos biológicos.

En opinión de De la Cámara[5] el legislador de 1889 en lo que cabe, si se compara su obra con la mayor parte de las legislaciones entonces vigentes, fue moderadamente progresivo. El tanto de culpa hay que pasarlo al inmovilismo posterior, que se prolonga durante cerca de cien años, y que nos deja al margen de la evolución que el Derecho de la filiación había de experimentar en el presente siglo. Pues, como señala Rivero Hernández[6], en la filiación era muy necesaria una determinada refacción, más que parciales modificaciones, "por haber quedado la vieja redacción de 1889 cada día más alejada de una realidad social cálida y evolucionada, y en desacuerdo tanto con los principios ideológicos y valores a que es más sensible nuestra sociedad, cuanto con los conocimientos biológicos modernos que pueden ser tenidos en cuenta en la determinación de la filiación".

La Constitución española de 1931, que se inspiró en principios distintos de los del legislador decimonónico, en su art. 43 estableció la equiparación entre los hijos, por lo que los padres tenían los mismos deberes para con los hijos nacidos tanto dentro del matrimonio como fuera de él. Prohibía hacer referencia alguna respecto a la legitimidad o ilegitimidad de la filiación, así como al estado civil de los padres. Pero la corta vigencia que tuvo la Constitución Republicana impidió que se desarrollara en leyes posteriores, ocasionando una desconexión entre los preceptos constitucionales y las disposiciones del Código Civil.

La reforma de la filiación en la Ley de 1981 se basó en los principios fundamentales: en primer lugar, el principio de igualdad jurídica entre los hijos[7], ocasionando que hiciera crisis el principio de jerarquía de filiaciones, ya que a partir de esta ley se distingue entre filiación matrimonial y filiación no matrimonial, según que los hijos nazcan dentro del matrimonio o fuera del mismo, sin que ello produzca ninguna discriminación legal, pues al tenor del art. 108 del Código Civil ambas filiaciones producen los mismos efectos jurídicos. Estima Ferrandis[8] que se "borra de un plumazo la distinción para proclamar la identidad de efectos de todas las formas de filiación. No hay aquí evolución legislativa, ni una progresiva atenuación de diferencias hasta llegar a la equiparación. El cambio no puede ser más brusco: de la distinción que el Código Civil de 1889 establecía entre hijos legítimos (arts. 108 y ss.) e ilegítimos (arts. 129 y ss.), se pasa,

[5] M. de la Cámara, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III. Vol. 1ª Edit. Edersa, pág. 17.

[6] F. Rivero Hernández. El nuevo régimen de la familia, T.II. *Cuadernos Civitas*. 1981, pág. 15.

[7] La exposición de Motivos del Proyecto de Ley, que no fue recogida en la Ley de 13 de mayo de 1981, pero que sirve para conocer el pensamiento del legislador, dice "...en temas de filiación, ha sido también clave de la reforma otra idea de igualdad: la de equiparar en derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, nacidos dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí, y pudiera o no casarse el uno con el otro (...), entre los cuales (progenitores) el varón no debe tener ninguna ventaja a la hora de eximirse de sus responsabilidades frente a los hijos por él engendrados".

[8] J. Ferrandis Vilella. "Reflexiones sobre la reforma del régimen de la filiación. En particular, la inserción del hijo matrimonial en la familia del progenitor". *La Ley*, 10 de junio de 1988, pág. 1.

Artículo: La evolución del derecho de familia en España
Revista: Nº194, año LXI (Jul-Dic, 1993)
Autor: Carmen Hernández Ibáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sin transición legislativa ninguna, a la proclamación de la identidad de efectos de todas las clases de filiación (que por descontado ya no vienen designadas con referencia a la legitimidad o ilegitimidad). Con fórmula muy simple, pero exacta, podría decirse no se trata de equiparar hijos legítimos e ilegítimos, lo que ocurre es que ya no hay hijos ilegítimos".

En segundo lugar, el principio de la verdad biológica que tiende a que la paternidad jurídica coincida con la paternidad genética[9], ya que hasta esa fecha había importantes barreras que impedían, en ocasiones, que la relación jurídica estuviera basada en la realidad biológica. Pero, como señala Castán[10], muchas de éstas han sido derribadas, así las que se oponían a la impugnación de la filiación legítima o las restricciones puestas a la investigación de la paternidad y al empleo de las pruebas biológicas en los procesos de filiación. No obstante, esta ley no ha logrado llegar a implantar de manera total este principio, puesto que todavía, aunque en menos supuestos que antes, perduran situaciones en las que no prevalece el principio de veracidad biológica, debido a que se trata de salvaguardar situaciones en aras de la paz familiar. Delgado Echeverría dice que son varios los preceptos que suponen excepciones o cortapisas a la traducción jurídica de la realidad biológica en nuestro Derecho[11]. La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988 tampoco sigue el principio de que pa-

[9] La exposición de Motivos del Proyecto de Ley recoge que con este principio se separa la nueva regulación del Código francés y se acerca a nuestro Derecho histórico, "más consecuente con la verdad biológica en la determinación de la paternidad y más abierto en cuanto a los deberes naturales de los progenitores (...) adaptándose a las exigencias de una realidad social cada vez más profundamente mudada en relación a la del tiempo pasado, tanto por los valores, cuya prioridad se ha ido reconociendo e imponiendo, como por los conocimientos biológicos alcanzados, que tan eficazmente pueden cooperar a la determinación de una paternidad cuestionada y a excluirla con certeza en algunos casos"

[10] J.Castán Tobeñas. *Derecho Civil español común y foral*, tomo V, volumen 2º, 1985, pág. 65.

[11] "Entre ellas, las siguientes:

a) La invalidez de los reconocimientos de quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad sin la aprobación judicial (art. 121). aprobación que, parece, ha de regirse también por consideraciones de oportunidad, en atención al interés del progenitor menor (véase Sancho Rebullida, 1984, pág. 653, para quien la aprobación judicial atenderá, en este caso, 'principalmente a la pubertad del reconocedor; a su edad, en relación con la del reconocido, y al discernimiento y deliberación del reconocimiento; pero no a los demás indicios o pruebas de la realidad biológica').

b) La necesidad, para la eficacia del reconocimiento de un mayor de edad, de su consentimiento expreso o tácito (art. 123); lo que significa que su sola voluntad puede excluir una filiación verdadera desde el punto de vista biológico. El progenitor ni siquiera podrá acudir a una acción de reclamación (véase art. 133).

c) La prohibición de manifestar, al reconocer, la identidad del otro progenitor no determinado legalmente (art. 122); con lo que se pierde una buena ocasión de averiguar la verdad biológica de boca de quien es muy probable que la conozca.

d) El consentimiento del representante legal del menor reconocido (normalmente, la madre), que, de acuerdo con el artículo 124, párrafo primero, evita la necesidad de aprobación judicial, posibilita reconocimientos de conveniencia, a la vez que, y sobre todo, tiende a impedir eficacia a reconocimientos conformes a la verdad biológica, pero inconvenientes al reconocido o a su madre. La conveniencia del menor reconocido será el criterio a que ha de atenerse el juez para autorizar o no el consentimiento. Consideraciones similares -es decir, constatando la presencia de otros criterios distintos de la averiguación de la verdad biológica- pueden hacerse sobre el segundo párrafo del artículo 124 (véase Rivero, 1981, pág. 67).

e) Que la conveniencia del menor reconocido, apreciada por el juez, y no la verdad biológica, sea el criterio en el caso del artículo 125 (filiación incestuosa), luce con toda claridad en la propia letra del precepto, cuyo párrafo segundo contiene a la voluntad del hijo el poder de invalidar una filiación correspondiente con la biológica.

f) 'El reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consienten sus descendientes' (art. 126), quienes, naturalmente, podrán negarlo a su conveniencia" (J. Delgado Echeverría, "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", en el volumen *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Edit. Trivium, Madrid, 1988, pág. 205.

Artículo: La evolución del derecho de familia en España
Revista: Nº194, año LXI (Jul-Dic, 1993)
Autor: Carmen Hernández Ibáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ternidad biológica y legal coincidan, en los supuestos de inseminación artificial y fecundación in vitro heteróloga. En estos casos prima la paternidad legal que se basa en el consentimiento, otorgándose al marido o compañero de la madre sobre la paternidad biológica, que corresponde al donante que se mantiene en el anonimato y no tiene ninguna relación jurídica con el recién nacido.

Pero la Ley de 13 de mayo de 1981, que modificó el articulado del Código Civil respecto a la filiación, sin embargo, no logró poner al día toda esta materia, pues la rapidez del cambio legislativo causó desajustes y faltas de armonización con otros preceptos del Código Civil, que han intentado paliarse a posteriori a través de otras leyes. Aun cuando hay que señalar que la Ley de 1981 también reformó otros artículos de este texto legal, sobre todo en materia de sucesiones con el propósito de conseguir una concordancia entre todos ellos.

Sin embargo, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, únicamente incidía en el Código Civil no en las Compilaciones Forales, por lo que las regiones de Derecho Foral cuyos artículos incidían directa o indirectamente en la filiación no fueran alterados por esta ley. El problema afectó, con diferente alcance, a las compilaciones de Cataluña, Navarra, Aragón, Baleares y Vizcaya. Se plantearon conflictos, ya que contenían normas que eran discordantes con preceptos de la Constitución española, dando lugar a que se interpusieran recursos ante el Tribunal Constitucional. Esto ha quedado solventado con las modificaciones que paulatinamente se han ido llevando a cabo en las Compilaciones, que han adecuado su articulado a los principios recogidos en nuestra Norma Fundamental[12]. Asimismo, la legislación del Registro Civil quedó desfasada, dándose la paradoja, como dice Castán[13], de que la Ley del Registro Civil y su Reglamento, que al tiempo de su promulgación eran más progresivos que el Código Civil, quedaran discordantes. No obstante, esta legislación se modificó por el Real Decreto 1.917/1986, de 29 de agosto, siendo uno de los motivos fundamentales de la reforma el adaptar el Reglamento a las leyes que han desarrollado los principios civiles recogidos en la Constitución española de 1978 y que versan sobre el estado civil de las personas[14].

La novedad más relevante es la equiparación entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales; produciendo ambas filiaciones los mismos efectos. Antes de la Ley de 13 de mayo los hijos se dividían en legítimos, los cuales gozaban de todos los derechos, e ilegítimos, distinguiendo dentro de éstos los naturales, que eran lo que en el momento de su concepción, sus progenitores podrían haber contraído matrimonio porque no existía ningún impedimento para ello, así co-

[12] La Compilación de Derecho Civil de Cataluña fue modificada por Ley de 20 de marzo de 1984. La Compilación de Derecho Civil de Aragón fue reformada por Ley de 21 de mayo de 1985. La Ley Foral de 1 de abril de 1987 modificó la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra. La Ley de 10 de noviembre de 1987 reformó la Compilación de Derecho Civil de Galicia. La Ley de 23 de junio de 1990, de Compilación de Derecho Civil de Baleares y el Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 1990, que aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares y Ley de 1 de julio de 1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco. El Parlamento de Cataluña ha aprobado la Ley de Filiaciones de 27 de abril de 1991, la Ley de Tutela e Instituciones Tutelares, de 30 de diciembre de 1991, y el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, de 30 de diciembre de 1991.

[13] J. Castán Tobeñas. *Derecho Civil español común y foral*, tomo V, volumen 2ª, 1985, pág. 66.

[14] Estas leyes son la de 13 de mayo de 1981, la de 7 de julio de 1981. La Ley de 13 de julio de 1982, de modificación de los arts. 17 al 26 del Código Civil, que afectan a la nacionalidad. La de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código Civil en materia de tutela.

Artículo: La evolución del derecho de familia en España
Revista: Nº194, año LXI (Jul-Dic, 1993)
Autor: Carmen Hernández Ibáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mo ser reconocidos por uno o ambos de ellos y tenían derechos sucesorios, pero siempre su cuota tenía que ser como máximo la mitad que la del hijo legítimo menos favorecido, y no naturales, que se clasificaban en adulterinos, sacrílegos e incestuosos, y únicamente tenían derecho a alimentos.

Actualmente queda simplificada la legitimación que sólo cabe por subsiguiente matrimonio, desapareciendo la legitimación por concesión real.

Esta ley ha cuidado la regulación de las acciones de filiación, dándose un tratamiento separado para la reclamación y la impugnación, distinguiendo en los aspectos importantes entre ambas clases de filiación.

También hay que señalar como nota importante que a partir de esta ley queda permitida la investigación de la paternidad mediante toda clase de pruebas biológicas, que había sido rechazada por los códigos civiles que siguieron el modelo del Código de Napoleón de 1804, que había proscrito esta posibilidad para evitar procesos escandalosos que perturbaran la paz familiar, sin que, por el contrario, ello ocurriera en el Derecho Civil de Cataluña, cuya rica tradición jurídica de base romana siempre admitió la investigación de la paternidad.

El juicio que ha merecido esta reforma por parte de la Doctrina ha sido satisfactorio, puesto que era necesaria la modificación de la filiación, cuya regulación había quedado desfasada, y no era reflejo de los cambios que se habían ido produciendo en la sociedad, así como tampoco seguía la línea que imperaba en los Códigos de otros países afines al nuestro. Por tanto, el cambio legislativo hay que valorarlo de forma positiva, y alabar los principios que se han consagrado en esta modificación. No obstante, no hay que silenciar algunos aspectos de la misma que, en opinión de parte de la Doctrina, han supuesto un ataque real y grave a la familia. En este sentido se inclinan, entre otros, González Porras[15] y De la Cámara[16], que opina que, desde la perspectiva de su adecuación a la Constitución, tal vez se ha ido demasiado lejos, porque el art. 39.1. dice que: "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia". Y lo que la ley viene a crear es una verdadera familia paralela que, muchas veces, no tiene en la realidad base sociológica suficiente, porque una cosa es que todos los hijos, en cuanto hijos, sean iguales ante la ley, que se desprende del art. 39.2. de la Constitución española, y otra que también tengan que serlo en cuanto nietos o hermanos. Pues, con esto, se otorga a los hijos no matrimoniales, además de un "status filii" igual al de los matrimoniales, lo que sí es conforme con la Norma Fundamental, un verdadero "status familiae", que es más de lo que reclama el mandato constitucional.

La patria potestad ha sido modificada, también, por la Ley de 13 de mayo de 1981, quedando regulada en los artículos 154-171, cambiándose la rúbrica del Título VII del Libro I del Código Civil, denominándose "de las relaciones paterno-filiales".

La novedad más relevante consiste en que la patria potestad es una facultad dual compartida por el padre y la madre, aunque a veces puede corresponder a uno solo de ellos, si el otro fue privado de la misma o muere. Sin embargo, antes de la Ley de 13 mayo, la patria potestad correspondía únicamente al padre, y en defecto de éste a la madre.

[15] J.M. González Porras. *"La Familia, el Derecho y la Libertad"*, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1987, págs. 88-89.

[16] M. de la Cámara. *Comentarios al Código Civil*... Ob. cit., págs 42-43.

Artículo: La evolución del derecho de familia en España
Revista: Nº194, año LXI (Jul-Dic, 1993)
Autor: Carmen Hernández Ibáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Otra innovación es la prórroga de la patria potestad para los hijos menores incapacitados, cuando éstos lleguen a la mayoría de edad, y para los hijos mayores de edad solteros que vivieren en compañía de sus padres o de uno de ellos, si posteriormente fueran incapacitados.

Esta ley concede un gran respeto a la personalidad del hijo, estableciendo como principio general que éstos deberán ser oídos, si tienen suficiente juicio antes de adoptar decisiones que les afecten. También se ha acentuado la intervención del juez, en consideración del interés del hijo.

El último aspecto modificado por la Ley de 13 de mayo de 1981 es el referente al régimen económico matrimonial.

Actualmente el Código regula específicamente tres tipos de regímenes, que son el de sociedad de gananciales, el de separación de bienes y el de participación, aunque en capitulaciones matrimoniales los cónyuges pueden pactar el que deseen sin otra limitación que las establecidas en el Código Civil, y será nula cualquier estipulación contraria a las leyes y a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de los derechos que corresponda a cada cónyuge.

Ha desaparecido la figura de la dote, que tan escasa relevancia práctica había obtenido y que sin embargo había sido regulada con detenimiento; así como también la denominación de bienes parafernales para los bienes privativos de la mujer y los preceptos específicos que regulaban éstos, teniendo ahora tanto los bienes de la mujer como los del marido idéntica regulación.

Se ha suprimido la prohibición que existía entre los cónyuges de realizar contratos entre sí, así como de hacerse donaciones excepto en ocasiones de regocijo familiar y en relación a su posición económica. Actualmente el marido y la mujer pueden transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

La sociedad de gananciales es el régimen económico legal subsidiario de primer grado y el que tienen los cónyuges sometidos al Derecho Común, si no pactan otro en capitulaciones matrimoniales. El marido tenía la administración y la disposición de los bienes gananciales, pero actulamente estas facultades son conjuntas, aunque hay que señalar que en ocasiones debido a la seguridad del tráfico y también en servicio de la autonomía del cónyuge en la gestión de sus propios asuntos y negocios propios, se otorga a un solo esposo la facultad de administrar, y a veces la de enajenar o emplear ciertos bienes gananciales.

Los esposos tienen los mismos derechos y obligaciones al dividir la sociedad de gananciales y retirar sus bienes y su parte en los bienes gananciales. Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo, la mujer gozaba de preferencia en el recobro de sus bienes y créditos contra su marido y la comunidad, como consecuencia de la dote y de los bienes parafernales, así como de que el marido era el único administrador de la sociedad de gananciales.

El régimen de separación de bienes tiene un carácter optativo, empezando a tener una regulación específica en el Código Civil a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975. Los bienes pertenecen al esposo que los adquirió, lo mismo que los frutos, rentas y salarios, teniendo por tanto su administración y disposición. Pero si no es posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad, al igual que la administración y disposición de los mismos.

El régimen de participación es novedoso en nuestro ordenamiento, quedando regulado a partir de esta ley. Se consagró en el Derecho alemán en la

Artículo: La evolución del derecho de familia en España
Revista: Nº194, año LXI (Jul-Dic, 1993)
Autor: Carmen Hernández Ibáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Reforma de 1957, y en el Derecho francés se introdujo como un régimen electivo desde 1964. Este régimen trata de conjugar las ventajas del régimen de sociedad de gananciales con el de separación de bienes, ya que durante su vigencia funciona de forma similar al régimen de separación y en el momento de liquidarse, los cónyuges han de comunicarse las ganancias obtenidas, participando cada uno en las del otro, esto es, en el superávit del patrimonio final sobre el inicial.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma en materia de tutela ha modificado los preceptos referentes a la incapacitación y a las instituciones tutelares.

Las causas de incapacitación son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o síquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma, a diferencia de la regulación anterior que señalaba cuatro causas de incapacitación, aunque la interdicción ya había desaparecido como tal, como consecuencia de una modificación del Código Penal. Otra novedad es que "los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad", como señala el art. 201 del Código Civil.

La incapacitación sólo se puede declarar por sentencia judicial que determinará la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

Actualmente el Código regula tres instituciones de guarda legal de los menores o incapacitados, como supletorias de la patria potetad, y son: la tutela, la cuaratela y el defensor judicial. Mientras que el Código Civil de 1889 inspirándose en el Código de Napoleón, atribuía el ejercicio de las funciones de los menores e incapacitados al tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia.

La curatela, figura de rancio abolengo del Derecho Histórico español de la cual había prescindido el Código Civil ha sido introducida por esta ley. Su función es completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adición. Están sometidos a ella: los emancipados o habilitados de edad, los incapacitados que según su sentencia puedan realizar actos por sí solos pero necesitan la asistencia del curador y, por último, los pródigos, ya que a partir de esta Ley, la prodigalidad no es causa de incapacitación.

El defensor judicial ha sido regulado por primera vez, de forma unitaria. Su función consiste en representar los intereses legales de los menores e incapacitados, siempre que haya conflicto con los de sus representantes legales, o el curador; o cuando el tutor o curador no desempeñen sus funciones, y finalmente en los demás casos previstos en el Código Civil.

Los artículos 303 al 306 hacen referencia a la guarda de hecho.

Otra ley importante que ha modificado el Código Civil y que ha incidido en el Derecho de Familia ha sido la de 11 de noviembre de 1987, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Los cambios más relevantes que se han producido son la supresión de la adopción simple por lo que sólo se regula un único tipo de adopción; la introducción del acogimiento familiar pudiendo funcionar con carácter autónomo o como fase previa, en principio obligatoria a la adopción. Se ha introducido una tutela automática para los menores desamparados, por lo que ha habido una modificación apresurada del régimen de tutela instaurado en 1983. Se han modificado los requisitos subjetivos para adoptar, así los adop-

Artículo: La evolución del derecho de familia en España
Revista: Nº194, año LXI (Jul-Dic, 1993)
Autor: Carmen Hernández Ibáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tantes han de tener como mínimo 25 años y se han de llevar con respecto a los adoptados al menos 14 años. Se señala que fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona, sin embargo la disposición adicional 3a. de la ley señala que "las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal", lo que significa que una pareja estable no casada también puede adoptar conjuntamente. En cuanto a los adoptados, será excepcional la adopción de menores emancipados y de mayores de edad. Se reconoce la validez de ciertos casos de adopción post mortem. Se ha simplificado el procedimiento de adopción al desaparecer la fase notarial, con lo que la fase judicial alcanza su máximo relieve, se ha reforzado la intervención del adoptado al exigírsele su consentimiento a partir de los 12 años e intervención mediadera obligatoria de las entidades públicas o privadas colaboradoras, encargadas de la asistencia a los menores.

Los efectos que produce la adopción son los mismos que los de la filiación matrimonial y no matrimonial en virtud de lo dispuesto en el art. 108 del C.C., que ya se había modificado por la Ley de 13 mayo de 1981.

Como se puede observar, todas las instituciones del Derecho de Familia han sido modificadas, sobre todo a partir de la Constitución española de 1978, y poco tienen ya que ver con la redacción originaria que tuvieran al promulgarse el Código Civil en 1889.

No quiero finalizar este trabajo sin mencionar otras dos leyes que han modificado el Código Civil, y que indirectamente influyen en el Derecho de Familia. La primera es la Ley de 15 de octubre de 1990, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo. Esta ley ha cambiado la redacción del art. 14 que hace referencia a la vecindad civil. Y el resultado más notable es que el matrimonio no altera la vecindad civil, por lo que la mujer casada no seguirá la condición del marido, lo que significa que los cónyuges pueden tener diferente vecindad, y como consecuencia los hijos no han de seguir la vecindad civil de su padre que era la misma que la de su madre, si los progenitores estaban casados. Actualmente los hijos tendrán la vecindad de sus padres, si éstos tuvieran la misma, en caso contrario seguirán la de aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad del derecho común. Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en los 6 meses siguientes al nacimiento o a la adopción. Los hijos adoptados menores no emancipados tendrán la vecindad de sus adoptantes.

Este cambio ha sido importante, pues se llevaba pidiendo desde hacía tiempo, ya que era chocante que desde la Ley de 2 de mayo de 1975 la mujer casada no tuviera que tener la misma nacionalidad que su marido y sin embargo sí la misma vecindad. Es decir, se había alterado lo más amplio, y no se había cambiado lo más pequeño.

Y la última ley ha sido la de 17 de diciembre de 1990, que ha modificado los arts. 17, 18, 19, 20 y 21 del Código Civil en materia de nacionalidad. Que aunque no es propiamente un tema de Derecho de Familia, sí que quería señalarlo.