

## I

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

Hace unos meses ha aparecido en nuestro panorama editorial y jurídico un nuevo libro de la profesora Encarna Roca Trías, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)* (Cuadernos Civitas, Madrid, 1999), largamente esperado por quienes conocíamos sus últimos afanes y aficiones civilísticas, y del que destaca inmediatamente una acusada desproporción entre su peso físico –formato pequeño, unas 275 páginas en total– y el peso científico, quizá mayor todavía en cuanto a la influencia llamada a tener por ese libro. Es una obra que no ha pasado desapercibida no ya en el ámbito estrictamente jurídico, sino en el intelectual –tres artículos, firmados por prestigiosas plumas, le han prestado atención en páginas de opinión del periódico *La Vanguardia*; también en algún foro universitario; no conozco otras referencias, pero puede haberlas habido–. Me temo, pues, que puede ser tardío y poco útil cuanto diga yo aquí sobre dicho libro, por conocido en los medios iusprivatistas a que van destinadas estas páginas.

Se trata, desde luego, de una obra poco frecuente en muchos aspectos –y no digo atípica por no abusar desde el principio de tópicos y otros adjetivos–, fruto de preocupaciones que ya habían aparecido en trabajos anteriores de E. Roca, de meditación y de investigación seria (en su sentido más estricto, aunque sorprenda a quienes circunscriben esa actividad intelectual a otros ámbitos científicos) llevada a cabo en buena parte en la Universidad de Oxford, como la autora explica en su *Introducción a modo de conclusión*, donde ha madurado ideas y culminado trabajos y materiales suyos anteriores. Exponente de todo ello es el notable y denso contenido de la obra, sus aportaciones y sus reflexiones novedosas, sus muchas preguntas (el saber hacerlas es a veces más importantes que el contestarlas), algunas de sus conclusiones.

Es posible que más de uno no comparta ideas y conclusiones, cosas que se dicen en este libro –la propia autora lo prevé en algún momento–, pero nadie le podrá negar originalidad en sus planteamientos (aquí y ahora), profundidad en su argumentación, racionalidad en sus criterios, incluso valentía en la exposición de algunas aseveraciones arriesgadas. Se trata de una aventura intelectual, ésta de la profesora Roca Trías, de alto nivel y fecundas consecuencias, inmediatas unas y próximas otras (que cabe esperar).

Quiero destacar desde el primer momento de este libro –«que se lee muy bien», dice en su prólogo el profesor Díez Picazo– su nuevo enfoque de casi todo lo que trata, sus planteamientos nuevos partiendo de hechos sociales y datos estadísticos que están en la base de la realidad e instituciones que estudia, la forma lúcida, también nueva, de hacerse preguntas o de abordar cuestiones de política legislativa que suelen descuidarse en nuestros libros de Derecho, amén de otros extremos a que me referiré.

En un país y una civilística que se debate casi siempre, todavía, entre el *mos gallicum* y el *mos italicum*, con varia fortuna, suena bien y sabe a aire fresco la nueva «forma de hacer» Derecho de familia de la profesora Roca Trías, cuyo primer mérito radica en preguntarse cuál sea la mejor metodología que seguir en la materia que va a estudiar, entre las varias conocidas y ensayadas, sobre todo en el mundo jurídico angloamericano.

Haré otras valoraciones y crítica más amplia y concreta de esta obra de E. Roca en la última parte de este comentario-recensión; pero quiero dejar constancia desde ahora de la alta calidad científica e importancia de la misma en nuestro panorama jurídico, no sólo por lo que desde su aparición tenemos y antes no había, sino por lo que augura que podrá haber (y cómo deberá trabajarse) en un horizonte próximo. *Familia y cambio social (de la «casa» a la persona)* es una obra de imprescindible lectura para todo jurista (no sólo iusprivatista o aficionado al Derecho de familia), incluidos los que están más próximos a la aplicación efectiva del Derecho (jueces, abogados); también para otras personas que hagan profesión del pensar.

Este libro supone una extraordinaria (fuera de lo ordinario, también) aportación doctrinal al estudio del Derecho de familia en no pocos aspectos, de los que ahora sólo apunto tres: su enfoque científico (en sentido amplio: no sólo jurídico) del concepto y función de la familia en la sociedad actual, la relación directa de aquél con el Derecho y derechos (fundamentales) de la persona, y la necesidad de encontrar soluciones racionales y útiles (también esto) a los problemas reales de nuestra familia y sociedad en cambio acelerado.

La proyección de esta obra no se agota, desde luego, en el tratamiento de la familia y del Derecho de familia y sus problemas jurídicos al clásico modo (naturalezas jurídicas, requisitos, efectos; disección de artículos, excepciones a las reglas generales, ...). Es, sobre todo, particularmente interesante por las otras cuestiones que sugiere, unas veces de forma expresa, otras implícita en sus consideraciones: por qué esto o aquéllo, para qué sirve esta institución o aquella norma, qué otras soluciones jurídicas serían hoy más adecuadas o justas, política jurídica más rentable económica y socialmente, etc.

Tras la aparición de *Familia y cambio social* cabe esperar que en nuestra civilística, y en ese terreno, en particular, ya no podremos limitarnos a citar, para justificar nuestra información y erudición, bibliografía y autores franceses o italianos, y aun doctrina alemana los que quieran quedar mejor y dar alto tono a sus trabajos; tampoco circunscribirnos a obras estrictamente jurídicas ceñidas a la legalidad. En Derecho de familia no puede prescindirse ya —como en Derecho constitucional, por ejemplo, y otras ramas del Derecho público; como en Derecho mercantil o en el de daños, en el privado— de la rica e interesante bibliografía anglosajona (tanto por la cantidad como por la calidad) como en esta obra se muestra; ni del manejo de información —datos, estudios— de tipo sociológico y demás que nos presente la otra cara de la familia, su realidad vivencial y actual, casi siempre desdibujada cuando no ignorada en las obras al uso tras el formalismo y el dogmatismo que de una manera más o menos disfrazada sigue predominando en nuestro panorama jurídico. El haber puesto todo eso en evidencia —y el decir, por ejemplo, que las ideas deben ajustarse a la realidad, y no la realidad a las ideas— es contribución no menor del reciente libro de Encarna Roca. Volveré sobre todo ello.

## II

La obra que comento, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, consta de una *Introducción a modo de conclusión*, y cuatro capítulos, dedicados, respectivamente, a *El método en el Derecho de familia: los dere-*

*chos fundamentales, El derecho a contraer matrimonio, Las consecuencias económicas del divorcio: la pensión compensatoria y Menores y familia.* Añade al final una relación de la jurisprudencia que cita (de tribunales españoles, desde el Constitucional a las Audiencias provinciales, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de tribunales extranjeros) y cierra con una «Bibliografía» abundante y precisa, donde, quizá por omisión involuntaria, no aparecen todos los autores y obras que cita a lo largo del trabajo (aunque en notas a pie de página hay datos bibliográficos que los identifican suficientemente).

Viene precedida la obra de referencia de un interesante prólogo del profesor Díez-Picazo —cuya autoría adivinaría el lector antes de llegar al final por su estilo personal y contenido—, que no trata tanto de presentar a la autora y al libro —«no es éste, evidentemente, el caso de la profesora Roca i Trias», dice, refiriéndose a la necesidad de aval alguno—, cuanto de reflexionar sobre los principales problemas del Derecho de Familia que han aflorado en nuestro panorama social y jurídico desde 1981. No deje de leerlo quien tenga ocasión de ello.

## 1. Introducción a modo de conclusión

Comienza recordando la autora cierta conversación con el profesor Villavicencio, y cómo éste le hizo notar que tras la entrada en vigor de la Constitución «nada era igual que antes»: nuestro sistema jurídico había cambiado profundamente. La Constitución, en efecto, obliga a reconsiderar muchas cosas y abrió la puerta a la innovación. Los conceptos de persona y familia han sido los que más han sufrido las influencias políticas.

Advierte una paradoja que se da en los Códigos del XIX: la personalidad de los ciudadanos que los hace iguales ante la Ley, no tiene una traducción práctica en las normas de Derecho de familia, en las que, por lo que se refiere al nuestro y hasta la Constitución de 1978, no rigió el principio de igualdad, sino el de autoridad. El reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos representa un cambio radical en nuestro ordenamiento, que queda impregnado —dice— de toda la metodología utilizada por la Constitución, y ciertas decisiones han de tener siempre como finalidad la plenitud de esos derechos.

En tres puntos anuncia la autora que basará su estudio: la metodología utilizada, los fundamentos de su planteamiento y la tensión entre los sectores público y privado; elementos —dice— que son el *leit-motiv* del libro.

Destaca los cambios sociales ocurridos en los últimos veinte años y cómo han influido en el Derecho de familia, lo que requiere una metodología apropiada, el *funcionalismo*, según el que la familia debe cumplir tres funciones: la de protección, la de ajuste a las nuevas circunstancias y la de ayuda.

Alude luego a los dos grupos de normas que afectan a las relaciones familiares, las que lo hacen de forma directa (arts. 32 y 39 CE), y las que se aplican y deben ser respetadas por los miembros del grupo familiar porque todos ellos son personas y titulares de derechos fundamentales. El Derecho español no se basa en una contraposición sector público vs. sector privado, sino en una cooperación entre ambos sectores (el llamado *sistema mixto*). Su base es clara: la protección de los derechos fundamentales del individuo. Por ello, la premisa fundamental del trabajo será que la personalidad consiste en la titularidad de los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que requiere una metodología *ad hoc*.

Termina esta Introducción indicando las cuestiones que se plantean con la lectura de las normas de aplicación directa al Derecho de familia, y que constituyen las partes más importantes del libro: el derecho a contraer matrimonio, el derecho a disolverlo y la protección de los menores.

## 2. El método en el Derecho de familia: los derechos fundamentales (cap. I)

Comienza el capítulo (pp. 37 y ss.) formulando una pregunta, en vista del artículo 39 CE: cuáles son las razones por las que un sistema constitucional incluye, entre las bases de una política social, la de la protección a un grupo intermedio entre el Estado y el ciudadano; pregunta de la que derivan después varias otras (¿cómo compaginar los derechos fundamentales con la protección de un grupo intermedio?, ¿no puede eso provocar la lesión de estos derechos?, ¿cuáles son las bases sobre las que un grupo familiar debe estar asentado?, etc.). Ninguna de esas preguntas tiene una respuesta clara, concluye la profesora Roca, lo que ha dividido a los pensadores y sus respuestas.

A) *Tipos de familia: metodología del cambio social y económico.* Nuestro legislador constitucional –dice– no se ha limitado a proteger un tipo específico de familia, y parte de un concepto prejurídico de la misma, que aflora en varias sentencias del TC. En Derecho de familia hay que empezar por determinar qué es la familia, o qué familia sirve de base para la organización jurídica que en un momento determinado se considera oportuno regular, o no regular. Mas ello comporta serias dificultades, ya que la propia legislación ha renunciado a definirla. Por ello, es preferible conocer el concepto cultural de familia en una sociedad concreta y en un momento determinado, de lo que derivarán consecuencias varias, que apunta.

a) *Los datos del cambio.* Constata la profesora Roca los importantes cambios habidos en nuestra sociedad en los últimos años; cambios que tienen unas bases cuyo control hace que podamos prever con mayor o menor seguridad no sólo que se están produciendo, sino incluso la dirección en que se producirán. Por ello, los estudios actuales sobre Derecho de familia tienen una base empírica, porque sin conocer cuál es la realidad de las familias no pueden adoptarse decisiones legales con posibilidades de éxito.

Los elementos a tener en cuenta en ese análisis empírico vienen proporcionados por ciencias auxiliares del jurista, dice, como la demografía, la sociología, la economía. Y alude a los datos *demográficos* (relativos a los matrimonios, a los divorcios, a las personas que conviven al margen del matrimonio, a las formas no tradicionales de familias, a los hijos), a los datos *sociológicos* (sobre las razones y las consecuencias que los diferentes acontecimientos provocan en un sector de la población afectado, destacando cómo la sociología, además de datos, ofrece una interpretación de los que proporcionan otras ciencias auxiliares) y datos *económicos* (transformación de la base económica sobre la que se sustenta la familia; los datos económicos tienen diversos aspectos, y pueden servir para encauzar las políticas propias del programa constitucionalmente impuesto).

b) *La metodología.* «Seguramente el Derecho de familia es uno de los mejores campos de experimentación de las ciencias sociales, incluyendo el Derecho» (p. 47); mas no hay en España demasiados trabajos sobre el método a utilizar en este campo, no obstante ser cuestión importante y compleja, ligada,

por otro lado, a ciertas ideologías. Y seguidamente alude a las más importantes corrientes metodológicas al respecto: el funcionalismo (con varias corrientes, básicamente sociológicas, que parte de la atribución a la familia de ciertas funciones o roles), las corrientes críticas (entre las que destaca las corrientes feministas y la del *Critical Legal Studies*), las interpretaciones economicistas («Law and Economics», que parte de las ideas de G. Becker y su *A treatise on the family*, 1981), el análisis jurídico de la corriente *Socio-Legal Studies* (a partir de un planteamiento funcionalista de la familia, y en el que destacan las ideas del profesor Eekelaar y las funciones básicas por él atribuidas a la familia).

Para la profesora Roca, en una obra jurídica como la suya el método que utilizar se debe fundamentar en las bases del análisis de las normas jurídicas reguladoras de las instituciones implicadas. La combinación de datos empíricos y las soluciones jurídicas puede proporcionar un correcto nivel de interpretación y un mayor acercamiento al planteamiento de los problemas, pero no a las soluciones de los mismos. Los datos empíricos deben ser tenidos en cuenta como base de los estudios sobre posibles soluciones jurídicas, porque ayudan a identificar los problemas y a proporcionar soluciones.

B) *Autonomía familiar y normas jurídicas*. Del análisis anterior infiere nuestra autora que el Ordenamiento jurídico, en general, y el Derecho de Familia, en particular, juegan un importante papel en el planteamiento de los modelos familiares y en la resolución de los conflictos, cuyas bases se encuentran en las disposiciones constitucionales. El Ordenamiento jurídico –añade– debe tomar partido en la construcción del modelo adecuado en el momento adecuado según la conducta social; y debe estar en disposición de discriminar entre los distintos modelos y de decidir acerca de la oferta o no de soluciones a todo tipo de situaciones.

a) *La familia como institución privada*. El concepto liberal de familia se basa en la filosofía de la mínima intervención porque la intervención coactiva del Estado produce más inconvenientes que ventajas: tal, en la legislación sobre protección de menores, en la que sólo se recomienda la intervención pública cuando existe un abuso por parte de los titulares de determinados poderes, que provocan un perjuicio a la persona, a los niños. Subraya luego, citando a MacLean, la contradicción existente entre la ideología liberal-conservadora y sus propias políticas, y la efectiva entre los postulados programáticos y la realidad, dada la evolución de las familias desde 1980 (entrada de la mujer en el mercado de trabajo, familias monoparentales); y pone como ejemplo la *Children Act* inglesa de 1989.

b) *La familia como unidad independiente: Derecho a la intimidad familiar*. Un liberalismo extremo llega a concebir la familia como una unidad independiente de sus miembros y que pueda aparecer como titular de derechos fundamentales, entre ellos, la intimidad, barrera frente a la intervención del Estado. La familia sería, así, un área privada ajena al Derecho. En ese contexto, el derecho a la intimidad no será un derecho fundamental que el individuo tenga frente a cualquiera que intente lesionarlo, sino que se ostenta preferentemente frente al Estado. Mas ello es inadmisibile –ni siquiera en Estados Unidos, dice y argumenta–; y concluye que la familia constituye una *sociedad abierta*, comunidad en la que madura la personalidad de los individuos, en lo que colabora también el Estado; por ello, ni es independiente, en el sentido de tener personalidad jurídica con derechos propios, ni está oprimida o condicionada por el Estado.

C) *Las normas jurídicas sobre la familia.* La protección a la familia —dice E. Roca— es una exigencia del Estado social de derecho, porque la protección implica la necesidad de identificación del sujeto a proteger, especialmente cuando se trata de establecer un sistema asistencial. El Derecho de familia y sus normas constituyen un sistema de apoyo a sus necesidades.

Examina a continuación los varios sistemas de protección, opta por el llamado *sistema mixto*, que distribuye las funciones protectoras entre el Estado y los particulares, y llega a la conclusión de que el Derecho de familia pasa a ser un elemento más del complejo entramado de relaciones que forman el sistema mixto del Estado social y democrático de derecho: la familia debe ser contemplada como un instrumento al servicio del individuo y con finalidades específicas; Derecho ese formado por un conjunto de normas, en gran parte imperativas, que traducen a la legislación ordinaria los principios constitucionales que afectan a la familia como tal.

Preceptos y jurisprudencia constitucionales llevan a la profesora Roca a la conclusión (p. 72) de que la familia no es un grupo autónomo, y a que los poderes públicos asumen la protección del grupo familiar porque dentro de ese grupo se cumplen unas funciones sociales; pero la protección no tiene como sujeto al grupo social como tal, sino en tanto que permite a los respectivos individuos que lo forman obtener la satisfacción de sus derechos.

D) *Los derechos fundamentales, justificadores del Derecho de Familia.* Las anteriores aseveraciones le conducen a afirmar la necesidad de que exista una regulación jurídica de la familia, cuya principal justificación es el aseguramiento de los derechos de los individuos que la forman, porque, como han dicho Dingwall y Eekelaar, las funciones que cumple son demasiado importantes para considerarlas sólo como cuestión privada. Razona luego cómo la existencia de derechos fundamentales justifica la intervención del Estado, y dice que los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca lesión en los derechos fundamentales de algunos de ellos; control que la ley prevé en cuanto a la efectividad del ejercicio de esos derechos, a la constitución de un estado civil que afecte a la condición de la persona, y a situaciones en que intervienen personas que no pueden prestar consentimiento por falta de capacidad. Y concluye que la función del Derecho de familia debe ser la de evitar que los conflictos que se producen en el interior del grupo lleguen a lesionar los derechos fundamentales de sus miembros, porque el pertenecer a una familia no implica la pérdida ni la disminución de ningún derecho.

### 3. El derecho a contraer matrimonio (cap. II)

Ínciase este capítulo insistiendo en algo ya dicho: la base sobre la que debe construirse una moderna teoría sobre el Derecho de familia se encuentra en la aplicación a ese ámbito de los derechos fundamentales, de modo que sólo tienen justificación sus normas en tanto que tiendan a procurar la protección de esos derechos. Distingue la profesora Roca dos grandes grupos de normas: unas se refieren a los derechos de que son titulares los individuos por el hecho del nacimiento (la titularidad de los derechos fundamentales reconocidos al hombre); y otras, que afectan directamente al Derecho de familia en tanto que constituyen aplicaciones especiales de los derechos fundamentales generales del título I CE., que no tienen la consideración de derechos fundamentales, pero permite la intervención del Estado en la regulación de su contenido fundamental.

A) *Del matrimonio y derecho a contraer matrimonio.* Comienza aludiendo al hecho evidente de que en toda Europa se ha producido un aumento constante del número de parejas de hecho, personas de distinto sexo que conviven sin estar casadas: es la «desinstitucionalización» del matrimonio, de que hablan los sociólogos. En España la cuestión empieza a tener relevancia, dado el creciente número de casos sobre cuestiones relacionadas con la liquidación de situaciones de convivencia, consecuencia de la ruptura de ese tipo de parejas que se plantean ante los tribunales, todo lo cuál obedece a distintos factores, que analiza luego.

Paralelamente se confirma la libertad para contraer matrimonio, que deriva del fundamental derecho a la libertad individual: quien desea casarse no debe verse limitado por ninguna forma de prohibición irracional impuesta por el Estado, dice. Ahora bien, el derecho a contraer matrimonio, ¿es *derecho fundamental*?

B) El problema se plantea por primera vez en Estados Unidos, cuyo Tribunal Supremo (caso *Loving vs. Virginia*, 1967, y otros) llegó a hablar del «carácter fundamental del derecho a casarse», lo que era compatible con su regulación por ley de forma razonable de los requisitos para contraerlo. En otros países, aun no reconocido ese derecho como constitucional, funciona también como derivado del derecho fundamental a la libertad o de disposiciones protectoras a la persona en las normas constitucionales generales.

En nuestra Constitución, del artículo 32 CE. puede deducirse un doble elemento: el derecho personal al matrimonio, con el contenido que dicho precepto especifica, y la reserva de ley para la regulación de las condiciones del ejercicio de tal derecho. La reserva de ley significa que el legislador ha de respetar el contenido esencial del derecho al matrimonio cuando decida legislar sobre el mismo, con dos consecuencias importantes: que el Estado no sólo puede definir el matrimonio, sino que debe establecer las condiciones para el ejercicio de ese derecho; y que el Estado debe respetar esta libertad imponiendo a los ciudadanos presupuestos razonables al fijar los requisitos para contraerlo. A su vez, el artículo 32.1 CE., establece una garantía constitucional a las personas que desean contraer matrimonio en el sentido de que su situación personal no sufrirá ningún cambio como consecuencia de haberse casado.

C) *Libertad y derecho a contraer matrimonio. Los límites constitucionales.* Así como en Estados Unidos el derecho a contraer matrimonio está basado en el derecho a la intimidad, en España puede afirmarse que deriva del derecho a la libertad: libertad de elección del propio cónyuge, de la forma y de no seguir casado. Con esas premisas, E. Roca pasa a examinar los principales problemas al respecto: quién puede casarse, con quién se puede casar y cuál es el procedimiento adecuado para contraer válidamente matrimonio. Todo ello le lleva a abordar dos cuestiones delicadas: el derecho a contraer matrimonio en el caso de los transexuales y en el caso de los homosexuales.

a) *El caso de los transexuales.* Expone su problemática y situación jurídica en varios países europeos, alude al primer caso en que se presentó el problema ante los tribunales británicos, y después otros, para pasar a examinar las razones que puede haber en favor del derecho de esas personas a contraer matrimonio, y los argumentos en contra más importantes, para concluir que la simple rectificación registral relativa al sexo de una persona no puede abrir las puertas a la posibilidad de contraer matrimonio, y que le parece inaplica-

ble al sistema español una explicación que partiera de la base de permisibilidad social de las operaciones del cambio de sexo. Se debe procurar –dice– construir un sistema específico para estos casos, dado que sólo el Estado puede determinar las condiciones para contraer un matrimonio válido.

b) Por lo que respecta a *los homosexuales*, recorre la legislación europea, que compara, alude a los modelos utilizados para la regulación de una relación estable entre homosexuales, y presenta los problemas más corrientes en ese tipo de relación en nuestra realidad social y en varios ordenamientos: la subrogación en el arrendamiento de la vivienda, la adopción por pareja homosexual y los supuestos de custodia de hijos tras el divorcio, visto todo ello también desde la óptica de importantes casos en la jurisprudencia americana y de nuestro Tribunal Constitucional.

D) *Derecho a no contraer matrimonio: las parejas de hecho*. ¿Por qué la gente se decide a convivir sin contraer matrimonio?, se pregunta Encarna Roca. La respuesta no es única, y se remite a los sociólogos (que cita). Revisa la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, y, desde su perspectiva metodológica, dice que si consideramos que el derecho a contraer matrimonio deriva del derecho fundamental a la libertad, las consecuencias que provoca serán: una libertad positiva (el legislador no puede poner obstáculos irracionales a la efectividad de ese derecho) y una libertad negativa, porque contraer matrimonio es un derecho, no un deber, y si el legislador impone un status no acorde con la voluntad de los afectados, sería contrario al derecho a la libertad matrimonial.

Tras una referencia a varios ordenamientos, dice que la solución al problema aludido no es fácil, para concluir que el derecho a contraer matrimonio no es un derecho absoluto, que no se basa en la intimidad personal, sino que es un aspecto del derecho fundamental a la libertad (aunque él no construido como fundamental), y en el marco de esa libertad los convivientes pueden decidir no casarse, sin perjuicio de que adopten los acuerdos personales que prefieran para regular sus relaciones sin detrimento de los derechos fundamentales.

#### 4. Las consecuencias económicas del divorcio. La pensión compensatoria (cap. III)

Cita la autora a Glendon cuando afirma que ningún país ha solucionado de forma completa los problemas económicos asociados al fracaso matrimonial, consecuencias económicas muchas y complejas, que describe; así como el hecho del incumplimiento de las obligaciones derivadas del divorcio, general en todos los países, como común es la ineficacia de los sistemas adoptados para remediarlo, por regla general. Todo ello ha determinado el nacimiento de una clase social de nuevos pobres –dice–, que acabarán dependiendo, en mayor o menor medida, de sistemas públicos de seguridad social; en particular, afecta a las ex-esposas. ¿Se podrá evitar esa situación?

A) *La pensión por desequilibrio*. El concepto de esta pensión es totalmente independiente de las cargas familiares. Esta pensión aparece concebida en nuestro ordenamiento como un derecho personal del cónyuge a quien el divorcio ha producido un desequilibrio económico respecto de su situación anterior; el derecho a la misma surge por necesidades económicas provocadas

por el cese de la convivencia. La naturaleza de la pensión –añade más adelante– no tiene nada que ver con el mantenimiento: el fundamento es siempre y sólo el desequilibrio; no tiene, pues, naturaleza alimenticia. Tampoco tiene naturaleza de responsabilidad civil por la ruptura, sino que se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio. Analiza seguidamente los presupuestos legales de la pensión, que indican la diferencia entre ésta y los alimentos (que describe). En realidad, los presupuestos genéticos que dan lugar a la pensión existían antes de la ruptura, pero la extinción del deber de socorro aísla estas circunstancias y las hace aflorar.

*Desequilibrio económico y régimen de bienes.* Un recorrido por nuestra legalidad y la jurisprudencia llevan a la afirmación de que la pensión compensatoria constituirá siempre un *posterius* al régimen de bienes: su liquidación funciona como criterio para saber si existe o no desequilibrio; los elementos que deben ser utilizados para determinar si existe o no derecho a pensión y la cuantía de la misma dependen de factores muy complejos, respecto de los que apunta varias ideas.

B) *La realidad social del divorcio.* Constata Encarna Roca que la mayoría de países de nuestra área cultural se encuentran con idénticos problemas a los nuestros a la hora de decidir acerca de los efectos económicos del divorcio, así como la insuficiencia del modelo legal, cuya aplicación produce distorsiones y no atiende a los casos de los convenios reguladores. Es necesario introducir elementos nuevos provenientes de la realidad y de los problemas concretos en busca de soluciones, sin que baste atenerse a la mera interpretación de las disposiciones vigentes, porque «las ideas deben ajustarse a la realidad y no la realidad a las ideas».

Estudia las estadísticas españolas sobre separaciones y divorcios, con datos abundantes y fehacientes, así como la estructura de las familias divorciadas, constata el gran incremento de hogares unipersonales, y ese análisis le conduce a una crítica basada en la denominada crisis de la familia, en la que juega un papel importante el miedo a lo que se denomina «matrifocalidad»: las familias sin padre, tendentes a la marginalidad.

*Consecuencias económicas del divorcio.* El aumento de las tasas de divorcio y la creciente desestructuración de las familias comporta consecuencias que hay que destacar, porque implica la necesidad de plantear, con otros parámetros –dice la profesora Roca– las cuestiones relacionadas con el mantenimiento postdivorcio. Menciona luego algunas de esas consecuencias detectadas por ciertos estudios en Estados Unidos e Inglaterra (los casados tienden a tener mejor salud que los divorciados, los hombres sufren más con el divorcio que las mujeres, el divorcio afecta a los niveles de vida de las personas, aumentando sus ingresos los hombres si no pagan pensión y disminuyéndolos las mujeres, ...). No hay, en cambio, datos ni estudios sobre esas cuestiones en España.

C) *Matrimonio, derechos fundamentales implicados y divorcio.* En una concepción del matrimonio basada en el consentimiento mutuo, el divorcio será una consecuencia de la ruptura de un consentimiento matrimonial preexistente; si no existe consentimiento (continuado) puede producirse el divorcio. En otros términos: la admisión del principio consensualista en la creación del matrimonio se deberá aplicar a su disolución; mas si legitima al primero, lo convierte en más frágil. Aquel principio conduce también a que el remedio pueda ser consensual y a que en nuestro ordenamiento pueda haber, junto a un divorcio causal, un divorcio consensuado.

Junto al principio consensualista opera en matrimonio el de la igualdad de los cónyuges; pero éste lleva con frecuencia a una diferencia de oportunidades entre hombres y mujeres en el propio matrimonio, afirmación socialmente cierta y avalada por las estadísticas. De ahí que un número importante de personas que se divorcia debe arrostrar perjudiciales consecuencias económicas, cuya tipología de problemas examina la profesora Roca a continuación.

D) *La construcción de una teoría sobre la pensión compensatoria.*

a) *Régimen de bienes y propiedad familiar.* Parte en este punto la autora de la idea de que la propiedad familiar, ligada con el concreto régimen de bienes en matrimonio, actúa como una premisa del problema de las pensiones tras el divorcio. Recoge las ideas de Charles Reich (*The new property*, 1964) sobre la pérdida de importancia de la propiedad de los bienes y que ha pasado a tenerla el empleo, la profesión, las pensiones, los seguros; es decir, los bienes que derivan de lo que se ha llamado el capital humano. Analiza luego por qué ocurre así, y constata que ello ocurre también en nuestro ordenamiento (arts. 1438 CC y 41 CF catalán). Consecuencia de todo eso es que la liquidación del régimen de bienes, presupuesto para determinar si existe desequilibrio económico y ha lugar a la pensión, puede resultar insuficiente, y será preciso pensar en otros elementos para formular una teoría sobre la pensión compensatoria.

b) *El derecho a la pensión.* Analiza la profesora Roca cuál debe ser la finalidad de esta pensión (y excluye que se haya creado para aliviar una necesidad y que tenga la naturaleza del mantenimiento), razona que en Derecho español se configura a modo de indemnización por los perjuicios que pueden derivar de una situación de cese de la convivencia conyugal, perjuicios objetivos, y para evitar que el excónyuge pase a depender de sistemas públicos de mantenimiento; dice que el derecho a la pensión se adquiere a través de lo que se denomina inversiones matrimoniales, distingue el matrimonio de corta duración (que impide que puedan generarse expectativas que deban compensarse) de otros casos, para concluir, citando a Eekelaar, que para ella la pensión por desequilibrio económico constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio.

De todo ello deduce cuatro *principios básicos* en la construcción de la pensión como compensación por desequilibrio (p. 200 y ss.): la necesidad de liquidar de forma definitiva la situación producida por el matrimonio que ha llegado al divorcio (lo que le permite pensar que la pensión puede ser temporal); la pensión no es una compensación por la ruptura ni por la causa del divorcio; el principio de la autonomía personal y el que las personas deben proveer a su propio sustento eliminan el carácter alimenticio de la pensión; y que lo anterior no debería aplicarse cuando existan hijos del matrimonio. Hoy el divorcio se ha convertido en una cuestión exclusivamente privada, en la que la única misión de los poderes públicos es controlar que exista alguna de las causas previstas legalmente y que no se produzcan perjuicios irreparables a la partes. El mantenimiento queda circunscrito al ámbito de la autonomía personal y sólo subsidiariamente se convertirá en una cuestión social.

## 5. Menores y familia (cap. IV)

La progresiva privatización de las relaciones familiares –comienza diciendo la profesora Roca– es más compleja cuando se trata de la protección de las personas más débiles: la interpretación del artículo 39 CE tiene una nueva proyección cuando se trata de asegurar la plenitud de los derechos fundamentales a los incapaces de gestionar los suyos. Su protección es más problemática.

En España el problema se ha presentado más tarde que en otros países europeos, quizá porque se ha ampliado la edad de convivencia de los hijos con sus padres. Aporta datos y opiniones de sociólogos: aunque la familia se está rehabilitando como agencia de bienestar social, la complejidad de las relaciones que se producen en una sociedad plural hacen difícil mantener el modelo mediterráneo como forma de protección a los débiles. De ahí, dos tendencias en la construcción de la teoría de los derechos fundamentales de los menores y los mecanismos para su efectividad: la que se basa en una ideología liberal conservadora, que lleva a una privatización del interés del menor (familismo), y la que se basa en la necesidad de intervención del Estado para la protección de ese interés.

A) *El interés del menor.* Aparece en el mundo jurídico a partir de textos y tratados internacionales, ratificados por España, que lo toman en especial consideración, lo que no deja de plantear problemas de interpretación e integración en los ordenamientos nacionales. El principal problema reside en la forma como puede ser reconocido ese interés, para lo que hay dos sistemas: identificarlo mediante una lista de situaciones que quedan incluidas en el concepto general de *interés del menor*, o mediante una cláusula general, en la que sólo se impone la necesidad de actuar en interés del menor, pero sin darle un contenido concreto. Ambos sistemas tienen ventajas e inconvenientes (que apunta), concluyendo que la cláusula *interés del menor* está centrada en el respeto de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, cualquier actuación pública debe, como finalidad esencial, evitar su lesión.

La Convención de Derechos del Niño, de 1989, alude directamente a ciertos derechos de éste. Es obvio que los menores son titulares de derechos. Mas cierta doctrina anglosajona ha discutido la cuestión con distinto enfoque: considerando que esos derechos existen porque la Convención los establece, o entendiendo que sólo ostentan aquéllos que aparecen expresamente reconocidos. Cita luego la mejor doctrina anglosajona, la opinión de Eekelaar y su *Dynamic Self-Determinism*, y sugiere las limitaciones de esa visión, por lo que reclama la necesidad de buscar otras explicaciones.

Al Derecho de familia compete promover la eficacia de los derechos fundamentales de los miembros del grupo. Explora otros sistemas jurídicos (como el de la *Children Act 1989*), y se inclina por los sistemas abiertos, como el español, aun reconociendo los riesgos de su apertura al arbitrio judicial. Los artículos 10 y 39 CE. diseñan un programa constitucional cuya finalidad es conseguir que el niño se convierta en un ciudadano cuando llegue a la mayoría de edad. De ahí el interés del Estado en la obtención de esos resultados, lo que ha forzado su intervención protectora de los menores.

B) *Los sistemas de protección del menor: la tensión sector público v. sector privado.* Frente al principio de no intervención de los gobiernos conservadores, y la apelación a la intimidad familiar, protegiendo la autonomía de la familia

frente al Estado, es evidente que eso no puede ser absoluto: si bien es verdad que los padres tienen ciertos derechos en relación con sus hijos, nada impide que deban soportar ciertas actuaciones de los poderes públicos cuando sean necesarias para proteger los derechos fundamentales de los hijos. El sistema mixto, por el que se inclina la profesora Roca, concibe la actuación del Estado como forma de garantía de tales derechos de los ciudadanos, que no excluye que la familia, los padres, actúen como agentes para la consecución de los fines sociales. En ese sistema, los que primariamente y por disposición constitucional están encargados de los intereses del menor y de su efectividad son sus padres, y luego los poderes públicos actúan en dos sentidos: directamente, implementando políticas de bienestar dirigidas al logro de la plena efectividad de sus derechos, y subsidiariamente controlando la corrección de la actividad paterna.

C) *El estatuto del menor.* El derecho básico de los menores –punto de partida otra vez de estas consideraciones– es el de ser atendidos conforme a su personalidad y con el pleno respeto de sus derechos fundamentales. Para el tratamiento de la cuestión ha de considerarse las particularidades de algunos derechos fundamentales referidos a los menores, y el ejercicio de los mismos por los propios titulares, cuando sus condiciones de madurez lo permitan.

En cuanto a las *especificidades de ciertos derechos fundamentales aplicados al menor de edad*, estudia el derecho a la educación (en su legalidad constitucional, la ordinaria y la aplicación jurisprudencial), el de libertad religiosa y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (idéntico recorrido y estudio).

Aborda luego el *ejercicio de los derechos fundamentales*, sus principales problemas, y sistematiza los casos en que el Código Civil permite la válida actuación del menor: actuación plenamente eficaz (cuando las condiciones de madurez le permiten entender y querer las consecuencias de sus actos), actuación controlada, y opinión del menor; para concluir que siendo la patria potestad un sistema de protección, carece de sentido cuando el sujeto que proteger tiene las condiciones de madurez necesarias para tomar la decisión que va a afectarle.

D) *El interés del menor y la familia.* La metodología funcionalista que sigue nuestra autora le lleva a examinar la vía normal de atribución de la patria potestad, la filiación, que, desde esa perspectiva, explica como una técnica jurídica cuya finalidad esencial es proporcionar a los nacidos un sistema de protección durante su minoría de edad.

Los principios que rigen la atribución de la filiación pueden deducirse de lo dispuesto en la propia Constitución: consisten, básicamente, en la coincidencia entre la verdad biológica y la legal y la aplicación del principio de igualdad, dice. Y a continuación examina el juego y límites en nuestro sistema jurídico de ambos principios. En cuanto a la *verdad biológica*, la funcionalidad de su investigación no debe ser considerada como una finalidad en sí misma, sino para imponer a los padres la obligación de prestar asistencia a sus hijos, y considera que no existe un derecho fundamental a la coincidencia entre paternidad biológica y la legal. Por lo que respecta al principio de *igualdad*, estima que la determinación de la filiación es un derecho del hijo con independencia de que haya o no matrimonio.

Partiendo de tales principios examina las formas de atribución de la maternidad y la paternidad, y los problemas particulares de ésta (presunciones, reconocimiento, la verdad biológica, sus excepciones); con una alusión final a la paternidad social, y los problemas específicos de la adopción.

## III

La obra de la profesora Roca Trías que aquí comento es, entre otras valoraciones posibles, extremadamente sugerente –sugiere preguntas, hace pensar–, como anticipé en su presentación inicial. Merece, sin duda, alguna reflexión, más allá de la mera recensión que precede. Ante la imposibilidad de ocuparme de las muchas a que habría lugar, haré ahora referencia a algunas cuestiones, y puntos concretos allí tratados, siquiera sea en una consideración breve. Dejo la crítica puntual para otros.

### 1. Recuperación de temas y cuestiones antiguas

Es frecuente entre los humanos el volver con cierta periodicidad o en erráticos saltos atrás a lugares y preocupaciones antiguos. Hay temas recurrentes a los que volvemos inevitablemente por distintos motivos: unas veces, porque quedaron (quizá parcialmente) irresueltos; otras, porque hay que revisarlos o actualizarlos, por culpa del legislador o por evolución intelectual propia; en ocasiones, por razones coyunturales, quizá inconscientes (el «ello» también empuja). Así nos ocurre a los juristas, casi siempre; así se puede observar, también, en la profesora Roca y en este *Familia y cambio social*, donde hay decenas de cuestiones que ella había tratado hace quince o veinte años (otras, menos años) en lugares y ocasiones diferentes –al margen, por supuesto, de su tratamiento en obras generales, donde hay que ocuparse de todo, guste o no guste.

Ocurre así, por ejemplo, en relación con cuestiones de metodología, de los derechos humanos, problemas constitucionales afectantes a instituciones de Derecho privado, consecuencias de la crisis matrimonial, pareja de hecho, protección de menores, y muchas más. Todos ellos, tratados antes por nuestra autora, reaparecen en *Familia y cambio social*, pero ahora bajo una nueva óptica (casi siempre), desde la perspectiva unitaria del cambio social producido en los últimos años, a que alude con frecuencia y del que subraya su repercusión en el ámbito jurídico (cfr., por ejemplo, p. 201).

La afición de Encarna Roca al Derecho de familia proviene de la suya inicial al estudio del Derecho catalán (su trabajo *Responsabilidad de los bienes parafernales* data de 1969), por donde empezó su producción jurídica –larga y ancha: sobrepasa ampliamente el centenar de trabajos, de espectro igualmente amplio–. Sería prolijo, amén de innecesario, intentar enumerar sus trabajos de esa temática. Entresaco los menos conocidos o más recientes (luego habré de mencionar otros muchos, más específicos y relacionados con cuestiones concretas que trataré): «Familia, familias y Derecho de familia», *ADC*, 1990, pp. 1055 y ss.), «Los criterios judiciales en la aplicación de la ley del divorcio» (*RJC*, 1993, pp. 123 y ss.); «Le riforme del Diritto civile in Spagna: persona e famiglia alla fine del xx secolo», en *La riforma del Codice civile*, Padova, 1994, pp. 113 y ss.); «Family law in Spain», en *Family in Europe*, Londres, 1995, pp. 439 y ss.; y «Familia, pairalisme i institucions jurídiques», *Estudis d'Història Agrària*, Barcelona, 1998, pp. 17 y ss.; amén de comentarios de artículos varios del Código civil y del ordenamiento catalán en diversas obras colectivas.

No puede extrañar, por tanto, que haya vuelto ahora la profesora Roca, en este trabajo más ambicioso y de mayor calado, a tratar juntos y bajo el denominador común del cambio social que les afecta, algunas cuestiones ya estudiadas con anterioridad.

## 2. La cuestión metodológica

Una de las aportaciones más interesantes de este libro –lo he dicho ya más de una vez– es su reflexión inicial sobre el método que seguir en el Derecho de familia y para las cuestiones que va a tratar. Método, no se olvide, significa etimológicamente «camino hacia una meta», y es obvio que el camino que se elija, también en este ámbito, condiciona extraordinariamente el punto de llegada, los objetivos y conclusiones alcanzables. Así lo ha entendido nuestra autora desde el primer momento. Pero su reflexión metodológica no ha quedado en pura especulación teórica: ha puesto en práctica sus ideas y ha recogido algunos frutos.

Se había ocupado Encarna Roca de esa cuestión de forma directa –pues implícita aparecía en trabajos suyos desde la primera hora– en «Metodología para un enfoque constitucional del Derecho de la persona» (*Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Barcelona, J. M. Bosch 1993, pp. 1.895 y ss.) y en «Métodos y derechos en el Derecho de Familia» (*Documents de Treball de la Divisió de Ciències Jurídiques, Econòmiques i Socials*, Barcelona, 1996, pp. 1 y ss.). Es, sin embargo, problema no menor este del método jurídico, y bastante descuidado por estos pagos, salvo en obras especializadas (y antes más que ahora en las Memorias para oposiciones a Cátedras), en que, en general, apenas se pasaba de los métodos jurídicos vinculados a la jurisprudencia de conceptos o a la jurisprudencia de intereses, el normativismo, ..., y poco más.

Lo relevante de la cuestión en el reciente libro de la profesora Roca no es sólo el reiterar su interés por las cuestiones metodológicas y dedicarle atención directa, con mención y estudio de algunos métodos más actuales empleados por diferentes escuelas y desde distintos ángulos ideológicos en el ámbito del Derecho de Familia (véase sus referencias al funcionalismo, a las corrientes críticas, a las interpretaciones economicistas o al análisis jurídico del *Centre for Social-Legal Studies*: pp. 48 y ss.), sino que ella misma asume uno de esos métodos y lo practica (aunque con una orientación concreta y personal) en el tratamiento que da a las principales cuestiones que aborda. Ahí está su enfoque y estudio del derecho a contraer matrimonio de los transexuales o los homosexuales, el derecho a no contraerlo las parejas de hecho o (y sobre todo) en el de la pensión compensatoria (cap. III.), en que da el mejor juego, en mi opinión.

Encarna Roca dice explícitamente preferir el método funcionalista de la corriente *Socio-Legal Studies*, que concreta en la combinación entre los datos empíricos y las soluciones jurídicas, lo que ayuda en la interpretación y acercamiento a los problemas y facilita la adecuación de la respuesta jurídica a la realidad social y a los problemas detectados, todo ello sin declinar de la más estricta juridicidad, en cuanto pone el acento, también metodológico, en el estudio de los problemas (desde el derecho a contraer matrimonio al interés del menor) en los derechos fundamentales de la persona, *leit-motiv* de su pre-

ocupación y de su construcción jurídica. Al destacar esta juricidad se aparta un tanto nuestra autora del método funcionalista de los juristas de Oxford, al que, en mi opinión, mejora y le saca más partido en nuestro sistema jurídico.

Tanto los datos estadísticos (cifras, porcentajes) como los sociológicos (valoraciones de esos datos desde una perspectiva social y apreciación de expertos) que maneja la profesora Roca Trías son, en su mano, sólo medios instrumentales para mejor conocer la realidad e instituciones que estudia, y lo hace de forma que no distorsiona su discurso jurídico: constata el cambio y evolución social de los últimos años –motivo próximo del libro–, lo que le permite justificar o criticar ciertas normas, o reclamar el cambio de otras para que se adecuen a la nueva realidad social que aquellos datos mostraban (por ejemplo, en cuanto constata una nueva concepción social y actual del matrimonio: ya no se precisa hombre y mujer para procrear, y ahora se exige para celebrarlo la capacidad de obrar y no la capacidad para procrear). Se trata, sencillamente, de llevar a la práctica, en el método de trabajo e investigación, lo de todos conocido y pocas veces tenido en cuenta: que el Derecho todo, y en particular el de familia, viene condicionado por la realidad social, prejúdica, subyacente, al que aquél se limita a dar respuesta normativa, ordenadora de conductas, y solución a los conflictos de intereses que dicha realidad presenta.

Huelga que diga que no sólo no me desagrada ese método y ese tipo de investigación jurídica, sino que me satisface plenamente, en cuanto supone una forma de hacer y optar por el realismo jurídico, frente a formalismo, preferencia por aquél de que he dejado constancia en varias ocasiones y trabajos antes de ahora. Satisfacción me produce leer frases como ésta –ya invocada aquí–: «las ideas deben ajustarse a la realidad y no la realidad a las ideas» (p. 152); o ver cómo explora E. Roca problemas (en general, y concretos) para proponer soluciones («menos traumáticas» para la ocasión, dice: pp. 171 y ss.); o cuando no elude criterios económicos para plantear y resolver problemas reales de la pensión compensatoria.

El Derecho es, sin duda, la ciencia más pragmática de todas las *Kulturwissenschaften* –como las llaman los alemanes, frente a las *Naturwissenschaften*–, y sólo se justifica en función de la utilidad social que reporta y problemas que resuelve. No es ciencia especulativa (no es Lógica, ni Metafísica, ni Historia), aunque sea ciencia normativa basada en criterios sociales y axiológicos. Pero para resolver problemas (conflictos interpersonales, conflictos de intereses) hay que empezar por detectarlos, conocerlos bien y tomarlos en consideración. El descuidarlos, en aras de la elucubración sutil o el historicismo brillante –sin desconocer que el Derecho es historia, de lo que no abjuro– hace efímeras muchas de las grandes concepciones y construcciones: recuérdese el no éxito (no me atrevo a decir otra cosa) de la más brillante Escuela y metodología, la Jurisprudencia de conceptos.

En Derecho de familia, con una fuerte carga y componentes metajurídicas en todas sus instituciones y problemas, es fácil incidir en un (a veces, inconsciente) desplazamiento hacia esos aspectos no jurídicos, en la interpretación de sus normas, en la argumentación o en el enfoque del problema y de la solución buscada. Pues bien: quiero destacar, aunque ya lo he anticipado, que el manejo de datos y la frecuente alusión a elementos y componentes de aquella clase (sociales, económicos, de política jurídica) en la obra que comento no ha afectado al tratamiento exquisitamente jurídico, normativo, de las cuestiones abordadas y de las soluciones aportadas

(véase, a título de ejemplo, cómo contempla la relación Sociología-Derecho en las pp. 87-88). Lo cual demuestra que no hay que caer en el normativismo estricto u otras formas de formalismo jurídico para hacer Derecho en el más amplio y mejor sentido y tratar el fenómeno jurídico dentro de sus propias coordenadas, si no se confunden, precisamente en el plano metodológico, medios y fines.

### 3. Atención relevante a cuestiones constitucionales y a los derechos fundamentales

La atención de Encarna Roca a la Constitución y problemas constitucionales es más antigua, casi inmediata a la promulgación de la nuestra de 1978: «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978» (*RJC*, 1979, pp. 7 y ss.), «Constitució i família» (*RJC*, 1984, pp. 287 y ss.), «Principi d'igualtat i discriminacions per raó de sexe» (*RJC*, 1988, pp. 297 y ss.), «Principio de igualdad y aplicación de la ley (*Introducción a los Derechos Fundamentales*, 1989, pp. 987 y ss.); «Principi d'igualtat: matrimoni y parella de fet» (*RJC*, 1991, pp. 515 y ss.).

A su vez, además de esos trabajos, se ha ocupado de los derechos fundamentales de la persona en otros muchos, de entre los que citaré los relativos a la incidencia de la fecundación artificial en los derechos fundamentales (1988), a los embriones (1994), a la Bioética y la incapacitación (1996), la reproducción y la eugenesia (1998).

No sorprenderá, pues, con esos antecedentes, que ahora plantee y aborde nuestra autora temas concretos de la familia desde la óptica de los derechos de las personas, de los derechos fundamentales de la persona, y que considere prevalente estos derechos frente a los del grupo –idea ya apuntada por los filósofos–, y a la propia familia como medio o instrumento de encauzar y proteger los derechos de las personas que la forman. Esta es una constante en la obra que comento, y alrededor de ese centro de gravedad gira el enfoque y tratamiento de todos los temas específicos que estudia: matrimonio, pareja de hecho, derecho a casarse y a no casarse, la pensión compensatoria tras la crisis matrimonial, el status y protección de los menores en la familia.

La diferencia con trabajos anteriores reside en que en *Familia y cambio social* hay una metodología y tratamiento unitarios, con enfoque finalístico de las instituciones y categorías jurídicas relacionadas con la familia (las antes citadas, y otras): la protección de la persona a través de los derechos fundamentales inherentes a la misma. Los derechos fundamentales ahora no son sólo objeto de estudio, sino punto de vista y de partida para el tratamiento de otros derechos e instituciones: camino hacia esa meta. Mas esto no es totalmente novedad, pues esas ideas, método e interpretación estaban bien definidas en Encarna Roca a partir de su *Metodología para un enfoque constitucional del Derecho de la persona* (1993). La reiteración de ideas y argumentos en distintos trabajos y momentos no resta valor a sus desarrollos recientes: son piezas múltiples que conforman, todas, un edificio cuya culminación es, por ahora, el libro que comento.

#### 4. «Construcción de una teoría sobre la cuestión compensatoria»

En mi opinión, el capítulo más original y relevante de esta obra, el tema mejor tratado, es el relativo a la pensión compensatoria (cap. III): me parece la mejor aportación de Encarna Roca en esta aventura intelectual, con el razonamiento más brillante y mejor trabado de toda la obra. En él hay una construcción personal y original de dicha cuestión y su completa problemática jurídica y social –cosa infrecuente en los tiempos que corren–, una «teoría sobre la pensión compensatoria», como titula el último apartado de ese capítulo.

Nuestra autora había tratado esta cuestión (y apuntado alguna de sus ideas) en varios lugares antes de ahora: en su comentario a los artículos 97 y ss. CC (*Comentarios a las reformas del Código civil*, Tecnos, 1984; *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991), en un trabajo sobre el convenio regulador (1984) y en su colaboración en las *Instituciones del Dret Civil de Catalunya* (con Puig Ferriol, vol. II, 5.<sup>a</sup> ed., 1998), aunque allí con otro enfoque y tratamiento por la naturaleza o destino distintos de estas últimas obras.

¿Donde está la originalidad y mejor aportación aludidas? En *Familia y cambio social* aborda, junto a los problemas generales o específicos de la ruptura matrimonial y el análisis del artículo 97 y concordantes CC (y del 84 y ss. CF), los resultantes y menos conocidos de una nueva realidad social (aquella en la que incide y a la que va destinada la pensión compensatoria), que presenta nuestra autora con datos estadísticos relativos a separaciones y divorcios en España, a la estructura de las familias divorciadas, a las consecuencias económicas del divorcio (en nuestra sociedad, como en otras, no ya en los Códigos), con citas oportunas de informes y estudios de prestigiosos sociólogos de aquí y de fuera, y de sentencias de nuestros tribunales, que han diagnosticado esta sociedad y aquellas crisis y rupturas matrimoniales. Visión, por cierto, de esa realidad social que contempla con carácter instrumental (no hace Sociología jurídica) para mejor entender la institución que estudia, que ha de servir, a su vez, finalísticamente, a aquella sociedad y para remediar los problemas antes explorados.

Y luego, fiel a su metodología –valoración de los problemas matrimoniales desde el punto de vista de los derechos de la persona–, examina con esa perspectiva los modelos de divorcio, el sostenimiento de la familia en cada caso, la tipología de problemas subsiguientes al divorcio (con sutil disección en su análisis); más los principios que deberían regir las consecuencias económicas del divorcio, y papel del Derecho a ese respecto; para, en un *in crescendo* ejemplar, desembocar en una coherente y eficaz «construcción de una teoría sobre la pensión compensatoria» (pp. 178 y ss.), culminación de esa parte del libro.

Es notable la capacidad de Encarna Roca –ayudada y avalada por una amplia documentación bibliográfica– para relacionar instituciones y sacar partido de ideas brillantes, propias las más, leídas otras. Por lo que aquí respecta (construcción de una teoría ...), parte, entre otras premisas, de la idea de Charles Reich de cómo en el mundo moderno ha perdido importancia la propiedad de bienes y ha pasado a tenerla el empleo y la profesión, las pensiones, etc. (p. 180), y examina luego cómo toma en consideración el Derecho moderno ese tipo de bienes (en el mundo anglosajón y en nuestro Código civil, del que no está ausente), para concluir que la liquidación del régimen de

bienes propio del matrimonio, presupuesto del artículo 97 CC, puede resultar insuficiente para reequilibrar los patrimonios de los cónyuges y dejar a salvo una digna subsistencia del más perjudicado; lo que le lleva a justificar, razonadamente, el derecho a una pensión y orientar su régimen jurídico.

Cuál sea su naturaleza (quizá el punto más interesante de su exposición), la finalidad de la pensión compensatoria, su concepción como indemnización por la pérdida «de los costos de oportunidad alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio» y demás, son extremos abordados con detenimiento, de que dejé constancia en su momento. Como pasa con frecuencia –ya lo anticipé–, se puede estar de acuerdo o no con la opinión y teoría de la profesora Roca; pero (lo reitero también) nadie puede negarle solidez de su argumentación y un agudo sentido jurídico y práctico de sus conclusiones.

Mas yo quiero subrayar lo que son, aquí y ahora (en este país y momento), razonamientos nuevos, muy poco leídos u oídos en nuestros libros jurídicos (y, sin embargo, cada día más necesarios y pronto inevitables); por ejemplo (sólo uno): «si se quiere afrontar la solución de este tema [evitar que el excónyuge pase a depender de sistemas públicos de mantenimiento] con criterios de racionalidad, únicos posibles en el ámbito jurídico, habrá que utilizar criterios económicos para plantear el problema en sus justos términos ...» (p. 192). Es evidente que la jurista no teoriza ni elucubra aquí, no hace exégesis de normas –de las que parte, sin embargo–, sino que las pone, y todo su razonamiento, al servicio de sus destinatarios: es el Derecho para la sociedad, y no la sociedad para el Derecho, viene a decir en otro lugar.

Esa racionalidad y esos criterios, apoyados en doctrina de nuestros tribunales (que no desdeña) y correcta argumentación, le llevan a formular los cuatro «principios básicos» de su construcción y concepción de la pensión como compensación por desequilibrio, de que también di fe. Sólo quiero añadir aquí que el primero de esos principios le conduce a la conclusión de que la pensión puede ser temporal en nuestro sistema jurídico (posición minoritaria, que, sin embargo, algunas sentencias han aceptado). Pues bien: cuando esto escribo me llega noticia de que la Asamblea francesa aborda la reforma legal de su Código destinada a acabar con el régimen actual de la pensión compensatoria en Francia –concebida allí como perpetua y transmisible a los herederos la obligación de pagarla, de donde proviene el régimen, muy semejante, de la española–, para convertirla en pensión temporal. Véase, pues, lo atinado y premonitorio de las ideas de la profesora Roca Triás.

La argumentación y construcción de la pensión compensatoria en este libro gira alrededor de los problemas específicos del divorcio (*cf.* pp. 143 y 149) –su etiología, sus consecuencias; sus remedios–. No contempla apenas (quizá nunca, como paisaje de fondo) la separación matrimonial, para la que también está prevista aquella pensión en nuestro sistema jurídico (Código civil y Código de familia catalán). Es evidente que son situaciones familiares y jurídicas distintas éstas. ¿Valdrán para la pensión compensatoria derivada de la separación matrimonial los mismos puntos de partida, justificación, argumentos y conclusiones que para la pensión *ex* divorcio, aquí construida?

No estoy seguro; y en ello radica una de mis pocas objeciones, o punto de posible desacuerdo, más bien, a la construcción o teoría de Encarna Roca. Desacuerdo que termina (o no aparece) si nos atenemos únicamente al aspecto funcional y teleológico de la institución (indemnización de los costos de

oportunidad ...), desde cuyo punto de vista no hay prácticamente diferencia entre una y otra. Mas —me permito recordar a la autora— su construcción es más ambiciosa, y no se limita a ese aspecto donde el juego de la pensión (para las dos hipótesis) tiene la misma función y fin, sino que incluye otros elementos y aspectos, en que separación y divorcio tienen componentes familiares, sociales y jurídicos bien distintos. Es evidente (todo hay que decirlo) que ello no le ha pasado desapercibido en algún momento, y de justicia es decir que en trabajos anteriores de la profesora Roca tomó en consideración la diferencia aludida.

## 5. Aportación bibliográfica

Una mención especial —siquiera breve, como las otras—, merece la bibliografía que maneja la profesora Roca en ese trabajo: junto a la hispana necesaria y suficiente (sociológica y jurídica), emplea eminentemente la anglosajona (hay también italiana, valiosa y oportuna).

Fue el profesor Lacruz uno de los primeros civilistas españoles en hacer incursiones no coyunturales por la bibliografía anglosajona, antes incluso de la primera edición postconstitucional de su Derecho de familia, y luego, particularmente, en ésta (1984, en colaboración con Sancho Rebullida), no obstante su formación científica eminentemente germánica. Sin embargo, los autores británicos y norteamericanos, frecuentes en otros tipos de obras jurídicas, han brillado en general por su ausencia en nuestros libros de Derecho de familia, con la excepción de algunas monografías (por exigencias del guión).

En este caso ocurre justamente lo contrario: en *Familia y cambio social* predomina de forma clara (en algún caso, incluso, «descompensada») la bibliografía angloamericana, tanto la de tipo sociológico (los grandes Glendon y Weitzman, entre otros, y muchos más) como la estrictamente jurídica; obras generales (Bromley, Cretney, Dewar), monografías, obras colectivas y artículos de las más importantes revistas especializadas y de las prestigiosas universidades americanas. Varias estancias de la profesora Roca en Oxford, Universidad que sigue frecuentando, y su relación con conocidos equipos de trabajo especializados en Derecho de familia y Sociología de la familia le han proporcionado un profundo conocimiento de esa rica, valiosa bibliografía, que constituye, incluida en dicha obra, una notable aportación para nuestro Derecho, de la que muchos podrán lucrarse —incluso quienes ya conocían y tenían citado al profesor Eekelaar y otros destacados miembros del *Centre for Social Legal Studies*.

El constatar el profundo tratamiento de muchas cuestiones por autores que apenas nos sonaban —estoy pensando en los Parker, Alston, Seymour, Maclean, Campbell, entre muchos: cito éstos porque ciertos afanes míos recientes me han llevado a ellos—, el descubrir que en nuestras antípodas (Nueva Zelanda, Australia) hay autores brillantes (algunos de los nombrados) con aportaciones valiosas, aun referidas a otros sistemas jurídicos, y muy poco conocidas por estos pagos, tiene, entre otras ventajas, la de curar de ciertas vanidades.

Encarna Roca destaca en algún momento, en su libro, cómo no obstante la diferencia de sistemas jurídicos e incluso en el razonamiento jurídico, los problemas son muy semejantes en unos países y otros, en particular en Derecho de familia, y útiles las obras ajenas y el estudio del Derecho comparado. En efecto: en este ámbito, Derecho de familia, los hechos prejurídicos bási-

cos, los conflictos humanos, son prácticamente idénticos (o casi) aquí y en cualquier rincón del mundo: crisis matrimoniales y sus secuelas personales y económicas, problemas en la gestión de la patria potestad de los hijos, interés de la sociedad por los menores, etc. En vivirlos (detectarlos, intentar resolverlos) nos han precedido con frecuencia los países anglosajones (y otros, por supuesto), donde el divorcio tiene varios siglos de vigencia, los problemas de educación religiosa de los hijos en matrimonios mixtos es antigua, y la evolución social ha ido por delante en algunos aspectos. Ello hace útil sus reflexiones y soluciones –estoy pensando en el célebre caso *Gillick*, del Reino Unido (1986), sobre asesoramiento y prescripción de contraceptivos a menores de dieciséis años por los servicios médico-sociales, en conflicto con la patria potestad de una madre, por poner un solo ejemplo–, imprescindibles sus trabajos científicos sobre la materia, serios y bien documentados, y con una técnica (jurisprudencial, del caso concreto) que es útil aquí, siquiera sea por contraste con nuestras abstracciones y legalismos.

## 6. Cuestiones que el comentarista echa de menos

Investigar, escribir como nuestra autora hace, comporta siempre elegir: seleccionar primero y escoger luego los temas que estudiar y desarrollar. Por tanto, supone también renunciar a otros, aun interesantes: el todo no es posible. Por ello, hay que aceptar de buen grado la elección de temas de Encarna Roca, aunque en algún momento puede echarse de menos algún otro, que leeríamos con particular atención y gusto –lo cual significa también otro tipo de opción y otras predilecciones por parte del lector, más aleatorias o caprichosas quizá.

Yo he echado de menos –hubiera leído con tanto o más gusto, quiero decir– temas y problemas de actualidad cuyo futuro inmediato puede ser tan controvertido como los abordados en *Familia y cambio social* (y pienso que no menos interesantes): las procreaciones asistidas y algunos problemas sobre la filiación y relaciones resultantes (sobre lo que se ha pronunciado la STC 116/1999, de 17 junio); delimitación del interés del menor –algo más concreto que dejar a salvo sus derechos fundamentales– en situaciones marginales y ejercicio de la patria potestad (conflicto entre los titulares en materia de religión y educación); problemas relacionados con los alimentos entre parientes (subsidiariedad del Estado o de la familia en el deber de prestarlos, su alcance en situaciones límite); el derecho a conocer la persona su propio origen, en general y en nuestro sistema jurídico (una de las cuestiones más debatidas en la jurisprudencia alemana en el último decenio, a partir de algunas sentencias de su Tribunal Constitucional, lo que ha motivado la reforma del BGB de julio 1998) –donde me temo que no coinciden nuestros criterios–, etc.

Cierto es que ninguno de esos temas está ausente del todo, que todos ellos están aludidos de una u otra forma en la obra que comento; cierto también que abordarlos con detenimiento era quizá inasequible en sus planes y propósitos. Pero (me) saben a poco esas referencias mínimas a cuestiones tan interesantes que no le han pasado desapercibidas. Queda, al menos, la esperanza de que la profesora Roca Trías quiera llevar algún día su atención sobre ellas, y alguna otra, con la lucidez y eficacia con que ha tratado las aquí abordadas.