

EL NEGOCIO JURÍDICO DEL AMOR



[spacer][spacer]

Antonia Hierro

Licenciada en Derecho

Jefa del Servicio de Coordinación del Tribunal Económico
Administrativo Regional de Andalucía

antoniahierro.org

[spacer]

[spacer]

[spacer]

[spacer]

PRESENTACIÓN

Una de las mayores satisfacciones que me ha proporcionado esta aventura virtual en la que ando desde el año 2014, es la de conocer personas excepcionales, muchas de estas personas han pasado por esta sección «Firma Invitada», y precisamente hoy

les presento a una de ellas.

En el encabezamiento, debajo de su nombre, solo he mencionado que es Jefa del Servicio de Coordinación del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía -su trabajo actual-, sin embargo Antonia tiene una trayectoria mucho más extensa, fruto de *«una personalidad inquieta y una mente curiosa.»*

El post que hoy comparte Antonia con nosotros en este espacio virtual es **«El negocio jurídico del amor»**, como ella misma dice *«una propuesta abierta al debate y plateada para conseguir un cambio legislativo profundo en una materia en la que nuestra sociedad va muy por delante de nuestras leyes y nuestros legisladores.»*

Y no le falta razón, **con leyes del siglo pasado se están regulando relaciones y rupturas de este siglo**, lo que nos lleva a unos resultados ante los cuales, como dice la autora de este post, *«Legisladores y jueces deberían hacérselo mirar.»*

Para terminar, les deseo que este post les guste tanto como a mi, que disfruten leyéndolo tanto como he disfrutado yo y, si me lo permiten, les invito a visitar la web de Antonia -antoniahierro.org- les garantizo que no les dejara indiferentes.

[spacer]

EL NEGOCIO JURÍDICO DEL AMOR

Nada hay más importante para el ser humano, desde que nace hasta que muere, que su entorno afectivo. Nada más complicado que la articulación jurídico-social de ese entorno.

En mi opinión no existe ninguna otra esfera de las relaciones jurídicas entre las personas que esté más necesitada de una nueva



visión y regulación legal que las relaciones que surgen en el seno de la familia.

Durante miles de años la humanidad se ha movido, y se sigue moviendo, entre múltiples opciones de organización de las relaciones familiares, desde la poligamia (poliginia, poliandria, poliamor, matrimonios grupales...) hasta la monogamia, que abarca desde el «hasta que la muerte nos separe» hasta la actualmente existente en la mayoría de los países desarrollados: la monogamia seriada o sucesiva.

Creo que el debate sobre la bondad o no de las diversas formas de organización estará siempre presente entre nosotros, pero, optemos por el que optemos, siempre hará falta una organización jurídica.

A pesar de esa diversidad, si analizamos las uniones a lo largo de la historia sí que nos encontraremos siempre algo en común, algo que se ha roto en los últimos años en las sociedades más desarrolladas: la separación de los roles internos de cada uno de los miembros de la unidad familiar, el reparto de tareas entre los sexos.

Creo firmemente que esa ruptura, **esa paulatina unificación de los roles** (dejando de lado el sexo como separación) **es precisamente uno de los pilares fundamentales del desarrollo económico y social de las sociedades occidentales.** También

creo firmemente que **el respeto a la libertad de roles conquistada debe impregnar las relaciones jurídicas a partir de ahora.**

No quiero detenerme en el examen del cómo y porqué se produjo históricamente el reparto de roles familiares, sino en analizar la trascendencia que tiene, desde el punto de vista de la relaciones jurídicas familiares, la coexistencia en este momento histórico y geográfico de formas distintas de articular ese reparto.

Las normas que regulan en España estas uniones, el llamado Derecho de Familia, ya no tiene nada que ver con la realidad social en la que nos movemos y están produciendo en el seno de las familias enormes tensiones, la mayoría innecesarias a mi modo de ver.

La falta de libertad para auto-organizarse en el entorno familiar, no sólo a las normas de Derecho de Familia sino también la interpretación que los jueces hacen de las mismas, están repercutiendo muy negativamente en toda la sociedad.

En la actualidad los ciudadanos perciben claramente que formar una unidad familiar es adentrarse en un campo lleno de minas, donde no se sabe cuándo estallará alguna, pero sí se tiene la certeza casi absoluta de que tarde o temprano alguna les va a estallar.



Derecho
de
familia

Como decía al principio, hay muchas formas de familia y su existencia en territorios concretos tiene más que ver con las religiones y

las

tradiciones que con estructuras pensadas y consensuadas a priori. Lo que sí es cierto es que los matrimonios basados en el amor y en la libertad de elección de pareja son muy recientes en el tiempo e incluso aún no son admitidos en muchos países del mundo.

Para mí esa es la razón última que explica por qué hasta ahora lo único importante era regular la relación patrimonial de las parejas. Lo importante era cómo y de qué manera se iba organizar la administración de los bienes y qué debía pasar con ellos en caso de disolución del matrimonio.

Como en toda articulación jurídica, también en este campo la regulación en cada lugar ha dependido de las élites dominantes en el momento histórico, tanto religiosas como civiles. Si lo que más se protegía eran los bienes ¿cómo no se iba a proteger el patrimonio mediante matrimonios que lo conservase?

Por otra parte, el tradicional reparto de roles en el seno de la familia (con uno de los miembros de la unidad familiar, normalmente el hombre, como proveedor del sostén económico y con otro, normalmente la mujer, como proveedor del bienestar familiar interno) está siendo escogido actualmente, esta vez con plena libertad, por los miembros de las parejas, a pesar de la presión social que se opone activamente a esta «vuelta atrás.»

Pensemos lo que pensemos al respecto (sobre el tema corren ríos de tinta), en países que siempre hemos reconocido como más avanzados socialmente que el nuestro se está produciendo una vuelta, en la mayoría de los casos parcial, de alguno de los miembros de la pareja desde la esfera del trabajo remunerado a la esfera del trabajo no remunerado en el entorno familiar. En esta ocasión no por obligación social y legal sino desde la plena conciencia de que esa forma la organización les resulta más satisfactoria en algún momento de sus vidas.

Lo que para mí está muy claro es que en el momento actual nos encontramos con varios problemas (la falta de protección del trabajo no remunerado en la familia, la organización y administración del patrimonio familiar y la regulación de las relaciones familiares, tanto si se mantiene el núcleo familiar como si se disuelve) que están incidiendo muy negativamente en el entorno familiar y que requiere que cambiemos nuestra forma de acercarnos a ellos para abordados.

Esto exige, además de dejar de pontificar, dejar de colocar a las personas en el lado de lo políticamente correcto o incorrecto. Y, sobre todo, exige el respeto a la libertad de los ciudadanos para organizar su vida personal. Libertad para pactar cualquier tipo de relación jurídica que no sea contraria a los derechos humanos ni a las normas constitucionales existentes en cada momento.

[spacer]

TRABAJO REMUNERADO VERSUS TRABAJO NO REMUNERADO

En primer lugar creo que deberíamos dejar de confundir trabajo y empleo. Algo que, sin embargo, se hace constantemente. **El trabajo es la ejecución de tareas que implican un esfuerzo físico o mental y que tienen como objetivo la producción de bienes y servicios para atender las necesidades humanas. El empleo es el trabajo por el que se paga una remuneración.**

El trabajo en el hogar no es considerado, por el momento, un empleo si lo realiza uno de los miembros de la familia (sí lo es si lo realiza personal externo), pero **es tan trabajo como el realizado fuera del hogar.**



¿Quiere esto decir que todos los miembros de la pareja que optan por quedarse en casa son trabajadores? Por supuesto que no. Lo mismo que administrar el patrimonio personal no es un trabajo, quedarse en casa tampoco lo es. Tener hijos no es un trabajo, cuidarlos sí.

Creo que ha llegado el momento de reconocer legalmente el trabajo realizado en el hogar por alguno de sus miembros y articular jurídicamente esas relaciones laborales, así como la protección social de la que deben gozar estos trabajadores. Y de esto trataré un poco más abajo.

[spacer]

LA ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS MIEMBROS DE LA UNIDAD FAMILIAR Y SU EVENTUAL DIVISIÓN EN CASO DE RUPTURA DE ESA UNIDAD

En España existen tres tipos de regímenes económicos matrimoniales: **gananciales** (todo en común al 50% de

propiedad), **separación de bienes** (cada uno conserva su patrimonio y los gastos comunes se reparten) y **participación** (el matrimonio funciona como separación de bienes pero en caso de disolución se reparten las ganancias como si fuesen gananciales). **La rigidez de estos sistemas, y la aplicación automática de uno de ellos en caso de que no se haya firmado ningún acuerdo prenupcial, provocan muchos problemas en el caso de disolución del matrimonio,** máxime cuando la existencia de divorcios y sucesivos matrimonios se van encadenando en el tiempo.

Resulta curioso que en democracia, y con un estado aconfesional, la sociedad conyugal que es una sociedad civil con gran incidencia económica, no esté totalmente abierta a el pacto y la autorregulación, como lo están cualquier otra sociedad civil o mercantil.



A mi modo de ver esta rigidez sólo se explica por un concepto paternalista, casi religioso, que aún tienen los legisladores, y por sus

intentos (infructuosos como puede comprobarse) de proteger las relaciones familiares tal y como han sido en el pasado. Como si poner trabas pudiera conseguir que se mantuviera la unidad familiar primitiva.

Los legisladores parecen olvidar que la libertad de las personas se expresa, antes que nada, en su esfera individual. A lo largo de la historia siempre que las sociedades han conseguido más libertad han aumentado los cambios de pareja. Sólo se han contenido cuando el poder, normalmente religioso,

los ha prohibido, incluso en esos casos y desde hace miles de años se tuvieron que asumir fórmulas como la «separación de cuerpos o haciendas».

En la actualidad, estando como estamos en un país que reconoce la libertad de sus ciudadanos y que tiene reconocida igualmente varios tipos de uniones familiares, **creo que ha llegado el momento de reconocer la libertad de pacto entre los componentes de la unidad familiar.** De considerar legal los pactos económicos y de organización de sus relaciones que ellos suscriban antes, durante o después del matrimonio o de la llamada unión de hecho.

Siempre, por supuesto, que dichos pactos no atenten contra los derechos y la dignidad de las personas. Algo que se puede articular legalmente con facilidad. Por ejemplo, si el Registro de la Propiedad o el Mercantil pueden rechazar las cláusulas consideradas abusivas e ilegales en cualquier compraventa o negocio jurídico, también podrían hacerlo cuando se tratase de una sociedad matrimonial/familiar.

[spacer]

LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES, ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DEL MATRIMONIO

En la actualidad la restricciones que impone la ley a la libertad de pacto entre los miembros de la pareja es enorme. Nuevamente nos topamos con un concepto paternalista de los legisladores, que parecen considerar que cualquier juez va a saber mejor que nosotros mismos lo que es bueno para nosotros; y lo que es peor, lo que es mejor para nuestros hijos.

También nos topamos con una enorme hipocresía social y política: la supuesta protección del menor como bien supremo.

Digo hipocresía porque creo que no es cierto que la protección de los menores sea hasta ahora el bien supremo que guía las actuaciones de los poderes públicos. Me explico:

Si los padres se quedan sin trabajo los hijos se quedan sin ropa, sin comida, sin calzado...

Si la familia es desahuciada por no poder pagar el alquiler o la hipoteca los hijos se quedan en la calle.

Si los padres tienen que dejar el lugar donde viven para trabajar en otro los hijos tienen que dejar su entorno y empezar de cero, o quedarse a cargo de algún familiar privados del amor y cuidados de sus padres.

Si los horarios laborales de los padres no coinciden con los de los hijos pueden pasar días, meses o años sin apenas verlos.

La ley prioriza los
DERECHOS
DEL MENOR
SOBRE LOS DEL RESTO



Así podríamos seguir, examinando ejemplos de desprotección de los menores por causas ajenas a sus padres.

¿Hacen algo los poderes públicos por proteger a esos hijos? ¿Para evitar el desempleo, la miseria, los desahucios, la emigración forzosa? ¿Por conseguir la flexibilización de los horarios en favor de la conciliación familiar?

Yo creo que **hasta ahora se ha hecho muy poco para proteger a esos millones de menores**. Aquí están los datos de la vergüenza en España. Ahora, que alguien se atreva a decir que sí se protegen a los niños... y que lo pruebe.

Entonces, **¿a qué viene ese celo sobreprotector en caso de**

disolución del matrimonio?, ¿a qué obedece esa rigidez en el intento de mantener el status económico de los hijos en caso de divorcio mientras se mantiene en absoluto desamparo a los hijos cuando los padres tienen otro tipo de problemas mucho más graves que un divorcio?

Legisladores y jueces deberían hacérselo mirar, lo digo en serio.

La rigidez de la regulación legal y de los jueces en este aspecto está provocando también gran cantidad de problemas que urge solucionar. Las mejores soluciones pueden venir desde la óptica de la libertad de pactos entre las personas, de las parejas que van a compartir algo que va a ir a mucho más allá de su vida en común: el derecho y la obligación de velar por sus hijos, de compartir la responsabilidad pero también el amor, así como el derecho de los hijos a que los progenitores puedan seguir siendo padres sin tensiones ni problemas y a no ser utilizados por ninguno de ellos en contra del otro.

[spacer]

EL RESPETO A LA LIBERTAD DE PACTO EN LA RELACIONES FAMILIARES: UNA NUEVA FILOSOFÍA PARA UN NUEVO PARADIGMA

Resulta increíble que para comprar una casa haya que firmar unas escrituras larguísimas, en la que se fijan no sólo las condiciones de compraventa sino que se deja claro también qué pasará si las condiciones no se cumplen; y, sin embargo, resulta que podemos casarnos sin más requisito que un par de certificados, la firma de una solicitud y poner en el tablón de anuncios del Registro y del Juzgado de Paz un papel (por si alguien se le ocurriera ir por allí y entretenerse en mirar el tablón de anuncios ¡qué anacronismo!) diciendo que tal y cual

se van a casar, con la idea de que si alguno estuviera ya casado alguien se dé cuenta.



Eso es todo lo que se exige para firmar el negocio jurídico más importante de nuestra vida, aquel que nos la cambiara de forma irremisible y que,

ineludiblemente, nos la amargaré si algún día decidimos romper ese «negocio».

Urge cambiar este modelo. **Nadie debería contraer matrimonio sin haber suscrito antes un contrato prenupcial para la constitución de una «*sociedad matrimonial*» en el que se recoja los términos en los que se van a desarrollar la relaciones familiares y económicas que tengan trascendencia jurídica durante y después del matrimonio.**

Mi propuesta, para el debate, es que ese contrato sea obligatorio antes del matrimonio, que el mismo sea depositado en un registro que se encargue de su revisión y de dejar sin efecto las cláusulas ilegales y abusivas, y que pueda ser modificado siempre por un nuevo acuerdo entre las partes.

Ese acuerdo debería crear una nueva sociedad al margen de sus miembros: la Sociedad Familiar, de carácter mixto civil y mercantil, con personalidad jurídica propia y que tenga derecho y obligaciones distintas de las de sus miembros en los tres ámbitos antes expuestos (laboral, económico y socio-afectivo), con el alcance que se pacte.

[spacer]

LAS RELACIONES FAMILIARES EN EL ÁMBITO LABORAL

Desde hace mucho tiempo existen multitud de voces que piden el reconocimiento del trabajo realizado en el hogar, así como la protección social de los «amos de casa». De hecho esa protección se está realizando hasta el momento en torno a un gran fraude en la Seguridad Social, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, algo conocido por los poderes públicos, que no lo persiguen demasiado.

Este problema acabaría si la Sociedad Matrimonial, tuviese la misma capacidad de contratación que cualquier sociedad



mercantil y que pudiese articular las relaciones con alguno de sus miembros como las que tienen los empresarios con los familiares que trabajan en sus empresas. Esto es, si uno de los miembros va a dedicarse durante cierto tiempo en exclusiva al trabajo doméstico, la sociedad conyugal se convertirá en su empleador, cotizará a la Seguridad Social por ese empleado y le pagará su sueldo. En caso de disolución del matrimonio el empleado tendrá derecho a la indemnización que le corresponda en función de los años de trabajo, indemnización de la que responderá exclusivamente la sociedad conyugal.

Creo que este sistema daría respuesta a los problemas planteados hasta el momento y dotaría de un buen instrumento a los matrimonios para la organización del trabajo interno,

hasta ahora no remunerado. Los socios podrían establecer también compensaciones para el caso de que sólo haya una dedicación parcial al hogar, sin necesidad de que se establezca una relación laboral.

Sé que desarrollar este nuevo esquema de relaciones familiares exigiría mucho trabajo y consenso, pero creo que el resultado valdría la pena.

[spacer]

LA ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO DE LA NUEVA SOCIEDAD

En el acuerdo de constitución se debería prever la gestión económica y patrimonial de la sociedad. Debería incluir obligatoriamente un inventario de los bienes privativos de cada uno de los contrayentes existentes en el momento de su otorgamiento. Una previsión de qué pasará con ellos y cómo se van a distribuir las deudas y la propiedad de los bienes futuros, incluido el que tenga la consideración de hogar familiar en el momento de la posible disolución de la sociedad. También se deberían pactar el uso y disfrute de los bienes con posterioridad a la disolución y el respeto a la obligatoriedad de la venta de los mismos, a la que no podrán oponerse los firmantes si así lo pactaron en su momento.

[spacer]

LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES

Es obvio que cuando la pareja se lleva bien la relaciones familiares no necesitan muchas normas. Pero incluso en esos casos van a existir problemas, que a veces pueden preverse y otras veces no. En todo caso en estos momentos sólo existe una

vía para solucionarlos: el juzgado. Para mí no tiene sentido que la solución sea esa.



A modo de ejemplo, algunas cuestiones previsibles: si los padres son de religiones distintas ¿qué harán cuando llegue el momento de la educación del

religiosa de los hijos? ¿Cómo se van a afrontar gastos extraordinarios en los que ambos están de acuerdo? ¿Qué hacer en caso de que aparezcan cargas familiares de uno de los cónyuges, por ejemplo el cuidado de un mayor?, etc.

Siempre hay muchos problemas cuya solución puede ser automática si se ha previsto y se aplica el acuerdo pactado.

Existe, además, un grupo de problemas que se van a presentar de forma automática, sí o sí, en caso de disolución del matrimonio, son los problemas derivados del régimen de guarda y custodia de los hijos y de su mantenimiento económico.

En este momento el debate sobre estos temas es de una gran intensidad por la sobreprotección a la que antes hacía referencia y que actúa de forma perversa, a mi juicio.

De una parte, la ley blindo el hogar familiar haciéndolo el domicilio obligatorio de los hijos (como si proteger el lugar donde viven en ese momento fuese lo único importante) y uniendo su suerte a la guarda y custodia. La vivienda familiar va con los hijos y solo el que tiene su custodia legal puede

disfrutar de ella. *¿No es discriminatorio que si los padres se llevan bien pero no pueden pagar la hipoteca los niños se queden sin vivienda, sin que a los poderes públicos eso les importe, pero resulte imposible vender una gran vivienda para que los dos progenitores puedan tener dos nuevas que compartir con sus hijos en caso de divorcio? Para mí no solo es discriminatorio sino también irracional.*

De otra parte, la ley obliga a los padres a mantener el mismo nivel de vida de los hijos que tenían antes de la ruptura. Sin embargo, el divorcio significa, casi automáticamente, un empobrecimiento significativo de ambos miembros de la pareja, con respecto al nivel anterior. Los legisladores hacen oídos sordos y cierran los ojos a la realidad que significa que se disuelva una sociedad patrimonial basada económicamente en lo que se llama economía de escala. Mientras más grande es una empresa más baratos resultan los gastos de mantenimiento, pues aquí igual: no es lo mismo mantener una vivienda que dos, no son los mismos gastos los que deben afrontar las personas que buscan una nueva pareja que aquellos que ya son pareja.

Muchas de estas cuestiones no sólo pueden sino que deberían ser afrontadas desde el primer momento y pactadas sus soluciones con anterioridad y desde la normalidad, no en la situación de tensión que se produce en el momento de la ruptura. Siempre desde la óptica de la libertad de pactos y de la obligatoriedad de cumplimiento de lo pactado en cada momento.

Pactos de cumplimiento automático siempre, salvo en los casos de delitos cometidos en el ámbito familiar, en los que lógicamente deberá disponer el juez, penal en este caso, que se adopten las medidas de protección de la víctima, y las indemnizaciones que les pueda corresponder con cargo al patrimonio del delincuente y de las que sería responsable solidaria la sociedad matrimonial.

Resumiendo,
ante el mayor
negocio
jurídico de
nuestra vida
deberíamos
tener:
libertad,
sosiego y
tranquilidad
para pensar y
pactar lo que
será nuestra



vida futura y qué haremos si “el negocio” no nos sale bien. Si no somos capaces de ponernos de acuerdo en plena efervescencia amorosa, ¿cuándo lo haremos?

Eso sí, que nadie se abrume por lo que pueda parecer una gran complicación antes de un matrimonio, seguro que pronto aparecerían en internet múltiples modelos y borradores que se adaptarían a lo que cada pareja necesitase, igual que ahora existen para la constitución de cualquier sociedad.

Hasta aquí una propuesta abierta al debate y plateada para conseguir un cambio legislativo profundo en una materia en la que nuestra sociedad va muy por delante de nuestras leyes y nuestros legisladores.

[spacer]