



Universidad de Granada

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

TESIS DOCTORAL

EL DIVORCIO Y SU EXCEPCIÓN TEMPORAL
DESDE UN ANÁLISIS DOGMÁTICO Y
COMPARADO CONFORME A LOS CONTENIDOS
DEL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO CIVIL

MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ

Granada, Junio de 2008

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Marta Morillas Fernández
D.L.: GR.1933-2008
ISBN: 978-84-691-5836-4

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

**EL DIVORCIO Y SU EXCEPCIÓN TEMPORAL
DESDE UN ANÁLISIS DOGMÁTICO Y
COMPARADO CONFORME A LOS CONTENIDOS
DEL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO CIVIL**

TESIS DOCTORAL

Que presenta la licenciada en Derecho Marta Morillas Fernández, realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Guillermo Orozco Pardo, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Granada, para la obtención del grado de doctor.

Fdo: Guillermo Orozco Pardo

Fdo: Marta Morillas Fernández

Director de la tesis

Doctoranda

Granada, Junio de 2008

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN JUSTIFICATIVA	6
CAPÍTULO PRIMERO: Del divorcio causalista al divorcio objetivo	13
I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	14
1. Cuestiones previas.....	14
2. Divorcio y Jurisdicción Eclesiástica.....	19
3. Derecho Histórico Español.....	25
II. DEL DIVORCIO CAUSAL AL DIVORCIO OBJETIVO	37
1. Cuestiones Previas.....	37
2. Sistema de divorcio tradicional (causalista):.....	38
2.1. Divorcio- sanción.....	39
2.2. Divorcio- remedio.....	40
2.3. Divorcio consensual o por mutuo acuerdo de los cónyuges.....	43
3. Sistema Actual.....	44
3.1. Divorcio consensual no causal con plazos.....	45
3.2. Divorcio unilateral no causal con plazos.....	45
III. ASPECTOS CONSTITUCIONALES	46
1. Cuestiones preliminares.....	46
2. Redacción y contenido del artículo 32.2.....	48
3. Constitución y divorcio.....	50
4. Artículo 10.1 de la Constitución.....	52
5. Constitucionalidad de la Ley 15/2005.....	54
IV. LA LEY DE 1981	56
1. Antecedentes.....	56
2. Breve análisis de su contenido.....	59
2.1 Conexión entre separación y divorcio.....	60
2.2. Cese efectivo de la convivencia conyugal.....	63
2.3 Causas de divorcio.....	65
3. Análisis crítico de su contenido.....	76
V. ANÁLISIS SOCIOLÓGICO	81
1. Divorcios según duración del matrimonio y edad de los contrayentes.....	84
2. Clases de divorcios.....	89
3. Divorcio según separación legal previa.....	91
CAPITULO SEGUNDO: Modelos de divorcio en la legislación comparada	94
I. INTRODUCCIÓN	95
II. CONSENTIMIENTO DE AMBOS ESPOSOS	104
1. Legislaciones divorcistas con necesaria constatación de la ruptura.....	108
2. Legislaciones comparadas con período previo de vida matrimonial.....	116
III. DIVORCIO CAUSAL	117
IV. DIVORCIO UNILATERAL NO CAUSAL CON PLAZOS	137
V. VALORACIÓN FINAL	139

CAPITULO TERCERO: Ley 15/2005 en materia de separación y divorcio.	142
I. INTRODUCCIÓN	143
1. Antecedentes	144
1.1. La falta de afecto marital como causa determinante en la reforma.	145
1.2. Las pretendidas reformas de 2001 y 2003.	157
1.3. Primeras valoraciones del Anteproyecto.	164
1.4. Tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005.	173
2. Principios reguladores	183
II. ANÁLISIS DE LA LEY	188
1. Cuestiones previas.	188
2. Divorcio: una aproximación actual	191
3. Separación y divorcio: conceptos paralelos.	200
4. Modelos de divorcio tras la Ley 15/2005.	205
4.1. Cuestiones previas.	205
4.2. Divorcio por mutuo acuerdo.	207
4.3. Divorcio unilateral.	210
4.3.1. La supresión de causas y su influencia en el divorcio unilateral.	211
4.3.2. La voluntad unilateral como causa de divorcio.	214
4.3.3. Propuesta de las Medidas.	216
5. El plazo de tres meses.	219
5.1. Cuestiones preliminares.	219
5.2. Los tres meses como periodo de reflexión.	223
5.3. La propuesta doctrinal de supresión de los tres meses.	225
III. VALORACIÓN DE LA LEY	228
IV. SITUACIÓN ACTUAL Y EVOLUCIÓN ESTADÍSTICA DEL DIVORCIO TRAS LA LEY 15/2005	231
CAPÍTULO CUARTO: La excepción al plazo de tres meses del último inciso del párrafo 2º del artículo 81 versus artículo 86.	239
I. INTRODUCCIÓN	240
II. CONTENIDO DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA EXCEPCIÓN DEL PÁRRAFO 2º DEL ARTÍCULO 81/86	248
1. El significado de “acreditar”.	249
2. Concepto de riesgo	263
3. Bienes jurídicos a los que afecta.	267
3.1. Vida.	271
3.2. Integridad física.	279
3.3. Libertad.	285
3.4. Integridad moral.	298
3.5. Libertad e indemnidad sexuales.	308
4. Sujetos que abarca.	313
5. A manera de valoración personal	317
III. LA SUPUESTA ANTINOMIA ENTRE LA LEY INTEGRAL Y LA LEY 15/2005.	321
1. Introducción.	321
1.1. Orden de Protección.	322
1.2. Ley Integral.	326
2. Ley Integral y Ley 15/2005: Dos enfoques distintos de una misma cuestión.	329

IV. COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN RELACIÓN A LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO.	332
1. Competencia ordinaria.	332
2. Juzgados de Violencia sobre la Mujer y competencia objetiva en relación a estos supuestos.	334
CONCLUSIONES	343
JURISPRUDENCIA CONSULTADA	352
BIBLIOGRAFÍA	358

INTRODUCCIÓN JUSTIFICATIVA

Pocas instituciones dentro de los diversos sectores del Ordenamiento jurídico adquieren mayor dimensión mediática y social que la del divorcio. Cada ley aprobada, cada modificación proyectada, supone un debate, a veces de un intensidad desmedida, en los sectores ciudadanos más comprometidos con la realidad de cada momento. Las implicaciones que giran en torno a un tema para algunos destructor de los principios básicos de la familia y de la sociedad y para otros únicamente un ejercicio de libertad en el Estado social y democrático de Derecho son, en la mayoría de los casos, antagónicas y basadas en diferentes opciones de la vida, en distintas comprensiones ideológicas o, en demasiados casos, religiosas.

Este panorama de enfoques enfrentados ha tenido fiel reflejo en las distintas legislaciones no solo de España sino también de nuestro entorno comparado. Toda ley sobre semejante tema supone una representación de creencias y vivencias de actuación, unas influencias manifiestas de una cuestión en permanente discusión. Desde los sistemas más cerrados, donde el matrimonio es indisoluble y permanente en el tiempo, hasta los más abiertos, donde el divorcio es comprendido como una manifestación de la voluntad y de la libertad de las personas que no quieren seguir ligados en matrimonio, la evolución legislativa de esta importante figura ha configurado una trayectoria digna de ser analizada.

Y esto es lo que pretendemos con este trabajo de investigación que estamos introduciendo: un estudio serio y detallado del divorcio en la realidad española actual, unida a la otra forma de solución de los conflictos

matrimoniales como es la separación. Pero ello, es preciso hacerlo desde una perspectiva a la vez extensa pero al mismo tiempo que marque fronteras delimitadoras en las que situar un tema que presenta tantas connotaciones e incidencias en su estructura y en los efectos que produce.

El divorcio regulado en el capítulo VIII del título IV del Código Civil, dedicado al matrimonio, y bajo la terminología, de disolución del matrimonio, es de inmediato vinculado en el artículo 86 con la separación desde el momento en que se produce una remisión legal para la concreción de sus requisitos y circunstancias a los exigidos en el artículo 81 para esta última variable. Éste es un relevante dato que ha de marcar nuestro trabajo que dirigido fundamentalmente al divorcio se verá continuamente referenciado no sobre el artículo 86 sino sobre el susodicho 81.

Además de esta ubicación sistemática, esencial para cualquier valoración, se manifiesta en otros pasajes igualmente de interés para su completa configuración. Así los efectos que produce, agrupados los de carácter común junto a los de la nulidad y separación, las medidas provisionales por admisión de la demanda, la ley aplicable, la jurisdicción a la que acudir son algunas de las muchas hipótesis que necesariamente hay que tener en cuenta a la hora de realizar un estudio global de semejante materia.

Por ello, se hace absolutamente imprescindible en un trabajo de las características del que presentamos delimitar sus contenidos para conseguir unos objetivos que merezcan, por su alcance y significación, hacer de la investigación un trabajo planificado, estructurado según las exigencias de la moderna dogmática y aportar conclusiones válidas que puedan mejorar el sistema que actualmente rige en nuestro país sobre esta forma de disolución matrimonial.

Con semejante intencionalidad lo hemos planteado desde parámetros iniciales de generalidad para después ir constriñendo el análisis a la realidad concreta de su fundamento normativo y de los presupuestos exigibles para que, judicialmente, se pueda decretar el divorcio, en una valoración pormenorizada del artículo 86 versus artículo 81. Obviamente, ello no quiere decir que no atendamos a otros niveles de incidencia en su desarrollo, pero como opciones interpretativas para conseguir la comprensión del contenido de los artículos citados que, reiteramos, marcan el núcleo esencial de este estudio.

Para la consecución de dichas metas, y con las limitaciones sistemáticas, asumidas desde este principio, hemos dividido la investigación en cuatro grandes bloques que representan otros tantos capítulos.

El primero de ellos, está ocupado con la propia evolución del divorcio desde su perspectiva causal a la objetiva. A su vez se estructura en cinco sectores informativos que suponen igual número de cuestiones que han de conformar las situaciones que se han dado para llegar a la regulación actual. Son: en primer lugar, una aproximación a la historia de esta figura que, con la brevedad necesaria, se parte del Derecho romano para introducirnos en la realidad de la Iglesia, con relación a ésta, tan criticada por ella, respuesta jurídica y terminar con la apreciación del derecho histórico español, del que se han de sacar importantes y controvertidas consecuencias de indudable interés para la interpretación de la legalidad vigente; en segundo, un avance aproximativo de los sistemas de divorcio que, diferenciados en tradicionales y actuales, muestran las peculiaridades de fórmulas tales como el divorcio-sanción, el divorcio-remedio, el divorcio consensual o por mutuo acuerdo, el consensual no causal con plazos, o el unilateral no causal con plazos; en tercero, los aspectos constitucionales que tal institución presenta, con el

estudio del significado, contenido y alcance del artículo 32.2 de nuestra Carta Magna y como corolario el 10.1 de dicho Texto, así como de la hipotética y negada inconstitucionalidad de la Ley 15/2005, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio; en cuarto, una aproximación a la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio que, aunque en este momento no en vigor, supuso un cambio radical en las concepciones anteriores vigentes en ese espacio temporal e, introdujo, con especial cuidado, posiblemente ahora se puede calificar de cicatera, un divorcio que en el contexto de la época significó un notable avance y un compromiso con el Estado democrático que comenzaba a configurarse en nuestro país a los albores de la Constitución; en quinto, se presenta un análisis sociológico de la real incidencia del divorcio en esos años en nuestro país que ha de servir como dato empírico para, a su vez, valorar la reforma posterior.

El segundo, atiende a los modelos de divorcio en las legislaciones extranjeras y pretende ser un concienzudo análisis comparativo de la situación de esta figura en el contorno internacional y, fundamentalmente, europeo. Su contenido, además de su valor de interrelación entre las diversas posiciones en el contexto internacional supone una base de datos esencial para el posterior estudio interno en el ámbito español.

El tercero, está dedicado completamente a la Ley 15/2005, como norma vigente que ha modificado, con generosidad, los contenidos establecidos para la separación y el divorcio en el Código Civil. Por su importancia y actualidad merece una amplia reflexión que comienza con la misma evolución de esta institución en la legislación española, continúa con la Ley 30/1981 y se proyecta específicamente con los intentos de reforma inmediatamente

anteriores y con las presentación del Anteproyecto y Proyecto y se consuma con la propia realidad de la Ley. En este último aspecto, obviamente el más relevante, se reflejan y valoran los principios básicos sobre los que se sustenta, para pasar al núcleo esencial de la investigación el estudio pormenorizado de sus componentes: la realidad de esta forma de divorcio marcada por la ley, sin causales y sobre el fundamento de la voluntad y de la libertad de los cónyuges, el divorcio de mutuo acuerdo y el contencioso, el plazo de los tres meses para la presentación de la demanda. Cuestión esta última sumamente debatida desde el punto de vista doctrinal que merece una especial dedicación, por ser además parte fundamental de la investigación, en orden a su naturaleza y necesidad de mantenimiento en el texto civil.

El cuarto, derivación del anterior, desarrolla los contenidos de la excepción que el legislador pone al susodicho plazo de tres meses en el párrafo 2º del artículo 81 cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad o indemnidad sexuales del cónyuge demandante. Cuatro inicialmente son las cuestiones que han de ser puntualmente estudiadas con el objetivo de buscar y conseguir su significado más adecuado a las exigencias del precepto: a) el alcance del término “acreditar”; b) la concreción del concepto de “riesgo”; c) el contenido y extensión de los bienes que el legislador implica en el riesgo manifestado; d) los sujetos implicados.

Incluso de la lectura previa del texto desarrollado por la excepción citada se saca la idea de una cierta conexión de semejantes descripciones con la violencia de género o doméstica, según los casos explicitados, por lo que se hace imprescindible buscar los puntos de contacto y de conexión, pero, al mismo tiempo, de separación de las ideas plasmadas en la normativa civil y las que desarrollan normas de tan calado social y jurídico como la Ley

27/2003, de 31 de julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Entre esta última y la citada Ley 15/2005 parece existir una cierta antinomia basada en dos enfoques distintos para una misma cuestión como es las respuestas que, desde el Ordenamiento jurídico español, se dan a las crisis matrimoniales a través de la separación y del divorcio, asentadas en parámetros diferentes, la violencia sobre la mujer en la primera, la voluntad y libertad de los cónyuges en la segunda. Esta dual visión que marca espacios diferentes es estudiada en sus aspectos coincidentes aunque distintos en sus contenidos. Todo ello nos lleva a otro importante factor derivado de la regulación procesal fomentada por la Ley Integral: la competencia jurisdiccional en relación a la separación y el divorcio, fundamentalmente cuando en la relación marital o con respecto a los hijos se dan actuaciones violentas que propicien la excepción o, simplemente, se superpone a la petición de divorcio transcurridos los tres meses.

Como puede comprobarse un amplio abanico de hipótesis a interpretar, cuya valoración nos ha de conducir a la consecución de los objetivos previstos en esta investigación y que no son otros que los de una reflexión en profundidad sobre la actual normativa española en torno al divorcio sobre los parámetros del artículo 86 que han de propiciar conclusiones de cierto alcance que nos ayuden, a su vez, a concretar las realidades jurídicas presentes sobre esta institución y nos motiven a proponer modificaciones de *lege ferenda* que puedan mejorar no solo el contenido de la norma sino también y sobre todo la interpretación, en clave de aplicación de unos supuestos que no dejan de seguir teniendo puntos de cierta oscuridad en los que ni doctrina ni jurisprudencia se ponen de acuerdo.

CAPÍTULO PRIMERO: Del divorcio causalista al divorcio objetivo

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

1. Cuestiones previas.

El divorcio es una figura conocida a lo largo de toda la historia del derecho que tiene sus cimientos, como tantas otras instituciones, en el Derecho romano. De romano origen es el nombre “Divortium” que, al igual que en la actualidad, representaba la disolución del vínculo matrimonial, pero a su vez se desarrollaba en dos formas: si se realizaba de mutuo acuerdo, se hablaba de divorcio “stricto sensu”; pero si se producía por la voluntad de uno de los cónyuges se estaba ante un caso de “repudium”.

Con anterioridad a la influencia del cristianismo en Roma, existen diferentes figuras de divorcio. Inicialmente y dado que se consideraba el matrimonio como una forma constituida por la simple declaración de consentimiento de los cónyuges, sin ningún tipo de formalidad ni de intervencionismo estatal, el divorcio se planteaba de manera semejante, con el mismo carácter privado. En la antigua Roma las causas por las que el marido podía divorciarse no se encontraban taxativamente reguladas en la ley. Sin embargo, esta libertad para disolver el matrimonio se hallaba restringida por el tribunal doméstico, institución importante en la vida de los romanos, que estaba constituido por familiares de ambos cónyuges para juzgar sus decisiones. Durante dicha época sólo los hombres tenían derecho a divorciarse, pero con la llegada de la Ley de las XII Tablas, fuente de todo el derecho romano tanto público como privado, y con la difusión del matrimonio

libre, en el cual la mujer no estaba sometida a la *manus*¹ del hombre, podía divorciarse con sólo pernoctar tres noches seguidas fuera de casa al año. Se llega a una situación en la cual las mujeres se divorciaban de sus maridos, incluso cuando éstos se encontraban ausentes².

Con el gobierno del emperador Augusto se produce otro de los fenómenos legislativos más sorprendentes de la historia. Dicta las célebres leyes caducarias, mediante las cuales para los viudos y divorciados era obligatorio contraer nuevo matrimonio inmediatamente y si no serían castigados por la ley, mientras que las viudas y divorciadas disponían del plazo de un año, contado desde el fallecimiento del marido o de seis meses desde el divorcio para contraer nuevo matrimonio³. Estas normas, por pura lógica fracasaron puesto que en vez de dignificar la figura del matrimonio, produjeron un ascenso en los divorcios y repudios, apresurándose los ciudadanos romanos a contraer nuevo matrimonio para no ser sancionados por ley.

A partir de la legislación de Augusto, tanto el matrimonio como el divorcio fueron objeto de una regulación, que se basaba el primero de ellos en la *affectio maritalis* o mutuo consentimiento de los cónyuges, y el cese de dicho *affectio* era causa primordial para efectuar su disolución⁴.

¹ El matrimonio romano tenía dos formas fundamentales: a) *cum manum*, en la cual se adquiría la manus sobre la mujer después de un año de convivencia ininterrumpida, sin ausentarse tres noches fuera de casa, entonces pasaba a formar parte de la familia del marido; b) *sine manum*, permitía ésta forma, a la mujer, no alejarse de su familia. Se trataba de una convivencia libremente consentida por ambos cónyuges, para que fuera por sí generadora de consecuencias jurídicas. Vid. LABACA ZABALA, Lourdes. “La protección de la monogamia como elemento esencial del matrimonio: precedentes históricos”. En *Noticias Jurídicas*, 2005, edición de Internet, págs. 1 y ss.

² RUIZ FERNÁNDEZ, Eduardo. *El Divorcio en Roma*. Madrid, 1992, pág. 45.

³ *Ibid.*, pág. 62.

⁴ FERNÁNDEZ VAQUERO, María Eva. *REPUDIUM-DIVORTIUM*. Granada, 1987, pág. 354 y ss.

No obstante, RUIZ FERNÁNDEZ nos muestra como el divorcio no sólo era llevado a cabo con la mera voluntad de intencionadamente querer disolver el vínculo, sino que además la voluntad de repudiar tenía que estar sometida a una serie de condiciones, en las que normalmente debía remitirse un *libellus*, compuesto por hojas de pergamino o papiro escrito. Estas condiciones eran las siguientes:

- Debe proceder de una persona con buen juicio, no de una persona insensata.
- La voluntad de divorciarse debe haber sido objeto de reflexión y con intención de separarse para siempre. Si el libelo ha sido mandado o confeccionado en un momento de arrebato deberá examinarse la conducta que adopta el sujeto que tiene el deseo de querer divorciarse.
- La voluntad de divorciarse ha de permanecer hasta que se haga la notificación al otro cónyuge. Si el que envió el libelo de repudio se arrepiente de esta decisión, y el otro cónyuge la desconoce, el matrimonio perdura, a no ser que éste mismo quiera disolverlo⁵.

La aparición del cristianismo en Roma, con Constantino como emperador, supone un punto de inflexión determinante en la configuración del divorcio. A partir de este momento, se pasa de una situación jurídica en la que no sólo los cónyuges podían divorciarse, sino que además se prohibía la cláusula de exclusión de contraer un nuevo matrimonio posterior, a una situación en la que la Iglesia predica la indisolubilidad del matrimonio. Se trata de una época en la cual los emperadores cristianos fijaron unas causas en las cuales era lícito el divorcio, y como consecuencia de éstas desaparece el divorcio por motivos caprichosos, como en épocas anteriores, ya no le bastaba

⁵ RUIZ FERNÁNDEZ, Eduardo. *El divorcio...*cit., págs. 96 y 97.

a la mujer que su marido fuera borracho o frecuentador de otras mujeres, pero sí, cuando hubiere cometido homicidio o crimen de envenenamiento; por su parte el marido podría divorciarse si la mujer fuera adúltera, entre otras causas.

Con posterioridad, el emperador Teodosio realiza una ordenación de las causas⁶ de divorcio, y fuera de éstas el marido y la mujer podían enviarse el *repudium*, pero sometidos a otras medidas.

Con la llegada del emperador Justiniano, se produce una cierta restricción en las causas de divorcio. Aunque se introduce uno de los principios que ha estado vigente hasta nuestros días, el matrimonio ha de basarse en la *affectio maritalis*, y si éste desaparece, no es posible el matrimonio y como consecuencia habrá de disolverse.

En la novela 22, el emperador Justiniano determinó los casos por los que el divorcio podía instarse, bien por común acuerdo de los esposos, de forma amistosa, sin causa imputable a ninguno de ellos, sin causa alguna o bien por causa razonable, no producida por culpa de ninguno de los esposos. Esta clasificación puede ser interpretada en igual sentido que la actual sólo que con muchos siglos de diferencia, puesto que estaríamos ante un divorcio por mutuo consentimiento, divorcio causal o divorcio objetivo, que estudiaremos más adelante.

⁶ Causas de divorcio establecidas por el emperador Teodosio: Comunes al hombre y la mujer: 1. Adulterio.2.Homicidio.3.Envenenamiento.4.Conspiración contra el imperio.5.Crimen de falsedad.6.Violación de sepulcros.7.Robo de objetos en los edificios sagrados.8. Ladrón.9.Encubridor de ladrones.10.Cuadrero.11.Plagiario.12.Atentar contra la vida del otro cónyuge con veneno o puñal.

Una vez relatados, a grandes rasgos, los orígenes del divorcio en el derecho romano, cuna de nuestro ordenamiento jurídico, el siguiente paso para entender dicha figura en España, tema central del presente trabajo, consiste en trasladarnos a la época de la Revolución Francesa, donde se aprueba por primera vez un divorcio que será semilla para el resto de países europeos.

La Ley 20 de septiembre de 1792 introduce en Francia el divorcio en nombre de la libertad individual. En su articulado se deja ver la disolución por mutuo consentimiento, y al margen de las causas que se establece para poder optar al mismo, bastaría la simple alegación de la incompatibilidad de carácter o de humor⁷. En el país galo hasta esta época revolucionaria, era impensable admitir la disolución del matrimonio, debido a la vigencia del Concilio de Trento⁸.

Sin embargo, la Ley sufrió la influencia del Código Civil de 1803, en el cual se mantenía el divorcio por mutuo consentimiento, desapareciendo la incompatibilidad de humor o de carácter, y con la separación de cuerpos, con

⁷ QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. *Código Civil*. Comentado y concordado extensamente por ORTEGA LORCA, Francisco. Madrid, 1946, págs. 754 y 755. Describe los cuatro primeros artículos, muy interesantes, al plantear el divorcio civil.

Art.1.º El matrimonio se disuelve por divorcio.

Art.2.º El divorcio se produce por el consentimiento mutuo de los esposos.

Art.3.º Cada uno de los cónyuges puede solicitar el pronunciamiento del divorcio por la simple alegación de la incompatibilidad de humor o de carácter.

Art.4.º Cada uno de los esposos puede igualmente pedir el divorcio por las causas siguientes:

1.º La locura, la demencia o el furor de uno de los esposos.

2.ª La condena de uno de los cónyuges a penas aflictivas o infamatorias.

3.ª Los crímenes, sevicias e injurias graves de uno para con el otro de los esposos.

4.ª La manifiesta corrupción de costumbres.

5.º El abandono de la mujer por el marido o a la inversa durante dos años por lo menos.

6.ª La ausencia de uno de los esposo sin recibirse noticias durante cinco años por lo menos.

7.ª La emigración en los casos previstos por las leyes.

⁸ TARRAGATO, Eugenio. *El divorcio en las legislaciones comparadas*. Madrid, 1925, págs. 42 y 43.

lo cual se trataba de un divorcio no vincular, que será el heredado por España en 1879. Así se mantuvo hasta la restauración, período en el cual fue abolida la ley del divorcio francesa.

Después de varios intentos, y tras tres proposiciones de ley, Alfredo Naquet⁹ consigue que se vuelva a aprobar una ley del divorcio vincular en Francia el 19 de julio de 1884. La Ley Naquet, sólo admitía el divorcio sanción, basándose por lo tanto en causas graves que pudieran imputarse al cónyuge culpable a modo de castigo, no bastando solamente la imposibilidad de continuar con la vida conyugal¹⁰, ganando de este modo la batalla a la Iglesia, que desde Roma hasta nuestros días pretende mantener la indisolubilidad del matrimonio, como veremos a continuación.

2. Divorcio y Jurisdicción Eclesiástica.

Innegable es el protagonismo de la Iglesia en el derecho matrimonial español. Durante muchos siglos se le ha atribuido un papel principal para decidir y someter a su jurisdicción lo referente al matrimonio y a las crisis matrimoniales. Así, lo recoge GONZALEZ COUREL¹¹, al expresar que dicha influencia eclesiástica ha estado vigente desde las Partidas, Novísima Recopilación, Decreto de Unificación de Fueros de 1868 y el Decreto 9 de febrero de 1875, como una consecuencia de la Real Cédula de 12 de julio de 1564, en la cual se ordena el cumplimiento del Concilio de Trento vigente hasta junio de 1870.

⁹ QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. *Código Civil...cit.*, pág 758 y ss.

¹⁰ FELIX BALLESTA, M. Angeles. *Regulación del divorcio en el derecho francés*. Barcelona, 1988, pág. 11.

¹¹ GONZALEZ COUREL, Teodosio. *Los problemas del divorcio temporal ante la legislación civil*. Valladolid, 1924, pág. 8.

Hasta tal fecha no quiebra en España el matrimonio canónico, en las leyes promulgadas o simplemente proyectadas. A partir de ese momento entra en vigor la ley de matrimonio civil de 1870, en cuyo artículo 1, se establece que el matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble¹² y admite el divorcio no como disolución del matrimonio, sino simplemente como separación de la vida común de los cónyuges.

Mediante este tipo de matrimonio desaparecía por parte de la Iglesia Católica toda competencia en relación a semejante materia, dado que el matrimonio válido en nuestro país era el celebrado en forma civil. Posteriormente se deroga, en parte, por el citado Decreto de 9 de febrero de 1875 la ley de matrimonio civil¹³. En esta situación, es cuando la Iglesia recupera la incidencia que ha tenido en la regulación del derecho de familia español, porque como insiste O'CALLAGHAN desde el año 1875 se mantuvo en el Código Civil el sistema matrimonial civil subsidiario, el cual sólo admite para sus plena validez el religioso y subsidiariamente el civil para aquellos que acrediten no pertenecer a la religión oficial del Estado, en este caso la católica¹⁴, situación que se manifiesta válida para entender el alcance y poder de la iglesia en esta materia durante muchos años.

No obstante, y en relación al divorcio, mantiene el Código Civil de 1889, en su artículo 104, que éste produce la suspensión de la vida común de los casados, que simplificado, es una mera reproducción del artículo 83 de la Ley de 1870, analizado así por MANRESA y NAVARRO¹⁵. Tal concepto de

¹² NAVARRO VALLS, Rafael. *Divorcio: orden público y matrimonio canónico*. Madrid, 1972, págs.100 y ss.

¹³ Vid. ROLDÁN VERDEJO, Roberto. *La Ley de Matrimonio Civil de 1870. Historia de una ley olvidada*. Granada, 1980, pág 434 y ss.

¹⁴ O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo IV, Madrid, 2003, pág. 22.

¹⁵ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español*. Madrid, 1943, pág. 396.

divorcio es el que existió con anterioridad y posterioridad a la Ley de Divorcio de 1932 que, por otra parte, fue muy respetuosa con los Tribunales Eclesiásticos¹⁶. Con posterioridad, con la reforma de la Ley de 24 de abril de 1958, se suprime el término divorcio para introducir el de separación de los cónyuges, tal y como reza en su propia Exposición de Motivos: “Se ha querido también desterrar del Código el término divorcio y sus derivados, lo que se ha traducido en el simple retoque de alguno de sus artículos y rúbricas de Secciones y en una disposición general para la que en todo el Código el término ‘divorcio’ se sustituye por la expresión ‘separación personal’”.

Dicha Ley de modificación del Código Civil, es la más extensa de las introducidas. En esencia es elaborada por el Estado para adaptar las normas del Ordenamiento Jurídico Español al Concordato concertado con la Santa Sede el 27 de agosto de 1953. A priori y en el artículo II del Concordato, como muestra del poder de la jurisdicción eclesiástica, se establece que el Estado español reconoce a la Iglesia Católica el carácter de sociedad perfecta y le garantiza el libre y pleno desarrollo de su poder espiritual y de su jurisdicción. En el artículo XXIV se proclama que el Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las

¹⁶ Regla Transitoria 4.ª de la Ley de Divorcio de 1932. “Las sentencias dictadas por los Tribunales Eclesiásticos en pleitos de divorcio con anterioridad al Decreto del Gobierno de la República sobre ésta materia, de 4 de noviembre de 1931 y que hayan obtenido en su día la oportuna validez civil, no necesitarán de nuevos requisitos para su total eficacia, siempre que el fallo hubiere sido de divorcio perpetuo o indefinido.

Las dictadas con posterioridad a dicho Decreto no producirán efectos civiles.

Los pleitos de divorcio fallados por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad a la fecha indicada y antes de la vigencia de la presente Ley, para surtir efecto deberán ser sometidos a revisión del Tribunal civil competente, pudiendo estimarse por éste las causas consignadas en la presente Ley y decretarse el divorcio vincular que la misma establece .

Los Tribunales civiles podrán conceder valor y eficacia a las pruebas practicadas ante el Tribunal Eclesiástico cuando a su juicio hayan mediado las debidas garantías para los litigantes.

Las pruebas practicadas en los pleitos pendientes ante los Tribunales eclesiásticos en que éstos no hayan dictado sentencias firme en la fecha de la promulgación de la presente Ley, podrán ser tomadas en cuenta por los Tribunales civiles, en los términos que previene el párrafo anterior, cuando dichos litigios sean sometidos a la jurisdicción de estos Tribunales”.

causas referentes a la separación de los cónyuges. En semejante planteamiento, incoada y admitida ante el Tribunal eclesiástico una demanda de separación corresponde al Tribunal Civil, dictar las normas que regulen los efectos civiles. De esa forma todas las sentencias, decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las autoridades eclesiásticas en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efecto en el orden civil, cuando hubieren sido comunicadas a las competentes Autoridades del Estado¹⁷.

Esta situación, como no podía ser de otra forma, se vio alterada y transformada con la entrada en vigor de la Constitución Española que reconoce los principios de laicidad y de cooperación además de los de unidad y exclusividad jurisdiccional, cuestión ésta que afecta de manera directa a la jurisdicción eclesiástica¹⁸, que no podrá intervenir en los procesos de separación y a partir de 1981 en los de divorcio¹⁹.

Al año siguiente de la aprobación de la Constitución, es decir en 1979, el día 3 de enero, se firman los nuevos Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español²⁰. A través de ellos se derogan numerosos artículos del

¹⁷ Vid. Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953.

¹⁸ CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago. *El Matrimonio Canónico en la Jurisprudencia Civil*. Navarra, 2003, pág. 60.

¹⁹ Vid., en este sentido, entre otras, las sentencias, que podemos denominar puentes, aunque ya en vigor la Ley 30/1981 del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5047) y 31 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7988) en cuyo Primer Considerando de ambas sentencias se establece: “los órganos jurisdiccionales del Estado no se limitan a prestar un mero auxilio judicial ejecutando en sentido estricto las resoluciones emanadas de la jurisdicción canónica, sino que en virtud de lo ordenado por el legislador en aquel precepto, determinan y regulan las consecuencias meramente civiles de la separación -o de la nulidad en su caso- resolviendo con jurisdicción propia los distintos problemas que cada situación matrimonial plantea en particular, para lo que habrá de utilizar las disposiciones del ordenamiento civil y sobre todo con autonomía de criterio y de procedimiento con respecto de la resolución anterior dimanante de otros órganos”.

²⁰ Vid Auto de 1 de marzo de 1999 de la Audiencia Provincial de Barcelona, sobre sentencia de separación matrimonial dictada por el Tribunal Eclesiástico. La demanda de separación fue interpuesta el 10 de enero de 1978 y dictada el mismo día de 1981. Durante la tramitación del proceso se llevó a cabo la publicación de la Constitución Española, entraron en vigor los Acuerdos

Concordato²¹, y se reducen de forma amplia las competencias de la Iglesia en materia jurisdiccional. De esta situación se hace eco el Tribunal Constitucional en su sentencia 1/1981 de 26 de enero, al expresar: “ *En la legalidad actual carecen los Tribunales Eclesiásticos de facultades para que sus resoluciones produzcan efectos civiles en los casos de procesos canónicos de separación. Desde la vigencia del Acuerdo con la Santa Sede (sólo las separaciones decididas por los Jueces estatales producen los efectos en el orden jurídico civil, a salvo la transitoriedad contemplada en el ap. 2º de las transitorias del Acuerdo. Con anterioridad se reconocía una jurisdicción eclesiástica, según lo dispuesto en los arts. 80 al 82 CC, acomodados al art. 24 Concordato con la Santa Sede, en orden a las causas de separación y la producción de efectos civiles, lo que no impidió que algunas interpretaciones), permitieran sostener que el Juez es el que determina y regula las consecuencias civiles de la separación, resolviendo con jurisdicción propia, según la legislación civil. Entre la legalidad actual y la regida por los arts. 80 al 82 CC y el art. 24 Concordato, se ha producido un hecho capital, cual es la Constitución, vigente desde el 29 diciembre 1978, que proclama, a los efectos que importan en este proceso la aconfesionalidad (art. 16.3) y la exclusividad jurisdiccional (art. 117.3), principios desde los que tenemos que interpretar las aludidas normas*”²².

En ese mismo año la Iglesia advierte de las modificaciones previstas por el Gobierno en el ámbito del Derecho de Familia y de su preocupación por la entrada del divorcio civil, considerándolo como un mal para la sociedad que ha de suponer la ruptura del principio básico de indisolubilidad del

con la Santa Sede, apoyados en el trascendental cambio político y legislativo que esta situación conlleva, de forma que no se producen los efectos civiles de la misma, es decir su inscripción en el Registro Civil, hasta que lo ordena, el presente auto en esta fecha.

²¹ Vid. Artículo VIII del Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979.

²² Vid. Fundamento Jurídico sexto (RJ 65/1980).

matrimonio²³. Ante dicha situación, el Episcopado Español aprueba una Instrucción Colectiva sobre el divorcio civil. Entre los criterios que propone resulta interesante destacar, el de que no se puede admitir que la regulación del divorcio sea un derecho de la persona humana, “no se trata de reconocer un derecho sino, a lo más, de ofrecer un supuesto remedio a un mal social”, “nadie debería dudar de que la ruptura de los matrimonios es un grave mal social”, “el primer gran equívoco de cualquier ley divorcista induce a pensar que el matrimonio es disoluble”, “es absolutamente inaceptable el llamado divorcio consensual. Una ley que introdujese el divorcio de tal manera que la pervivencia del vínculo quedase a disposición de los cónyuges, sería rechazable moralmente y no podría ser aceptada por ningún católico”²⁴.

A favor de esta postura de la Iglesia y en relación a la Instrucción anteriormente mencionada, expresa su parecer ALONSO PÉREZ²⁵ cuando expone “los católicos estamos obligados a meditar seriamente las afirmaciones del Episcopado Español, en su Instrucción colectiva sobre el divorcio civil de 23 de noviembre de 1979: el vínculo conyugal es intrínsecamente indisoluble; la regulación civil del divorcio no es un derecho de la persona humana; el divorcio engendra divorcio; absoluta inadmisibilidad del divorcio consensual; daños que se seguirían de su introducción en España; que a los católicos no le es lícito en ningún caso acogerse al divorcio civil”. La tesis de la Iglesia ante el divorcio, es una posición inmutable, y que en ningún caso acepta la disolución del vínculo matrimonial²⁶.

²³ En este sentido Vid., por todos: LÓPEZ ALARCÓN, Mariano. NAVARRO-VALLS, Rafael. *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*. Madrid, 1994, pág. 294 y ss.

²⁴ Vid. INSTRUCCION COLECTIVA DEL EPISCOPADO ESPAÑOL. Aprobada por la Asamblea Plenaria el 23 de noviembre de 1979, sobre divorcio civil.

²⁵ ALONSO PÉREZ, Mariano. *El divorcio y la reforma del derecho matrimonial español*. Salamanca, 1981, pág. 15.

²⁶ En sentido contrario, TORRUBIANO RIPOLL, afirma y demuestra que no se ha probado todavía suficientemente la indisolubilidad absoluta de los matrimonios consumados entre

Como consecuencia de esta nueva andadura normativa, y siendo un fiel reflejo de la nueva situación la sentencia anteriormente expuesta, la relación jurídica más intensa entre la Iglesia y el Estado viene determinada por la eficacia civil de las resoluciones canónicas. Situación ésta muy bien fundamentada por la STS de 24 de octubre de 2007 al exponer que las sentencias canónicas dependen exclusivamente de un juicio de homologación que se ciñe a dos extremos concretos: a) La autenticidad de la sentencia firme, su comprobación y verificación y b) la adecuación de la sentencia al Derecho del Estado de forma que las declaraciones de la sentencia conforme al Derecho Canónico, no esté en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables del Derecho estatal de manera que no se vean alterados los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. El TS sigue esta línea en cuanto a la homologación sin hacer nuevos pronunciamientos que desvirtuarían su naturaleza y excederían del contenido que tiene atribuido por la ley²⁷.

3. Derecho Histórico Español

Al tratar el divorcio en España surgen numerosas investigaciones en cuanto a su origen, ya que parte de la doctrina, entre ellos DÍEZ –PICAZO,

crisianos, sino un cierto grado de indisolubilidad común sean sacramentales o no, y que los argumentos indicados a favor de la indisolubilidad son comunes a todo tipo de matrimonio. Vid. TORRUBIANO RIPOLL, Jaime. *El Divorcio Vincular y el Dogma Católico*. Madrid, MCMXXVI, pág. 67 y ss.

²⁷ Vid. RUBIO TORRANO, Enrique. “Eficacia Civil de Resoluciones Canónicas”. En *Aranzadi Civil* num.1/ 2008. Pamplona, 2008. Versión electrónica, pág. 2 y ss.

GULLÓN, GARCÍA VARELA,²⁸ sitúan el primer divorcio en la II República española, sin hacer referencia a que con la Ley de Matrimonio Civil de 1870, se introduce en nuestro país un divorcio, formalizado en el sentido de separación de los cónyuges, y por tanto no afín al concepto de divorcio que rige actualmente, pero que se ubica bajo este mismo nombre.

Se planteó como un divorcio no vincular, mediante el cual no desaparece el vínculo que los une y por lo tanto no adquieren libertad para poder contraer un nuevo matrimonio, de modo que el anterior subsiste y sólo quedarán exentos de la obligación de vivir unidos. Ya el artículo primero de esta ley establece la perpetuidad e indisolubilidad del matrimonio²⁹. Por lo tanto, se entiende que muchos autores no lo consideren divorcio como tal y sí como una mera separación disfrazada bajo dicha rúbrica.

No obstante, desde semejante perspectiva hay que tener en cuenta que los textos legales lo estimaban como divorcio, y como tal se regula en el Capítulo VII de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870, en cuyo artículo 85 se establecían las causas por las que procederá. Éstas eran las siguientes:

1ª.- Adulterio de la mujer, no remitido expresa o tácitamente por el marido.

2ª.- Adulterio del marido con escándalo público o con el abandono completo de la mujer, o cuando el adúltero tuviere a su cómplice en la casa

²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luís-GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. Madrid, 1997, pág. 115. GARCIA VARELA, Román. En AAVV. *La Ley del Divorcio*. 3ª ed., Madrid, 1987, pág. 61.

²⁹ Artículo 1º de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870: El matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble.

conyugal, con tal que no hubiere también sido remitido expresa o tácitamente por la mujer.

3ª.- Malos tratamientos graves de obra o de palabra inferidos por el marido a la mujer.

4ª.- Violencia moral o física ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

5ª.- Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida.

6º.- Tentativa del marido para prostituir a la mujer, o la proposición hecha por aquel a ésta por el mismo objeto.

7ª.- Tentativa del marido o de la mujer para corromper a sus hijos y la complicidad en su corrupción o prostitución.

8º.- Condenación por sentencia firme de cualquiera de los cónyuges a cadena o reclusión perpetua.

Establecía igualmente esta Ley que los cónyuges no podrán divorciarse o separarse, por mutuo consentimiento, sino que era indispensable lo fuera por mandato judicial, además de que el divorcio sólo cabía ser reclamado por el cónyuge inocente.

En relación a las dos primeras causas, observando que el adulterio se consideraba, en ese momento, delito, tienen su fundamento en el atentado que suponen para el honor del inocente; la tercera para la vida o la integridad física o psíquica de la mujer; la cuarta significa atacar la sagrada e inviolable libertad de conciencia, mientras que en la quinta una madre no deberá consentir la agresión a sus hijos; relacionadas así mismo con las dos

siguientes en base a su integridad y a la de sus hijos. La octava se basa en lo inviable que es la vida conyugal y los deberes que se derivan del matrimonio³⁰, cuando uno de los cónyuges está privado largamente de libertad. Dicha regulación nos lleva a afirmar, que se trata de un divorcio no vincular, causalista, ya que ciertamente ha de basarse en alguna de las causas expresamente recogidas en este artículo, y del mismo modo un divorcio unilateral, que debía de ser instado por el cónyuge inocente, insistiendo dicho artículo en que en ningún caso podría ser consensual.

El 10 de febrero de 1875, se publica el Decreto que deroga en parte esta Ley. En relación al divorcio indica en su artículo 7 que las causas pendientes de divorcio son de competencia de los Tribunales Eclesiásticos. Ciertamente es, y siguiendo a VALPUESTA³¹, que la Ley de Matrimonio Civil fue un material valioso para los redactores del Anteproyecto del Código Civil. En este cuerpo legal, ya en 1889 una vez aprobado, se regula el divorcio en los artículos 104 a 107. Se muestra un divorcio heredado de la anterior ley de matrimonio civil, ya que sigue la figura del divorcio no vincular, y por ende expresa dicha fórmula la mera suspensión de la vida común de los casados³².

Las causas de divorcio se reducían a seis, expresadas en el artículo 105, y eran las que siguen:

1ª. El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.

2ª. Los malos tratamientos de obra, o las injurias graves.

³⁰ ROLDÁN VERDEJO, Roberto. *La Ley de Matrimonio...cit.*, pág.354.

³¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a del Rosario. *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*. Sevilla, 1982, pág.31.

³² Principio expresado en el artículo 104 del Código Civil de 1889 de exacta redacción con el 83 de la ley de junio de 1870.

3ª. La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

4ª. La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

5ª. El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y a la connivencia en su corrupción o prostitución.

6ª. La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua.

Tales causas como se ha dejado ver anteriormente, van en íntima conexión con la ley de 1870 y en conformidad con el derecho eclesiástico.

En relación al adulterio ambas lo contenían en un lugar principal, como consecuencia de que uno de los requisitos esenciales del matrimonio es el de la fidelidad³³, y, por tanto, su vulneración es más que motivo suficiente para instar el divorcio. En el último de los artículos citados aúnan las dos últimas circunstancias en “menosprecio de la mujer”, que en la misma terminología abarca iguales casos, y otorga mayor protección a la dignidad de la misma. En relación a los malos tratamientos, se añaden las injurias, suprimiendo el término *del marido a la mujer*, con lo cual se le deja a éste la posibilidad de que pueda ser víctima de dichos malos tratamientos o injurias efectuadas por la mujer, circunstancia que no recogía la ley de 1870. Se suprime igualmente el apartado referente a los malos tratamientos de obra inferidos a los hijos con peligro de su vida, conducta ésta tipificada en el Código Penal y en la que se determinaran las consecuencias de acuerdo con esta disciplina.

³³ *Vid.* Artículo 56 del Código Civil: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”.

Como queda indicado, el respeto a la libertad de conciencia, a la honra del consorte inocente y las consecuencias de la perpetuidad de una pena que se opone a la vida conyugal³⁴, justifican y hacen necesarias estas causas enmarcadas en el artículo 105, de semejante similitud al de la ley de 1870. En consonancia con esta Ley el Código Civil asume, con idéntica redacción, que el divorcio sólo podrá ser pedido por el cónyuge inocente. Tal principio se funda en que el agraviado es el que ha de decidir, entre perdonar y no dar publicidad alguna o instar al divorcio, lo cual no argumentaría en ningún caso que en una situación tan personal pudiera otro sujeto intervenir³⁵.

Semejante contenido vuelve a ser cambiado con la entrada en vigor de la Constitución de 1931, que en su artículo 43, establecía: “El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso, o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso, de justa causa”. Consecuencia de este precepto es la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932³⁶, que introduce el divorcio vincular, aquél que produce la disolución del vínculo que une a los cónyuges en matrimonio. PUIG PEÑA en relación a éste concepto sintetiza que cuando se habla de divorcio, se alude al pleno, absoluto, y definitivo. A aquella institución por cuya virtud se rompe o se disuelve, oficialmente el lazo matrimonial de unas nupcias, legítimamente contraídas. Dejando a los esposos en libertad de contraer nuevo consorcio³⁷. LACRUZ, por su parte, lo define como “la

³⁴ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español*. Madrid, 1943, págs. 522 y ss.

³⁵ *Ibid.*...pág 526.

³⁶ *Vid.*, en relación a las vicisitudes parlamentarias de esta ley, y con especial consideración al principio de igualdad de los cónyuges, que se consagra en la misma, DELGADO IRIBARREN, Francisco. “El derecho de familia en la Constitución de la Republica Española de 1931”. En *Revista de Derecho Privado*.1932, págs. 69 y ss.

³⁷ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II, vol. I, Madrid, 1947, pág. 498.

institución legal que permite la disolución vincular del matrimonio en vida de ambos cónyuges”³⁸.

En base a tales planteamientos disponía el artículo 1º de la ley que “el divorcio, decretado por sentencia firme de los Tribunales Civiles, disuelve el matrimonio, cualquiera que hubiese sido la forma de celebración” y el 2º que “habrá lugar al divorcio cuando lo pidan ambos cónyuges, o uno de ellos, por alguna de las causas determinadas en esta Ley”.

Como se ha comentado anteriormente la legislación republicana introdujo el divorcio vincular con todos sus efectos, pero mantuvo la simple separación personal de los cónyuges, con la posibilidad de convertir ésta en divorcio pleno.

Las causas de divorcio que recoge la Ley tienen su origen en las establecidas con anterioridad en la Ley de Matrimonio Civil de 1870 y en el Código Civil, que en relación a ellos se reproducen, modifican o añaden.

El artículo 3 de la Ley detallaba las causas para solicitar el divorcio. La primera es la del adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue. En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo, que se pronuncia en base a que para que se estime esta causa debe existir una prueba concluyente, “difícil en la mayoría de los casos, dado que de ordinario se comete la acción secretamente, presunciones violentas, indicios vehementes del quebrantamiento de fe conyugal”. Dicha Sentencia de 4 de enero de 1933, versa sobre el caso de un marido que cree que su esposa le es infiel e interpone demanda de divorcio vincular que la Audiencia de Zaragoza desestima, porque no admite demostrado el adulterio “ni el propio

³⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luís y otros. *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, Vol. I, 3ª ed., Barcelona 1990, pág. 205.

reconocimiento de la demandada, en una carta dirigida al marido en la que se confiesa culpable y le pide perdón, ni las indicadas manifestaciones testificales, de las que resulta que la mujer frecuentaba una casa de mala nota, fue sorprendida en una ocasión comiendo con su amante en ausencia de su marido”. El Tribunal Supremo rechaza el recurso en razón a que” las cartas carecen de autenticidad al no ser reconocidas por los firmantes, y la carta no contiene elementos bastantes a los fines perseguidos”³⁹ . La segunda de las causas del artículo tercero de la Ley introduce la bigamia, a continuación la tercera versa sobre la tentativa del marido para prostituir a su mujer o la de cualquiera de lo cónyuges respecto de los hijos o la connivencia en ello. En relación a esta causa y de nuevo desestimando la demanda se pronuncia la Audiencia de Málaga y posteriormente el Tribunal Supremo, en la sentencia número 128, de 5 de diciembre de 1932, en la cual un marido al poco tiempo de estar casados, maltrata gravemente a su mujer y pretende llevarla a un indigno comercio carnal, y como ella se resiste emplea la fuerza para obligarla a entrar en una torpe mansión. Establece el Tribunal que no se acreditan suficientemente los hechos alegados en la demanda.

La cuarta causa para instar al divorcio se basaba en el desamparo de la familia sin justificación; quedando la quinta reservada al abandono culpable del cónyuge durante un año. En la STS número 302, de 17 de febrero de 1933, se dan cita estas dos causas de divorcio por desamparo de la familia y abandono del cónyuge, que nacen de actos de la exclusiva voluntad del mismo. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, ya que en conjunción de las dos causas, el abandono culpable⁴⁰ del marido resulta

³⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo número 209 de 4 de enero de 1933.

⁴⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo número 66, de 3 de noviembre de 1932, en relación a que el abandono culpable no puede invocarse si hubo reconciliación posterior de los cónyuges. Dice el Tribunal Supremo “ Acertada nos parece la doctrina consignada en cuanto determina la significación de culpabilidad respecto de uno de los cónyuges que ha de tener el abandono por más

evidente de las pruebas practicadas, nace de actos de la exclusiva y libérrima voluntad del mismo, sin dependencia ni condicionalidad a lo que terceras personas puedan realizar en remedio de esta situación, ya que la esposa se fue a vivir con sus padres. Expresa en relación a la quinta causa “el abandono en que la esposa quedó al alejarse aquel del domicilio conyugal y romper con ella todo trato o relación”.

La ausencia del cónyuge, como causa sexta, cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, se aparta de la legislación anterior, en la cual no se admitía como causa de divorcio. A continuación la séptima consiste en el atentado de un cónyuge contra la vida del otro o de los hijos, los malos tratos de obra y las injurias. Muy relacionada con ésta se encuentra la causa octava en relación a la violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de alguno de los cónyuges. En la Sentencia número 218 de 6 de enero de 1933, la demandada alega que su marido se había casado con ella por el valor económico, y que desde los primeros días la hizo víctima de vejaciones y malos tratos. Una vez conseguida la administración de sus bienes la internó en un manicomio, habiendo declarado el marido que no se haría cargo de ella. La Audiencia de Valencia decreta el divorcio vincular, declarando culpable al marido. El Tribunal Supremo por su parte estima que no hay lugar a la causa séptima del artículo tercero pero sí la causa octava está plenamente reconocida ya que desde que la ingresó su marido violó los deberes de los artículos 57 y 58 del Código Civil, basados en el deber de mutuo socorro y de protección del marido a la mujer.

de un año para que pueda estimarse como causa de divorcio, y claro es, que la ulterior reconciliación del matrimonio borra y aniquila todo rastro de aquel”.

A continuación las causas novena y décima se relacionan con algún tipo de enfermedad bien sea contagiosa y grave de carácter venéreo o la que por presunción razonable y en su progresivo desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales, como en el caso de la impotencia. La causa undécima por su parte se refiere a la pena de privación de libertad por un tiempo superior a 10 años, que en la legislación anterior se recogía como cadena o reclusión perpetua.

Sin embargo la más novedosa de estas causas es la duodécima que admite la separación de hecho libremente consentida durante tres años. En atención a esta causa y a la octava en la STS de 21 de abril de 1934 se decreta el divorcio por separación consentida sin culpabilidad por parte de los cónyuges; sin embargo recurre la esposa alegando la vida desordenada del marido. El Tribunal Supremo encuentra fundamento en esta última causa y estima el recurso. Declara “ ha quedado justificado que los cónyuges viven separados más de tres años con separación libremente consentida por lo que es de apreciar la concurrencia de la causa duodécima del artículo tercero de la Ley del Divorcio”. Continúa la sentencia, y en relación a los datos o elementos a considerar en referencia a la causa octava declarando que “los hay abundantes en cantidad y en calidad para dar por probada la existencia de la causa octava del citado artículo 3 de dicha Ley; toda vez que nueve testigos, entre ellos la propia madre del esposo don P. F., afirman la certeza de los hechos que la pregunta octava del interrogatorio de la demandada contiene, de los que en relación con los que afirmaron la certeza de la pregunta quinta se desprende que el demandante señor F. observó durante su vida matrimonial una conducta inmoral y deshonrosa que produjo tal perturbación en las relaciones conyugales que hacían imposible para su esposa, la continuación de la vida común” “declarando en consecuencia que

se debe dar lugar al divorcio de acuerdo con lo solicitado en reconvencción por doña A. M. M., al amparo de la causa octava del artículo 3 de la repetida ley, con la consiguiente declaración de culpabilidad contra el marido señor F”⁴¹.

Finaliza el comentado artículo 3 de la Ley con la última causa basada en la enajenación mental de uno de los cónyuges cuando impida su convivencia espiritual de modo gravemente perjudicial para la familia, siempre que quede asegurada la asistencia del enfermo.

Como efectos de la Ley, desde el punto de vista sustantivo, y estimando, como se ha demostrado, que puede existir un cónyuge culpable, sólo podrá casarse después de transcurrido un año desde la firmeza de la sentencia de divorcio, como recoge el artículo 10, con independencia de la prohibición de la mujer de no poder contraer matrimonio dentro de los trescientos días siguientes a la diligencia judicial de separación de los cónyuges. Esta situación no rige cuando se den las causas 5, 6, 10 y 12 del artículo 3, por considerar que se está en una situación de esposos ya separados, impotentes y cuando la disolución sea por mutuo consentimiento de los cónyuges⁴².

Sobre la susodicha Ley cabe una doble valoración: por una parte acepta el divorcio por mutuo disenso, que será germen para las regulaciones posteriores, pero por otra establece el modelo de divorcio sanción en el cual ha de existir un culpable al que sancionar. En todo caso lo cierto es que al recoger tantas causas, y desde una visión divorcista, sería poco usual que alguien no se encontrara en algunas de ellas para poder instar al divorcio. Como opina ZARRALUQUI la mayor parte de los españoles llevarían la

⁴¹ Vid. STS de 21 de abril de 1934. RJ 1934\759.

⁴² ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luís. *El Divorcio, defensa del Matrimonio*. Barcelona, 1980, pág. 173.

impresión de que con esta ley republicana del divorcio podía optarse a él con absoluta facilidad y naturalidad, y nada más lejos de la realidad, porque como se ha demostrado en las sentencias anteriormente mencionadas, han de probarse los hechos de forma contundente y además la ley establece una serie de garantías, al exigir que los cónyuges tienen que comparecer por tres veces con intervalos de seis meses y reiterar su decisión, para que el juez pueda cerciorarse de la ruptura de la convivencia⁴³.

La Ley del Divorcio de 1932 tuvo un período de vigencia, bastante breve ya que en plena Guerra Civil, el Decreto 2 de marzo de 1938, procedió a la suspensión de los pleitos pendientes de separación y divorcio, siendo derogada totalmente por la Ley de 23 de septiembre de 1939. Una vez instaurada la Dictadura se aprueba el 17 de julio de 1945 el Fuero de los Españoles, definido como el órgano superior de participación del pueblo en las tareas del Estado y como texto fundamental definidor de los derechos y deberes de los mismos y amparador de sus garantías. El artículo 22 de este Fuero reconoce que “el matrimonio será uno e indisoluble”. Como consecuencia y en aras de la aplicación del Código Civil de 1889, se considera el divorcio como la mera separación de la vida común de los cónyuges⁴⁴. La única modificación que durante estos años se introdujo fue, como se expresó anteriormente, la de la ley de 24 de abril de 1958, para que desapareciera el término divorcio del Código sustituyéndolo por “separación personal”⁴⁵.

⁴³ *Ibd...* pág. 175.

⁴⁴ ESPIN Diego. *Manual de Derecho Civil Español*. Vol. IV, 2ª ed., Madrid, 1963, pág. 112.

⁴⁵ SANTAMARÍA CRISTÓBAL, José Luís. *Comentarios al Código Civil*. Tomo I, Madrid 1958, págs. 160 y ss.

El Fuero es derogado por la Constitución de 1978, que nuevamente admite, como reiteradamente hemos manifestado, en su texto la hipótesis del divorcio. Cuestión que se implanta a través de la Ley de 1981.

II. DEL DIVORCIO CAUSAL AL DIVORCIO OBJETIVO

1. Cuestiones Previas.

Una vez analizadas las causas de divorcio en el derecho histórico español, y habiendo establecido de forma implícita los tipos de divorcio que han existido en la historia de mismo, podemos comenzar a clasificarlos, en base a los diferentes sistemas divorcistas que se han ido sucediendo hasta hoy.

La primera distinción que ha de hacerse y en la que hemos basado los iniciales apartados del presente capítulo es la que consiste en diferenciar el divorcio vincular del no vincular. Como se ha dicho aquél consiste en disolver el matrimonio en base a que los esposos puedan contraer uno nuevo. Divorcio éste que se dio en la II República española. Mientras que el no vincular, que tiene su origen en la Ley de Matrimonio Civil de 1870, y posteriormente es consagrado en el Código Civil de 1889, no disuelve el vínculo y se trata de una mera separación de los cónyuges. A excepción de la Ley de 1932 es el que se ha mantenido en nuestro país hasta el año 1978, con la aprobación de la Constitución.

Las opciones básicas para el legislador, como pone de manifiesto LASARTE⁴⁶, consisten en diferenciar un segundo tipo de divorcio que comprendería el consensual y el judicial. El primero de ellos se fundamenta en estimar la simple y concordada voluntad de los cónyuges en hacer desaparecer los efectos del matrimonio, sin más procedimiento que comunicarlo a la autoridad competente en la forma establecida, sin que el Estado pueda intervenir en la libre voluntad y deseo de los esposos. En nuestro país nunca ha sido aceptado un divorcio sin reconocimiento judicial.

En la segunda de las hipótesis, el divorcio judicial reconoce la intención de los cónyuges de poner fin al matrimonio, con el procedimiento debido y con la correspondiente sentencia que lo declare. Dentro de dicho sistema hay que diferenciar las dimensiones generales, que lo configuran y distinguen entre sí, a las que voy a denominar sistema tradicional y sistema actual. En aquél se reconocen a su vez tres tipos: divorcio-sanción, divorcio-remedio, y divorcio-consensual; el denominado actual se corresponde con las nuevas figuras divorcistas que los cambios sociales y jurídicos introducen en nuestro derecho.

2. Sistema de divorcio tradicional (causalista):

Acoge, como he dicho con anterioridad, tres modalidades que paso a analizar brevemente.

⁴⁶ LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI*. Tomo VI, 3ªed., Barcelona 2002, págs. 109 y ss.

2.1. Divorcio- sanción.

El primero de ellos, el divorcio- sanción, se fundamenta en la culpabilidad de alguno de los cónyuges, en la grave situación que supondría el incumplimiento de los deberes conyugales. Como consecuencia la ley tipifica una serie de causas, en las que ha de incurrir el cónyuge para ser declarado culpable⁴⁷. Es el inocente el que puede instar a la disolución del matrimonio. DÍEZ –PICAZO y GULLÓN en relación a esta teoría del divorcio, y de modo crítico, expresan que de acuerdo con ella “ la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada convincente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal”⁴⁸.

La manifestación más clara de éste tipo de divorcio se promueve con la Ley de la II República, en la que, como se pudo comprobar anteriormente en las sentencias comentadas, el criterio de culpabilidad es una constante exigida por nuestros Tribunales en atención a los designios legales. No obstante, la propia Ley ⁴⁹, y como consecuencia la doctrina⁵⁰, advierten que no todas las causas del citado artículo 3 pueden ser constitutivas de este tipo de divorcio.

⁴⁷ GARCIA CANTERO, Gabriel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo II, 2ª ed., Madrid, 1982, pág. 295 y ss.

⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, Luís. GULLÓN, Antonio. *Sistema...cit.*, págs. 115 y 116.

⁴⁹ Así el artículo 17 de la Ley de 1932 decía “ a falta de acuerdo quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueran culpables o no lo fuese ninguno...”, y siguiendo esta línea el 30.2 establecía:

“si el divorcio se decretare por causa que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges...”

⁵⁰ VALLADARES, Etelvina. *Nulidad, Separación, Divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*. Madrid, 1982, pág. 189.

Así no podríamos encontrar ningún vestigio de culpabilidad en la causa sexta referente a la ausencia, ni en la duodécima que trata de la separación de hecho libremente consentida por los cónyuges. Puede ser más dudoso determinar la culpabilidad en causas como la novena, décima y undécima, que trata de enfermedades que han podido contraerse al mantener relaciones extramatrimoniales o antes de contraer matrimonio ocultándose, casos estos constitutivos de culpabilidad.

2.2. Divorcio- remedio.

Se plantea fundamentalmente como una realidad en la cual el matrimonio se encuentra roto, y no es posible una reconstrucción del mismo. El punto de partida de tal situación es el cese efectivo de la convivencia conyugal con independencia de la cuestión o motivo que lo haya producido. ALBALADEJO en relación a estos motivos considera que pueden ser “el no entendimiento entre los esposos, el haber surgido entre ellos obstáculos que imposibiliten o hagan penosa la vida en común, la infidelidad conyugal de alguno...indiferencia o cansancio de la vida matrimonial...”. Continúa argumentando dicho divorcio al indicar “un divorcio-remedio, para poner fin a un matrimonio que ya estaba roto, aunque subsistía, y a la vez un divorcio aséptico e inculpable, en el que no haya de entrar en el por qué del fracaso conyugal, ni en a quién es imputable, ya que lo que importa es la ruptura entre los casados”⁵¹. Esta es la hipótesis del divorcio que se regula en la Ley de 7 de julio de 1981, como más adelante veremos.

⁵¹ ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil IV*. Barcelona, 1997, pág. 83.

Sin embargo para autores como O'CALLAGHAN, una de las ideas básicas de esta Ley de 1981 es que se trata de un divorcio-sanción, no en el sentido de castigar a un culpable sino en el de "sanción legal, consagración, o reconocimiento legal; la ley sanciona legalmente lo que la realidad ha impuesto; da sanción legal a una disolución de hecho ya producida en la realidad; las causas de divorcio se basan en el cese efectivo de la convivencia conyugal"⁵².

Con relación a este tema existen numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales que se hacen eco de qué divorcio- remedio tiene que evitar la convivencia de dos personas que no se soportan, una vez que desaparecen los lazos de unión en los cuales se basaba el matrimonio, tal y como se deja ver en la SAP de Zamora de 27 de marzo de 2003, "frente a la separación y divorcio como sanción, que son contemplados en los preceptos citados, se ha venido desarrollando doctrinalmente la del divorcio-separación remedio, con fundamento en la teoría de la "desafecctio" y del principio de que no pueden imponerse convivencias no deseadas, por ello, aún cuando uno de los cónyuges se oponga a la separación, los Tribunales la vienen sancionando bajo el manto de la reciprocidad en los deberes de convivencia, fidelidad, ayuda y cariño mutuo, entendiendo que si por parte de uno ha desaparecido, es imposible que el otro los cumpla porque el matrimonio es cosa de dos, y la pérdida de la felicidad conyugal de cualquiera de ellos convierte el matrimonio en un infierno, y normalmente así ocurre cuando de las demandas y contestaciones se deduce el mutuo deseo de no estar juntos aunque sea por distintas causas; pero esta suposición, sin otras pruebas que las declaraciones de las partes interesadas, no debería extenderse a supuestos en los que uno de los cónyuges se opone a la separación. Es decir, las nuevas

⁵² O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio...cit.*, pág. 89.

tendencias tratan de superar la concepción culpabilística y se trata de objetivizar las causas que pueden originar la sanción judicial de la crisis matrimonial, huyendo de la separación-sanción para aproximarse a la de remedio de una situación cuya perdurabilidad se ofrece como inviable, al haber desaparecido los lazos de amor, respeto y ayuda mutua en los que, ha de asentarse la institución matrimonial. Por ello, las denominadas causas de separación que se contienen en el artículo 82 no pueden entenderse como una vuelta a los conceptos de culpabilidad o inocencia sino como manifestaciones o efectos limitados del quebrantamiento de aquellos deberes, que revelan la inconsistencia del mantenimiento de la unión nupcial, por pérdida del afecto marital”⁵³.

En dicha línea, se pronuncia la Audiencia Provincial de Cádiz al establecer: “suprimido en la Reforma Legislativa de 1981 el requisito de culpabilidad presente hasta entonces en los procesos matrimoniales, estos no pueden concebirse hoy como de un comportamiento conyugal repudiable, sino que arbitran como procedimiento para poner fin a una situación familiar que no admite otra solución que la cesación . Ello comporta el abandono del antiguo principio de mantenimiento a ultranza de la convivencia, y obliga a interpretar el art. 81 del Código Civil en el sentido de que cuando la crisis afectiva es manifiesta e irreversible, resulta violenta y preternatural la imposición de vida común, a dos personas que recíprocamente no se soportan”⁵⁴.

Aún demostrándose por la jurisprudencia que la concepción de un divorcio culpable lleva al divorcio remedio como consecuencia de una situación que ha fracasado, la mayor parte de la doctrina considera que la ley

⁵³ Vid. SAP de Zamora, de 27 de marzo de 2003, número 83/2003.

⁵⁴ Vid. SAP. Cádiz de 24 de abril de 1998. FJ.1º.

de 1981, mantenía vestigios del divorcio sanción, ya que algunas de las causas que establece puede solicitarse como castigo a la conducta creada por el cónyuge⁵⁵.

2.3. Divorcio consensual o por mutuo acuerdo de los cónyuges.

El divorcio por mutuo consentimiento se justifica en la declaración de voluntad de ambos cónyuges para divorciarse o por uno de ellos con el consentimiento del otro. Pero no es suficiente la mera voluntad de ambos, ésta ha de estar sujeta a una causa expresamente considerada o que haya transcurrido un plazo mínimo de vida matrimonial. Es denominado también como divorcio por mutuo acuerdo. Se recogió ya en la Ley de 1932, y en la Ley del divorcio de 1981.

En parecido sentido es destacable la SAP de Segovia de 24 de abril de 1989, que recoge con insistencia la doble vertiente del consentimiento, bien sea disensual o consensual, “la resolución judicial de separación no es una reacción sancionadora frente a un comportamiento culpable, sino una forma de tratar jurídicamente las crisis matrimoniales, dándoles una salida respetuosa con los diferentes intereses personales y familiares, y por ello se prevé que pueda decretarse, judicialmente la separación a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro (separación consensual) o por cualquiera de ellos cuando haya transcurrido un determinado periodo de cese efectivo de convivencia”.

Estos sistemas se dan en los divorcios causalistas, que son los que han regido en nuestro país en las dos leyes anteriormente mencionadas, y que

⁵⁵ *Vid.*, por todos: LACRUZ BERDEJO, *José Luís. Elementos de Derecho Civil IV*. Madrid, 2002, pág. 95.

dentro de las mismas pueden presentarse los tres tipos de forma conjunta, dependiendo de la causa que se alegue. En la Ley de 1932, se muestra un sistema causalista de mutuo disenso (art.2), que admite igualmente el divorcio unilateral causal, haciendo expresas las 13 causas que recoge, en la mayoría de las cuales, existe una culpabilidad que ha de ser asumida por uno de los cónyuges. El segundo de los divorcio vinculares instaurados en España, es el que se perfecciona con la Ley de 7 de julio de 1981, se trata de un sistema causal. El artículo 86 del Código desarrollaba las cinco causas por las cuales se podía instar al divorcio, que, exceptuando la última, las cuatro anteriores se basan en el cese efectivo de la convivencia conyugal. Tal Ley pretende elaborarse de acuerdo con la supresión de los criterios culpabilísticos, y en consonancia con el sistema de divorcio-remedio, cuya antesala ha de ser la cesación de la convivencia. En ella, no se admite expresamente el divorcio de mutuo acuerdo, pero sí implícitamente ya que aunque es básicamente causalista, la separación consensual puede transformarse en divorcio, cuando haya transcurrido un año del cese de la convivencia o incluso por la simple separación de hecho, consensual, si pasan dos años⁵⁶.

3. Sistema Actual.

En nuestra realidad jurídica los sistemas vigentes se deslizan hacia derroteros diferentes sobre premisas consensuales más evidentes.

⁵⁶ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. “El Divorcio en España: unos apuntes sobre su evolución histórica”. En *Diario La Ley* nº6292. Madrid, 2005, pág. 2048.

3.1. Divorcio consensual no causal con plazos.

Sin perjuicio del posterior desarrollo que se hará de la ley 30/1981, y principalmente de la Ley 15/2005, considerándolas el ayer y el hoy de nuestro divorcio, es necesario mencionar a grandes rasgos, como se ha hecho con la primera de ellas, si la última modificación de 2005 corresponde a algún sistema de divorcio de los anteriormente mencionados. La respuesta a este planteamiento es que no.

Se trata, y de ahí toda la polémica derivada de la misma, de un sistema de divorcio no causal, sin separación previa, y sin dudarlo, un divorcio vincular. Esta nueva fórmula se orienta hacia un divorcio consensual que quizás no llega a alcanzarlo, puesto que es necesaria la sentencia de divorcio, pero podríamos calificarlo de consensual parcial, si se quiere, puesto que la voluntad de los cónyuges de no desear continuar con su matrimonio, es suficiente para instar al divorcio⁵⁷. El plazo establecido es de tres meses desde que se celebró el matrimonio. Puede ser igualmente unilateral, con la mera voluntad de uno de los cónyuges.

3.2. Divorcio unilateral no causal con plazos.

La disolución del matrimonio solicitado unilateralmente por uno de los cónyuges, sin la voluntad concurrente del otro, y sin la alegación de causa alguna, es realmente excepcional. Ya que hasta los países más avanzados

⁵⁷ Nos referimos a un divorcio consensual producido por la mera voluntad de los cónyuges, incluso vincular sin sentencia. En la regulación actual carece de sentido un divorcio sin pronunciamiento judicial, por lo que hablar de una disolución por mutuo consentimiento se sobreentiende que es mediante sentencia. Este tipo de divorcio se desarrollara en el tercer capítulo.

jurídicamente, y con este tipo de divorcio, exigen una ratificación del mismo pasado un determinado periodo de reflexión.

No podemos encuadrarlo ni en un divorcio-sanción, ni en un divorcio-remedio, puesto que no existen causas que nos lo permitan, pero sí podemos calificarlo como un divorcio objetivo⁵⁸, el cual únicamente exige que haya pasado un trimestre desde la celebración del matrimonio, para poder instar al mismo.

Paramos en este punto el análisis de esta modalidad de divorcio, que nos ha servido de introducción al tema, para dedicarle, más adelante, todo el estudio que merece esta fórmula por su actualidad no exenta de novedad.

III. ASPECTOS CONSTITUCIONALES.

1. Cuestiones preliminares.

La Constitución de 1978, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, da al divorcio una insinuada cabida en su extenso articulado, al regular de forma conjunta lo referente a las “crisis matrimoniales”, autorizar un posterior desarrollo por parte del legislador. Siguiendo a ESPÍN CÁNOVAS⁵⁹ no cabe duda de que el término que utiliza el texto constitucional es para referirse al divorcio vincular, carecería de toda lógica insinuar que lo que se pretende regular es la separación y no la disolución

⁵⁸ Vid. OROZCO PARDO, Guillermo. “Matrimonio y Divorcio tras la reforma del Código Civil Español”. En *Revista de la Facultad de Derecho- UNSA*. Perú, 2005, pág. 134.

⁵⁹ ESPÍN CÁNOVAS, Diego. “Artículo 32 Derecho al matrimonio”. En AAVV. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Dirigidos por Oscar Alzaga. Tomo III. Madrid, 1997, pág. 486.

como divorcio, pues esta equivalencia entre ambas nos conduce al paralelismo de regular la separación de los cónyuges y la posterior disolución del vínculo matrimonial. Afirma este autor, que “fuera de esta precisión, ninguna otra se deduce del término constitucional, salvo la plena igualdad que han de tener los cónyuges en el régimen de separación y divorcio”.

No estamos de acuerdo en la totalidad de lo manifestado puesto que la regulación o el mandato constitucional del divorcio que se hace, no sólo ha de tener en cuenta, en dicho sentido constitucional, el principio de igualdad de los cónyuges sino otros que desarrollaremos a continuación, como el de libertad para contraer o disolver el matrimonio, así como uno de los que nos parecen prioritario, como es el del libre desarrollo de la personalidad, base de cualquier relación personal del sujeto. De todas formas, resulta cuanto menos sorprendente, y en opinión meramente personal, que habiendo expuesto en el apartado anterior de manera general las dos últimas leyes de divorcio, con todo lo sorprendente que puede resultar, el paso de un divorcio causalista a un divorcio objetivo, como propuesta de progreso y de exaltación quizás del principio de libertad, no causa menos sorpresa que la Constitución no reconozca el término divorcio, y se continúe con el de disolución, cuando una disolución de matrimonio no es otra cosa que un divorcio.

Pero al margen de debates conceptuales, que obviamente deberían adaptarse al curso de la sociedad, no fueron pocas las discusiones en torno al divorcio, al igual que en otras numerosas materias, para aprobar el artículo de la Constitución, en que se hace, de este modo, referencia al mismo.

2. Redacción y contenido del artículo 32.2.

El Anteproyecto de Constitución Española, publicado el día 5 de enero de 1978, decía en su artículo 27.2: “El Derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. Las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista y Comunista coinciden en querer introducir en el artículo constitucional, que la futura ley de divorcio admitiera el divorcio por mutuo consentimiento. Mientras, el Grupo Parlamentario Alianza Popular se oponía a dicha incorporación en España del divorcio al considerar, por una parte, que esto no era materia constitucional y, por otra, al solicitar que se sometiera a referéndum. El Informe de la ponencia no cambia este artículo 27, siendo posteriormente objeto de debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, el término disolución como tal o la introducción directa del de divorcio, que en vez de profundizar en estos términos, pareciera que la defensa se hacía en interés de los principios de cada uno⁶⁰. Tras las numerosas intervenciones, y debates en la materia se aprueba el artículo 32⁶¹, apartado segundo, redactado de la siguiente forma: “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”.

Como se demuestra en el artículo aprobado, el Texto constitucional no recoge, como se ha advertido, expresamente el divorcio o, al menos, no lo

⁶⁰ Vid., VALLADARES, Etelvina. *Nulidad, Separación, divorcio...cit.*, págs. 193 y ss.

⁶¹ Para un análisis del artículo 32, en su totalidad, refiriéndose también al matrimonio, Vid. POLO SABAU, José Ramón. *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*. Pamplona, 2006.

menciona de tal manera, pero autoriza una ley ordinaria que lo desarrolle. La interdicción de conceptos en materia de familia regulada en la Constitución y en el Derecho Civil, no es más que una coyuntura necesaria en un Estado social y democrático de Derecho. Es necesario que el Derecho Privado, se acomode a los valores y principio establecidos en aquella. Así, y como clave referencial, en el artículo 1.1 se propugnan como valores superiores del ordenamiento “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Igualmente en el artículo 10 “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley (...)”.

El progreso normativo queda sometido a tales principios y valores, en tanto que ha de construirse en relación a los mismos. Por ello, la idea general de autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad conducen a la garantía constitucional en la regulación del matrimonio y, por consiguiente, al establecimiento constitucional expreso de la posibilidad de separación y disolución del vínculo⁶².

El artículo 32 atribuye al Estado la competencia para legislar en esta materia. Según LACRUZ, este precepto “por su referencia a la disolución del matrimonio, desconstitucionaliza la indisolubilidad, y aunque no hace del divorcio un imperativo constitucional, fue un valor entendido que esta causa de disolución del matrimonio se introduciría con carácter general en la ulterior reforma del Código Civil”⁶³. Por lo tanto, dicho mandato constitucional permite institucionalizar el divorcio dentro del sistema matrimonial.

⁶² Vid., BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. Vol. II. Madrid, 2007, pág. 135.

⁶³ LACRUZ BERDEJO, José Luís. *Elementos...cit.*, pág. 14.

Sobre semejante presunta ambigüedad constitucional se manifiesta ALONSO PÉREZ, en la idea de que, según su opinión, parece claro que nuestra Ley fundamental ha dejado abierta la puerta, sin consagración expresa, a la solución divorcista, bien se piense que “la redacción cautelosa y confusa de este artículo” admite lecturas no necesariamente divorcistas, o que el texto abre las puertas claramente a una legislación de divorcio, y en cualquier caso le resulta evidente “que la formula lingüística es lo suficientemente equívoca como para admitir válidamente posiciones pro o antidivorcistas⁶⁴. Es obvio que, en cualquier caso, el desarrollo posterior y el compromiso social han caminado claramente sobre parámetros divorcistas.

3. Constitución y divorcio.

Esta previsión constitucional fue desarrollada por la reiteradamente citada Ley 30/1981, que modifica la regulación matrimonial e implanta el divorcio. Como era de esperar la Ley produjo ciertas reacciones políticas entre los más conservadores, incluso cuando no se recoge la posibilidad de divorcio por mutuo consentimiento o cuando el acuerdo de voluntades es la base de la institución matrimonial, como nos indica ÁLVAREZ CONDE⁶⁵.

Lo importante a destacar en tal sentido es que se adecua perfectamente al mandato constitucional una vez que desarrolla, como prevé el precepto, las causas de separación y disolución y sus efectos. En consecuencia el Capítulo VII en su artículo 82, fija las causas de separación y el artículo 86, del

⁶⁴ ALONSO PÉREZ, Mariano. *El divorcio y la reforma...*cit., pág. 20

⁶⁵ ALVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. I, Madrid, 1992, pág.304.

Capítulo VIII, las de disolución o divorcio, término este último que sí se utiliza por Ley.

En relación al artículo 32 y su posterior desarrollo, ALONSO PÉREZ⁶⁶ mantiene una postura bastante crítica con respecto al precepto, al opinar que el artículo 32.2 debió de reconocer no sólo la solución divorcista en los términos estrictos con que la plantea sino ir más allá cuando se trata de una situación “seria y se ofrece a quienes nada pueden hacer en el orden humano, honestamente, por recomponer el *affectio maritalis*, es una necesidad que brota de los propios derechos fundamentales, a su vez reconocidos constitucionalmente, tales como el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad”. Continúa su razonamiento a esta fórmula empleada por la Constitución, y concretada en la Ley, en base a cuatro principios: a) El divorcio es una respuesta a un fracaso matrimonial irreversible, pero no ha de ser un cauce para generar o fomentar indisolubilidad conyugal; b) El momento en el que se dictó la Constitución y no sólo en referencia al art.32, sino también en base a los criterios o principios que presiden el texto legal, el divorcio es un concepto jurídico con rango fundamental que permite situarlo en su lugar adecuado, y no es justo imponerlo; c) La indisolubilidad del matrimonio ha dejado de tener rango constitucional y ya no forma parte del orden público español; d) Las enseñanzas jurídicas sobre el divorcio que se implantan con esta ley dejan subsistente “la grave obligación moral que tienen quienes contraen matrimonio canónico de respetar las propiedades esenciales del matrimonio, como la indisolubilidad”.

Sobre tales críticas y, sobre todo, en atención a valoraciones posteriores de algún sector de la doctrina se ha llegado a cuestionar la constitucionalidad

⁶⁶ Vid. ALONSO PÉREZ, Mariano. *El divorcio y la reforma...cit.*, págs. 20 y ss.

de la referida Ley 30/1981⁶⁷ ; cuestión ésta que no ha tenido consecuencias jurídicas notables porque, en definitiva, al margen de la posible opacidad en la descripción textual que hace el susodicho artículo constitucional, no parece que hubiera suficientes motivos, posiblemente por eso, para la inconstitucionalidad citada, como posteriormente se ha demostrado

4. Artículo 10.1 de la Constitución.

La aparición del divorcio, desde el punto de vista constitucional, tiene su coherencia con uno de los principios fundamentales del mismo texto legal: el libre desarrollo de la personalidad, proclamado en el artículo 10.1. La posibilidad de estar casados, separados o divorciados, va íntimamente relacionada con este fundamento, ya que el Estado no puede imponerle un determinado estado civil a la persona, o peor aún, no permitir una disolución del matrimonio cuando así se desea⁶⁸.

LOPEZ AGUILAR desde su visión puramente constitucional, opina que “el respeto al libre desarrollo de la personalidad justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge”⁶⁹. Por lo que la opción de una persona a disolver el vínculo matrimonial no puede ser fruto más que de la expresión de su voluntad manifestada libremente. En esta línea LÓPEZ TENA argumenta, en base al

⁶⁷ Vid., en este sentido: GARCIA CANTERO, Gabriel. Sobre la Posible Inconstitucionalidad de la Ley del Divorcio. *En Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*. Salamanca, 1984, págs. 203 y ss.

⁶⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*. Barcelona, 1995, pág. 530.

⁶⁹ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. “Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma de Derecho civil en materia matrimonial”. *En Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.655. Pamplona 2005. Edición de Internet, pág. 5.

artículo 10.1, que “si se es libre para contraer matrimonio sin otra causa que la voluntad individual, también se debe ser libre para ponerle fin por la misma voluntad individual, sin que en ningún caso se dejen de regular las consecuencias jurídicas”⁷⁰.

Es amplia la jurisprudencia en relación a este principio constitucional, entre otras podemos destacar: STC 192/2003 de 27 de octubre: “(...) así como el libre desarrollo de su personalidad art. 10.1 CE. Recordemos una vez más que ‘la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un «minimum» invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.

En jurisprudencia menor, SAP de Castellón, 36/2007 de 3 de marzo: “Entrando pues en el fondo del asunto, sobre el divorcio interesado, es de hacer constar que conforme a la nueva legislación, Ley 15/2005 no es necesario argumentar, ni demostrar la concurrencia de causa alguna, por cuanto según la exposición de motivos de la Ley ‘el respecto al libre desarrollo de la personalidad garantizado en el art. 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desee seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no seguir casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin

⁷⁰ LÓPEZ TENA, Alfonso. “Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Separación y Divorcio”. *En Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.655. Pamplona 2005.

de la voluntad expresada en la solicitud, ni desde luego, de una previa e ineludible situación de separación".

En dicha línea, SAP de Barcelona 169/2006 de 16 de marzo:“ Estableciendo, tal como se ha indicado, la nueva regulación de la separación y divorcio, por ley 15/2005 , la posibilidad de solicitud de divorcio por una sola de las partes, así lo acordó el juzgador a quo, pues tal consta en su Exposición de Motivos "(...)el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el art. 10,1 de la Constitución , justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona, cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge(...)”.

5. Constitucionalidad de la Ley 15/2005.

Estimando este principio como uno de los fundamentales junto con la libertad y demás consagrados en la Constitución, especialmente el artículo 32.2, se plantea una reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, y así surge la Ley 15/2005. Como ya se ha señalado dicha norma contiene un divorcio sin causas, tan sólo de forma general establece un plazo de tres meses desde que se contrajo matrimonio para poder solicitarlo.

El problema constitucional que plantea la Ley, a la que luego le dedicaremos atención preferente, es la adecuación al artículo 32.2, que como hemos dicho, establece que “la ley regulará las causas de separación y disolución”. El Código Civil se encuentra con un mandato constitucional para el establecimiento de las mismas.

Sobre esta idea, el Grupo Parlamentario Catalán, pretende en la enmienda número 61, y en base a admitir la separación unilateral, la incorporación de, al menos, dos causas de separación: por un lado la vulneración de los deberes conyugales, con hijos o ascendientes, y por otro la quiebra del afecto marital. Con la finalidad de ser “más respetuoso con nuestro sistema jurídico y especialmente con el artículo 32.2 de la Constitución, al mantener la necesidad de explicitar cual es la cusa por la que se solicita la separación, ya que además dicha causa es la que ilustrara al juzgador acerca de la realidad de cada familia(...)”⁷¹.

De conformidad y en la línea de este planteamiento se pronuncia la representante del Grupo Popular señalando que “debe mantenerse un esquema causal, porque así lo recoge expresamente la Constitución en su art.32 que dice que la Ley regulará las causas de separación y disolución y sus efectos. Con este proyecto no se respeta la Constitución”⁷².

Con modificaciones en su elaboración se aprueba la ley basándose en la idea original que se planteaba, una separación y divorcio basado en la mera voluntad de los cónyuges, como más adelante estudiaremos detalladamente. En base al planteamiento anterior CAMARERO SUÁREZ, no muy de acuerdo con la reforma, afirma: “lo más relevante de esta Ley creemos está en la incidencia directa en el control de causalidad, donde la disolución del matrimonio no se hace depender de la demostración de causa alguna”, y continúa señalando “ el matrimonio no es un instrumento para dar cauce a la afectividad de las personas, por ellos consideramos obvio y oportuno que se siga reconociendo ‘causas’ de divorcio por ser un sistema congruente con la

⁷¹ Vid. Enmienda n.º 67, Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, 15 de marzo de 2005.

⁷² Vid. Intervención de la Sra. De España Moya. Comisión de Justicia del Senado, 14 de junio de 2005.

Constitución, artículo 32 y garantizar y no debilitar la propia institución matrimonial”⁷³.

En sentido contrario a esta opinión, GUILARTE GUTIERREZ, estima que el legislador en lugar de establecer unas causas pertenecientes a los sistemas de divorcio-sanción o divorcio remedio, las sustituye por la voluntad unilateral o consensuada de los esposos, que son a los que realmente les afectara su decisión. Por ello expresa, y basándose en el respeto a la libertad individual, que se trata de una “regulación plenamente respetuosa con el mandato constitucional, pues en definitiva se ha erigido en causa de relajación del vínculo tanto el mutuo disenso como el desistimiento unilateral en virtud del cual los esposos valoraran la eventual presencia de tales situaciones”⁷⁴.

IV. LA LEY DE 1981.

1. Antecedentes.

Se ha de pasar ahora al estudio relativamente detallado de la Ley 30/81, ampliamente citada con anterioridad, que, aunque sin vigencia en la actualidad, ha significado un paso importante en el compromiso del legislador sobre la materia y ha supuesto, durante muchos años, una interesante forma de presentar a esta institución jurídica de tanta importancia social y soporte empírico y formal de la modificación posterior ahora vigente.

⁷³ Vid .CAMARERO SUÁREZ, Victoria.” El Derecho a Contraer Matrimonio en la Reforma Actual”. En *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.707/2006. Pamplona, 2006. Edición de Internet, pág. 7.

⁷⁴ GUILARTE GUTIERREZ, Vicente y otros. *Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*. Valladolid, 2005, pág. 53.

Es elaborada y desarrollada, como ha quedado expuesto, por el mandato constitucional del artículo 32 de la Constitución.

Entre los antecedentes, similares al sistema explicado que propicia un divorcio vincular, únicamente cabe referirnos a la Ley que reguló el divorcio en 1932. Al haber sido analizada la norma republicana en páginas anteriores nos limitaremos a establecer las diferencias más notables entre ambas leyes, tan distantes en el tiempo, pero tan cercanas en demostrar que el divorcio, no es un mal social, como ya decían algunos, sino que es, ni más ni menos, que una ruptura entre dos personas. Tal es así, que la ley del 81 en su disposición transitoria 1ª expresa que los divorciados con sentencia firme a través de la Ley de 2 marzo de 1932, salvo que fuera anulada, podrán contraer nuevo matrimonio.

Siguiendo a ENTRENA⁷⁵, para situar las mencionadas diferencias de ambas leyes, es posible señalar: a) la ley de 1932, reconocía el mutuo disenso en su artículo 4 para poder divorciarse, la ley de 1981 usa términos como “cese efectivo de la convivencia conyugal” “consentimiento de ambos cónyuges”, en su art.86; b) respecto a la edad, la ley más antigua la consignaba en veintitrés años, que era donde se alcanzaba la mayoría de edad, con la aprobación de la Constitución se establece a los dieciocho, para contraer matrimonio y por ende para poder divorciarse, si fueren menores de edad deberá intervenir el Ministerio Fiscal; c) en la ley del 32 deberían pasar dos años para que se pudiera instar al divorcio, fundado en el mutuo disenso el artículo 86 de la ley de 1981, reconoce como plazo mínimo un año desde que se contrajo matrimonio para instar a la separación y otro de cesación efectiva de la convivencia conyugal -en estos plazos son coincidentes ambas

⁷⁵ ENTRENA KLETT, Carlos María. *Matrimonio, Separación y Divorcio. En la legislación actual y en la historia*. 2ª ed., Pamplona, 1984, págs. 537 y ss.

leyes-; d) en la nueva ley, del 81, no se reconocía la caducidad de las causas de separación, carecen por tanto de prescripción, en la del 32, el artículo 8 determina un lapso de tiempo para el conocimiento del hecho ofensivo, comisión del acto y adulterio, pasado este tiempo caducaba la acción, excepto si se trataba de un atentado contra la vida del cónyuge, conducta que era imprescriptible; e) el cónyuge culpable no podía contraer matrimonio hasta pasado un año de que se decretara el divorcio, al margen de que la mujer lo fuera o no, no podría hacerlo dentro de los 300 días siguientes, en la ley del 81 nada se establece y menos en relación a la diferencia entre hombres y mujeres para poder contraer segundo matrimonio, puesto que se vulneraría el principio de igualdad de la Constitución de 1978.

La ley de 1981 se fue adaptando a la nueva sociedad de los años 80, y a la situación política del país en aquella época. Ciertamente es que España era un país confesional antes de la aprobación de la Constitución y que la Iglesia, en la medida en que podía incidir en la sociedad y en los legisladores, en ningún caso permitía el divorcio. Habrá pues, que adaptar nuestra situación jurídica y social a nuevos principios, nuevas libertades, nuevas concepciones. La aprobación de la conocida ley del divorcio, fue el resultado de numerosas tensiones y enfrentamientos políticos. Es sorprendente que se aprobara sin Exposición de Motivos, ni Preámbulo. Lo incuestionable es que supuso un interesante avance en aspectos tan importantes como los personales y jurídicos.

El texto definitivo sigue la orientación del Proyecto del Gobierno, en lo referente a las causas y en la fijación de un sistema de separación judicial o

de hecho que se convirtiera en divorcio, como muestra el artículo 86 al regular las causas de divorcio⁷⁶.

Como indica, LOPEZ-MUÑIZ⁷⁷, señalaremos las características de este tipo de divorcio recogido en la ley 30/1981. Son : a) es un medio de disolución del matrimonio, en vida de los cónyuges, que extingue el vínculo de un matrimonio válidamente contraído, junto con la muerte y declaración de fallecimiento; b) se trata de un divorcio judicial, ha de ser declarado por el Estado, y no es válido a no ser por sentencia judicial firme, artículo 89 del Código Civil, y carece de efectos retroactivos, con lo cual una vez disuelto, si quisieran mantener el vínculo matrimonial deberían volver a casarse; c) se trata de un divorcio causal, por lo que deberá darse una de las recogidas en el artículo 86; d) la acción de divorcio es personalísima, tan sólo pueden ejercerla los cónyuges.

2. Breve análisis de su contenido.

El divorcio introducido por la Ley 30/1981 está íntimamente relacionado con la separación. De las cinco causas que se regulan, exceptuando la última, las cuatro primeras se basan en una separación previa, con diferentes plazos, pero ha de existir una separación de los cónyuges. Por ello, algunos autores como LACRUZ⁷⁸, consideran este reinicio del divorcio, como un divorcio constatación, en el cual si ya existe una separación previa,

⁷⁶ Para una visión completa del debate parlamentario de esta ley, Vid. CABALLERO GEA, José Alfredo. *La Ley del Divorcio, 1981*. Pamplona, 1982.

⁷⁷ LÓPEZ-MUÑIZ CRIADO, Carlos. "Divorcio". En AAVV. *Matrimonio: Nulidad canónica y civil, Separación y Divorcio*. Dirigido por Xavier O'Callaghan. Madrid 2001, págs. 208 y ss.

⁷⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos...cit.*, pág. 96.

la función del juez básicamente consiste en ratificar aquella situación. Una vez que se decreta una separación a diferencia del divorcio, no desaparece el vínculo de unión entre los esposos, pero se puede utilizar como un paso previo a la obtención de éste. En consecuencia, es conveniente plantear, aunque de forma breve, por no estimarlo materia pura de este epígrafe, las causas de separación que introdujo la Ley 30/1981.

2.1 Conexión entre separación y divorcio.

En consideración a la separación, el artículo 81 nos muestran dos tipos: el primer apartado del mismo establecía que se decretara “a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio y deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código”; el segundo de los apartados fijaba que “a petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación”.

Como conclusiones a este precepto, cabe extraer que, por un lado, existe separación por mutuo acuerdo o separación consensual, y que si los requisitos se cumplen y efectivamente pasa el plazo establecido desde que se contrajo matrimonio, el juez deberá decretarla sin necesidad de demostración de las causas o motivos; por otro , y realmente opuesto al anterior, se puede solicitar la separación a petición de uno, por considerar que el otro está

incurso en causa legal, evitando definirlo bajo el concepto de culpa, ya que la ley de 1981, pretende obviar esa antigua clasificación del divorcio⁷⁹.

Veamos las causas de separación según el artículo 82 del Código Civil, y realmente en cuales puede estar incurso uno de los cónyuges y fundamentalmente las que llevan al divorcio:

1ª El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales

No podrá invocarse como causa de infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

2ª Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de cualquiera de los cónyuges que conviva en el hogar familiar.

3ª La condena a la pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4ª El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

5ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento, cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello,

⁷⁹ LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de...cit.*, pág. 92.

y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

6ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.

7ª Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3º, 4º y 5º del artículo 86.

Por lo tanto realmente para que un cónyuge pueda estar incurso en una de estas causas, debería estarlo en una de las cuatro primeras. Las dos restantes se justifican explícitamente en el cese de la convivencia conyugal, considerada como la pérdida del afecto de este tipo, y la última se fundamenta igualmente aunque de forma implícita en este mismo cese, como veremos al tratar el divorcio. En semejante sentido hay que destacar que la separación no provoca la ineficacia y pérdida de los efectos del matrimonio. La persona separada continúa ligada a su matrimonio y no puede consentir otro nuevo (artículo 46.2). Sólo cuando se dieran una de las tres causas del artículo 85.

Establecía el artículo 85:

“El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”.

En consecuencia, el matrimonio se extingue por las dos primeras situaciones que en este artículo preceden al divorcio, puesto que la muerte produce la extinción de la personalidad (artículo 32) y por tanto disuelve el matrimonio. En relación al divorcio, produce igualmente la ineficacia total y

definitiva, por causas posteriores a su celebración, decretada por sentencia judicial, y cuyos protagonistas pasan a ser divorciados⁸⁰.

2.2. Cese efectivo de la convivencia conyugal.

Antes de analizar las causas de divorcio introducidas por esta Ley, es conveniente delimitar el concepto de “cese efectivo de la convivencia conyugal”, ya que la mayoría de estas causas se basan en el mismo, además es mencionado por la separación en tres de sus siete causas, y en cuatro de cinco en el divorcio.

Buena parte de la doctrina considera que este cese efectivo de la convivencia no es más que una separación de hecho, entre ellos VALLADARES⁸¹ y LÓPEZ-MUÑIZ que además nos ofrece, éste último, una definición de interés en relación a dicho concepto: “la expresión *cese efectivo de la convivencia conyugal* empleada en el Código Civil, contiene en su tenor literal un significado obvio de ruptura física entendida como residencia separada o falta de cohabitación de los cónyuges. Sin embargo, también significa, simplemente, ausencia de vida en común y ésta puede darse aún viviendo bajo el mismo techo si los cónyuges se tratan entre ellos como extraños, sin compartir nada, haciendo vidas por completo independientes, situación en absoluto imposible, aunque no común”⁸². El Código Civil no considera cese de la convivencia cuando el distanciamiento se deba a motivos profesionales, así dice el segundo párrafo del artículo 87: “La interrupción de

⁸⁰ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, y otros. *Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia*. 3ªed., Madrid, 2001, pág.151.

⁸¹ VALLADARES, Etelvina. *Nulidad, Separación, divorcio...cit.*, págs. 275 y ss.

⁸² LÓPEZ-MUÑIZ CRIADO, Carlos. *Divorcio...cit.*, pág. 212.

la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga”.

Existe una abundante jurisprudencia sobre la aplicación del susodicho principio que sin embargo, se resiste a darnos un concepto del mismo⁸³ como sí hace la SAP de Cuenca 2 de junio de 1995, al exponer que “ha de interpretarse como revelación de que la voluntad de ambos cónyuges, respecto al cese de esa convivencia, no es el resultado o consecuencia, de una decisión brusca y momentánea, sino la expresión consciente, deliberada, firme y efectiva de la imposibilidad de la convivencia matrimonial”.

Sostenía el susodicho artículo 87 que: “El cese efectivo de la convivencia conyugal (...) es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio (...)”. Nos pone de manifiesto, por lo tanto, dos supuestos, el del mantenimiento o el de la reanudación, con lo cual esta cesación es compatible con ambos conceptos. Es decir, puede existir el “cese”, sin que nunca haya cesado la vida en común de los cónyuges (mantenimiento), o que habiendo cesado se haya reanudado (reanudación). Este mismo artículo establece tres requisitos, para que pudiera darse tal situación: el de necesidad, intento de reconciliación o interés de los hijos⁸⁴.

El cese de la convivencia ha de ser efectivo e ininterrumpido, debiendo desaparecer el afecto *maritalis* entre los esposos, dado que si éste subsiste, no se cambió. Si falta el *affectio*, se produce o se mantiene el cese, aun viviendo

⁸³ Vid. SAP Murcia de 22 de enero de 1996, EDJ 1996/8776. SAP Asturias de 4 de julio 1995, EDJ 1995/8263. STS Sala 1ª de 11 de noviembre de 1995, EDJ 1995/6375. SAP Salamanca de 20 de octubre de 1997. EDJ 1997/11703. SAP Las Palmas de 7 de noviembre de 1997, EDJ 1997/16380. SAP Sevilla de 31 de octubre de 1997. EDJ 1997/9478. SAP Barcelona de 23 de febrero de 1998, EDJ 1998/3908.

⁸⁴ VEGA SALA, Francisco. *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*. Barcelona, 1982, págs.31 y ss.

bajo el mismo techo⁸⁵. En esta línea, O'CALLAGHAN, defiende que la base del divorcio es el cese de la convivencia conyugal, y ésta se basa en el *corpus* y el *animus*, “la efectividad significa que sea realidad, no una ficción dicho cese; que falte la convivencia, la cohabitación. El *corpus* implica el distanciamiento físico; el *animus*, el alejamiento moral; uno y otro son precisos para que se dé el cese efectivo de la convivencia conyugal”⁸⁶.

2.3 Causas de divorcio.

En relación a los plazos y las causas de divorcio, establecidos bajo el entonces artículo 86, eran las siguientes:

Primera.

El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquella se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

En base a esta causa se trataría de una separación consensual, como vimos al hablar del artículo 81.1, al poder solicitarse transcurrido un año, de mutuo acuerdo, o de uno con el consentimiento del otro. Éste sería el único caso de divorcio consensual, si bien deben haber cumplido un año de matrimonio, y un año de cese efectivo de la convivencia conyugal⁸⁷. La fecha para iniciar el cómputo es la de la interposición de la demanda de separación.

⁸⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos...cit.*, pág. 96.

⁸⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, y otros. *Código Civil...cit.*, pág 154.

⁸⁷ *Ibd...*pág.153.

La prueba de la causa se apoyará en la voluntad de los cónyuges con independencia de que pudieran alegar otra.

Muestra del contenido y de la aplicación del precepto, es la SAP Tarragona de 6 de febrero de 1992, que señala “la primera cuestión debatida en esta alzada es el transcurso o no del plazo de 1 año de cese efectivo de la convivencia conyugal desde la interposición de la demanda de separación formulada por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, exigido por el art. 86.1 CC como causa de disolución del matrimonio y a este respecto aun cuando en la fecha de presentación ante el Juzgado de la demanda de divorcio no hubiera transcurrido este plazo por razones de economía procesal y habida cuenta de la subsanación de la falta de este requisito en la fecha de la sentencia ‘a quo’, momento en el que había transcurrido con creces el plazo previsto por la Ley, y con la finalidad de evitar la interposición de una nueva demanda de divorcio al no producir el efecto de cosa juzgada una sentencia desestimatoria del mismo, con los correspondientes perjuicios para las partes y para los hijos comunes de ambos, al cumplirse en la fecha de la sentencia de 1ª instancia los requisitos que para ello establece el art. 86.1, procede decretar la disolución por divorcio del matrimonio”.

Sino existiera el común acuerdo de los cónyuges, en ningún caso podría decretarse el divorcio, tal y como manifiesta la SAP Sevilla de 8 de abril de 1992: “Siguiendo un sistema causal, concorde con lo dispuesto en el art. 32 CE, los arts. 82 y 86 CC establecen determinadas causas que son las únicas cuya concurrencia permite acordar la separación o el divorcio , a no ser que, como autoriza el art. 81 del mismo Código, la separación se solicite por ambos cónyuges, o por uno solo con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio y se acompañe a la demanda la propuesta de convenio regulador de sus efectos. Por lo tanto, en nuestro

derecho, salvo que se den las circunstancias propias de una separación consensuada, no pueden los Tribunales acordar la separación o el divorcio si no aprecian alguno o algunas de esas causas señaladas en la Ley y para ello no basta con la mera alegación, sino que es preciso su acreditamiento suficiente por cualquiera de los medios admitidos en derecho”⁸⁸.

Segunda

El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a los establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución a la primera instancia.

GARCIA VARELA⁸⁹ extrae cuatro notas para una mejor comprensión del precepto: a) la exigencia del cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido; b) el cómputo del tiempo a partir de la interposición de la demanda de separación personal; c) el ejercicio de la petición del demandado que hay reconvenido por una de las causas

88. En este caso, en el que el marido se opuso a la demanda, negando la existencia de causa legal en la que pudiera apoyarse la separación, reiterando esa postura en el acto de la vista del recurso, y, como se evidencia del examen y valoración de lo actuado en la 1ª instancia, la esposa no consiguió probar ninguna de las dos causas de separación que invocó al amparo de los núms. 1 y 5 del art. 82 del citado Texto Legal, pues ni acreditó que su consorte hubiera violado grave o reiteradamente sus deberes conyugales, ni el cese efectivo y libremente consentido de la convivencia conyugal durante al menos 6 meses. Aportó el testimonio de una vecina que manifestó haber escuchado en una ocasión cómo los cónyuges reñían y el marido reconoció que fue con motivo de una discusión cuando ella tomó la decisión de marcharse del domicilio conyugal, pero, sin embargo, no consta acreditado que estas desavenencias constituyan un grave o reiterado incumplimiento de los deberes entre los cónyuges. Y en cuanto a la segunda causa de separación, la misma actora, al admitir en prueba de confesión judicial que su marido no estuvo nunca de acuerdo con la separación y había tratado de reanudar la vida matrimonial, vino a reconocer que el cese de la convivencia, aunque efectivo, no había sido libremente consentido por ambos esposos, sino impuesto unilateralmente por uno de ellos.

⁸⁹ GARCIA VARELA, Román y otros. *La Ley del Divorcio*. 3ª ed., Madrid, 1987, pág. 64.

establecidas en el artículo 82.2 del Código Civil; d) la facilitación de la sentencia estimatoria de separación, que es eludible, si habiendo transcurrido un año desde que se presentó, no ha recaído todavía decisión final.

Por lo tanto el plazo anual referido a las causas 1 y 2 debe contarse desde la presentación de la demanda y no desde su admisión a trámite. En este sentido en la SAP Zaragoza 1995/2104 de 21 de noviembre, el demandante ejercita acción de divorcio, fundada en la causa 1ª del artículo 86, acción de divorcio de su esposa. El Juzgado lo desestima por no haberse dictado demanda de separación de mutuo acuerdo. Se establecen como requisitos para apreciar dicha causa: a) el transcurso de un año desde la celebración del matrimonio; b) la previa formulación de la demanda de separación conyugal por su esposo con el consentimiento del otro (o por ambos), que presentó la demandada, con el convenio regulador; c) el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la exteriorización de la instancia de unión, materialmente, la esposa se trasladó a otro domicilio distinto del conyugal.

La cuestión que se planteaba es si es necesario que se hubiera dictado con anterioridad a la demanda de divorcio sentencia de separación de mutuo acuerdo. Es más, si era preciso que se hubiera admitido a trámite la demanda de separación de mutuo acuerdo; pues, en el caso de autos, se dictó no admitiendo a trámite la demanda de separación, por no haberse ratificado la esposa actora en la solicitud de demanda y convenio regulador.

No ha sido unánime la doctrina, pero la dominante y la menor jurisprudencia entienden que lo anterior no es elemento constitutivo de esta causa, ni la prueba de la causa de la ruptura, pues exclusivamente se valora el simple hecho de la interposición de la demanda.

En consecuencia con estos principios, la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, lo fundamenta de la siguiente manera: a) la inexigibilidad de que la sentencia de separación haya sido dictada -requisito que junto con el de su firmeza debía concurrir según el proyecto de Ley; b) la dicción literal ‘desde la interposición de la demanda’ rechaza la interpretación correctora que supondría la admisión a trámite de la misma, de forma que su inadmisión definitiva por dejar sin efecto procesal su presentación, haría decaer la demanda a todos los efectos, incluida la operatividad como presupuesto de la causa de divorcio; c) la exigencia documental establecida en el apartado 2.º del punto 3 de la disposición adicional 6.ª de la Ley de 7 julio 1981 en cuanto queda limitada a un testimonio que acredita la interposición de la demanda de separación⁹⁰; d) el último inciso de la causa de divorcio que se analiza porque su contenido «cuando aquélla (la demanda de separación) se hubiere interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio» constituye una referencia normativa cuya razón de ser se encuentra en la necesidad de evitar el incumplimiento del plazo de un año citado, que resulta posibilitado precisamente por la no exigencia de la admisión a trámite de la demanda de separación.

Fundamenta, la causa primera, en la voluntad de los cónyuges (ambos lo expresan en este juicio) contraria a la continuidad de su vida matrimonial.

90 Disposición adicional sexta de la ley 30/1981: “(...) Dos. La petición se formulará por escrito y a la misma deberán acompañarse: certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, del nacimiento de los hijos en el Registro Civil, propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en el artículo 90 del Código Civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho . Tres. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior deberán aportarse los siguientes documentos Primero. En el supuesto del artículo 81 .1 del Código Civil, el acta o inscripción del matrimonio que acredite que éste se ha celebrado al menos un año antes de la presentación del escrito de petición de separación .Segundo. En el supuesto del artículo 86 .1 la resolución estimatoria de la demanda de separación testimonio que acredite la interposición de la demanda de separación (...)”.

Retomando el inicio de esta idea, la Audiencia Provincial de Zaragoza, en consonancia con la argumentación expuesta, estima el recurso en cuanto a la concurrencia de la causa de divorcio del artículo 86 del Código Civil.

A diferencia del apartado primero de este artículo, que se basaba en una acción interpuesta por el mutuo consentimiento de ambos cónyuges, aquí es relevante el ejercicio de una acción fundada en las causas del artículo 82. El demandante del divorcio puede ser el mismo que lo fue de la separación o el demandado, siempre que reconviniese en ese proceso. Como condición expresa ha de haber transcurrido un año desde el cese efectivo de la convivencia, de la interposición de la demanda y una resolución estimatoria de la misma. No se determina el tiempo que ha debido pasar desde la celebración del matrimonio. Sobre esta causa, interesantes son SAP Navarra 11992 /985 y SAP Tarragona 1992/13415.

Tercera

El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: a) desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos; b) cuando quién pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

En relación al primer apartado de esta causa, podemos observar que se trata de tres supuestos, que tienen en común el tiempo de cesación efectiva de la convivencia conyugal, y la situación de legitimación común decretada por la libre declaración de voluntad de ambos cónyuges. Se produciría el divorcio desde la separación de hecho libremente consentida, bien sea expresa, como tácita; desde la firmeza de la resolución de separación de los cónyuges con

independencia de quién hubiere iniciado el procedimiento, y finalmente desde la fecha del auto que declarase la ausencia legal de uno de los cónyuges⁹¹.

Adentrándonos en criterios jurisprudenciales, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el divorcio por esta causa, y en el supuesto de que han pasado dos años ininterrumpidos de la separación de hecho del matrimonio, y si justificada una reconciliación se interrumpen los plazos, para instar posteriormente al divorcio. La Audiencia argumenta la no comunicación de la convivencia al juez, la inestabilidad de los dos años de convivencia, e incluso el haber tenido otro hijo, no procede interrumpir el lapso de tiempo, para decretar el divorcio. Señala que “conforme al art. 87 CC el cese efectivo de la convivencia conyugal para el cómputo de los plazos es compatible con el mantenimiento o reanudación temporal de la vida cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos...”, y si bien es cierto como declara el Juez *a quo* que para su inaplicación ha de justificarse que la reanudación de la vida en común de las relaciones conyugales es sólo accidental, temporal y no continuada, no es menos cierto que valorando la circunstancia de no comunicación de la reanudación al Juez, las manifestaciones vertidas en la confesión practicada para mejor proveer en la alzada en que se reconoce por la esposa la no legalización dado que “no tenía confianza...” en su mantenimiento, la inestabilidad que predominó en los dos años de convivencia “forzada” (en el sentido de que la esposa hubo de buscar domicilio para sus hijos ante la carencia de recursos y tras la venta del domicilio conyugal) y a pesar del nuevo nacimiento de otro hijo, ha de concluirse que no procede tener presente como reconciliación ‘efectiva’ este lapso y reputarse como tiempo valorable

⁹¹ MONJE BALMASEDA, Óscar.” Nulidad del matrimonio”. En AAVV. *Compendio de Derecho Civil. Familia*. Dirigido por Francisco Lledó. Madrid 2000, pág, 79.

para decretar el divorcio por la consecuencia de los presupuestos establecidos en el art. 86.3.a) CC”⁹².

El requisito imprescindible para que se diera la causa es que “se consienta libremente por ambos cónyuges”, pudiéndose ser tal consentimiento expreso o tácito. En el primer supuesto no se invocan dificultades puesto que estará documentalmente recogido. Pero en el segundo sí, puesto que se puede negar una separación que ha sido verbalmente consentida, y se considera válido en tal sentido, el consentimiento indiferente. Así se pronuncia la Audiencia Territorial de Zaragoza: "este libre consentimiento no puede estimarse que concurre con la separación de hecho cuando ninguno de los cónyuges haya manifestado su oposición a la misma y sin que el simple silencio pueda equipararse al consentimiento en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, conforme a la cual el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que manifiesten de manera segura el pensamiento de conformidad del agente sin que se pueda atribuir esa acepción al mero consentimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinante en tal sentido, exigiendo el consentimiento tácito la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones”, (SAP Zaragoza de 8 de febrero de 1995)⁹³.

El apartado segundo de la mencionada causa tercera, afirmaba que podría instar al divorcio, quien acredite, habiendo cesado la convivencia conyugal dos años ininterrumpidamente, que el otro cónyuge estaba incurso en causa de separación legal al iniciarse la separación de hecho. Por lo tanto, sólo comparte con las demás de éste apartado tercero, el cese de la

⁹² Vid. SAP Barcelona de 14 de marzo, EDJ 1994/7443.

⁹³ Vid. SAP Baleares de 10 de diciembre, 1999/54712, en la cual el cese de la convivencia no fue consentido sino forzado.

convivencia durante dos años, puesto que en las anteriores podía solicitarse el divorcio por cualquiera de los cónyuges y en este caso, sólo por el cónyuge “inocente”, que deberá demostrar el cese de la convivencia así como la causa del artículo 82 Cc., en la que incurre su cónyuge. Este es el apartado que más se asemeja a la regulación del antiguo divorcio-sanción⁹⁴.

En semejante sentido se expresa el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de marzo de 1990, (EDJ 1990/2894), en el supuesto de una mujer que solicita el divorcio, estando su marido incurso en causa legal de separación consistente en cumplir pena de más de seis años, privado de libertad: “ (...) del artículo 82 del Código Civil, y que debido a dicha condena penal se produjo cese efectivo de la convivencia conyugal durante más de dos años ininterrumpidos, indudablemente lleva a la apreciación de la existencia de la causa de divorcio que establece el epígrafe b) de la norma 3.^a, del artículo 86 del Código Civil, puesto que se dan los presupuestos que tal precepto previene de cese efectivo de convivencia conyugal en el referido matrimonio durante, al menos, dos años ininterrumpidos y se acreditó, por la mencionada señora, que pidió el divorcio, que, al inicio de la separación de hecho del expresado matrimonio, su marido, estaba incurso en la indicada causa de separación 3.º del artículo 82 del Código Civil, por haber sido condenado a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años”.

Se demuestra en este caso que por su cumplimiento genera cese efectivo de la convivencia conyugal por tiempo superior a dos años ininterrumpidos, dado que el inicio de cumplimiento de tal condena es suficiente, por sí solo, para dar base al cómputo de la fecha de comienzo del

⁹⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos...cit.*, pág. 98.

plazo de interrupción de la convivencia, que, en esta hipótesis, viene acreditado, es superior al requerido a fines de divorcio, de más de dos años.

Cuarta

El cese efectivo de la convivencia conyugal, durante el transcurso de, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

Una vez rota la convivencia durante cinco años, es obvio que cualquiera de los cónyuges pueda instar al divorcio. Esta causa se basaba ante todo en el transcurso del tiempo de inaplicación del vínculo matrimonial, en la situación desafectiva de los cónyuges y, por sus características exclusivas, romper el vínculo con independencia de si ha sido consentida tal situación voluntariamente o no. Dicha norma, siguiendo a GARCÍA VARELA,⁹⁵ se presupone dirigida a situaciones en las que uno de los cónyuges no quiera acceder a la separación de hecho o cese de la convivencia conyugal, de forma consentida voluntariamente, porque de ser así podrían solicitar el divorcio en base a la causa 3ª de este artículo, sin tener que demorar el plazo a 5 años, y sí reduciéndolo a dos.

El Tribunal Supremo se reafirma en esta idea, en su sentencia de 23 de julio de 1999 (EDJ 1999/7961), al exponer que “desde el momento que habiéndose producido el cese efectivo de la convivencia conyugal durante más de cinco años, según reconocen demandante y demandado en el juicio de revisión entablado, claro es que ninguna dificultad o impedimento de defensa se produjo en el meritado juicio de divorcio, dado éste era preceptivo en aplicación de la causa 4.º del art. 86 del Código Civil y en consecuencia no se produce el preciso nexo causal eficiente entre la citación por edictos de la citada demandante en revisión en el tan aludido juicio de divorcio y la

⁹⁵ GARCÍA VARELA, Román y otros. *La Ley del Divorcio...* cit., pág. 66.

sentencia dictada en éste, al no resultar en manera alguna alterada, por la mencionada citación por edictos, la realidad de la causa de divorcio, y que, por otra parte, no impide que por su consecuencia no se produzcan los efectos a él inherentes, como ya tiene reconocido en la sentencia que lo acordó, al disponer que la disolución por divorcio del referido matrimonio, lo que con todos los efectos legales inherentes a tal separación, por lo que no existe impedimento para que las consecuencias del tan citado divorcio se produzcan”.

Quinta

La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Se configuraba como la única que no precisa previo cese de la convivencia conyugal. Y en base a su redacción se observa que, además de excluir los casos de imprudencia, descartaba que cualquier supuesto de lesiones pueda habilitar directamente para solicitar el divorcio⁹⁶. Se excluyen de este precepto los actos contra la integridad física corporal, y no contra la vida. Muy interesante en este sentido la opinión de LOPEZ MUÑIZ, al exponer que: “quizás el Código Civil ha querido con ellos evitar que la simple condena por lesiones motivada por malos tratos se convierta en causa de divorcio, pero olvida que tan grave y abyecto puede resultar, o incluso más que el intento de matar al cónyuge, dejarlo ciego, parapléjico, deforme o castrado, respetando su vida”⁹⁷. En todo caso es asumible la condena por tentativa de homicidio o de asesinato sobre los sujetos indicados.

⁹⁶ MONJE BALMASEDA, Óscar. *Nulidad del matrimonio...cit.*, pág. 80.

⁹⁷ LÓPEZ-MUÑIZ CRIADO, Carlos. *Divorcio...cit.*, pág. 225.

Finalizaba el analizado artículo 86 con el añadido de que “cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta de convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de éste Código”

Semejante último inciso va en conexión con la Disposición Adicional sexta de la Ley, y es por, una parte, un medio de prueba para demostrar que es efectivo el mutuo acuerdo y, por otra, un requisito imprescindible para admitir a trámite la demanda de divorcio de mutuo consentimiento.

De forma esquemática y resumida podemos entender que el divorcio que introdujo la Ley 30/ 1981 es un divorcio causal, que podía darse con la existencia previa de demanda de separación judicial, causas 1ª, 2ª y 3ª a) del artículo 86, o sin la existencia de dicha previa demanda de separación en las causas 3ª a) y b), 4ª Y 5ª, y en el que los plazos para solicitarlo, son mínimo de cinco, artículo 86.4, dos, artículo 86.3, y un año, reflejado en el artículo 86, 1 y 2. Y como excepción de estos plazos y sin que sea requisito el cese efectivo de convivencia conyugal, se mostraba el artículo 86.5, en el cual no es necesaria la demostración de ningún plazo establecido por la ley.

3. Análisis crítico de su contenido.

Como hemos indicado anteriormente, la Ley del divorcio, supuso un acontecimiento histórico en el Ordenamiento jurídico español, al ser, en muchas situaciones, el remedio legal para que dos personas pudieran divorciarse, previa separación a tal efecto. Se da entrada real a esta

institución, con lo que se logra que los matrimonios rotos y separados, con el requisito imprescindible del cese efectivo de la convivencia conyugal, puedan acceder a resolver semejante situación de manera definitiva mediante su disolución, de tal forma que puedan rehacer sus vidas y contraer nuevo matrimonio⁹⁸.

No se encuentra en tal línea de pensamiento CASTÁN⁹⁹ al considerar la Ley “atípica por no encajar en nuestro tradicional Derecho de Familia; de utópica, por haber pretendido establecer un divorcio indoloro para los sujetos afectados; de no responder a las necesidades del bien común de la sociedad española; de carecer de toda justificación ética al imponer un sistema de divorcio objetivo, con total abandono de la noción de culpa, y de ser, por último, difícilmente compatible con varios preceptos de la Constitución vigente”.

El planteamiento que la ley hizo del divorcio, es en nuestra opinión justificado, teniendo en cuenta la situación social de los años 80. No cabía, posiblemente, un divorcio, después de toda una dictadura de más de 30 años, sin causas que lo justifiquen, e incluso sin una previa separación, utilizada, como modo de dar un tiempo de reflexión a los cónyuges a la hora de ratificarse y valorar la disolución de su matrimonio o, en sentido contrario, para reconciliarse.

La Ley se proyectó sobre la idea de que la libertad, como valor supremo del ordenamiento jurídico, tuviera su reflejo en el derecho de familia, para que las personas pudieran desarrollar su personalidad bien sea

⁹⁸ GÓNZALEZ OCHOA, José Ignacio.” Ley 30/1981 de 7 de julio como ejemplo de Anquilosamiento Normativo”.En *Boletín de Legislación El Derecho*, nº 105, 1999. EDB 1999/70430. Edición Internet, pág. 2.

⁹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo V, vol. 1. 10ª ed., Madrid, 1983, págs. 841 y ss.

para contraer matrimonio o para disolverlo¹⁰⁰. Ciertamente, que tal situación de tramitación de la separación previa y posterior divorcio tiene un importante coste económico y mayor tensión para las personas y familias, durante los plazos de tiempo que exigía el artículo 86.

El divorcio se concibe como el último recurso al que podían acudir los cónyuges, y sólo cuando tras un dilatado proceso de separación se comprobaba que tal reconciliación ya no era factible. Se exige el cese efectivo de la convivencia, la vulneración de los deberes conyugales y en ningún caso podía disolverse por la mera voluntad o acuerdo de los cónyuges¹⁰¹.

No hay que ocultar que eran bastantes las disfuncionalidades que presentaba en el sentido de los plazos que se fijaron en cada causa determinada, llegando incluso a agravar la situación de crisis matrimonial, o a superar el propio tiempo de convivencia conyugal. Sirva de ejemplo la STS de 15 de marzo, RJ 1990\1697, en la que dándose causa de separación, ya que por condena a pena de 6 años, tarda la sentencia de divorcio 7 años, aún llevando 2 de cese efectivo de la convivencia.

En relación a las causas expresadas para instar al divorcio, cada vez más, desde que se dictara la Ley ha sido la jurisdicción más permisiva con estas causas en supuestos en los cuales desaparecía el afecto sin más. Este es el caso de la SAP Castellón de 6 de octubre “exigiéndose necesariamente que uno de los esposos estuviese incurso en causa de separación legal para que el otro pudiera instar la separación y decretarse (S.T.S. de fecha 10-2-83), actualmente, la interpretación del artículo 82 en relación con los artículos 66,

¹⁰⁰ SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio.” El nuevo proyecto de Ley sobre separación y divorcio”. En *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, nº 42, 2005.EDB 2005/810. Edición Internet, pág. 2.

¹⁰¹ *Vid.* Exposición de Motivos, de la Ley 15/2005.

67 y 68 1889/1 debe hacerse de manera flexible y amplia, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en el que nos encontramos, tal como permite el artículo 3.1 del Código Civil , de ahí que tanto la Jurisprudencia como la doctrina admitan, sin dudas al respecto, como motivo de separación el genérico constituido por la ruptura de la convivencia conyugal, las evidentes dificultades de la vida en común manifestada a través de las continuas discusiones y abandonos emocionales y, en definitiva, la desaparición del *affectio conyugalis o maritalis* , básico en el matrimonio y en cualquier relación de pareja, sin necesidad de imputarse hechos o conductas concretas constitutivas de separación, bastando por ello, para acceder a la pretensión de separación formalizada a través de la oportuna demanda con que se constate y evidencie una situación de falta de afecto entre los esposos, que elude el respeto mutuo, ya que ello por sí mismo acredita la existencia del cese de los motivos que originaron el vínculo matrimonial”. Habiéndose ya pronunciado de este modo el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de octubre de 1994.

Valga para finalizar, trasladar la crítica que LACABA SÁNCHEZ hace como valoración general al divorcio contenido en la reiterada Ley y que señala como consecuencia de un incumplimiento de los deberes conyugales o de una causa que ponía en duda la idoneidad de los miembros de la pareja para cumplir con sus obligaciones. El resultado era que el “incumplidor” no podía ser considerado apto para ejercer las funciones parentales. Por tanto, el tener que alegar causas perjudicaba, cara a obtener la custodia, era acusado o se autoinculpaba con el fin de obtener el divorcio¹⁰². No era esta la única consecuencia de semejante regulación, pues al tener que demostrarse ante una tercera persona como es el juez, no parece lógico que realmente, si se

¹⁰² LACABA SÁNCHEZ, Fernando. “El nuevo divorcio. Aspectos relevantes del proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio”. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 4, 2005. EDB 2005/ 46829. Edición Internet, págs. 4 y ss.

cumplen los principios de libertad y desarrollo de la personalidad proclamados en nuestra Constitución, tener que contar, y peor aún demostrar que el marido es infiel, o ha abandonado a la esposa como si esta causa no fuera ya bastante personal, para que se tengan que hacer eco, el abogado, el procurador, los funcionarios hasta llegar al juez. A no ser que quisiéramos volver a un divorcio sanción, en el cual hay que castigar al culpable, situación que creo está bastante alejada de nuestra realidad.

En este sentido LASARTE¹⁰³, también en relación a la comentada causa del artículo 82.1, referente a la conducta injuriosa o vejatoria, pone de manifiesto que los jueces, en inicio, no han sabido interpretar la gravedad y reiteración de ésta conducta, hasta que, en los últimos lustros, ha sido invertida por la jurisprudencia de las Audiencias que comenzaron a resaltar que las causas legalmente establecidas debían de ser interpretadas en todo caso de manera flexible y atendiendo a la realidad social de que la continuidad matrimonial no podía ser objeto de imposición. Se hace eco igualmente de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao, de 17 de marzo de 1988, en la cual el marido agredió físicamente a su esposa una única vez, a pesar de lo cual la Audiencia consideró que “aunque ciertamente la agresión física del marido a su esposa una sola vez, al no ser reiterado dicho comportamiento, carecía de entidad suficiente para ser considerada como causa específica de separación a tenor del artículo 82.1 CC, no cabe ignorarla cuando fue dicha agresión una manifestación casual, aunque aislada, de la conducta de desprecio, de abandona afectivo generalizada del marido para

¹⁰³ Muy interesante la crítica a la Ley 30/1981, y su planteamiento en relación a una nueva modificación. Vid .LASARTE ALVAREZ, Carlos. “Merecido adiós al sistema causalista de las crisis matrimoniales”. En *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.655, 2005. BIB 2005/153. Edición Internet, pág. 3.

con su mujer, contraviniendo los deberes que por razón del matrimonio le imponen los artículos 66 y ss del CC”.

En definitiva, desde nuestro punto de vista, la comentada Ley se reguló de acuerdo con las circunstancias sociales mayoritarias de la época en que se elaboró. No obstante, los cambios posteriores, las nuevas sensibilidades sociales, la tendencia ciudadana hacia cotas de mayor libertad han producido nuevas exigencias, también en este campo, como se ha visto anunciaba una buena parte de la doctrina y también de la jurisprudencia más reciente. Pareciera ser cierto asimismo en esta normativa, lo que afirma GONZÁLEZ OCHOA¹⁰⁴ de que la principal función de las normas jurídicas es marcar la pauta de funcionamiento de la vida social, y lo que logran, en muchos casos, dada la evolución, es un anquilosamiento de la misma y el desarrollo de los derechos de las personas de modo retardado.

V. ANÁLISIS SOCIOLÓGICO.

La Ley 30/1981 precedida de un intenso debate parlamentario que trascendió a la sociedad española entera¹⁰⁵ surge con la firme intención de dotar de una cobertura legal a aquellas situaciones en las que dos personas que habían contraído válidamente matrimonio en España deseaban poner fin a semejante estado. La acción del legislador de regular esta opción, no exenta de todo tipo de polémica en la sociedad española de entonces, no fue nada fácil en los momentos históricos en que se produce, piénsese, a modo de ejemplo, la reciente aprobación de la Constitución en el año 1978 a través de

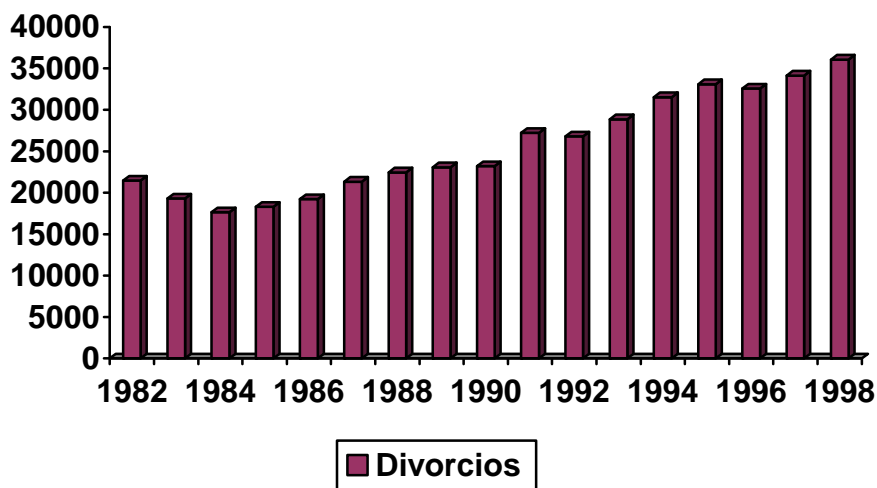
¹⁰⁴ GONZALEZ OCHOA, José Ignacio. *Ley 30/1981 de 7 de julio como ejemplo...*cit., pág. 9.

¹⁰⁵ Vid. ALBACAR LOPEZ, José Luís. Informe sociológico sobre la aplicación de la ley del divorcio. En *Revista Jurídica Española, LA LEY*. Tomo 4, 1983, pág. 1214.

la cual España se configuraba como un Estado social y democrático de Derecho frente al anterior Régimen, si bien el tiempo ha otorgado la razón a la citada iniciativa, demandada, antes y ahora, por la sociedad española dada la necesidad o el vacío existente al respecto y los cambios sociales experimentados los cuales no podían cerrar los ojos, ni mucho menos, a una realidad palpable como era la ya mencionada de aquellas parejas que no querían continuar con su vida marital y deseaban romper el vínculo que les unía en matrimonio.

En 1982, según datos del Consejo General del Poder Judicial se produjeron 17.436 separaciones y 21.463 divorcios en relación a los 193.319 matrimonios que se celebraron. Por lo que podemos elogiar a esta ley como respuesta a una demanda social insistente, ya que los datos la refrendan. En los cinco años posteriores, los divorcios disminuyen y oscilan entre los 17.000 y los 19.000. A partir de 1987, se produce un aumento que irá creciendo con el transcurso de los años, pero nunca disminuyendo. Son, en este año 31.153 las separaciones y 21.326 los divorcios; en 1992, 39.918 y 26.783 y en 1997 y 54.728 y 34.147 respectivamente. El siguiente gráfico pretende ilustrar estos datos en relación con los divorcios que se producen a partir de la aprobación de la Ley. Como se observa, se encuentra una primera etapa de adaptación a ella, y existe un número considerable de divorcios, seguido posteriormente de una fase de estabilidad marcada por una elevación constante de divorcialidad.

Divorcios a partir de 1982



En la década de los 80, una vez aprobada la Ley del divorcio se observa que la tasa comienza alta pero disminuye hasta el año 1984, en 1985 comienza a ascender y esa es la tendencia que registra desde entonces. Esta anomalía se debe a que muchos de los primeros matrimonios que se acogieron a esta normativa de divorcio, pudieron demostrar su separación previa de hecho por lo que accedieron directamente al divorcio, aumentando su cifra. En este sentido afirma RUIZ BECERRIL que “los matrimonios deben estar separados y más tarde divorciados por lo que la tasa de separaciones debe ser superior a la de divorcio, y no como ocurre en los primeros años de la década de los ochenta”¹⁰⁶.

La evolución de diversas variables resulta esencial para entender la progresión de la institución del divorcio hasta su actual configuración, tomando como puntos de referencia los años 1998¹⁰⁷, 2001 y 2004¹⁰⁸, que

¹⁰⁶ Vid. RUIZ BECERRIL, Diego. *Después del Divorcio*. Madrid, 1999, pág. 84 y ss.

¹⁰⁷ El año 1998 se ha tomado como referencia en la mayoría de los datos expuestos debido a que es a partir de este año cuando se encuentran disponibles las Estadísticas Judiciales, proporcionadas por el Instituto Nacional de Estadística (INE). Con anterioridad, de 1981 a 1998 la única información que el INE proporcionaba era el número absoluto de procesos de divorcios, clasificados por su carácter consensuado o no consensuado.

comprende el último de aplicación de la Ley 30/1981, resultando estadísticamente erróneo incluir bajo los mismos parámetros datos procedentes de diferentes normas con un margen tan escaso de representatividad. Precisamente por esta razón se ha optado por incluir los tres anteriores intervalos temporales con la firme intención de concretar las características esenciales del divorcio en los períodos inmediatamente más próximos a la vigente normativa que es la que realmente copa el interés de la presente investigación.

Los datos utilizados se basan en criterios fundamentales usados por la Ley para decretar el divorcio desde una visión puramente jurídica como pudiera ser: a) duración del matrimonio, normativamente se requerían dos años como mínimo; b) tipos de divorcio, incluyendo aquí los consensuados y aquellos producidos como consecuencia de una separación legal previa; y c) desde un contexto más social, edades de los esposos que optan por la disolución del vínculo matrimonial.

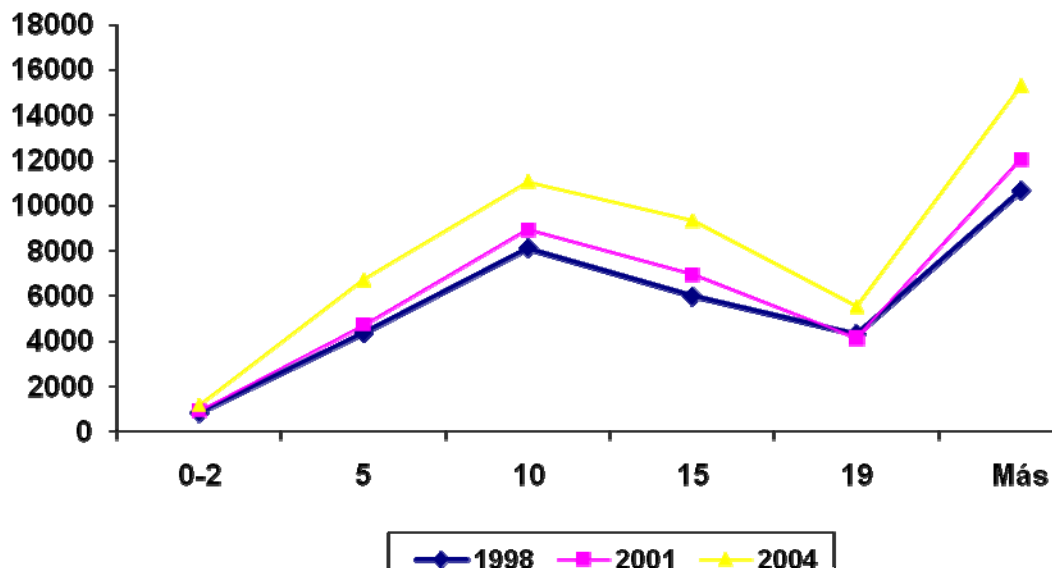
1. Divorcios según duración del matrimonio y edad de los contrayentes.

En la siguiente gráfica, se representa el número de divorcios según los años de duración del matrimonio, tomando como límite temporal el año 2004, por las razones anteriormente justificadas. La Ley del divorcio aplicable a estos años determina, como plazo mínimo que para poder instarlo, la

¹⁰⁸ Se justifica la consideración del año 2004, en consideración a que la siguiente Ley del divorcio entra en vigor en 2005, y tratar este año supondría contar con poca representatividad, por lo que se hará en el capítulo dedicado a esta Ley 15/2005, tomando como referencia los años posteriores a su aprobación.

necesidad de que haya transcurrido un año de la celebración del matrimonio, para interponer la demanda de separación, y otro desde su interposición.

Divorcios según años de matrimonio



	0-2	3-5	6-10	11-15	16-19	20 o más
1998	811	4328	8085	5949	4285	10622
2001	910	4718	8927	6933	4121	12033
2004	1180	6702	11059	9336	5535	15279

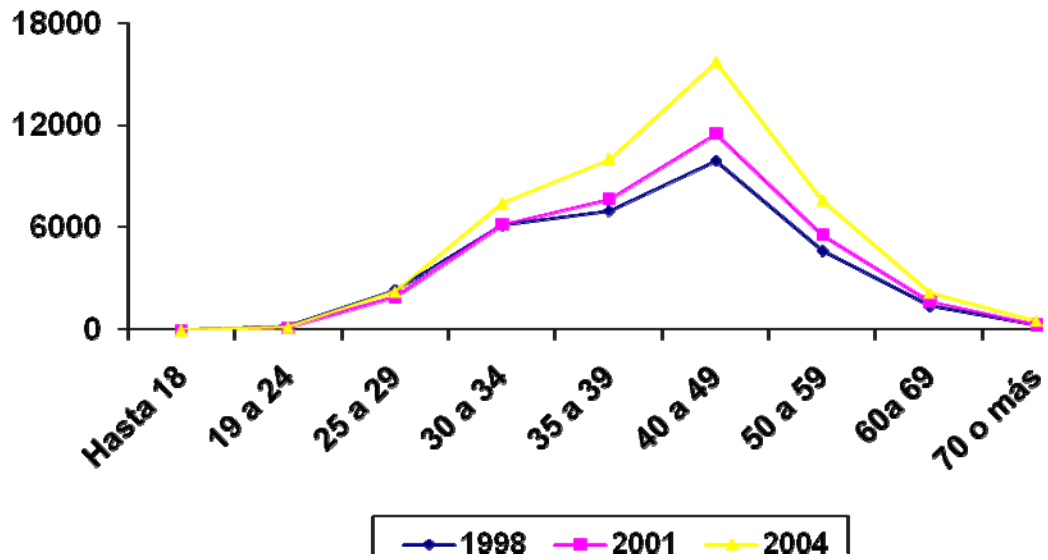
De los datos derivados de la anterior gráfica pueden extraerse dos conclusiones fundamentales:

A) Aumento proporcional del número de divorcios con el paso de los años, lo cual puede justificarse en cierta medida con un incremento de la población española y una mayor tendencia a semejante práctica en períodos más próximos a la actualidad de conformidad con valores sociales cambiantes.

B) Identificación de tres grandes oscilaciones para el común de los años sujetos a análisis (De 0-10: incremento; de 10-19 descenso; y de 20 en adelante: cotas más elevadas). En principio, semejantes datos no tendrían por qué revestir una especial consideración si bien resulta cuanto menos significativo la similitud entre las oscilaciones de las tres curvas presentadas, lo que denota sin ningún género de dudas un intervalo de crecimiento progresivo de los divorcios durante los diez primeros años; un considerable retroceso en la proporción aparecida entre los diez y los diecinueve –época en la que es menos habitual semejante práctica-; y, finalmente, el estadio de mayor riesgo que coincidiría con la década de los cuarenta años, lo que igualmente permitiría establecer que la edad más frecuente de contracción del matrimonio radicaría en torno a intervalos muy próximos a los veinte años; esto es, parejas muy jóvenes en relación a los parámetros actuales.

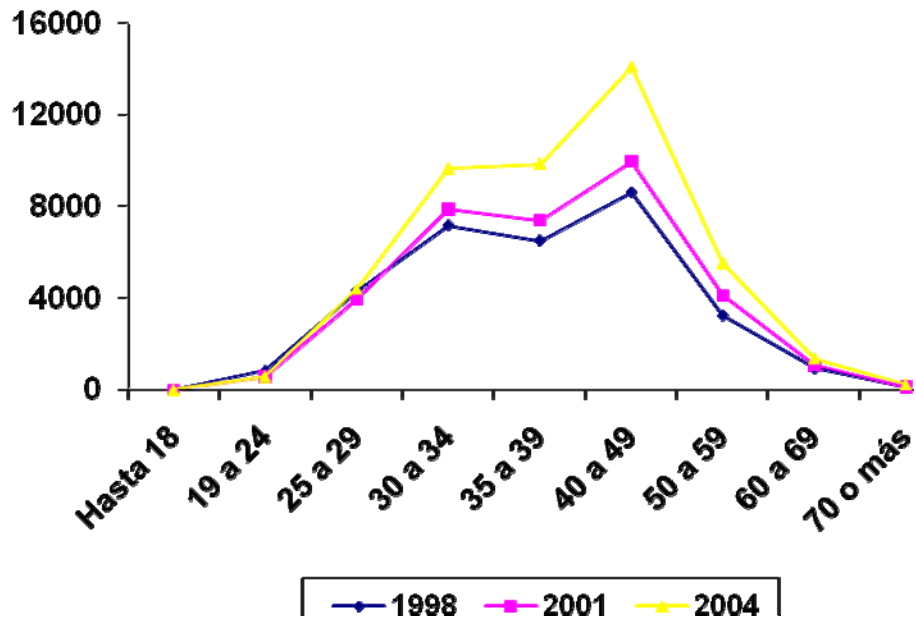
Para corroborar los postulados anteriores cabe presentar las respectivas tablas referentes a las edades del hombre y la mujer contrayente.

Divorcios según la edad del esposo



	Hasta 18	19-24	25-29	30-34	35-39	40-49	50-59	60-69	70 o más
1998	1	189	2368	6146	6990	9923	4640	1408	266
2001	-	159	1984	6214	7707	11538	5604	1689	331
2004	1	170	2228	7419	10041	15722	7625	2170	532

Divorcio según la edad de la esposa



	Hasta 18	19-24	25-29	30-34	35-39	40-49	50-59	60-69	70 o más
1998	1	829	4347	7201	6531	8643	3258	942	133
2001	6	588	3956	7889	7408	9974	4143	1051	140
2004	3	580	4404	9670	9878	14117	5552	1371	229

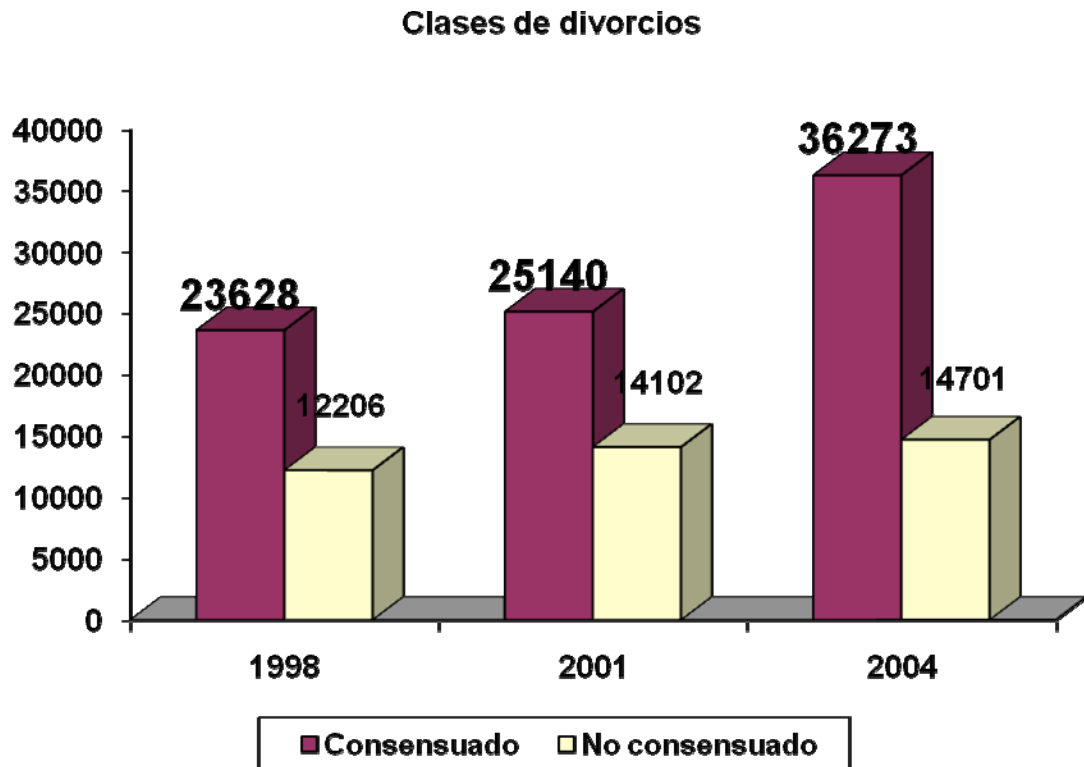
Al igual que sucedía con la variable “divorcio según años de matrimonio” las oscilaciones de las gráficas son similares en los tres períodos sujetos a análisis debiendo destacar un aumento progresivo, especialmente acentuado en la década de los cuarenta años, donde se alcanzan las cotas máximas, iniciando inmediatamente después un fuerte descenso en virtud del

cual la probabilidad de divorcio tras los cincuenta años disminuye proporcionalmente conforme avanza de los contrayentes hasta alcanzar cotas mínimas sobre los setenta años, situación justificable debido a la dependencia de otra persona y el miedo a la soledad del individuo. Sin embargo, sí existe un hecho significativo en los primeros años de medición del divorcio respecto a la edad de los contrayentes, claramente diferenciador de ambas tipologías, en tanto la tasa del varón se manifiesta de una forma más uniforme sin cambios excesivamente bruscos frente a la mujer donde la curva es bastante más prolongada; esto es, la mujer se divorcia en una proporción bastante mayor que el hombre a edades más tempranas mientras, conforme avanza la citada variable, tienden a equipararse, a finales de los treinta años, para iniciar un predominio del varón entrado en los cuarenta, lo que permite concluir que el hombre tiende a divorciarse a una edad más elevada que la mujer lo que pudiera también trasladarse a una diferencia de edad entre las parejas conformantes de la muestra que responderían al perfil de hombre con más edad que la mujer, no siendo arriesgado aventurar incluso una diferencia de entre siete y diez años.

2. Clases de divorcios.

El divorcio consensual que recoge la Ley 30/1981, se basaba en el mutuo consentimiento de los cónyuges, o el realizado por uno con la anuencia del otro. El efecto contrario sería el planteado de forma que sólo uno quiere instar al divorcio, con la oposición de la otra parte. La Ley ha decidido tomar en consideración una realidad social imperante, que es la de la ruptura matrimonial, provocada por el acuerdo de ambos cónyuges en la mayoría de

los casos. La siguiente gráfica nos muestra ambos tipos en los tres años que venimos considerando como representativos.



Contrariamente a una falsa premisa integrada en la sociedad española, la gráfica expuesta no deja margen de duda a la hora de identificar la naturaleza del divorcio y así la clase más recurrida en España era el consensuado, lo que lleva consigo el mutuo acuerdo de los cónyuges a desarrollar semejante práctica frente a la idea tradicionalista de conflicto o ruptura unilateral, máxime cuando las proporciones enunciadas prácticamente duplican, e incluso en el período de 2004 algo más -246%-, a favor de aquella frente al no consensuado, pudiendo deducirse que la ruptura matrimonial, se produce con grandes diferencias, en la mayoría de los casos, por consentimiento mutuo de los cónyuges. No obstante lo anterior, debe

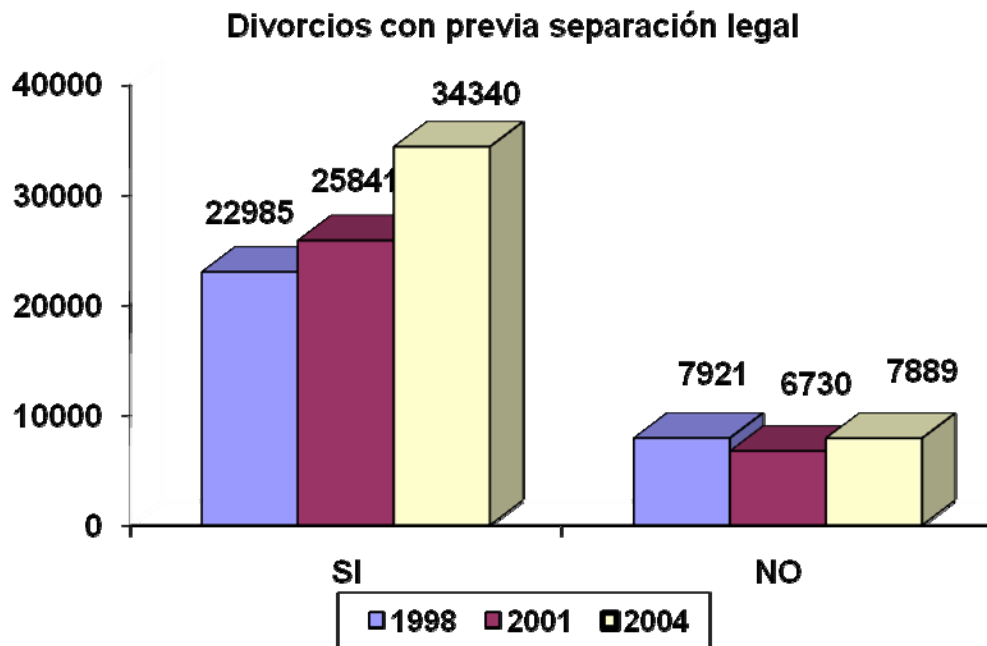
igualmente valorarse, dentro de las dificultades temporales que se presentan en la normativa entonces vigente, las facilidades otorgadas en cuanto a la solicitud de un divorcio por mutuo consentimiento, siempre que haya transcurrido por lo menos un año desde la interposición de la demanda de separación consensual.

3. Divorcio según separación legal previa.

El siguiente gráfico tiene por objeto demostrar la diferencia existente entre los que han sido decretados con previa separación legal, y los que no. En aras a la representación de estos datos, deben recordarse las causas legales de divorcio en la normativa derogada:

A) El cese efectivo de la convivencia conyugal, con diversas variantes en relación al tiempo, y que se encuentra estrechamente vinculada a la separación judicial, artículo 86, incisos 1º y 2º; y, en otros casos a la separación de hecho, artículo 86, incisos 3º y 4º.

B) El atentado contra la vida del cónyuge y otros, que ha de estar acompañada de sentencia penal firme, considerándola como un presupuesto para instar a la demanda de divorcio. La relativa a la separación por mutuo acuerdo se puede pedir en cualquier momento, probando el cese efectivo de la convivencia en un tiempo de seis meses. Pero en todos los casos recogidos en esta Ley ha de haber transcurrido un año desde que se celebrara el matrimonio



Los datos vuelven a ser nuevamente muy clarificadores en tanto existe una diferencia muy significativa entre semejantes prácticas debiendo subrayar la primacía de los cónyuges que solicitan el divorcio con separación legal previa y quienes lo obtienen en sentido contrario. Se trata en el primero de los años, de una diferencia de 15.064 supuestos, en el segundo de 19.111 y en el 2004, en el cual se produce un aumento considerable del número de divorcios, de 26.451. En cualquier caso, conviene recordar, como ya he comentado anteriormente en el análisis de esta La ley 30/1981, que ha de producirse el cese efectivo de la convivencia conyugal, durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación, siempre que se hubiese instado transcurrido un año de la celebración del matrimonio. Como puede demostrarse con los datos expuestos, la gran parte de los matrimonio obtienen el divorcio una vez obtenida la separación legal.

A modo de conclusión en relación a los datos anteriormente referidos y centrándose, en cuanto a la duración del matrimonio, en el mutuo consentimiento, y en la existencia de separación legal, VAZQUEZ IRUZUBIETA¹⁰⁹, plantea en concordancia con estas premisas, la situación de una pareja recién casada que quisiera divorciarse con la Ley 30/81, es decir, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/ 2005. Son dos los caminos para ello: a) esperar un año desde la fecha de la celebración del matrimonio, seis meses por el artículo 82, y luego del año, o del año y seis meses, según se interprete, iniciar el divorcio, se haya o no concluido el trámite del proceso de separación; b) si se quiere obviar el proceso de separación e intentar directamente el divorcio por mutuo consentimiento, deben esperar los dos años que establecía el inciso 3º del artículo 86, que hace referencia a la separación de hecho y no a la separación judicial.

Finalmente, y a modo de resumen de las variables expuestas, conviene señalar el siguiente patrón típico identificativo del divorcio en España antes de la entrada en vigor de la normativa actual: pareja de hombre y mujer donde el primero ostenta mayor edad que la segunda, produciéndose una mayor situación de riesgo en torno a los cuarenta y sucesivos años, disminuyendo progresivamente la probabilidad de divorcio a partir de los cincuenta y conforme aumenta la edad de los cónyuges, habiendo una separación legal previa y adoptando la posición de ruptura definitiva desde el prisma legal de manera consensuada.

¹⁰⁹ Vid VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*. Madrid, 1981, pág. 385.

CAPITULO SEGUNDO: Modelos de divorcio en la legislación comparada

I. INTRODUCCIÓN

Como ha quedado expuesto en el capítulo anterior, no existe un modelo de divorcio único y excluyente de los demás. De ahí que sea importante determinar y comparar nuestro sistema divorcista con el de otros países para comprender mejor, dentro de un alcance más extenso, la situación del divorcio en España y la reforma producida en 2005. La aproximación socio cultural existente con los países de un mismo entorno jurídico hace que se manifieste la necesidad de observar las soluciones emitidas por los mismos ante un figura jurídica afín en el contenido, pero distinta en el modo de regularla. La semejanza en sus regulaciones es un hecho que se deriva de la conectividad jurídica entre sus ordenamientos.

Ciertamente es, a finales de los años sesenta y durante toda la década de los setenta¹¹⁰, cuando comienza en la mayoría de los países europeos una tendencia legislativa encaminada a promover la regulación del divorcio vincular como forma de disolver los efectos del matrimonio. Así en Dinamarca se aprueba en 1969 la Act 256 on the Formation and Dissolution of Marriage; en Italia la Ley N° 898 de 1° de diciembre de 1970; en Holanda la Ley N° 290 de 6 de mayo de 1971; en Suecia la Ley de reforma de 1973; en Bélgica la Ley 1° de julio de 1974; en Francia la Ley N° 75-617 de 11 de julio

¹¹⁰ Para una visión histórica sobre el divorcio en el derecho comparado, con anterioridad a la promulgación de estas leyes que ofrecen la regulación actual del mismo, Vid. TARRAGATO, Eugenio. *El Divorcio en las Legislaciones Comparadas*. Madrid, 1925, págs. 63 y ss.

de 1975; en Alemania, la Ley de 14 de junio de 1976 que reforma el BGB. De esta forma se van completando las configuraciones divorcistas en la Unión Europea hasta llegar a Irlanda que ha sido el último país en reconocer su Family Law Divorce Act en 1996 y que entró en vigor en 1997. Supera en fechas recientes a este país, eso sí en otro continente pero con postulados jurídicos parecidos, por su reciente ratificación la Ley del Divorcio en Chile, regulada en la Ley de Matrimonio Civil N.º 19.947, que fue admitida en noviembre de 2004, dejando de ser el único país iberoamericano que continuaba manteniendo la indisolubilidad del matrimonio hasta esta fecha ya que en ningún momento había conocido Chile el divorcio en sentido propio¹¹¹. El sistema de divorcio que presenta no es unitario sino mixto ya que puede solicitarse en tres situaciones diferentes: a) por culpa del otro cónyuge¹¹²; b) por mutuo acuerdo cuando ha cesado la convivencia de los esposos durante un año, y c) a instancia de uno de los cónyuges cuando la convivencia ha cesado durante tres años al menos.

Se trata de tres modalidades de la ruptura matrimonial muy conformes con las reguladas en Europa en las que no parece importar la diferencia temporal en cuanto a la aprobación de unas y otras. Indudablemente se asienta el divorcio en los tres tipos que han marcado su configuración desde que empezó a implantarse en nuestro continente: un divorcio por mutuo

¹¹¹ Vid. GARCIA CANTERO, Gabriel. "Chile estrena divorcio". En *Actualidad Civil* n°5. Madrid, 2005, págs. 527 y ss.

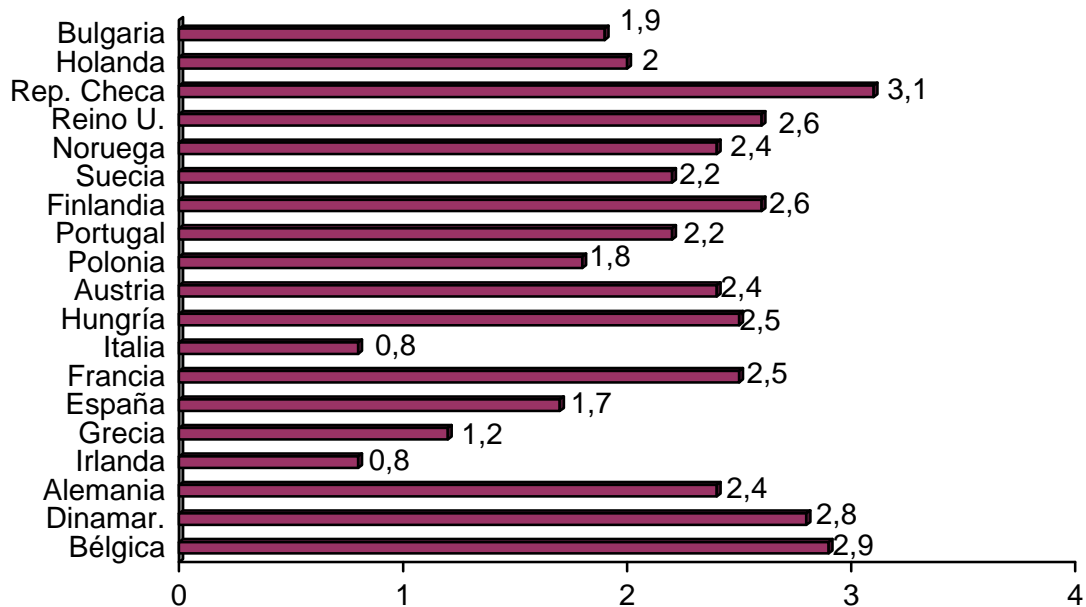
¹¹² Las causas que establece el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil para que el divorcio pueda ser demandado por uno de los cónyuges por falta imputable al otro son los siguientes: 1) atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o alguno de los hijos; 2) transgresión grave y reiterada de los deberes que surgen del matrimonio, tipificándose en especial el abandono continuo o reiterado del hogar común; 3) condena penal firme por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, que suponga una grave ruptura de la armonía conyugal; 4) conducta homosexual; 5) el alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa de los cónyuges y de los hijos; 6) tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

consentimiento, otro tipo basado en la voluntad unilateral con un transcurso de tiempo determinado de cese de la convivencia conyugal o de separación, y el último que se asienta en la conducta culpable de uno de los cónyuges que por su naturaleza vulnera los deberes conyugales. A nivel europeo en la mayor parte de las legislaciones se adoptan igualmente sistemas mixtos que combinan diferentes modelos de divorcio con la finalidad, probablemente, de adaptarlos a las situaciones personales y sociales de los ciudadanos que quieren disolver definitivamente el vínculo matrimonial.

Sobre parámetros generales ofrecemos estadísticamente la situación del divorcio en gran parte de Europa como complemento comparativo con lo anteriormente explicitado para nuestro país¹¹³.

¹¹³ Los datos han sido obtenidos de Eurostat El año 2005 es el último que presenta las tasas completas de divorcio en todos estos países, pues a partir de 2006 existen muchos países sin analizar.

Tasa de divorcios en el año 2005 por cada 1.000 habitantes



Como puede observarse la tasa más alta de divorcios la presenta la República Checa y la más baja se encuentra en Italia e Irlanda, probablemente por los plazos tan extensos que ofrecen estas legislaciones, siendo los más elevados en relación con el resto de países. Desde una primera visión podría pensarse que la tasa más crecida corresponde a aquellos que antes aprobaron la ley del divorcio puesto que transcurrido el tiempo pueden ser mayores las modificaciones y por tanto más las facilidades para disolver el vínculo matrimonial; pero esta premisa no se cumple ya que por ejemplo Italia que aprobó su Ley en 1970, tiene una media de divorcios bastante baja en relación a otras legislaciones que la regularon más tarde y que, sin embargo, siguen más o menos la media de los países europeos. Ciertamente también es innegable el papel de la Iglesia, como factor social, en su lucha por mantener

el matrimonio indisoluble y la resistencia de algunos países en aprobar una ley de divorcio.

Podemos configurar estas legislaciones comparadas desde una perspectiva cuantitativa en torno a tres grupos:

- Los de mayor nivel, comprendería a los países europeos cuyas tasas de divorcio alcanzan cotas muy elevadas. Estos son: la República Checa que se sitúa en el nivel más alto tratándose de un país con un importante número de católicos, y siendo requisito imprescindible el transcurso de un año y seis meses de tiempo para divorciarse. Le sigue Bélgica, que incluso en 2005 necesitaba un mínimo periodo de tiempo matrimonial de dos años para instarlo. Dinamarca que prevé dos años de separación o un sistema puramente causal. En cuarto lugar y con la misma tasa de divorcio se ubican dos países totalmente ambiguos en su regulación y en su trayectoria jurídica como son el Reino Unido y Finlandia. Les acompaña Francia que en este año incluye su última reforma basada fundamentalmente en la reducción de plazos y en la adaptación de la legislación divorcista a las distintas situaciones que del mismo se puedan derivar entre los cónyuges. Y por último se encuentran Austria, Alemania y Noruega. En el primero de ellos podrá solicitarse cuando se ha producido el cese de la convivencia conyugal durante al menos seis meses, mientras que en los segundos es común el plazo de un año de separación para una posterior disolución.

- Los países considerados de nivel intermedio son como demuestra el gráfico anterior, aquellos que se mantienen en un

intervalo que no ha de considerarse demasiado alto. Estos son: Suecia con uno de los divorcios más avanzados jurídicamente, un tipo unilateral no causal pero con un plazo de seis meses, Portugal y Holanda que se colocan en la misma línea jurídica, seguidos por Bulgaria que necesita de un mínimo de tres años de matrimonio¹¹⁴.

- En último lugar el nivel que denominamos mínimo, corresponde a Grecia, que requiere una separación de un año para solicitar el divorcio e Italia e Irlanda que se quedan por debajo de todos los países debido quizás a los plazos tan extensos que propugnan ambas legislaciones, y sobre todo por las restricciones que presentan, cuando curiosamente, se trata de leyes bastante dispares en el tiempo, la primera aprobada en 1970, y la segunda en 1997. Efectivamente también son dos países de gran arraigo religioso que puede influir en este sentido por los argumentos anteriormente emitidos.

Es llamativo el dato de que existen Estados con una regulación similar en algunos aspectos pero que sin embargo se encuentran situados en tasas posiblemente contradictorias entre sí, como es el caso de Grecia y la República Checa que exigen ambas un año de duración del matrimonio para instar al divorcio y por otra parte uno es el que presenta la cota más alta y Grecia de las más bajas. Podría pensarse igualmente que los países nórdicos pudieran tener una media divorcista similar por afinidad geográfica y la realidad nos muestra lo contrario: Noruega con un número similar al de Austria y Alemania, Finlandia en consonancia con el Reino Unido, y en la posición intermedia se encuentra Suecia.

¹¹⁴ España se encontraría en esta tasa intermedia y dificultosa puesto que los datos de este año 2005 pertenecerían a la concurrencia de dos legislaciones diferentes. Por ello en el siguiente capítulo se analizarán las tasas que con la nueva ley empieza a partir de 2005 a alcanzar nuestro país.

La base general del planteamiento de estos países se apoya en la idea de constatar la existencia de una ruptura irreparable entre los cónyuges, bien por el acuerdo común de ambos o por decisión unilateral. Se inicia, por tanto, en parámetros generales un divorcio remedio con numerosas distinciones pero que procede cuando ya el matrimonio está roto. No obstante, en la mayoría de las legislaciones las causas por incumplimiento de los deberes conyugales se mantienen bien de forma genérica o bien concertándolas en actuaciones culpables como puede ser la infidelidad, la violencia o el abandono.

Sin embargo, el cese efectivo de la convivencia conyugal o la ruptura irreparable del matrimonio se presentan como los presupuestos principales para poder hacer efectivo el divorcio. En la mayoría de los Estados debe ser pronunciado por resolución judicial excepto en algunos en los que se admite el pronunciamiento por autoridad administrativa, aunque las modalidades del procedimiento y las causas acogidas varían de un Estado a otro debido a las características y peculiaridades propias de cada uno de ellos.

Existen varias clasificaciones destinadas a ordenar el tipo de disolución que asume cada país, una de éstas es la que distingue entre sistemas unicistas y sistemas pluralistas o mixtos¹¹⁵. El primero de ellos se caracteriza porque el matrimonio ha de ser una unidad de sentimientos y de vida, y la falta de ellos produce la inutilidad de mantener esa unión. Hay, por tanto, una sola causa de disolución, que se refiere al fracaso del mismo. Ésta es la postura que han ido aceptando un gran número de países como Inglaterra, los Países Bajos, Suecia, Alemania, Grecia, entre otros. La segunda de las clasificaciones atiende a admitir varios tipos de divorcio, basados en distintas causas que no son iguales en todos los países y que por consiguiente producen diferentes

¹¹⁵ Vid. GONZALEZ PORRAS, José Manuel. “El Divorcio en España: La Reforma del Código Civil de 1981”. En *Boletín de Documentación*, nº 11. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ministerio de la Presidencia. Madrid, 2001, págs. 32 y ss.

efectos: Francia es un buen representante de este grupo, así como Bélgica, Luxemburgo o Italia.

La regulación del divorcio en otras legislaciones pasa de comprender normas bastante permisivas a las más restrictivas. En la mayoría de los casos se combinan varios sistemas de esta figura jurídica para que se produzca la disolución del vínculo matrimonial.

La distinción fundamental entre los Ordenamientos jurídicos comparados versa en tres aspectos intrínsecos, el consentimiento de los cónyuges, las causas para instar al divorcio, en aquellos países que mantengan un sistema causalista, y el sistema unilateral no causal con plazos. En base a tales criterios articularemos las diferencias entre los mismos.

Pero antes a nivel europeo es interesante destacar los principios en que se fundamenta la Recomendación emitida por la Comisión de Derecho Europeo de Familia¹¹⁶ relativos al divorcio y justificados en su Preámbulo con el reconocimiento de que existen divergencias en los sistemas nacionales de familia, y con el deseo de contribuir a la armonización de este derecho intentando equilibrar los intereses de los esposos.

El Capítulo primero que conforma dichos principios se basa en el reconocimiento de la admisibilidad del divorcio en las legislaciones sin que haya de existir la exigencia, durante tantos años mantenida, de que el matrimonio haya tenido una duración determinada. La ley concretará el procedimiento del mismo, bien por autoridad judicial o administrativa, así

¹¹⁶ Vid. Comisión de Derecho Europeo de Familia- Comisión on European Family Law- Principios de Derecho Europeo de Famita relativos al Divorcio y a los Alimentos entre Esposos Divorciados. En www2.law.uu.nl/priv/cefl. Esta Comisión es una iniciativa científica formada por representantes muy cualificados del derecho de familia, y que pretende unificarlo. Es tarea muy difícil y resultaría casi imposible llegar a este fin, por lo que entendemos que intenta armonizar los principios generales que aconseja pero que en ningún caso son vinculantes.

como el reconocimiento al divorcio por consentimiento mutuo como el que se realice de forma unilateral.

Respecto al primero de ellos, señalado en el Capítulo segundo, lo admite entendiéndose por tal un acuerdo entre los esposos de que su matrimonio deba disolverse, sin necesidad de la existencia de una separación de hecho de forma conjunta o por uno con la aceptación del otro. Pero se considera imprescindible, como ocurre con el divorcio por mutuo acuerdo en Francia, la existencia de un periodo de reflexión entre los esposos. Si tienen hijos menores de 16 años y están de acuerdo en relación a las consecuencias será de tres meses y sino de seis. Si por el contrario no hubieran hijos y están conformes no será necesaria esta etapa de considerar su decisión. Sino hubiera acuerdo se atenderá a tres meses de reflexión. Este tiempo quedará suprimido cuando hayan permanecido seis meses separados de hecho.

Y por lo que respecta al divorcio unilateral aquel que se produce sin el consentimiento de uno de los esposos, se aconseja que exista una separación de hecho de un año.

Ciertamente se trata de una recomendación para los países europeos, algunos de los cuales se han hecho eco de semejantes principios, aunque no de forma totalmente expresa sino adaptándolos a las circunstancias y evolución social del país.

II. CONSENTIMIENTO DE AMBOS ESPOSOS

La realidad fáctica de esta situación se da cuando ambos cónyuges deciden voluntariamente disolver el vínculo matrimonial que les unía de mutuo acuerdo. Sin embargo, dicha coyuntura que pudiera asemejarse a la libre voluntad de los aquéllos, sin mayor sujeción que la de su consentimiento no se da realmente en ningún país tan sólo en Portugal y Francia¹¹⁷. En el resto sujetos a este tipo se exige junto con semejante asentimiento común la constatación de la ruptura del matrimonio o un periodo mínimo de vida matrimonial.

En **Portugal** el divorcio puede ser solicitado por mutuo acuerdo de los cónyuges, por uno de ellos contra el otro¹¹⁸ o por voluntad unilateral. En el primero de los casos estaríamos ante un divorcio por mutuo consentimiento, en el segundo ante un divorcio judicial y en el tercero frente a uno que es solicitado por uno de los esposos. Las notas fundamentales que los distinguen son: primero, el divorcio por mutuo consentimiento se basa en el acuerdo de ambos cónyuges; mientras que en el segundo de los tipos se trata de un divorcio solicitado por uno contra otro que ha violado los deberes conyugales o ha incurrido en alguna de las causas que reconoce el Código Civil Portugués, como pueden ser la alteración de las facultades mentales o la ausencia, en los artículos 1779 a 1883; el tercero se asienta en la ruptura del matrimonio mostrada a través de una previa separación de hecho consolidada con la determinación de un periodo de tiempo de tres o un año que sirve para

¹¹⁷ Francia presenta cuatro tipos de divorcio de los cuales dos pertenecen a esta primera clasificación, pero en base a una finalidad más ordenada y sistemática en la regulación de este país se desarrollara en el apartado relativo al divorcio causal.

¹¹⁸ Vid. DE FRANCA PITAO, José Antonio. *Sobre o Divórcio (Anotacoes aos artigos 1173.º a 1895.º-D do Código Civil)*. Coimbra, 1986, pág. 9.

demostrar al tribunal que una vez producido el cese de la convivencia conyugal se da la firme convicción de no mantener el vínculo matrimonial. Este divorcio unilateral en base a una separación de hecho exige el transcurso de tres años o sólo de uno, como se ha indicado, si el demandado aceptase la disolución, con lo cual se trataría de una figura próxima al divorcio por mutuo consentimiento, aunque con separación de un año. Igualmente este divorcio por mutuo consentimiento puede ser instado sin revelar el fundamento por el cual se ha producido la ruptura, como consecuencia no es necesario alegar causa alguna para su solicitud.

Con anterioridad y hasta la reforma que introdujo la Ley nº 47/98 de 10 de agosto era necesaria la existencia de un periodo previo de matrimonio antes de requerir el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, pero con esta modificación no es necesario ningún periodo previo como dicta el artículo 1775 del Código Civil: “ El divorcio por mutuo consentimiento puede ser solicitado por los cónyuges en cualquier momento”.

Bastaría asimismo con que los cónyuges estuvieran de acuerdo en la imposibilidad de mantener una vida común para que se decretara esta ruptura¹¹⁹, tal y como contiene el artículo 1775 en su segundo párrafo, es necesario que hayan llegado a pactos u obligaciones en las prestaciones en materia de alimentos o del uso de la vivienda conyugal, tanto en el momento de tramitación como en el de concesión del divorcio¹²⁰.

¹¹⁹ Vid. FERREIRA PINTO, F. Brandao. *Causas do Divórcio*. Coimbra, 1980, págs. 37 y ss.

¹²⁰ Artículo 1775.2 y 3 del Código Civil Portugués:” 2. Os cônjuges não têm de revelar a causa do divórcio, mas devem acordar sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, o exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores e o destino da casa de morada da família. 3. Os cônjuges devem acordar ainda sobre o regime que vigorará, no período da pendência do processo, quanto à prestação de alimentos, ao exercício do poder paternal e à utilização da casa de morada de família”.

El actual derecho no consagra exigencias tendentes a comprobar la firme convicción de los cónyuges. Se puede afirmar que los acuerdos a los cuales han de llegar sobre las principales consecuencias del divorcio, sirven para determinar esta convicción. Tal sistema divorcista está en sintonía con la tendencia contemporánea de dejar a la autonomía de los sujetos la libre decisión de extinguir el vínculo matrimonial sin ningún tipo de paternalismo por parte de la Ley¹²¹.

El sistema portugués contempla la posibilidad de que el divorcio por consentimiento mutuo sea decretado, con igual validez que si fuera el juez, por el encargado del Registro Civil, produciendo los mismos efectos que una sentencia judicial sobre la indicada materia, tal y como prescribe el artículo 1778¹²² de la normativa civil portuguesa. Esta modificación se introdujo por el Decreto-Ley 272/ 2001¹²³ de 13 de octubre mediante el cual el divorcio por mutuo acuerdo pasó a ser competencia exclusiva de los registros civiles. Trata esta modalidad de un tipo de divorcio administrativo afín al existente en los países nórdicos en los que la decisión divorcista de la autoridad administrativa equivale a la judicial.

Es, sin duda y curiosamente, Portugal uno de los países más avanzados en la legislación divorcista y ello debido a las numerosas reformas que han ido introduciendo con el fin de adaptarse a las exigencias sociales que van

¹²¹ Vid. FREIRE FALCAO DE OLIVEIRA, Guilherme. “El Régimen del Divorcio en Portugal a Propósito del Nuevo Proyecto Español, ¿ Un Caso de “ Paralelismo Espontáneo”?.” En AA.VV. *Familia, Matrimonio y Divorcio en los Albores del Siglo XXI*. Madrid, 2005, págs. 48 y ss.

¹²² Artículo 1778º-A del Código Civil Portugués: “1. É aplicável ao divórcio por mútuo consentimento decretado pelo conservador do registo civil, com as necessárias adaptações, o disposto na presente subsecção. 2. As decisões proferidas nestes termos produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria”.

¹²³ Este Decreto –Ley suprime igualmente la renovación de la demanda tras un periodo de reflexión de tres meses, con lo cual ahora mismo sólo es necesaria la convicción de los cónyuges sin necesidad de demostrarla mediante plazos.

apareciendo en los contextos jurídicos de todas las naciones. Mantiene una intensa línea de conectividad con el ordenamiento jurídico español en aras de evolucionar, aunque con algunas diferencias como el plazo de tres meses para instar al divorcio, requisito que Portugal no presenta o el reconocimiento del divorcio en sede administrativa que en nuestro país llevaría a una enorme controversia, pero que con el tiempo probablemente acogeremos.

A pesar de las numerosas reformas que en el derecho portugués se han dado, la cuestión no está inmovilizada sino que por el contrario sigue viva y en debate. En el objetivo de facilitar a los cónyuges en base a su propia libertad el ejercicio de la ruptura matrimonial a través de la disolución del vínculo.

Prueba de ello es la reciente modificación aprobada por el Parlamento luso el día 16 de abril de 2008 en materia de divorcio. En líneas generales dicha reforma tiene la firme convicción de acabar con el divorcio litigioso basándose en el principio de que ninguna persona puede ser obligada a continuar casada sino es esa su voluntad y por ello se le han de facilitar los plazos que se reducen considerablemente. Radica fundamentalmente esta aprobación en que el divorcio sin consentimiento de los dos cónyuges tendrá que basarse en causas objetivas como la separación de hecho por un año consecutivo, la alteración de las facultades mentales que dure más de un año, la ausencia por este mismo plazo de tiempo, y por cualquier otra circunstancia, que independientemente de la culpa de uno de los cónyuges, muestre una ruptura definitiva en el matrimonio. En este último supuesto se incluye la violencia doméstica.

Planteamos anteriormente que Portugal junto con Francia eran los dos únicos países de los que vamos a analizar, en los que se puede solicitar el

divorcio con el sólo consentimiento de los esposos, puesto que en los demás Estados que aceptan este consentimiento mutuo es necesaria la constatación de esa ruptura o un período mínimo de vida matrimonial.

1. Legislaciones divorcistas con necesaria constatación de la ruptura.

Entre los países en lo cuales es imprescindible la constatación de esa ruptura nos encontramos con : **Alemania** que hasta la reforma de 1976 tenía un sistema de divorcio en el que las causas de separación eran las que establecía el BGB, tras esta ley los cónyuges pueden divorciarse cuando el matrimonio ha fracasado. Se considera tal situación en el momento de cese de la convivencia conyugal y no se espera que puedan reestablecerla. Permittedose por el consentimiento conjunto de ambos esposos no causal y condicionado a la ruptura del matrimonio, pero con un período de separación de un año. Puede solicitarse de una doble forma, ambos cónyuges de mutuo acuerdo o uno de los cónyuges se adhiere a la solicitud del mismo que ya ha sido pedida por el otro esposo de forma que el cónyuge demandado lo consiente¹²⁴ en cualquier momento del procedimiento.

Austria, plantea un divorcio dictado por decisión judicial obligatoria, que responde a tres modalidades distintas¹²⁵: la primera motivada por el incumplimiento de un deber matrimonial, lo que en derecho austriaco se refiere a una ofensa matrimonial o comportamiento inmoral tal y como se establece a partir del artículo 49 de la ley de divorcio, en el cual se abre la

¹²⁴ BGB, Artículo 1566.1.

¹²⁵ *Vid.* Österreichische Verbindung Tat o Austrian Marriage Act,(Ley Austriaca de Matrimonio) Artículos 46 y ss.

posibilidad de que un esposo pueda pedir el divorcio si el otro culpablemente interrumpió la unión por imposición de la violencia física y crueldad mental severa, es decir malos tratos psicológicos graves. Igualmente se consideran causas la alteración psíquica de uno de los cónyuges, de forma que no pueda restablecerse la convivencia conyugal, así como una enfermedad mental que genere rechazo, el artículo 51 de la Ley se refiere al alcohol, o enfermedad que pueda ser contagiosa.

En cualquiera de estas causas debe el cónyuge demostrar la veracidad de los hechos que alega. Respecto al segundo tipo de divorcio que se plantea es el ocasionado por el cese de la convivencia conyugal durante al menos tres años. En este caso podrá solicitarlo cualquiera de los conyuges, basándose en la ruptura irreparable de la unión aunque el juez podrá valorar las causas de esta separación. Si han transcurrido como mínimo seis años se les concederá automáticamente como dicta el artículo 55 sin que el juez pueda entrar a valorar los motivos que dan lugar a la solicitud. Y en tercer lugar atendiendo al caso que nos ocupa es viable en Austria el divorcio por mutuo acuerdo¹²⁶ que puede ser solicitado por los cónyuges siempre y cuando el cese de la convivencia conyugal haya tenido lugar al menos seis meses antes, y reconozcan mutuamente la inviabilidad de continuar el matrimonio y por consiguiente la ruptura matrimonial definitiva. El artículo 55 a¹²⁷, nos muestra

¹²⁶ *Vid.* Roth, Marianne en, “Informe austriaco en relación con la CEFL Cuestionario sobre causales de divorcio y alimentos entre cónyuges”. <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>.

¹²⁷ Artículo 55 a de la Ley de Divorcio Austriaca, § 55a:

“(1) Si la unión conyugal de los esposos, lleva como mínimo seis meses suspendida y reconocen ambos la incurable desunión de las relaciones conyugales, existiendo un acuerdo sobre el divorcio, podrán solicitarlo juntos”.

(2) “ El matrimonio sólo podrá divorciarse si los cónyuges llegan a un acuerdo por escrito sobre la principal residencia de los niños o de su cuidado, el ejercicio del derecho de visitas y de alimentos; así como sus relaciones respecto al derecho de manutención; y los derechos jurídico- patrimoniales legales en relación con el divorcio sometidos al Tribunal. Respecto al derecho a relacionarse con los niños tenidos en común los cónyuges acordaran respetar la reglamentación”.

un divorcio por mutuo consentimiento en el que debe existir una renuncia a esa unión dada la ruptura o la situación incurable de la relación conyugal, después de un periodo de tiempo de matrimonio de al menos un semestre y siempre que los cónyuges hayan llegado a un acuerdo en el que se regulen todas las cuestiones relacionadas con la patria potestad, las pensiones alimentarias, las visitas y el reparto de los bienes conyugales. Como puede observarse este país muestra una legislación divorcista de lo más variada que combina un divorcio por mutuo acuerdo, condicionado a una ruptura de matrimonio de seis meses, con un sistema de causas basado en la culpabilidad en el cual existe un cónyuge culpable y por su actitud el cónyuge inocente puede instar el divorcio, y por último el basado en tres años de separación de cese efectivo de la convivencia conyugal.

Continuando con esta línea , desde la aprobación de la ley del divorcio en 1974 incluyendo las reformas acontecidas en 1982, 1997 y 2000, y hasta la reciente reforma producida en 2007, se configura en **Bélgica** un sistema dualista que compagina el divorcio consensual con el divorcio sanción, por lo que encontramos uno que admite el consentimiento mutuo, y otro configurado como un sistema causal basado en el adulterio, los excesos, los malos tratos, las injurias graves, y la separación previa, durante más de cinco años si como consecuencia de la misma se produjera la imposibilidad de continuar la vida en común, siempre que no perjudique a los hijos menores. Podrá así mismo invocarse esta causa cuando tal distanciamiento se haya producido como consecuencia de la enfermedad mental del otro.

En relación al tipo de divorcio que comentamos, el basado en el consentimiento de ambos esposos, se establecía un periodo previo de matrimonio de dos años para poder instar al mismo, por lo que deberán los cónyuges haber estado casados al menos dos años para iniciar el

procedimiento, y que su edad superara los veinte años. Sin embargo, parece existir cierto paralelismo entre la legislación española y la belga, ya que la primera reformó esta figura jurídica en 2005 y la segunda lo ha hecho en 2007. Concretamente fue aprobada el 27 de abril de este último año entrando en vigor el uno de septiembre de este mismo 2007. La modificación se debe a la falta de adaptación entre el derecho belga y la sociedad ya que al igual que en España la visión social del fundamento matrimonial va cambiando como la disolución del mismo adopta perspectivas diferentes, y, no obstante, derecho de divorcio no evoluciona paralelamente a los cambios sociales. De ahí la necesidad de introducir una reforma legislativa.

En el propio Anteproyecto de la Ley¹²⁸ se tratan de definir las grandes líneas y objetivos de la reforma y coinciden en limitar los efectos dañinos del procedimiento, existiendo un consenso general para introducir el concepto de divorcio sin falta en Bélgica. Existe igualmente unanimidad en el planteamiento de que el divorcio se produzca a causa de la desunión irremediable de los cónyuges en el sentido de que existe la imposibilidad de la vida común. El mutuo acuerdo conoce un éxito considerable, ya en 2003, el 70% de los divorcios belgas fueron por mutuo consentimiento poniéndose las partes de acuerdo en las consecuencias de esta decisión. La nueva ley ha de plantearlo pero con flexibilidad en determinados aspectos como, la edad mínima para divorciarse o la supresión de la duración mínima del matrimonio, tal y como ya establecía el Anteproyecto y luego concreta la Ley.

Antes de dicha reforma de 2007, el Código Civil enumeraba en sus artículos 229 a 233 las causas de divorcio¹²⁹: el adulterio de los cónyuges, los

¹²⁸ DEMINE, Pierre Jean. Avant projet de loi réformant le divorce en belgique. LEGALEX, 2006.

¹²⁹ TITULO VI. – DEL DIVORCIO CAPITULO I - DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO. Art. 229. <L 28-10-1974, art. 3>. Cada esposo podrá pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge. Art. 231. Los esposos podrán recíprocamente pedir el divorcio por exceso, vejaciones o injurias

excesos, malos tratos o graves injurias cometidas por el cónyuge; la separación de hecho de más de dos años y el divorcio por consentimiento mutuo. Entre las propuestas depositadas hay numerosos enfoques de la nueva regulación hacia un divorcio sin falta. El Informe emitido por el Senado Belga¹³⁰, pone de manifiesto que la ley por la que el 27 de abril de se reforma el divorcio opta por la instauración de la desunión irremediable de los esposos como sola causa de divorcio. Se aboga por una actitud coherente basada en adaptar el derecho del divorcio a las necesidades de nuestro tiempo y tener en cuenta la nueva realidad social al reconocer un divorcio sin falta en el sentido de que se produce por una ruptura del vínculo marital.

La nueva Ley establece en su capítulo II las modificaciones relativas al Código Civil, el artículo dos da una nueva redacción al 229 fundándose en que el divorcio será pronunciado cuando el juez constate la desunión irremediable entre los esposos, en el momento en que se hace razonablemente imposible la continuación de la vida en común y la reanudación de ésta del uno con el otro. La prueba de tal situación puede ser aportada por todas las vías de derecho, y se establece cuando los esposos formulan la demanda,

graves de uno de ellos hacia el otro. Art. 232. <L 01-07-1974, art. 1>. Cada uno de los esposos puede pedir el divorcio por causa de separación de hecho de más de dos años si resulta de esta situación que la desunión de los esposos es irremediable y que la admisión del divorcio sobre esta base no agrava de manera notable la situación material de los hijos, menores, concebidos de los esposos o adoptados por ellos. <Ley 2000-04-16/32, art. 2, 009; En vigor 2000-05-29>

El divorcio puede ser igualmente pedido por uno de los esposos si la separación de hecho de más de dos años es la consecuencia del estado de demencia o del estado grave de desequilibrio mental en que el esposo se encuentra y si resulta de esta situación que la desunión de los esposos es irremediable y que la admisión del divorcio sobre esta base no agrava de manera notable la situación material de los hijos menores, concebidos del matrimonio, de los esposos ó adoptados por ellos. Este esposo estará representado por su tutor, su administrador provisional, general o específico, o en su defecto, por un administrador ad hoc designado previamente por el Presidente del Tribunal a petición de la parte demandante.<Ley 2000-04-16/32, art. 2 En vigor 2000-05-29>.

Art. 233. El consentimiento mutuo y firme de los esposos, expresado de manera escrita por la ley, y bajo las condiciones y tras las pruebas que determina, probará suficientemente que la vida en común le es insoportable y, que existe, con relación a ellos una causa perentoria de divorcio.

¹³⁰ Vid. Sénat de Belgique. SESSION EXTRAORDINAIRE DE 2007, 23 AOÛT 2007.Document législatif n°4-162.

previa separación de hecho de seis meses o de un año si la realiza un único cónyuge¹³¹. El artículo 3 de ésta ley introduce la modificación relativa al antiguo artículo 230, basado en el mutuo acuerdo, y a través del cual los esposos pueden divorciarse igualmente por mutuo consentimiento de acuerdo con unas condiciones fijadas en el Código Judicial en cuanto al procedimiento. El artículo cuarto deroga los antiguos artículos 231, 232, 233, 275 y 276, que versaban, como ya ha sido apuntado, sobre las causas de malos tratos, injurias, el periodo de dos años de separación de hecho y la edad mínima de veinte años para poder instarlo¹³².

Semejante reforma es muy significativa en el sentido de que la causa fundamental para divorciarse es la desunión irremediable de los cónyuges, desapareciendo la separación de hecho de más de dos años, en cuanto puede solicitarse de común acuerdo después de seis meses de separación de hecho o si ésta no ha existido cuando confirmen su voluntad en una nueva audiencia¹³³. Igualmente si fuera de forma unilateral por uno de los cónyuges

¹³¹ CAPITULO II. Modificación del Código Civil.

Art. 2. El artículo 229 del Código Civil es reemplazado por la Ley 28 octubre 1974, y a su vez por la disposición siguiente: « Art. 229. § 1er. Se pronuncia el divorcio cuando el juez constata la desunión irremediable entre los esposos. La desunión es irremediable cuando se hace imposible seguir con la vida en común y la recuperación de la misma entre ellos. La prueba de desunión irremediable puede ser aportada por todas las vías de derecho.

§ 2. Se establece la desunión irremediable cuando la demanda se formula de manera conjunta por los dos esposos después de seis meses de separación de hecho o que se repite por dos veces, artículo 1255, del Código Judicial.

§ 3. El artículo 230 del mismo código derogado por la ley del 28 de octubre de 1974 se reestablece con la siguiente redacción :

« Art.230: Los esposos pueden igualmente divorciarse por consentimiento mutuo en las condiciones fijadas en la cuarta parte , Libro IV, capítulo XI, sección 2 del Código Judicial .Art.4.Quedan derogados en el mismo Código:1°el artículo231;2° el artículo 232, reestablecido por la Ley de 1 de julio de 1974 y modificado por las leyes del 2 de diciembre de 1982 y 16 de abril de 2000.; 3° el artículo 233 ; 4° el artículo 275, reemplazado par la ley de 20 de noviembre de 1969 y modificado por las leyes de 19 de enero de 1990 y 20 de mayo de 1997; 5° el artículo 276, remplazado por la ley de 20 de mayo de 1997.

¹³³ El procedimiento en el derecho belga, como establece el Código Judicial a partir de su artículo 1255, para instar al divorcio de mutuo acuerdo se basa fundamentalmente en la presencia de los

se ha de mostrar esta desunión irremediable después de un año de separación de hecho o si no existiera cuando los cónyuges confirmen su voluntad para divorciarse en una nueva audiencia. Desaparece por tanto la duración mínima de la unión fijada en dos años así como el mínimo de edad. La consecuencia más inmediata de la reforma nueva es la supresión del divorcio por falta y el divorcio previa separación de hecho de más de dos años creando el divorcio para desunión irremediable.

La idea del legislador es permitir a los esposos divorciarse sin el deber de probar la falta del otro o la separación de hecho de más de dos años. Basta en adelante que prueben ante el juez que se separan “irremediamente”, dado que les es imposible reanudar la vida común. La desunión irremediable puede establecerse al mostrar que por alguna razón precisa, los esposos no pueden vivir más juntos entonces es necesario explicar cuál es dicha razón y aportar la prueba; o al probar que están separados desde un determinado plazo de tiempo previsto por la ley (seis meses o un año en función de los casos)¹³⁴.

Al margen del desarrollo hecho para la Ley belga, por razones de actualidad y consonancia con la reforma española en cuanto a la reducción de plazos y al alto índice de tasas divorcistas que presenta a nivel europeo, se manifiestan en esta línea igualmente **Escocia** que admite el divorcio por una única causa: la ruptura irreversible del matrimonio que deberá demostrarse de acuerdo con varios hechos: adulterio, comportamiento irracional del demandado o abandono. Junto a éstas se reconoce la situación en que los cónyuges no hayan convivido en un tiempo de cinco o de dos años, en este

cónyuges con un previo acuerdo firmado por ambos ante el juez , y después de dos audiencias con los mismos se pronunciará el divorcio.

¹³⁴ Vid. Federation Royale du Notariat Belge, divorce, en www.notaire.be. Para más información sobre la legislación belga, Vid. www.droitbelge.net.

último periodo se inserta el consentimiento mutuo condicionado a la ruptura del matrimonio con una separación previa de dos años¹³⁵, y **Holanda** que, por su parte, se muestra como un claro ejemplo de que el divorcio por mutuo acuerdo ha de estar condicionado a la constatación de la ruptura del matrimonio.

Es **Irlanda** uno de los países donde más se ha demorado la Ley del divorcio, ya que se aprobó en 1996 y a partir del 27 de febrero de 1997 se consolida esta figura como legal. Y no menos extenso que la tardía fecha es el plazo para instarlo. El Tribunal podrá decretar un divorcio cuando está convencido de que en el momento de iniciarse el proceso los cónyuges habían vivido separados durante al menos cuatro años de los cinco anteriores y sin que sea en ningún caso factible una posibilidad de reconciliación. Por lo tanto, se requiere una separación de cuatro años y que exista una ruptura irremediable del matrimonio, basada en la imposibilidad razonable de la reconciliación¹³⁶.

En el ámbito de **Inglaterra** se reconoce un divorcio por mutuo consentimiento cuando haya sido efectuada una separación de hecho por un periodo continuo de por lo menos dos años inmediatamente precedentes a la petición de divorcio.

¹³⁵ Vid. SCOTTISH LEGISLATION DIVORCE ACT 1975, Section 1: Irretrievable breakdown of marriage to be sole ground of divorce.

¹³⁶ Vid. *Ley del Divorcio de Irlanda.* (Family Law Divorce Act.1996), Artículo 5.

2. Legislaciones comparadas con período previo de vida matrimonial.

En relación a la segunda de las cuestiones planteadas anteriormente sobre el divorcio por mutuo consentimiento existen otros sistemas en los que no es imprescindible condición o causa concurrente con el mismo, si bien es normal establecer un periodo mínimo de vida matrimonial antes de poder solicitar el divorcio por mutuo acuerdo. Así ocurre en Bulgaria, Grecia o la República Checa.

En **Bulgaria** corresponde a tres años y lo establece el artículo 100 del Código Búlgaro de la Familia ¹³⁷al otorgarlo cuando la unión es ya profundamente irrecuperable y existe un consentimiento mutuo serio y firme entre los esposos sin que el Tribunal tenga que investigar los motivos pero siempre que hayan transcurrido tres años desde que se contrajo matrimonio.

En este mismo sentido la legislación de **Grecia** reconoce un divorcio causal y por mutuo acuerdo. Se establece así en el artículo 1441 del Código Civil¹³⁸ al determinar que cuando los esposos acuerden divorciarse pueden

¹³⁷ Vid. Código Civil Búlgaro. Divorcio por mutuo consentimiento, Artículo 100 “ Cuando hay un firme y serio consentimiento entre los esposos para solicitar el divorcio, la Corte concede el divorcio sin investigar los motivos por los cuales se dio termino al matrimonio.(2) La petición del divorcio por mutuo consentimiento no puede ser presentada hasta una vez transcurridos tres años desde que contrajeron matrimonio”.

¹³⁸ Código Civil Griego: Artículo 1441: “Cuando los cónyuges acuerdan divorciarse, deben acompañar la demanda de divorcio, unida a la petición que debe llevarse adelante en concordancia con el procedimiento referente a la jurisdicción voluntaria (divorcio consensual). En orden a que este divorcio consensual sea concedido al matrimonio, debe por lo menos haber transcurrido un año desde las peticiones de acuerdo de los esposos, las cuales deben haber sido declaradas en la corte personalmente por ellos o por un representante autorizado especialmente (abogado de derecho) en el curso de dos vistas o audiencias distintas que deben de estar separadas con al menos seis meses de diferencia . El poder especial del abogado debe haber sido entregado un mes antes de cada vista. Donde habrán transcurrido dos años desde la primera vista de declaración de acuerdo de los cónyuges del cese efectivo (...)”.

exigir el divorcio por una petición común que se procese de acuerdo con el procedimiento referente al divorcio consensual.

Para ello, la unión debe haber durado por lo menos un año antes de la presentación de la petición y el acuerdo de los esposos se ha de declarar ante el Tribunal por ellos personalmente o por un representante especialmente autorizado en el curso de dos audiencias distantes de uno a seis meses por lo menos.

La Republica Checa plantea, en esta línea, un plazo de un año de matrimonio para poder solicitarlo, pero el artículo 24 a del Código Checo de la familia, establece junto a tal plazo un período de seis meses de separación¹³⁹. Por lo tanto la unión ha durado un año y las partes se han separado al menos en seis meses.

III. DIVORCIO CAUSAL

La mayoría de las legislaciones europeas que hemos comentado siguen un sistema causal en relación al divorcio, aunque como se ha podido observar no se encuentran perfectamente determinadas o tasadas en la mayoría de los casos, autorizándose por tanto su invocación a alguna manera de ruptura irreversible del matrimonio que puede consagrarse de diferentes maneras.

¹³⁹Milana Hrusaková , en , "Informe checo en relación con la CEFL Cuestionario sobre causales de divorcio y alimentos entre ex cónyuges". <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>, pág .10.

Este reconocimiento de la ruptura irreparable del matrimonio como causa se advierte en las legislaciones de Francia, Austria, Bulgaria, Escocia, Grecia, Holanda, Alemania o Italia que la consagra como “la ruptura material y espiritual de la unión entre los cónyuges”.

Volviendo de nuevo a **Francia**, ahora con mayor intensidad, contaba hasta la reforma de 1975 con un divorcio sanción, a partir de este momento se ampliaron los casos a un divorcio por mutuo consentimiento y por ruptura de la vida común. Como indica LIENHARD¹⁴⁰ existía a partir de esta ley, y hasta la reforma de 2004, en el artículo 229 del Código Civil francés un sistema de divorcio que podía ser solicitado por consentimiento mutuo, por ruptura de la vida conyugal o un divorcio por falta. El primero de ellos atendía exclusivamente a la voluntad de los esposos¹⁴¹ a través dos posibilidades: una petición conjunta si el matrimonio contaba con seis meses al menos de duración, y otra en la que el cónyuge que solicita el divorcio expone las circunstancias que hacen intolerable la vida común con la no oposición de la otra parte, sin que haya de existir un periodo mínimo de vida matrimonial.

En relación al segundo de los casos planteados cuando se produce una ruptura de la vida conyugal¹⁴², uno de los esposos por sí mismo, sin el consentimiento del otro, el que para conseguir el divorcio podía tomar la iniciativa de separación o si uno de los cónyuges sufría una grave alteración de las facultades mentales. El plazo común para cualquiera de estas situaciones era que transcurrieran seis años. Asemajándose esta situación quizás más a un divorcio unilateral, que a una ruptura común. Se inicia el

¹⁴⁰ LIENHARD, Claude. “ Regards sur l’état actuel des procédures de divorce en France”. En *Le Droit de la Famille en Europe*. Strasburgo, 1992, pág. 582.

¹⁴¹ GROSLIÈRE, Jean- Claude. “La Réforme du Divorce”. París, 1976, pág. 20.

¹⁴² FÉLIX BALLESTA, M. Ángeles.” *Regulación del Divorcio en el Derecho Francés*. Barcelona, 1988, págs. 65 y ss.

procedimiento con la presentación de una demanda unilateral que argumente la ruptura de la vida conyugal durante al menos los seis años anteriores.

Por lo que respecta a la tercera de las clasificaciones es la que se asienta en la falta¹⁴³. Ratifica la situación en la cual uno de los cónyuges ha sido condenado a una pena de reclusión o ha existido una violación grave de los deberes conyugales, que hagan intolerable la vida en común. Entre los casos más frecuentes se encontraba el adulterio, la crueldad, o la negligencia en el cuidado de los hijos. En este último supuesto no era necesario ningún transcurso de tiempo específico para poder pedir el divorcio¹⁴⁴.

Tal configuración del divorcio se ha mantenido en Francia durante 30 años, y sin duda alguna el modelo más factible en cuanto a los plazos es el divorcio por mutuo consentimiento, ya que se exigía un período de 6 meses de matrimonio. Hay que decir que en la tónica actual en la que se desenvuelven los sistemas divorcistas parece cuanto menos desproporcionada una separación de 6 años para alcanzarlo.

Probablemente como consecuencia de este planteamiento a nivel europeo se han ido adoptando numerosas reformas en la materia que comienzan en 2004 con Francia, 2005 con España, 2007 con Bélgica y la más reciente, comentada anteriormente, la de Portugal en 2008 como forma de adaptación del derecho de familia a los continuos cambios sociales que van acaeciendo en los diferentes países nombrados.

En dicho sentido se produjo en Francia una de las reformas legislativas más importantes del derecho de familia con la aprobación de la Ley nº 2004-439 de 26 de mayo, que entró en vigor el 1 de enero de 2005. En atención al

¹⁴³ MALAURIE, Philippe. AYNÈS, Laurent. *Famille* .6ª ed. París, 1998, págs. 221 y ss.

¹⁴⁴ BÉNABENT, Alain. *La Famille*. París, 1994, pags. 197 y ss.

divorcio se introducen relevantes modificaciones ya que se reforman los artículos que contienen esta figura. El primero de ellos el artículo 229 con sus tres tipos de divorcio señalados¹⁴⁵. La nueva redacción se articula en relación a cuatro tipificaciones del mismo: por mutuo acuerdo, por aceptación del principio de la ruptura del matrimonio, por alteración definitiva del vínculo matrimonial o bien por falta. Según lo expuesto anteriormente se observa la sustitución de quebrantamiento de la vida conyugal por la aceptación del principio de ruptura del matrimonio, ya que no parece adaptado el plazo que se requería de 6 años a los métodos de vida actuales tal y como considera el Informe del Anteproyecto de ley emitido por el Senado¹⁴⁶.

Este mismo Informe plantea la reforma en torno a un eje fundamental el cual se asienta en modernizar la legislación, manteniendo el pluralismo de los casos de divorcio que caracteriza la legislación francesa para permitir así una verdadera adaptación de los procedimientos a la diversidad de situaciones familiares simplificando y pacificando los procedimientos sobre todo en cuanto a los plazos, y resaltando el papel preponderante de la voluntad individual y libre manifestada de forma mutua o unilateral.

Los cónyuges podrán elegir si invocan una voluntad concordante entre dos procedimientos, en función de la amplitud de sus acuerdos bien por un divorcio consensual o bien solicitado por uno de los cónyuges y aceptado por el otro¹⁴⁷.

¹⁴⁵ CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2/ La familia*. París, 1999, págs. 515 y ss.

¹⁴⁶ Vid. PROJECT DE LOI relatif au divorce. SÉNAT, SESSION EXTRAORDINAIRE DE 2002-2003.Nº 389.

¹⁴⁷ Vid. PETERKA, Natalie." El Divorcio Francés tras la Ley de Mayo de 2004, Un Divorcio bajo la Influencia de la Voluntad". *En Familia, Matrimonio y Divorcio en los Albores del Siglo XXI*. Madrid, 2006, pág.20.

Por lo que se refiere al primero de los planteados, el de mutuo acuerdo o *consentement mutuel*, la actual redacción dispone que podrá ser solicitado conjuntamente por los esposos cuando estén de acuerdo en la ruptura del matrimonio presentando un proyecto de convenio sobre las consecuencias del divorcio que deberá ser aprobado por el Juez. Posteriormente realizará un examen de la demanda con cada uno de ellos, y deberán renovar su intención en un plazo de tres meses¹⁴⁸, período que por su naturaleza y temporalidad corresponde a un tiempo de reflexión sobre la decisión de disolver el vínculo matrimonial. La renovación de este apartado se manifiesta en la supresión del período anteriormente establecido de seis meses desde la celebración del matrimonio para la interposición de la demanda; por consiguiente no es necesario que transcurra este plazo, y con la nueva Ley podrán divorciarse de mutuo acuerdo al día siguiente de contraer matrimonio si así lo quisieran.

El divorcio por aceptación¹⁴⁹ o *d'acceptation du principe de la rupture du mariage*, sigue la línea del anterior pero con ciertas matizaciones, éste podrá ser solicitado por uno u otro de los cónyuges o por ambos cuando acepten el principio de la ruptura del matrimonio, sin demostrar ni considerar las causas por las cuales se ha producido la misma. Esta aceptación no es susceptible de rectificación en base a lo que ya se ha afirmado, no podrán, por tanto retractarse en su decisión de divorciarse una vez declarada su voluntad. Si el juez asume la convicción de que cada uno de los cónyuges ha otorgado libremente su aprobación dictará el divorcio, con el pronunciamiento de sus consecuencias. PETERKA¹⁵⁰ lo califica como un divorcio sencillo y seguro. Sencillo porque podrá solicitarse por uno de los cónyuges y posterior aceptación del otro, o por los dos conjuntamente, sin alegar las causas que han

¹⁴⁸ Vid. Código Civil Francés. Artículos 230 y 231.

¹⁴⁹ Vid. Código Civil Francés, artículos 233 a 236.

¹⁵⁰ PETERKA, Natalie. El divorcio francés...*Cit.*, pág. 22.

producido la ruptura, y seguro en el sentido que una vez aceptado es irrevocable. Por lo que atraerá a los matrimonios que estén seguros de su decisión aunque no de las consecuencias que las determinará el juez, y de él huirán aquellas parejas dubitativas que acogiéndose al primer tipo cuentan con un plazo de reflexión.

El tercero de los supuestos planteados en esta reforma de 2004, es el que se produce por alteración definitiva del vínculo matrimonial o *d'altération définitive du lien conjugal*. Podrá ser solicitado por uno de los cónyuges con lo cual prima la voluntad unilateral cuando este vínculo se rompe definitivamente. Semejante realidad es resultado del cese efectivo de la convivencia conyugal que se manifiesta cuando ambos cónyuges han vivido separados durante los dos años anteriores a la presentación de la demanda. Período que se rebaja de forma descendiente al pasar de los antiguos seis años a dos de separación. Se establece que el cónyuge que lo solicita por esta causa soportará todas las cargas, que deberá precisar en la demanda. De forma que el demandando se beneficiará¹⁵¹.

Y por último para concluir los tipos de divorcio, la Ley n° 2004-439, establece en cuarto lugar el divorcio por falta o de *faute*¹⁵². Podrá solicitarlo uno de los cónyuges por hechos imputables al otro cuando éstos constituyan una infracción grave y reiterada de los deberes y obligaciones conyugales¹⁵³,

¹⁵¹ Vid. Código Civil Francés, artículos 237 a 240.

¹⁵² El Código Civil plantea en cuanto a los dos últimos tipos de divorcio estudiados la situación de reconvencción en su artículo 241. Dice así: " Sólo podrá invocar el cese efectivo de la convivencia conyugal como causa de divorcio el cónyuge que presente la demanda inicial, llamada demanda principal. El otro cónyuge podrá entonces presentar una demanda, llamada demanda reconvenccional, invocando la culpabilidad del que haya tomado la iniciativa. Esta demanda reconvenccional sólo podrá desembocar en el divorcio y no en la separación de cuerpos. Si el juez la admitiera, denegará la demanda principal y pronunciará el divorcio atribuyendo las causas de culpabilidad al cónyuge que hubiera tomado la iniciativa".

¹⁵³ Las obligaciones del matrimonio se encuentran recogidas en los artículos 203 a 211 del Código Civil francés. Los deberes y derechos en los artículos comprendidos de 212 a 226 del mismo texto

de forma que sea insoportable el mantenimiento de la vida común tal y como dicta el artículo 242 del Código Civil. Se trata de un divorcio puramente unilateral cuando el matrimonio se hace insostenible, no estableciendo en este supuesto ningún plazo previo para solicitar el divorcio ya que se trata de casos cuanto menos justificados para instarlo. En este sentido se pronuncia el artículo 243 cuando plantea que podrá ser a petición de uno de los cónyuges cuando el otro haya sido condenado a una de las penas previstas en el 131.1 del Código Penal, referido a la detención del cónyuge por pena criminal que alcance un período mínimo de 10 años¹⁵⁴.

Como podemos observar, las principales líneas de reforma en Francia caben reducirse a aquella en la que puede solicitarse el divorcio con consentimiento mutuo, bien de mutuo acuerdo o por aceptación, sin que en ninguna de las dos situaciones sea necesario asumir un tiempo de duración matrimonial como requisito impuesto para poder reclamarlo, pero sí en el primero de ellos un tiempo de reflexión. Y de otra parte voluntad unilateral de finalizar el matrimonio, bien mediante el cese efectivo de la convivencia conyugal durante dos años, bien acudiendo al divorcio por falta. Es sin duda un claro avance en la regulación del sistema divorcista para adaptarse a los cambios sociales producidos en este país y en el resto de Europa.

En el caso de **Alemania**, además de lo ya comentado para este país hay que añadir en este apartado que el divorcio sólo podrá obtenerse por sentencia judicial, a petición de uno o de ambos cónyuges. La unión por tanto, se

legal. El artículo 212 ha sido modificado por la ley nº 2006-399 de 4 de abril de 2006, queda redactado de la siguiente forma: “ Los cónyuges estarán obligados a guardarse fidelidad, socorrerse y ayudarse mutuamente”.

¹⁵⁴ Código Penal francés, artículo 131-1: “ Las penas criminales susceptibles de imponerse a las personas físicas son: 1º La reclusión criminal o la detención criminal a perpetuidad; 2º La reclusión criminal o la detención criminal hasta treinta años. 3º La reclusión criminal o la detención criminal hasta veinte años; 4º La reclusión criminal o la detención criminal hasta quince años. La duración de la reclusión criminal o de la detención criminal temporal será de diez años como mínimo”.

disuelve por la firmeza de la sentencia¹⁵⁵. No se sigue un sistema de causas tasadas, pero si existe una principal, la ruptura del matrimonio es la única de divorcio y facilita esta posibilidad sin necesidad de determinar un culpable. El fracaso del matrimonio se configura como la única causa determinante para conceder el divorcio sin atender a que otros motivos han llevado a los cónyuges a esta situación¹⁵⁶. Entiende el artículo 1565 del BGB, que ésta se produce cuando es inexistente la vida conyugal común y además presumible la imposibilidad de reconciliación entre los esposos. Es decir cesa la convivencia conyugal y no cabe esperar que los cónyuges la restablezcan. El BGB¹⁵⁷ considera como irreparable o irrefutable tal y como la denomina en su artículo 1566 la ruptura del matrimonio cuando los cónyuges vivan separados desde hace un año y ambos soliciten el divorcio o el cónyuge demandado lo consienta, es decir, un año de separación con el mutuo acuerdo de ambos para divorciarse. El apartado segundo de este artículo considera de igual forma irreversible la ruptura del matrimonio cuando los cónyuges vivan separados desde hace tres años con independencia de la postura de las partes en el proceso. El Código Civil alemán ciertamente no establece expresamente un plazo mínimo de duración del matrimonio para solicitar el divorcio, en el sentido de período mínimo de convivencia entre los esposos, pero la propia verificación de la ruptura irrefutable durante un año o tres años hace que consideremos que el matrimonio ha de comprender como mínimo estos plazos¹⁵⁸. Existe en base a esta determinación temporal una excepción en el

¹⁵⁵ BGB, artículo 1564.

¹⁵⁶ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. COLLADOS AIS, Angela.” Traducción de los artículos 1564-1587 p) del BGB reguladores del divorcio”. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 1990, págs. 261 y ss. Asimismo, entre otros, REBMANN, Kurt. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 7 –Familienrecht I- 4.Auflage. München, 2000, págs., 893 y ss.

¹⁵⁷ Vid. EIRANOVA ENCINAS, Emilio. *Código Civil Comentado BGB*. Barcelona, 1998, págs. 440 y 441.

¹⁵⁸ En este sentido, *vid.*, con carácter general: REBMANN, Kart. *Münchener Comentar...cit.*, págs. 966-967.

apartado segundo del artículo 1565 del BGB, en el caso de que los cónyuges vivan separados desde un espacio de tiempo menor de un año sólo podrá obtenerse el divorcio cuando por razones relativas a la persona del otro cónyuge la prolongación del matrimonio supusiera una carga inexigible para el cónyuge solicitante. En este sentido el matrimonio podría ser disuelto si su continuación diera lugar a un sufrimiento injustificado a la persona que lo solicita debido a causas imputables al otro cónyuge y únicamente cuando llevaran separados menos de un año.

Queda expuesta la importancia de la separación entre los esposos para instar a la disolución con independencia del tiempo que sea, se determina que los cónyuges viven separados cuando ya no exista entre ellos ninguna comunidad doméstica y cuando uno de los dos no desee restablecerla prefiriendo renunciar a la vida común al igual que si viviendo en el mismo domicilio hicieren vidas separadas¹⁵⁹. Respecto a los plazos establecidos anteriormente no se suspenderán en el supuesto de que exista durante el transcurso de los mismos un intento de conciliación de los cónyuges.

Una de las peculiaridades que presenta la legislación alemana es la de la continuación de un matrimonio fracasado, en el cual existe ruptura matrimonial pero la subsistencia del mismo es excepcionalmente necesaria por razones de especial interés para los hijos menores de edad nacidos en el mismo o cuando suponga para el demandado que se opone, una carga de tal magnitud, que incluso tomando en consideración los intereses del demandante resulte esencial mantener el matrimonio, tal y como establece el artículo 1568

¹⁵⁹ BGB, artículo 1567.1. *Vid. Ibid*, págs. 969 y ss.

del BGB¹⁶⁰. Se presenta en Alemania un sistema divorcista que combina el mutuo consentimiento con la ruptura del matrimonio.

Al contrario que en Alemania donde el divorcio gira, como se ha comprobado, en torno a una única causa, está previsto más concretamente con causas tasadas en países como Austria, que reconoce la falta para casos de violencia física o psicológica, alteración psíquica de uno de los cónyuges o enfermedad mental. **Dinamarca** presenta asimismo un sistema de divorcio causal determinado en la Ley de Matrimonio Danés¹⁶¹, y que se perfecciona por la separación producida durante dos años debido a la incompatibilidad de los cónyuges, por el adulterio, la bigamia o la violencia. Éstas son las cuatro causas para solicitar el divorcio en dicho país..

El caso de **Noruega** responde igualmente a un sistema típicamente causal, en el que la Ley de Matrimonio¹⁶² expresa los requisitos necesarios para instar al divorcio. Son los siguientes: a) El divorcio tras la separación, un cónyuge que considera que él o ella no puede continuar la convivencia podrá solicitarlo cuando hayan estado separados al menos un año; b) la no cohabitación, en este supuesto cada uno de los cónyuges podrá solicitar el divorcio cuando no haya cohabitado con el otro al menos durante dos años; c) el divorcio por motivos de abuso, con arreglo al cual un cónyuge puede pedirlo inmediatamente- sin periodo previo de separación- si el otro ha intentado de manera intencionada matarlo a él/ ella o sus hijos, porque haya

¹⁶⁰ Con carácter general, *vid: Ibid.*, págs. 993 y ss.

¹⁶¹ Danish Legislation Act N° 256 Of 4 June 1969 Act On The Contraction And Dissolution Of Marriage.(Legislación danesa en material de contratación y disolución del matrimonio)

¹⁶² Norwegian Legislation The Marriage Act. N° 47 of 4 July 1991 Relating To Marriage, (Legislación noruega relative al matrimonio).

sufrido malos tratos o incluso si tuviere un temor fundado de que puede acaecer esta situación debido a la conducta o comportamiento del esposo/a¹⁶³.

Noruega y Dinamarca conservan un régimen híbrido regulando un procedimiento administrativo y otro judicial. En ambos la casi totalidad de los divorcios se tramitan en vía administrativa por razones de simplicidad y economía. En los dos la autoridad es el Gobernador del Condado que asistido por agentes administrativos ayudan a los cónyuges en la tramitación del procedimiento para llegar a acuerdos amistosos. Se diferencian en que en Dinamarca los cónyuges deben ponerse de acuerdo sobre el divorcio y las cuestiones que el mismo conlleva, sino fuera así se renviará a los Tribunales no pudiendo decretarse por vía administrativa. En Noruega es de obligado cumplimiento el procedimiento administrativo cuando el divorcio se basa en la separación, y a diferencia del primer país nórdico, al no existir acuerdo sobre los efectos del mismo no supone un impedimento para dictarlo administrativamente. Como cuestión común presentan la obligatoriedad en el intento de conciliación, debiendo comparecer personalmente los cónyuges y comprobar los oficiales la existencia de la causa de divorcio¹⁶⁴.

En el caso de **Italia** resulta cuanto menos llamativa la situación divorcista que se plantea ya que fue uno de los países precursores en instalar esta figura jurídica allá por los años 70 pero que, sin embargo, no ha sido modificada de forma trascendental aunque si con pequeños cambios, lo cual

¹⁶³ Sverdrup, Tone. En "Informe noruego en relación con la CEFL Cuestionario sobre causales de divorcio y alimentos entre ex cónyuges". <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>.

¹⁶⁴ Vid. GARCIA CANTERO, Gabriel. "El Fracaso del Divorcio en España y en Europa: Anotaciones a la Ley de 2005". En *Revista Jurídica del Notariado*. 2006, págs. 187 y 188.

le hace mantener la esencia jurídica intacta desde casi cuatro décadas¹⁶⁵. El divorcio fue aprobado por la Ley N° 898 de 1 de diciembre de 1970, al igual que ocurre en España con la Constitución que no reconoce el término divorcio sino el de disolución sucede en este país tanto en el Código Civil italiano¹⁶⁶ como en la Ley que lo desarrolla de forma que la utilizada es scioglimento¹⁶⁷ o cesación de los efectos civiles del matrimonio¹⁶⁸. Se considera tal figura como una causa de scioglimento del matrimonio que se consigue, previo intento de conciliación de los cónyuges y de verificación por parte del juez, cuando la comunión material y espiritual entre ellos no puede ser reconstituida o mantenida. Se habla igualmente de scioglimento del matrimonio cuando ha sido celebrado de forma civil o de cesación de los efectos civiles cuando se trata de un matrimonio religioso¹⁶⁹. Se trata de un divorcio ejemplarmente causal, cuya razón común se asienta sobre la ruptura material y espiritual en la unión entre los cónyuges¹⁷⁰, que no puede ser mantenida debido a una de las causas que reconoce el artículo 3. El efectivo fracaso de la convivencia conyugal se constituye como la base común de

¹⁶⁵ Las principales reformas se produjeron en 1978 y 1987, aunque ha habido numerosas propuestas sobre todo en 2001, no han llegado a aprobarse. La mayoría de las enmiendas se refieren a la relación de padres e hijos, no a los problemas entre los cónyuges. Sin embargo, recientemente el artículo 4 de la ley n.898 de uno de diciembre de 1970 relativa al divorcio en Italia, que trata de los casos de scioglimento del matrimonio ha sido modificada por D,L 14 de marzo de 2005, pero únicamente en relación al procedimiento.. Para más información *Vid.* TOMMASEO, Ferruccio. “Nuove norme per i giudizi di separazione e di divorzio”. En *Famiglia e Diritto* N.3/2005, pags. 231y ss

¹⁶⁶ Artículo 149 del Código Civil italiano, disolución del matrimonio del matrimonio, “El matrimonio se disuelve con la muerte de uno de los cónyuges y en los otros casos previstos por la ley”.

¹⁶⁷ *Vid.* LIBRANDO, Vito. “Le divorce en droit italien”. En *Le Droit de la Familla en Europe*. Strasbourg, 1992, pág 625.

¹⁶⁸ Esta distinción es utilizada en la ley 898/ 1970 para los matrimonios civiles y para los que hayan sido celebrados bajo el rito religioso con efectos en el ordenamiento civil. En la práctica no existe diferencia entre ambos ya que se configuran como divorcio, ambos.

¹⁶⁹ *Vid.* Del Giudice, Federico. *Dizionario Giuridico*. 2ª ed. Napoli, 1992, pág. 436.

¹⁷⁰ Artículo 1. L 01/12/1970 N.898, “ El juez pronunciará la disolución del matrimonio celebrado de acuerdo con las normas del Código Civil, cuando sea inútil una tentativa de reconciliación de acuerdo con el artículo 4, de forma que la comunión espiritual y material entre los cónyuges no pueda ser mantenida o reconstituida por la existencia de una de las causas previstas en el artículo 3”.

todas las causas de divorcio. Éstas han de ser comprobadas aunque los cónyuges presentaran la demanda de forma conjunta, con lo cual no está regulado el divorcio por mutuo consentimiento debido a que en el divorcio por justa causa es el juez, a instancia de parte, el que debe encontrar una causa objetivamente “giusta” sobre la base de una separación o por el comportamiento culpable de uno de los cónyuges¹⁷¹.

El artículo tres de la Ley de 1970 establece dos distinciones para que la disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio puedan ser demandados por uno de los cónyuges¹⁷².

En primer lugar cuando el cónyuge, después de la celebración del matrimonio, haya sido condenado en sentencia firme por hechos de especial gravedad: a) a la pena de cadena perpetua o bien a una pena que supere los quince años por delitos no culposos, con exclusión de los delitos políticos y de los cometidos por razones morales o sociales específicas; b) a cualquier pena privativa de libertad por un delito de incesto o por delitos de violencia sexual¹⁷³; c) a cualquier pena privativa de libertad por el homicidio voluntario de un hijo o por el intento de homicidio del cónyuge o de un hijo; d) a cualquier pena privativa de libertad, con dos o más condenas, por los delitos de lesiones personales muy graves, incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, malos tratos en el ámbito familiar y a menores, abuso de una persona incapacitada, daño causado al cónyuge o al hijo, excepto en caso de condena por complicidad del cónyuge demandante o cuando se compruebe que los cónyuges están viviendo juntos de nuevo¹⁷⁴.

¹⁷¹ POGGI, María Elena. “ Cause di Scioglimento o di Cessazione degli Effetti Civile del Matrimonio”. En *Comentario sul Divorzio*. Milano, 1980, pág. 216.

¹⁷² *Vid.* “ Leggi Complementari al Codice Civile”, 4ª ed. Napoli, 2004, pags. 992 y ss.

¹⁷³ *Vid.* Artículos 564, 519, 521, 523 y 524 del Codice Penale.

¹⁷⁴ *Vid.* Artículos 582, 583, 570, 572 y 643 del Codice Penale

En segundo lugar, como muestra a continuación el artículo tres podrá solicitarse el divorcio en los casos en que: a) el otro cónyuge ha sido absuelto de los delitos de incesto o violencia sexual a que se refiere el apartado primero, cuando el juez competente para pronunciar la disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio, acepte la incapacidad del demandado para reiniciar la vida conyugal o familiar, con lo cual no existe la mínima perspectiva de reiniciar la vida común; b) que la pareja lleve separada de forma legal o de mutuo acuerdo al menos tres años desde que comparecieron ante el juez para solicitar la separación; c) el proceso penal promovido por los delitos a que se refieren las letras b) y c) del punto 1 haya concluido con auto de archivo por prescripción del delito, pero el tribunal que conoce del divorcio comprueba que el delito en sí mismo sigue siendo punible; d) el proceso penal por incesto se haya concluido con sentencia de absolución por inexistencia de escándalo público; e) el otro cónyuge, extranjero haya obtenido una anulación o una disolución del matrimonio, o haya contraído un nuevo matrimonio en otro país; f) el matrimonio no se haya consumado; g) uno de los cónyuges haya cambiado oficialmente de sexo. En este caso, la demanda de divorcio puede ser presentada tanto por la persona que ha cambiado de sexo como por el otro cónyuge.

Todas estas causas recogidas por la legislación italiana reconocen la ruptura de la convivencia conyugal pese a que la mayor parte están fundamentadas en supuestos penales y ante eso es de recibo disolver el matrimonio con el cónyuge que incurre en alguno de estos supuestos. Con lo cual debe existir una crisis familiar de tal magnitud que sea irrecuperable con la existencia del cónyuge culpable¹⁷⁵.

¹⁷⁵ MUSIO, Antonio. “Il Divorzio. Profili Generali”. En *La Separazione, Il Divorzio*. Torino, 2005, pág. 216.

La base común a todas estas causas de disolución del matrimonio es la ruptura de la comunión espiritual y material entre los cónyuges en la que distingue la doctrina y la jurisprudencia italiana dos elementos, el *consortium vitae* referido al mínimo de organización doméstica caracterizada por la disponibilidad recíproca en las situaciones personales derivadas de la convivencia, y el *affectio coniugal* consistente en la mutua disponibilidad de los cónyuges de considerarse compañeros de vida y lealtad entre ellos¹⁷⁶. El juez para decretar el divorcio deberá comprobar y ratificar que se da esta situación acompañada de alguna de las causas previstas en el artículo tres.

Esta sintonía entre la ruptura de la comunión espiritual y material¹⁷⁷ de los cónyuges y la conectividad con las causas de divorcio del artículo tres sólo se efectuara para producir el divorcio siempre que con la combinación de ambas exista la imposibilidad de mantener o reconstituir la vida familiar como efecto o consecuencia de esa rotura. Si la situación matrimonial tuviere connotaciones de ser resarcible en el sentido de que existiera una tentativa de reconciliación, podrá el juez negarse a pronunciar el scioglimento o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, aún estando en presencia de una de las situaciones recogidas en el artículo tres de la Ley n.º. 898¹⁷⁸. La jurisprudencia apoya esta situación y así lo muestran diversas sentencias de la Corte Suprema de Casación Civil, al exponer que “el divorcio no puede ser pronunciado en base a la mera constatación de la presencia de una de las causas del mencionado artículo tres de la ley de 1970, ya que como ocurre en todos los casos resulta condición esencial la concreta imposibilidad de mantener o reconstituir el consorcio conyugal. Tal indagación presenta

¹⁷⁶ D'ETTORE, Felice Maurizio. “Lo scioglimento del matrimonio”. En *Il Diritto di Famiglia, Famiglia e Matrimonio*. Tomo I, Torino, 1997, págs. 566 y ss.

¹⁷⁷ SCATTARELLA, Fabio. *Il Momento dello Scioglimento Della Comunione Legale a Seguito si Separazione Personale*. Diritto di famiglia 1.325. En *Juris data*, 2006.

¹⁷⁸ Vid. CIAN, G y TRABUCCHI, A. *Comentario breve al Codice Civile*. Padova, 2001, pág. 194.

todavía una extensión y una profundización mayor o menor según las circunstancias resultantes de las acciones y las observaciones formuladas por las partes en la causa”¹⁷⁹

En lo referente a las causas el derecho al divorcio en Italia es mucho más aparente que real, ya que la base o la causa “normal” es la que se especifica en el apartado dos b del artículo tercero, es decir, la separación personal y continua durante tres años. La separación judicial consensual homologada o de hecho ha de ser por el tiempo previsto en la ley de tres años a contar desde la primera comparecencia de los cónyuges ante el juez o desde el inicio de la separación de hecho¹⁸⁰. En cualquier caso sea judicial pronunciada por sentencia definitiva, separación por mutuo consentimiento homologada¹⁸¹ o separación de hecho ha de intervenir con el fin de presentar una petición de disolución o la terminación de los efectos civiles del matrimonio es necesario en los casos mencionados que dicha separación sea continua y que se prolongue al menos tres años desde que la pareja compareció ante el tribunal en cualquiera de los casos mencionados¹⁸². Para promover el divorcio es suficiente que el pronunciamiento sobre la separación sea definitivo, ha de existir por tanto una ruptura conclusiva entre el *consortium viate*, y el *affectio coniugalis*, de forma que no pueda reestablecerse la convivencia.

¹⁷⁹ Cassazione civile, sez.I, 06 novembre 1986, n. 6485. Cassazione civile, sez.I, 17 novembre 2006, n.24494. Cassazione civile, sez.I, 06 dicembre 2006, n.26165.

¹⁸⁰ CATAPANO, Fernandino. “ Brevi Riflessioni Critiche Sull’ Attuale Disciplina Normativa Della Separazione dei Coniugi”. En *Vita Notariale*, n. 1. Gennaio- Aprile- 2003. Palermo, págs. 452 y ss.

¹⁸¹ La separación por mutuo acuerdo se basa en el consentimiento de ambos cónyuges, pero sólo surte efectos una vez homologada por el Tribunal, que es el responsable de comprobar que los acuerdos alcanzados por los cónyuges son conformes a los intereses de la familia.

¹⁸² PATTI, Salvatore. ROSSI CARLEO, Liliana. BELLISARIO, Elena, en , "Informe italiano en relación con la CEFL. Cuestionario sobre causales de divorcio y alimentos entre ex cónyuges". <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>, pág .7.

Manteniendo al margen las causas penales de divorcio junto con la separación de los cónyuges puede obtenerse el mismo en el supuesto de que uno de los esposos sea extranjero¹⁸³, y haya obtenido una anulación o disolución o incluso un nuevo matrimonio. La función de esta norma reside fundamentalmente en reconocer la libertad del estado civil del cónyuge extranjero, valiéndose de una sentencia de su país, a través de la cual ha obtenido la anulación o disolución del matrimonio y ha podido celebrar uno perfectamente válido en el Estado que se lo ha concedido. En este sentido la ley de 1970 autoriza la disolución del vínculo como muestra de que bajo esta circunstancia ha sido disuelta la comunión de vida entre los esposos y es irreconducible una posible reconciliación entre ellos.

La no consumación del matrimonio se plantea en el derecho italiano como otra de las causas para instar al divorcio, si bien podría considerarse más propia del derecho canónico ya que pretende la cesión de los efectos civiles del matrimonio religioso aunque civilmente basada en una percepción de los deberes conyugales. La consumación se encuentra excluida si ha sido realizada por violencia física o cuando el sujeto no se encuentra con capacidad de entender o querer. Los problemas interpretativos en relación a esta noción así como con los modos de prueba respecto a ella marcan el desarrollo de semejante causa. Lo importante y destacable en este caso es la certeza de la falta de consumación como hecho que causa la descomposición del consorcio familiar. En lo referente a la prueba prevalece en la jurisprudencia el convencimiento de que las declaraciones de los cónyuges no sean suficientes sino se acompañan de otros hechos como la falta de

¹⁸³ Vid. AUTORINO STANZIONE, Gabriella. MUSIO, Antonio. *Il Divorzio. Disciplina, Procedure e Profile Comparatistici*. IPSOA Editore, 2002 ,pág. 42.

convivencia entre ambos. Al margen de diferentes pruebas la más referencial sigue siendo la virginidad de la mujer o la impotencia del marido¹⁸⁴.

En este sentido respecto a la consumación del matrimonio se pronuncia la jurisprudencia concretamente la Corte Suprema de Casación Civil¹⁸⁵ en su sentencia número 9442, la señora Morra Silvana solicita la cesación de los efectos civiles del matrimonio, al no haber estado consumado, y sobre esta circunstancia manifiesta el tribunal: “En el sentido del artículo 3, número 2 letra f, la no consumación del matrimonio no incide por sí, sobre la existencia y sobre la validez jurídica del matrimonio como acción y relación. Es causa de disolución del matrimonio civil o de cesación de los efectos civiles del matrimonio concordatario. De lo que se deduce que ésta no afecta, de por sí, la validez e idoneidad del matrimonio sino para el paso de la sentencia juzgada de divorcio en los que incide sobre la aplicabilidad de la normativa relativa a la asignación del divorcio”.

A través de la segunda de las reformas existentes en la ley italiana, en 1987 se introdujo la última causa de divorcio consistente en la rectificación de la atribución del sexo de uno de los cónyuges por sentencia judicial, es decir cuando se da la situación de que uno de los cónyuges es transexual¹⁸⁶ y de esta forma se inscribe en el registro civil. Ante tal supuesto claramente ha quedado rota la comunión espiritual y material que ha de unir a los cónyuges así como alguna tentativa de conciliación entre ellos. La jurisprudencia entiende que simultáneamente a la sentencia de modificación del sexo debe pronunciarse también la de disolución del matrimonio, en cuanto que se

¹⁸⁴ Vid. SESTA, Michele. “Desarrollo de la personalidad del cónyuge y causas de divorcio: una reflexión iuscomparatista”. En *Familia, Matrimonio y Divorcio en los Albores del Siglo XXI*. Madrid, 2006, págs. 132 y ss.

¹⁸⁵ Vid. Cassazione civile, sez.I, 21 settembre 1998, n. 9442.

¹⁸⁶ CIAN, G y TRABUCCHI, A. *Comentario breve... Cit.*, pág. 197.

ponen en una situación de dependencia necesaria debido a que la rectificación en la atribución del sexo es un antecedente lógico y jurídico de la disolución del matrimonio¹⁸⁷.

Como puede observarse en relación a los plazos en este sistema divorcista, se puede plantear como inmediato sin la existencia de ningún transcurso de tiempo cuando uno de los cónyuges es condenado por delitos graves cometido antes o durante el matrimonio, igualmente cuando es extranjero y obtiene la sentencia de divorcio en su país, y por último cuando el matrimonio no ha sido consumado. En cualquiera de estas hipótesis ha de ser solicitado por el cónyuge no culpable, basándose en la ruptura del matrimonio. Sí es necesaria la existencia de un plazo, de tres años, para solicitar el divorcio cuando ha habido una separación legal previa.

La opción normativa de consentir el divorcio parece una hipótesis que limita ciertamente la libertad de los cónyuges¹⁸⁸ a diferencia de otros ordenamientos europeos, en los cuales existe el divorcio por mutuo consentimiento basado en la mera voluntad de los esposos, como en el caso de Francia. El divorcio consensual en Italia sólo introduce un procedimiento simplificado, reduciendo el tiempo pero no deroga el principio taxativo de las causas de divorcio.

Se trata de un sistema quizás anquilosado en sus dificultades en relación al resto de legislaciones europeas que promueven mayores facilidades y sobre todo rapidez en la disolución del vínculo matrimonial entre dos personas que prefieren esa situación.

¹⁸⁷ SESTA, Michele. *Desarrollo de la personalidad...*cit., pág. 133.

¹⁸⁸ Vid. AULETTA, Tommaso. "Dal Code Civil del 1804 alla Disciplina Vigente: Considerazioni sugli Itinerari del Diritto de Famiglia". En *Juris Data- Consultazione banche dati online*, Familia 2005,3, 405, pág. 6.

El caso de **Inglaterra y Gales**, muestra ciertas connotaciones semejantes a las italianas. La única causa admisible para el divorcio es la ruptura irreparable del matrimonio que ha de acreditarse con el cumplimiento de una de las cinco causas establecidas en la Ley de Divorcio¹⁸⁹. Para demostrar que el matrimonio ha fracasado de manera irremediable es necesario aportar pruebas de que han coexistido una o más faltas conyugales. Son las siguientes: a) el demandado ha cometido adulterio y el demandante considera intolerable convivir con su cónyuge; b) el comportamiento irracional, mediante el cual uno de los cónyuges se ha comportado de tal manera que el otro tiene motivos para considerar que la convivencia no es posible; c) el abandono de forma que el demandante lo ha sido por su cónyuge durante un período de dos años previos a la presentación de la demanda de divorcio; d) se reconoce así mismo un divorcio por mutuo consentimiento cuando haya sido efectuada una separación de hecho por un periodo continuo de por lo menos dos años inmediatamente precedentes a la petición de divorcio; e) la separación durante un periodo de cinco años anterior a la interposición de la demanda sino mediara el consentimiento del otro cónyuge. En una petición de divorcio será deber del Tribunal investigar, en lo que se pueda razonablemente, los hechos denunciados por el peticionario y los hechos alegados por el demandado. Aunque se presuponía que la causa más alegada para solicitar el divorcio iba a ser el mutuo acuerdo de los cónyuges en la realidad las causales de adulterio y comportamiento han resultado ser las más utilizadas¹⁹⁰. Escocia presenta las mismas causas de divorcio que Inglaterra¹⁹¹.

¹⁸⁹ Vid. Matrimonial Causes Act de 1973 o Ley de Causas Matrimoniales, Capítulo 18, parte I, 1.

¹⁹⁰ Vid". Informe sobre el Divorcio. La Evidencia Empírica Internacional". *En Cuadernos de Extensión* 3. Instituto de Ciencias de la Familia. Universidad de los Andes. 2002.

¹⁹¹ Es relevante el hecho de que Gibraltar, territorio británico, según expone la Red Judicial Europea, tenga un divorcio bastante más restrictivo y amplio tanto en las causas como en los plazos

La mayoría de las legislaciones expuestas aceptan el divorcio por mutuo consentimiento siendo causal en algunos países. De esta misma manera han introducido la voluntad unilateral como causal de divorcio en los supuestos en que se le pueda atribuir culpa al otro cónyuge o haya transcurrido un periodo de tiempo previamente determinado por la ley que normalmente suele ser inferior a cinco años.

IV. DIVORCIO UNILATERAL NO CAUSAL CON PLAZOS

Tras el análisis realizado a nivel europeo de los países que pueden tener mayor conexión con el Ordenamiento jurídico español, y desde una perspectiva global para comparar los avances, y en determinados casos atrasos, que se originan en nuestro alrededor, esta clasificación sin centrarnos en España va dirigida especialmente a dos países en los cuales prima un divorcio unilateral no sujeto a ninguna causa, pero si con un periodo de

para solicitarlo. La legislación de Gibraltar establece que la causa del divorcio es la ruptura irreversible del matrimonio. Para convencer al tribunal superior de dicha ruptura, el demandante debe probar al menos uno de los hechos siguientes: a) que el demandado ha cometido adulterio, violación, sodomía o bestialismo, o que es homosexual y el demandante no puede soportar la convivencia con él o ella; b) que el comportamiento del demandado hace imposible la convivencia con él o ella debido a: b1) que el demandado ha infligido daños físicos o psíquicos reales y considerables al demandante o a los hijos de cualquiera de las partes, o que existe un temor fundado del demandante o de los hijos a sufrir tales daños; b2) abandono forzoso del hogar por el demandado; b3) que el demandado tiene sus facultades mentales perturbadas o sufre de cualquier otro trastorno mental que pueda ser incurable, desde hace por lo menos 5 años, o por la existencia de circunstancias especiales. c) que el demandado ha abandonado al demandante durante un periodo continuado de al menos 3 años antes de la fecha de presentación de la demanda; d) que las partes han permanecido separadas durante un periodo continuado de al menos 3 años antes de la fecha de presentación de la demanda y el demandado está de acuerdo con la concesión del divorcio; e) que las partes han permanecido separadas durante un periodo ininterrumpido de al menos 5 años antes de la fecha de presentación de la demanda.

tiempo establecido en forma de reflexión para el cónyuge que desea disolver el vínculo. Esta situación se fundamenta en la disolución del matrimonio solicitado de forma unilateral por uno de los cónyuges, sin que sea necesaria la aceptación posterior del otro o la concurrencia de su voluntad ni la coincidencia de causa alguna. Se configura como un sistema excepcional en relación con el resto de ordenamientos comentados.

Finlandia regula el divorcio en su Ley de Matrimonio¹⁹² y admite el divorcio por solicitud de uno de los cónyuges, siendo irrelevantes las causas del mismo, pero siempre con la obligación de reiterar su solicitud después de seis meses, configurándose este tiempo como de reflexión para reafirmarse en la decisión de optar al divorcio. Dentro de dicho sistema de disolución no existen motivos, el único en todo caso es el transcurso de seis meses para renovar la obligación contraída de querer disolver el vínculo a modo de reflexión y consideración. Sin embargo, si los cónyuges llevaran separados dos años podrán solicitarlo de manera inmediata sin ser obligatorio este plazo de tiempo. No es requisito necesario que se haya producido la ruptura irreparable del matrimonio puesto que el Tribunal no investigará e indagará las posibles razones para tomar esta decisión.

En semejante línea se manifiesta **Suecia**¹⁹³, que de igual forma lo admite con un periodo de reflexión de seis meses, sin necesidad de alegar motivos. En la legislación sueca el matrimonio se considera una unión voluntaria entre el hombre y la mujer y de este principio se deduce que el deseo de uno de los cónyuges para poner fin al matrimonio ha de ser perfectamente válido. Si el otro cónyuge no diera su consentimiento deberá

¹⁹² Ley de Matrimonio 13 de junio de 1929 en su versión modificada de la Ley de 16 de abril de 1987/411 (Secciones 25 - 31).

¹⁹³ El divorcio en Suecia se regula por el Código de Matrimonio, Capítulo 5, sección 1.

transcurrir un semestre para reconsiderarlo. Si hubiesen vivido separados al menos dos años no será necesario el paso de estos seis meses.

El divorcio unilateral sin causa es algo excepcional y donde se acepta es siempre con plazos, como ocurre en Finlandia y Suecia, quizás en los países más alejados de nuestra tradición jurídica¹⁹⁴.

España forma parte de esta tercera clasificación ya que con la reforma de la Ley 15/ 2005, se establece este tipo de divorcio pero con un plazo de tres meses desde que se contrae matrimonio. A nivel europeo es sin duda el país más avanzado en cuanto a la interposición por voluntad unilateral.

V. VALORACIÓN FINAL

Como conclusión a esta comparativa entre los países europeos cabe llegar a la conclusión de poner de relieve la continua evolución que se está produciendo en esta materia gran parte de las legislaciones, debido a los continuos cambios sociales que demandan y sobre todo necesitan para adaptar sus Ordenamientos a los nuevos conceptos sobre matrimonio y divorcio. Todos los países han introducido la voluntad de uno de los cónyuges para poder llegar a él, aunque en la mayoría es necesario el transcurrir de años de separación previa, mientras que si es por mutuo consentimiento podrá solicitarse de manera más consensuada y sin plazos, exceptuando a Italia.

El mutuo acuerdo se presenta como la mejor alternativa en aras de obtener un divorcio más simplificado en cuanto a trámites y en brevedad en

¹⁹⁴ Vid. CAMARERO SUÁREZ, Victoria.” El Derecho a Contraer Matrimonio en la Reforma Actual”.En *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2006. Versión en Internet, pág. 8.

relación a los plazos, ya que la mayoría de los países lo propugnan como la solución más pacífica y consensuada a la ruptura definitiva de la comunión matrimonial.

La separación tiene un papel fundamental en la tramitación del divorcio por voluntad unilateral, que como regla general oscila en torno a un año en muchas de las regulaciones. Se trata de un tiempo necesario cuando concurre la situación en la que uno de los cónyuges no es favorable al divorcio, y se exige fehacientemente el transcurso de un periodo de tiempo.

Otro de los grandes avances en la materia tiende más a una simplificación en los procedimientos de mutuo acuerdo, permitiendo que se decrete el divorcio por vía administrativa como ocurre en Dinamarca, Noruega, y Portugal.

No obstante, muchos de los sistemas jurídicos imponen el requisito de convicción de los cónyuges, a través de un plazo de reflexión en la tramitación del mismo, como forma de asegurar la certeza de la disolución de su matrimonio.

Se demuestra a través de esta visión comparada, la dificultad de que los distintos Ordenamientos europeos proyecten una regulación similar en torno a esta figura jurídica, aunque obviamente las notas comunes son mucho más identificativas que pudieran ser las contrarias. La base de esta norma es la misma, pero la evolución jurídica y social e incluso las tradiciones y el modo de regularlas son cuestiones muy íntimas de cada Estado. Pero como se ha reiterado anteriormente cada vez son más las reformas que se van produciendo a nivel europeo e incluso mundial, con la finalidad de no consagrar obstáculos y sí dar facilidades para impulsar la libertad y el libre desarrollo de la personalidad en los cónyuges, que con independencia de la

causa que a ningún legislador debiera interesar, desean poner fin al vínculo matrimonial.

CAPITULO TERCERO: Ley 15/2005 en materia de separación y divorcio.

I. INTRODUCCIÓN

A nivel europeo se han observado las diferentes regulaciones existentes entre los países de semejante o distinta tradición jurídica. Así como la inquietud de algunos por adaptar la regulación en esta materia a los continuos y evolucionados cambios sociales, situación en la cual se encuentra España en 2005. Hasta este año la tónica general comparada, con la excepción de Francia que adelanta su reforma al 2004 y abre la veda hacia una regulación más libre, es la del mutuo consentimiento como forma más factible de alcanzar el divorcio, siempre con algún plazo de duración matrimonial o de cese de la convivencia conyugal que oscilan entre los seis meses y los cinco años, exceptuándola junto con Portugal. O bien un divorcio unilateral sujeto obligatoriamente a una separación entre los cónyuges que normalmente ha de ser de unos dos años como periodo medio con la excepción de Suecia y Finlandia que lo admite tras un semestre de reflexión. En este contexto se sitúa España con un divorcio cuyo principal requisito es la obtención de una previa separación que se plantea en torno a dos vertientes, consensual o bien causal.

1. Antecedentes

El divorcio que introduce la ley de 1981, como quedó expuesto en el primer capítulo, acata una concepción causal del mismo que en la mayoría de los casos y, sobre todo, durante sus primeros tiempos de vida, obedeció a una aplicación rigurosa del mismo por parte de los jueces. La articulación que plantea esta ley en aras de obtener la disolución del vínculo conyugal se basa fundamentalmente en dos variedades que se orientan a la conjunta o individual voluntad de los esposos. Si se trata de un caso por mutuo consentimiento deberá haberse producido el efectivo cese de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde que se interpusiera la demanda de separación propuesta por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, siempre que hubiere transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. Por lo tanto aún dándose el supuesto de que los cónyuges estuvieren firmemente decididos y convencidos en su pretensión de divorciarse, deberían esperar al menos dos años para hacer efectiva esta voluntad. La tradición jurídica española sitúa a éste como un divorcio consensual basándose en la voluntad concordada de ambos, pero que, sin embargo, difiere de la concepción europea que se le otorga a dicho concepto debido a que muchos países acogen el modelo sin necesidad de tiempo postmatrimonial y de separación.

Por lo que se refiere a la segunda de las perspectivas para instarlo, es la que se asienta en la voluntad unilateral. Aquí se plantean varias soluciones, la primera trata el cese efectivo de la convivencia conyugal durante un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a

petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción de acuerdo con lo establecido en el anterior artículo 82, que establecía las causas de separación, entre ellas el abandono injustificado del hogar, la conducta injuriosa o vejatoria, la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, el alcoholismo, el cese efectivo de la convivencia conyugal,(...) una vez fuera firme la resolución de la sentencia estimatoria de separación, o si transcurrido este periodo anual no hubiere recaído resolución en primera instancia. La segunda de las soluciones ofrecida por esta ley innovadora del divorcio en 1981 para invocarlo por la mera voluntad de uno de los cónyuges, se corresponde con el cese de la convivencia conyugal durante dos años, si bien existiere separación de hecho o legal, uno de ellos se declarara ausente o en el supuesto de que quien acredite que al iniciarse la separación de hecho el otro esposo se hallaba incurso en causa para solicitar la misma legalmente.

De igual manera se ofrece, como ya fue descrito, la posibilidad de que transcurridos cinco años de cese efectivo, pueda solicitarse el divorcio por uno de los dos sin más causa que este periodo. En último lugar y sin invocar una separación previa podría pedirse la disolución del vínculo cuando existiere una condena penal firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes¹⁹⁵.

1.1. La falta de afecto marital como causa determinante en la reforma.

Como mencionamos anteriormente esta es la tónica general del divorcio en España hasta julio de 2005. Como puede comprobarse amplio en plazos, y puramente causal. Sin embargo es destacable el hecho de que la

¹⁹⁵ Causas redactadas conforme a la Ley 30/1981 de 7 de julio.

jurisprudencia ha ido reconociendo la desaparición del afecto marital o conyugal como una causa de divorcio no recogida implícitamente en la enumeración taxativa del antiguo artículo 86 como forma probablemente de argumentar el deseo de los cónyuges de querer divorciarse, y como manera igualmente de destacar, que vulnerando los deberes matrimoniales difícilmente podrá esperarse una situación matrimonial pacífica.

En relación al plazo mínimo de duración previa del matrimonio, considerando éste por mutuo acuerdo como la forma más factible de solicitar el divorcio, la jurisprudencia sí ha aplicado con rigor el transcurso de este periodo, aún cuando ha existido una demanda presentada por mutuo acuerdo y con un convenio regulador conforme a los cónyuges. Así ocurre en la SAP Barcelona de 19 de enero de 2005, en la cual el Juez de Instancia declara no haber lugar a la separación puesto que en el momento de dictar esta sentencia no había ni transcurrido un año desde la celebración del matrimonio al establecer que *“frente a la sentencia de instancia, que desestima la demanda de separación interpuesta por la actora con el consentimiento del demandado, se alzan de forma conjunta ambos consortes, a través del presente recurso de apelación, aduciendo, como concreto motivo del mismo, que si bien es cierto que el artículo 81.1 del Código Civil establece que sólo procederá la separación una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio, es más cierto que lo que pretende el mencionado precepto es que no exista una separación legal de los cónyuges con anterioridad al año desde el momento en que se contrajo el matrimonio, el cual ya habrá transcurrido en el momento en que recaiga sentencia en el presente recurso, por lo que solicitan que se estime la separación conyugal y se apruebe el*

convenio regulador de la misma adjuntando a la demanda rectora del proceso”¹⁹⁶.

La importancia de esta situación, consideramos, que viene dada más por la realidad del hecho en el que dos personas quieren instar a una separación como medio necesario de alcanzar el divorcio, de mutuo consentimiento, con la conformidad del convenio regulador, y sin embargo se le niega esta separación al no haber transcurrido un año de matrimonio. Plazo establecido en la ley y, por tanto, es de justa aplicación el mismo, pero se plantea, ante situaciones de este tipo, la necesidad de una reforma en aras a respetar la libre decisión y sobre todo el consenso de los cónyuges a la hora de decantarse por una determinada postura propia de su estado civil.

Ciertamente la laguna existente en tal sentido se proyecta en la determinación de considerar las causas del antiguo artículo 82 como *numerus clausus* o si por el contrario la falta de amor conyugal podría estimarse insertada en esta relación. Se ha indicado que dicha carencia de amor entre los esposos, no es una causa de separación matrimonial al no estar recogida en el elenco del citado artículo ya que si el legislador hubiere querido reconocerla la hubiera hecho patente al reseñándola en el precepto correspondiente¹⁹⁷. Sin embargo, la mayoría de autores, y sobre todo la jurisprudencia la viene reconociendo encuadrándola en el pretérito 82 del Código Civil que determinaba “cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales”. Resulta obvio para comprender qué se entiende por una violación de los mismos, concretar a que se refiere el Código cuando los expone. Básicamente son los artículos 67 y 68 los que los enuncian

¹⁹⁶ Vid. SAP Barcelona de 19 de enero de 2005. EDJ 2005/8371. Fundamentos de Derecho Primero y Segundo.

¹⁹⁷ ROMERO COLOMA, Aurelia Maria. “ La falta de amor conyugal como causa de separación matrimonial”. En *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, nº11, pág.2, 2002.

apoyándose en el principio de igualdad entre ellos, y entendiendo por tales, el respeto y la ayuda mutua, la fidelidad entre ambos, así como el deber de socorro recíproco. En relación a esta idea es comprensible que la falta de afecto marital lleve a cauces de incumplimiento de los mismos.

En consideración a lo anteriormente planteado respecto a la desaparición de la *affectio maritalis* como causa de separación y por tanto de divorcio, entendemos como un acierto su entrada implícita entre las causas que recogía el artículo 82. Son muy diversos los significados que pueden dársele a este concepto, pero indudablemente la base del mismo la podemos identificar como ese estado de afecto, entendimiento, comprensión, amor, y sobre todo respeto que ha de existir entre los cónyuges¹⁹⁸.

En términos similares lo expresan numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales como la de Tarragona de 25 de marzo de 1996 al exponer “ la llamada « *affectio maritalis*», es decir, ese conjunto de deberes y sentimientos, totalmente entrelazados, sin los cuales difícilmente puede subsistir la convivencia”¹⁹⁹. La Audiencia Provincial de Málaga identifica su significado con el de “amor matrimonial”, la de Granada con que es la causa que “anima y da razón de ser a la unión matrimonial”²⁰⁰. La importancia de este concepto radica en su consideración como causa de separación aunque es considerada igualmente como la base de todas las razones para disolver el

¹⁹⁸ ARCOS VIEIRA considera que se trata de un término impreciso, desligado de su origen latino, puesto que en las ocasiones en que puede obtenerse de la jurisprudencia una idea del mismo no se llega a un criterio unánime lo cual obliga a plantear dos sospechas: por una parte no puede asegurarse con que sentido es empleada en los casos en que se da por supuesta, y en segundo lugar afirma que puede suscitarse la duda de si se utiliza en un sentido u otro en función de las circunstancias, a modo de comodín del juez. *Vid.* ARCOS VIEIRA, M^a Luisa. *La Desaparición de la Affectio Maritalis como Causa de Separación y Divorcio*. Navarra, 2000, págs. 34 y ss.

¹⁹⁹ *Vid.* SAP de Tarragona de 25 de marzo de 1996, (AC 1996,688), Fundamento de Derecho Segundo.

²⁰⁰ *Vid.* SAP de Malaga de 15 de octubre de 1998 (AC 1998,2008). SAP de Granada de 3 de junio de 1994 (AC 1994,1121).

matrimonio²⁰¹ de forma que no haya que entrar excesivamente en las razones que llevan a los esposos a tomar esta decisión y exponerla de forma rigurosa ante el juez.

Dicha situación es la que ha venido acaeciendo en los últimos años de aplicación de la ley y que probablemente se ha tratado de una conducta tomada ante la necesidad de un cambio en esta materia adecuado a las nuevas necesidades jurídico- sociales. Así se han pronunciado múltiples sentencias, incluso cuando no se ha decretado la separación, las Audiencias han defendido la desaparición del afecto conyugal como causa, podríamos decir general, en las separaciones matrimoniales, ya que el carácter tasado de las mismas dificulta su propia acreditación por parte del cónyuge que la alega

Difícil es en este sentido demostrar un reiterado abandono de los deberes conyugales, de ahí que los jueces de familia se hayan inclinado a forzar la desaparición de la *affectio maritalis* como causa de separación y divorcio, entendida ésta como elemento inherente al matrimonio y su pérdida como clave en la disolución del mismo.

Su aplicación, no obstante, se ha mostrado más con ciertas oscilaciones que con unanimidad ya que parte de la jurisprudencia la asume como consensuada cuando se alega por mutuo acuerdo de los cónyuges, en cuanto esa falta de amor, de respeto, es recíproca. Sin embargo, algunos tribunales la han rechazado cuando ha sido alegada de forma unilateral en el sentido de que uno de los cónyuges pierde ese aprecio y aun así el otro desea continuar con el matrimonio siendo notable la oposición a esta pérdida. Ante tal situación muchos se han pronunciado fundamentando sus sentencias en

²⁰¹ Vid. CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. “La cesación de la “*affectio maritalis*” como causa de separación en la practica judicial: un exponente de la interpretación sociológica de la norma”. En *Aranzadi Civil* núm.18/2001. Pamplona 2001, versión en Internet, pág. 4.

que si el afecto ha de ser recíproco para contraer matrimonio igualmente ha de serlo para que cesen los efectos del mismo. Sería por otra parte admitir una crisis matrimonial no fundada en ninguna causa, cuando fuera solicitada por uno de los esposos, y ciertamente el camino a seguir por el legislador del 81 no era precisamente admitir estas situaciones, aunque algunos tribunales no dudaron en aplicar dicha *dessaffectio unilateral* como causa de ruptura en el matrimonio²⁰².

En relación a este planteamiento se afirma la SAP de Cádiz de 25 de octubre de 2000 al considerar que “para la apreciación de la falta de afecto marital como causa de la separación matrimonial es necesario que la falta de afecto sea mutua y recíproca, esto es que haya quedado suficientemente acreditado que entre ambos cónyuges han surgido profundas desavenencias en la convivencia matrimonial que han ido generando una real y efectiva pérdida del afecto marital que debe reinar en todo matrimonio. En tales supuestos el mantenimiento de dicha convivencia matrimonial sería contraproducente, no solo por perjudicar a los propios cónyuges sino también a los hijos que verían seriamente perturbado su adecuado desarrollo integral”²⁰³. Semejantes pronunciamientos se encuentran en una posición intermedia entre la

²⁰² Ante esta situación es indispensable la reflexión de PASTOR VITA al manifestar que: “lo que revela esta disparidad de criterios judiciales es el intento meritorio de ciertos jueces y tribunales de forzar el texto de la norma para dar respuesta a ciertas situaciones planteadas para las que la ley no da solución, tratando de este modo de adaptar el texto de la norma a la realidad social, lo que choca con planteamientos más conservadores que rechazan de plano que la pérdida de *affectio maritalis* pueda ser considerada como causa de separación o sólo la admiten cuando es alegada por ambos cónyuges, rechazándola en aquellos casos en que lo es unilateralmente. Todo lo cual demuestra, en definitiva, la inadecuación de la actual regulación de separación y divorcio a los nuevos tiempos, haciendo evidente la necesidad de reformar el sistema consagrado hace veintitrés años por una regulación que, con el trascurso del tiempo, ha devenido anacrónica”. *Vid.* PASTOR VITA, Francisco Javier. “Una primera aproximación al Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”. En *LA LEY*, tomo 2. Madrid, 2005, pág.1838.

²⁰³ SAP de Cádiz de 25 de octubre de 2000, JUR/2001/26535. En esta misma línea SAP de Asturias de 14 de noviembre de 2001, JUR 2002/64263.

aplicación estricta de los principios recogidos en la ley y la consideración de la pérdida del afecto maritalis como causa determinante para separarse.

En este sentido, y desde una perspectiva amplia en atención a la aplicación del término comentado, se muestra la SAP de Toledo de 15 de mayo de 2000, como ejemplo para numerosas aplicaciones jurisprudenciales posteriores puesto que plantea la situación, justifica los preceptos e insinúa la necesidad de un cambio en la regulación.

“Es probablemente el artículo y materia de que se trata, uno de los puntos donde más discordancia existe entre la regulación legal y la regulación jurisprudencial en nuestro Derecho Civil. Frente a la separación y divorcio como sanción, que son contemplados en los preceptos citados, se ha venido desarrollando doctrinalmente la del divorcio–separación remedio, con fundamento en la teoría de la desafectio y del principio de que no pueden imponerse convivencias no deseadas, por ello, aún cuando uno de los cónyuges se oponga a la separación, los Tribunales la vienen sancionando bajo el manto de la reciprocidad en los deberes de convivencia, fidelidad, ayuda y cariño mutuo, entendiéndose que si por parte de uno ha desaparecido, es imposible que el otro los cumpla porque el matrimonio es cosa de dos, y la pérdida de la felicidad conyugal de cualquiera de ellos convierte el matrimonio en un infierno. Y normalmente así ocurre cuando de las demandas y contestaciones se deduce el mutuo deseo de no estar juntos aunque sea por distintas causas”.

Se hace patente que las nuevas tendencias pretenden otorgar un cauce de más libertad objetivizando los motivos cuando ya ha desaparecido todo ese afecto que se constituía como la base del matrimonio. De ahí que tanto la jurisprudencia como la doctrina admitan como motivo el genérico constituido

por la quiebra de la convivencia conyugal, las dificultades de una vida común no deseada, y en definitiva, la desaparición de la *affectio conyugalis* sin necesidad de imputar e incluso de alegar los motivos a uno de los cónyuges para acceder a la pretensión judicial de que se constate una situación de falta del afecto marital, con quiebra del respeto mutuo pues ello por sí mismo supone la existencia de una ruptura matrimonial y como consecuencia la violación de los deberes matrimoniales²⁰⁴.

En los últimos tiempos de aplicación de esta ley de divorcio de 1981 la práctica judicial en su mayoría solía recurrir a esta falta de afecto para evitar la confrontación que supone una ruptura culpabilística, no obstante todavía quedaban jueces que se acogían a la literalidad de la ley para desestimar en determinados casos la separación cuando no se hubiese probado de forma estricta la causa que argumenta la crisis y por tanto las desavenencias²⁰⁵. Es, sin duda, la nueva línea que se siguió antes de la aprobación de la ley 15/2005, en la cual se hacía patente la necesidad de un cambio que transformara la tendencia jurídica que se había ido desarrollando con la finalidad de adaptarse a las nuevas realidades sociales.

Así lo manifiestan numerosas sentencias en los últimos años de aplicación de la antigua ley mostrando una cierta evasión en la aplicación estricta de las causales. Sirva a modo de ejemplo y por la mayoría, las siguientes:

- SAP de Cádiz de 21 de diciembre de 2004, “Por ello, doctrinal y jurisprudencialmente, se admiten como motivo de separación matrimonial el genérico constituido por la quiebra de la

²⁰⁴ Vid. SAP de Zamora de 27 de marzo de 2003. Fundamento de Derecho segundo.

²⁰⁵ ZARRALUQUI ABOGADOS DE FAMILIA. *El Nuevo Derecho Matrimonial: Comentarios a las Leyes 13/2005 de 1 de julio y 15/2005 de 8 de julio*. Madrid, 2007, págs. 28 y ss.

convivencia conyugal y en definitiva por la desaparición de la "affectio conyugalis" principio básico en el matrimonio, sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de separación, bastando así con que se constate una situación de falta de afecto marital, con quiebra del respeto mutuo, lo cual acredita ya la ruptura matrimonial y la violación grave de los deberes conyugales. Por tanto, las nuevas interpretaciones tratan de superar la concepción culpabilística y se trata de objetivizar las causas que pueden originar la sanción judicial de la crisis matrimonial, abandonando la idea de la separación-sanción para aproximarse a la de remedio de una situación cuya perdurabilidad se ofrece como inviable, al haber desaparecido los lazos de amor, respeto y ayuda mutua en los que, según los arts. 67 y 68 del Código Civil, ha de basarse la institución del matrimonio”.

- SAP de Asturias de noviembre de 2004, “ la doctrina científica y de nuestro Tribunales se ha cuidado de interpretar flexiblemente propugnando una interpretación extensiva, fruto de la cual es la consideración, hoy inconcusa, de la desaparición de la affectio maritalis y la pérdida del deseo o volunta de vida en común como causa de separación(...)”, “(...)que no se exige encontrar a un cónyuge culpable de la crisis familiar, debiendo atenderse a la ausencia de “affectio maritalis” como dato esencial en la valoración de la situaciones descritas, de modo que toda quiebra importante de la normal convivencia conyugal se entiende comprendida dentro de las causas legales de separación”.

- SAP de Madrid de 21 de mayo de 2004, “ello excluye, al contrario lo que acaecía en el anterior sistema, la necesidad judicial de

incidir en especiales valoraciones de culpabilidad, e inclusive de rígida causalidad acomodada formalmente al artículo 82, ya que no se trata de realizar valoraciones éticas, sino de poner remedio a una situación de profundo desafecto, cualesquiera que sean sus causas originadoras, y cuya ignorancia, en la rigurosa búsqueda de causas tasadas de separación conyugal, implicaría, en muchos casos, una resolución que, en cuanto denegatoria de la demanda por falta de probanza estricta de los hechos invocados en la misma (de enorme dificultad por otro lado por su producción en el seno de la intimidad familiar), sería desconocedora la realidad social sobre la que debe proyectarse el criterio decisorio de los tribunales, que no pueden rechazar una petición de separación en tanto se detecte claramente, a través de lo actuado en el procedimiento, una crisis de relaciones conyugales incompatible con el mantenimiento, o la reanudación pacífica y armoniosa, de aquellos deberes que, legalmente, constituyen los pilares que han de sustentar la institución matrimonial”.

- SAP de Málaga de 9 de marzo de 2006, “causas todas ellas que se contemplaban expresamente en el número primero del artículo 82 del referido Código Civil como motivadoras de la separación matrimonial, siendo lo cierto que bajo el imperio de la norma en cuestión la misma había sufrido en los últimos años importantes cambios interpretativos, por cuanto que, sin perjuicio de la interpretación flexible y no rígida de los supuestos legales, la Sala Primera del Tribunal Supremo venía afirmando que no podría olvidarse la subsistencia del principio sobre el "favor matrimonii" y que el deber de convivencia era norma de orden público -artículo 68 - por lo que exigía, necesariamente, concurrencia de causa legal de que uno de los

esposos estuviera incurso, para el otro pudiera instar la separación poniendo fin a la vida en común -T.S. 1ª S. de 10 de febrero de 1983 -, pero, sin embargo, posteriormente, hasta la vigente reforma legislativa, la interpretación de los preceptos legales citados con anterioridad decía se debía hacer de manera flexible y amplia, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que había de aplicarse, conforme al artículo 3.1 del cuerpo legal citado, de ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia, como bien reseña la recurrente en apelación, admitieran como motivo de separación matrimonial el genérico constituido por la quiebra de la convivencia conyugal, la vida en común demasiado difícil y, en fin, la desaparición de la "affectio conyugalis", básico en el matrimonio, sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de separación, bastando, simplemente, por tanto, para acceder a la pretensión formalizada en demanda judicial, con que se constatará una situación de falta de afecto marital, con quiebra del respeto mutuo, pues ello por sí mismo acreditaba la existencia de ruptura matrimonial y de violación grave de los deberes conyugales”²⁰⁶.

En base a estas argumentaciones puramente jurisprudenciales se ha tratado de demostrar la necesidad de una reforma en cuanto a las causas que determinaban la separación y la necesidad relativa de su existencia para alcanzarla. De forma que después de más de veinte años de aplicación de un sistema causal éste se ha visto desvirtuado por la doctrina de los tribunales , hasta el punto de que en los últimos tiempos de aplicación ni se invocaba

²⁰⁶ En esta línea, SAP de Jaén de 14 de mayo de 2005, EDJ 2004/69110; SAP de Las Palmas de 9 de noviembre de 2004, EDJ 2004/216794. En sentido contrario y declarando que la desaparición del afecto marital no es causa de separación legal, argumentando que no se exige legalmente para contraer matrimonio, y por tanto el desafecto para disolverlo, *Vid.* SAP de Málaga de 3 de septiembre de 2004, EDJ 2004/166610 y SAP de Asturias de 5 de julio de 2004, EDJ 2004/75858.

causa de separación o se hacía más bien desde una perspectiva más formal que material, bastando con que se alegara la falta de afecto conyugal para que se estimara una demanda de separación, puesto que se asumía que esta carencia de cariño o amor desemboca en un incumplimiento de los deberes matrimoniales, siendo indiferente además, qué cónyuge manifieste tal falta de afecto puesto que la culpabilidad se ha extinguido de nuestra configuración matrimonial totalmente²⁰⁷.

De manera muy acertada la jurisprudencia reaccionó admitiendo como causa de separación y divorcio la desaparición del *affectio maritalis*²⁰⁸, es decir la pérdida de afecto existente al contraer matrimonio y la extinción de los esposos de continuar su convivencia. En base, fundamentalmente a esta aplicación y a las críticas en torno a dicha materia, el legislador consideró los preceptos de la ley de 1981 inadecuados a los tiempos, siendo necesaria una

²⁰⁷ Vid. CABALLERO GEA, José-Alfredo. *Matrimonio. Contrayentes del mismo o diferente sexo. Separación y Divorcio. Unión de Hecho. Acogimiento y Adopción. Violencia de Género, pensión impagada*. Madrid, 2005, pág. 108.

²⁰⁸ En este sentido se muestra la SAP de Córdoba de 31 de marzo de 2006 (EDJ 2006/90287) al establecer que: “A tal efecto, como tiene declarado con reiteración esta Audiencia (por todas, Sentencia de 25 de junio de 2005), en este momento histórico, casi 25 años después de la entrada en vigor de la Ley de reforma del Código Civil en materia de matrimonio de 1981 , el modelo de separación causal ha sido desvirtuado por la doctrina de los tribunales, hasta el punto de que hoy en día prácticamente ni se invoca causa de separación o se hace más bien desde una perspectiva formal que material, bastando con que se alegue tal falta de afecto conyugal para que se pueda estimar una demanda de separación, puesto que se entiende que esta carencia de afectividad desemboca en un incumplimiento de los deberes matrimoniales, siendo indiferente, además, qué cónyuge manifiesta tal falta de afecto, pues ha desaparecido totalmente cualquier fundamento de culpabilidad en nuestro sistema legal matrimonial. Buena prueba de esa evolución es la Ley 15/2005 , de 8 de julio, de Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio , que si bien no puede ser aplicada al caso porque entró en vigor después de que se dictara la sentencia de primera instancia, sí que puede servir para interpretar la legislación vigente conforme al criterio interpretativo de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (artículo 3.1 del Código .Civil), teniendo en cuenta que el artículo 82 del Código Civil , que sirvió de fundamento a la acción ejercitada, ha quedado sin contenido, porque, como se explica en la Exposición de Motivos de dicha Ley ,,el ejercicio del derecho a no continuar casado no puede hacerse depender ni de la demostración de causa alguna...”, pretendiendo la reforma que,...”la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”, así como que ”...el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución , justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge”.

reforma de la regulación que devino en inadecuada tanto por sus insuficiencias como por los problemas originados en cuanto a su aplicación²⁰⁹. En base a este planteamiento se aprobó y entró en vigor la Ley 15/ 2005²¹⁰, no sin haber tenido antes varios intentos de reformas.

1.2. Las pretendidas reformas de 2001 y 2003.

Una vez transcurridos veinte años desde la aprobación de la ley del divorcio de 1981 se piensa en la necesidad de realizar una profunda revisión a la misma, manteniendo los preceptos cuyos resultados han sido satisfactorios y redactando aquellos que han dejado de ser acordes con la realidad social que tratan de regular, algunos de los cuales nacieron ya antiguos pero que respondían a determinadas situaciones conformes con el contexto político que se estaba viviendo²¹¹. Sobre esta idea surge la Proposición de Ley 122/2001/000160 de 21 de noviembre presentada por el Grupo Parlamentario Socialista ante el Congreso de los Diputados²¹², que pretende dotar a dicha figura jurídica de facilidades teniendo en cuenta la incidencia de relaciones humanas y de personas afectadas en una ruptura matrimonial. Para ello se

²⁰⁹ Vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, ÁNGEL. “La Modificación del Código Civil en materia de Separación y Divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio”. En *Anales de Derecho*, nº 23. Murcia, 2005, pág. 132.

²¹⁰ La propia Exposición de Motivos de esta Ley, justifica el desuso de la anterior legislación, y el reconocimiento de la *affectio maritalis* como causa de separación. Dice así “Los tribunales de justicia, sensibles a esta evolución, han aplicado en muchos casos la ley y han evitado, de un lado la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hacía patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio, y de otro, la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas”.

²¹¹ Desde el año 1994 se presentan iniciativas parlamentarias por el Grupo Socialista, en 2001 por el Grupo Catalán. Sin embargo trataremos las recientes al ser las que más se asemejan a la reforma de 2005. Véanse en OROZCO PARDO, Guillermo. *Matrimonio y Divorcio... cit.*, pág. 135.

²¹² Vid. BO. Cortes Generales- Congreso de los Diputados 30 de noviembre de 2001, núm.178-1, pág. 1.

pretende incrementar los supuestos en que la separación o el divorcio puede producirse por la voluntad de uno de los cónyuges, sin necesidad de tener que demostrar la causa por la que se produce ya que lo que se consigue con esto último es un proceso más dilatado en el tiempo, que incluso puede llegar a superar la propia duración del matrimonio y que añade un nuevo estado de tensión entre los cónyuges.

De esta manera se pretendía evitar ese doble procedimiento de separación y divorcio para disolver el matrimonio de forma que se pueda acceder a él por las mismas causas que la separación diferenciándose en algunos supuestos por la exigencia de determinados plazos desde la celebración del matrimonio. Se trata de una nueva situación en la que no ha de ser necesaria una separación previa para acceder al divorcio.

La primera alteración que se propone en esta decisiva reforma, se basa en que la separación se decretaría judicialmente, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: a) a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, siempre que hubieren transcurrido los seis primeros meses de celebración del matrimonio acompañando la demanda con la propuesta del convenio regulador conforme a los artículos recogidos por el Código Civil a tal efecto; b) cuando una vez transcurrido los seis primeros meses de matrimonio se alegue desaparición del afecto conyugal. Éste se entenderá acreditado por la mera interposición de la demanda en la que se alegue, como causa de solicitud de la separación y siempre que al interponerla exista un cese efectivo de la convivencia conyugal; c) cuando exista, previamente a la solicitud, declaración de ausencia legal o cese efectivo, continuado y libremente consentido de la convivencia conyugal durante seis meses.

Las causas de separación por su parte quedarían reducidas por un lado, al incumplimiento de los deberes legales inherentes al matrimonio o respecto de los hijos que convivan en el hogar familiar, no pudiendo invocarse infidelidad si existe separación de hecho libremente consentida por ambos o por el que la alegue. Y por otro lado cualquier situación que implique lquiebra de la convivencia familiar de manera que su continuación pueda resultar perjudicial para el cónyuge o los hijos.

En vista de lo anterior y respecto a la separación dicha modificación pretende que la misma pudiera solicitarse por mutuo consentimiento una vez transcurrido un semestre desde la celebración del matrimonio, o a través de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges si el otro estuviere incurso en alguna de las dos causas expresadas anteriormente, si alegare la desaparición del afecto conyugal después de seis meses de vida matrimonial o cuando existiere declaración de ausencia legal o cese efectivo continuado durante el mismo período de tiempo. Este cambio en la legislación intenta reducir los plazos a la mitad, ya que lo necesario en las nuevas premisas es el plazo común de seis meses e introduce, probablemente por influencia de nuestra jurisprudencia el reconocimiento expreso de la desaparición del afecto marital como causa de ruptura matrimonial después de tantos años de remisión implícita a la misma.

En relación al divorcio se decretara a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro , una vez transcurrido el primer año de matrimonio, acompañado igualmente por la propuesta de convenio regulador, si se tratara de un uno por mutuo acuerdo. En el caso de que fuera unilateral podría instarse por uno de los cónyuges conforme a cuatro situaciones: a) cuando el otro estuviere incurso en causa legal de divorcio que se corresponderían en este caso con las expresadas para la separación; b) en el

supuesto de que hayan transcurrido los dos primeros años de matrimonio y se alegue la desaparición de la *affectio maritalis*, entendiéndose por ésta la mera interposición de la demanda en la que se alega como causa de divorcio y siempre que en este momento exista un cese efectivo de la convivencia conyugal; c) cuando exista, previamente a la solicitud, declaración de ausencia legal o cese efectivo de la convivencia durante un año continuado; d) cuando exista una sentencia de separación previa a la solicitud.

Ciertamente se reducen los plazos en relación a la regulación de la Ley 30/1981, ya que con la propuesta el divorcio por mutuo acuerdo pasaría de dos años, previa interposición de la demanda de separación, a un año desde que se contrajo matrimonio, sin necesidad de invocarla. En las situaciones en que sea a petición de uno sólo de los cónyuges ha de invocarse causa de separación, bien alegar la desaparición del afecto *maritalis* cuando hayan transcurrido los dos primeros años y exista en el momento de la interposición de la demanda el cese efectivo de la convivencia que como manifestamos en el primer capítulo de este trabajo, no es otra cosa que una separación de hecho, por lo que consideramos que esta segunda causa verdaderamente reduce los plazos, pero no se aleja tanto de la separación como medio de obtener el divorcio puesto que parte de la estima de que para alegar la *desaffectio* debe existir un cese de vida común o una separación entre los esposos. En la misma línea, se encuentra el tercer motivo de divorcio en el que o existe una declaración de ausencia legal, o se vuelve al cese efectivo de la convivencia conyugal durante un año y por último cuando exista una sentencia de separación. En base a lo comentado, insistimos en el planteamiento de que aunque lo que se pretendía era reconducir las causas de separación y divorcio a dos permitiendo a las partes acceder directamente al divorcio, según los planteamientos de esta proposición de ley la separación,

llámese de hecho o cese de la convivencia conyugal, lo cierto es que sigue mostrando una cierta influencia en el acceso a la disolución del vínculo matrimonial.

Aunque semejantes propuesta de modificación al Código Civil en materia de separación y divorcio del 2001 supone desde nuestra perspectiva un claro avance hacia una reforma necesaria en la materia sigue presentado vestigios de ese sistema en el que realmente prima la separación y no se llega a demostrar que el divorcio puede ser un derecho al igual que el matrimonio, y por lo tanto si no se exige, a modo de ejemplo, un periodo mínimo de noviazgo, porqué el interés mantenido en que exista un tiempo de separación entre los cónyuges para solicitarlo, si lo que realmente se pretende es dar dos soluciones distintas a una ruptura matrimonial definitiva.

El Pleno del Congreso de los Diputados, valoró esta Proposición de Ley sobre modificación del Código Civil, en materia de separación y divorcio, resultando finalmente rechazada²¹³.

De forma intermedia entre este intento de cambio y la finalmente aprobada Ley 15/2005 surge una nueva iniciativa en 2003 por parte de Convergencia i Unión que contempla la modificación del Código Civil para regular el acceso directo al divorcio cuando hay mutuo acuerdo de los cónyuges, sin el requisito previo de la separación²¹⁴.

Argumenta en su Exposición de Motivos que la Ley española no sólo mantuvo la separación como una opción sino que la impuso como un requisito para poder acceder al divorcio, de tal forma que, en nuestro

²¹³ Vid. BO. Cortes Generales- Congreso de los Diputados 14 de diciembre 2001, núm. 178-2, pág. 7.

²¹⁴ Vid. BO. Cortes Generales- Congreso de los Diputados, VII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley, 11 de Abril de 2003, núm 327-1.

ordenamiento jurídico, todas las causas de divorcio, excepto la condena penal en sentencia firme contra la vida del cónyuge, cuyo número de procedimientos ha sido muy escaso, giran en torno a una separación previa, como única causa de divorcio bien sea ésta de hecho o de derecho.

Ciertamente, la separación previa no necesariamente tiene que ser judicial sino que puede ser de hecho: el cese de la convivencia durante un determinado período de tiempo da derecho a solicitar el divorcio. Por otra parte, aunque existe un procedimiento judicial de mutuo acuerdo para solicitarlo, la voluntad de las partes conformes en ello, no es suficiente como causa del mismo, sino que hay que alegar y probar un cese efectivo de la convivencia entre uno y cinco años mediante una separación previa.

Por ello, la inclusión, entre las causas de divorcio, de la voluntad conforme de los cónyuges, es una modificación que guarda perfecta lógica con la actual situación del matrimonio en España y en los países de nuestro entorno. Además, en este momento, aunque camuflada, esta causa ya existe en el fondo como defendimos en la Proposición anterior. Cualquier pareja que quiera divorciarse, primero se separa de mutuo acuerdo y tras un año, si regulan judicialmente su situación y dos años, si lo hacen de hecho, acuden a un proceso judicial de mutuo acuerdo para divorciarse. Lo han hecho por acuerdo, pero con mayor gasto y más tiempo²¹⁵.

Por todas estas razones, el Grupo Parlamentario Catalán considera necesario introducir en el ordenamiento jurídico español, mediante la correspondiente reforma del Código Civil, la posibilidad de un acceso directo

²¹⁵ Vid. Exposición de Motivos de la Proposición de Ley 122/000289. BO de las Cortes Generales 11 de Abril de 2003.

al divorcio que incluya como causa del mismo, entre otras, la voluntad acorde de los cónyuges de divorciarse sin necesidad de instar un procedimiento previo de separación, pero manteniendo esta opción para aquellos cónyuges que, por la razón que sea, prefieran acudir a ella.

En tal situación el objetivo de la iniciativa catalana se fundamenta en la existencia de que el divorcio por mutuo consentimiento pueda ser solicitado por ambos cónyuges sin la previa separación, una vez transcurrido el primer año de matrimonio. Y por lo que afecta al divorcio por decisión unilateral, se basaría en una de las diez causas en que pueda estar incurso el cónyuge demandado²¹⁶. Éstas vienen a convertirse en similares a las de separación e incluso sigue patente el cese de la convivencia conyugal en cinco de las

²¹⁶ El artículo 86 del Código Civil queda redactado de la siguiente forma: "1. Se decretará judicialmente el divorcio: 1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año de matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta de convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código. 2. A petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en causa legal de divorcio. 2. Son causas de divorcio: 1.^a El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de derecho o de hecho libremente consentida por ambos o propuesta por el que la alegue. 2.^a Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar. 3.^a La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años. 4.^a La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendentes o descendientes. 5.^a El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia. 6.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho, o pidiese la separación o el divorcio o las medidas provisionales a que se refiere el art. 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento. 7.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges, o por uno de ellos con el consentimiento del otro. 8.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la demanda de separación personal, a petición del demandante, o de quien hubiese formulado reconvencción conforme a lo establecido el artículo 82. 9.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges. 10.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos tres años, a petición de cualquiera de los cónyuges".

causas con reducción de plazos en relación a la Ley 30/1981, por lo que sigue presente el necesario requisito de separación si es uno de los cónyuges el que tiene la intención de disolver definitivamente el vínculo matrimonial. Se trata de una reforma que favorecería claramente el divorcio por mutuo consentimiento. Este proyecto no prosperó puesto que caducó la iniciativa²¹⁷.

1.3. Primeras valoraciones del Anteproyecto.

Con fecha 17 de septiembre de 2004 el Consejo de Ministros aprueba un nuevo Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio que es remitido al Consejo General del Poder Judicial el 23 de septiembre de 2004 para su informe.

El anuncio de la reforma y sobre todo las líneas fundamentales a desarrollar hizo que empezaran a surgir numerosas voces tanto de crítica como de apoyo a la misma. Diferentes sectores entrelazaban intereses desde diversas perspectivas ya que una reforma de estas características conlleva necesariamente numerosas cuestiones de gran envergadura jurídica pero también personal e ideológica. Se trata de una figura jurídica a la que realmente esta Proposición de Ley le abre un nuevo horizonte hacía un camino en el que el divorcio podría constituirse en un derecho al igual que lo es el matrimonio.

El Anteproyecto trata la nueva situación en la cual los cónyuges pueden solicitar de común acuerdo tanto la separación como el divorcio, y si no

²¹⁷ Este Grupo Parlamentario vuelve a presentar su Proposición de Ley, en 2004, siendo retirada. *Vid.* BO Cortes Generales- Congreso de los Diputados, VIII Legislatura. Serie- B: Proposiciones de Ley, 23 de abril de 2004, núm. 24-1.

estuvieran de acuerdo cualquiera de ellos de la misma forma podrá solicitarlo bastando la demanda que viene a acreditar que el cónyuge demandante no quiere seguir conviviendo con el otro. Este es el núcleo de la nueva regulación respecto a las crisis matrimoniales. BERCOVITZ²¹⁸ indica que en principio se trata de una solución clara sencilla y que probablemente contribuirá a una mejora notable en la materia, con el temor único de si quizás ese plazo es excesivamente breve, especialmente en lo que se refiere al divorcio, ya que bajo su consideración puede propiciar la falta de responsabilidad de las personas a la hora de contraer matrimonio.

Realmente pasa de ser el último recurso al que podían acogerse los cónyuges cuando su matrimonio es un verdadero fracaso, a plantearse como una decisión libre de uno de los dos cónyuges sin prácticamente mayor requisito, que su propia declaración de voluntad. Ante este significativo cambio y por pura lógica se alzan numerosas críticas, desde distintos órdenes, en torno a los aspectos más novedosos de esta modificación. Éstos como se ha comentado anteriormente giran en torno a una finalidad única que no es otra que la existencia de un divorcio sin separación necesaria previa, que pueda ser instado de manera unilateral y sin concurrencia de causa alguna²¹⁹.

En este sentido el Consejo General del Poder Judicial advierte en torno a la reforma del artículo 81 del Código Civil, que introduce el divorcio de mutuo acuerdo o el solicitado por uno de ellos sin causa y una vez transcurridos los tres primeros meses de matrimonio, dos premisas: a) no es lo que rige en nuestro entorno jurídico y cultural al que pertenecemos ya que

²¹⁸BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. “Separación y Divorcio”. En *Aranzdi Civil*, num.13/2004. Pamplona, 2004.

²¹⁹ Los comentarios al Anteproyecto se realizarán desde diversas perspectivas ya que fueron los primeros en emitir informes o conclusiones al mismo. La opinión de la doctrina mayoritaria sobre la Ley se desarrollara posteriormente en el epígrafe de análisis de la Ley.

hemos visto que el divorcio unilateral sin causa es realmente excepcional y aceptado, y siempre con plazos, en dos países nórdicos (Finlandia y Suecia), más alejados de nuestra tradición jurídica; b) el plazo que se ha establecido supone el consagrar un divorcio unilateral que va mucho más lejos de lo previsto incluso en los dos países que lo admiten, pues se reduce considerablemente al fijarse en tres meses frente a los seis de Finlandia y Suecia²²⁰.

Críticos se vuelven a manifestar con el plazo que se exige en el Anteproyecto al evidenciar únicamente que parece un tiempo de matrimonio previo para solicitar el divorcio con lo que pudiera pensarse que se quiera instaurar una especie de matrimonio a prueba, durante un lapso de tiempo. Además una vez tomada la decisión de divorciarse, se presenta la demanda y se dicta resolución sin necesidad de un tiempo de reflexión y posterior ratificación de la misma que constate la firme voluntad de romper el vínculo como ocurre en las legislaciones finlandesa y sueca: “la exigencia del plazo debe figurar en el texto legal en términos que claramente evidencien la propia naturaleza de esa exigencia temporal, que no es otra que la objetivación de la seriedad y persistencia en la voluntad unilateral disolutoria. De ahí que más que requerirse un plazo previo a la posibilidad de demandar, debe exigirse como un plazo necesario entre la formulación de la pretensión y una posterior ratificación o reiteración de la misma”²²¹.

En este sentido, no se muestran tanto en desacuerdo por el plazo establecido como por el que no haya una posterior ratificación de la decisión como forma realmente de prolongar la situación. Entonces de lo que

²²⁰ Vid. Informe al Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Separación y Divorcio, de 27 de octubre de 2004. Consejo General del Poder Judicial, pág. 14.

²²¹ *Ibdn...*

estaríamos hablando ante una situación en la que tras tres meses de matrimonio se presenta la demanda, y posteriormente debe transcurrir un plazo de tres o seis meses para ratificarla, estamos en un divorcio que duraría seis o nueve meses en principio, cuyo tiempo no es en ningún caso el objetivo de la reforma.

Respecto a la separación y al divorcio no conciben que un mismo precepto regule dos figuras cuya naturaleza y efectos son muy distintos y por lo tanto no pueden tener el mismo régimen legal, opina el CGPJ, que en el Anteproyecto se confunden estas figuras. En nuestra opinión ese es uno de los grandes aciertos de la modificación ya que al igualar estas dos figuras se puede elegir, dependiendo de las pretensiones personales que se tengan, entre disolver el vínculo matrimonial si se está firmemente decidido a ello, o solicitar la separación como forma de reflexión y de adaptación a lo que puede ser posteriormente un divorcio o bien una reconciliación. Realmente la ley protege y ampara a los cónyuges en su decisión ofreciéndoles dos alternativas a aplicar según su propia voluntad y la naturaleza del caso.

Donde sí es verdaderamente crítico el Informe que comentamos, es en lo referente a la supresión de las causas y a la calificación que el Anteproyecto hace de la Ley de 1981 considerando que contenía un divorcio-sanción, opinión ante la cual gran parte de la doctrina, RUIZ-RICO, LASARTE, O'CALLAGHAN, LACRUZ²²², lo han venido calificando como un divorcio-remedio o divorcio-constatación superando la clasificación culpable. El Informe insiste en que se confunde y donde realmente se halla el

²²² RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia. “Consecuencias de la Supresión de las Causas de Separación y de Divorcio en el Código Civil Español”. En *Revista de la Facultad de Derecho-Unsa*. Núm. 7. Arequipa, 2005, pág. 147. LASARTE ALVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho Civil...cit.*, pág. 112. O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio...cit.*, pág 75. LACRUZ BERDEJO, Jose Luis. *Derecho de Familia...cit.*, págs. 210 y 211.

equivoco es en que la ‘culpabilidad moral’ del hecho que lo provoca nada tiene que ver con la ‘responsabilidad jurídica’ de los efectos que se deben contemplar. El mantenimiento de éstas causas es totalmente imprescindible, en su crítica opinión, con el fin de que el Juez pueda cumplir con la normativa referente al interés de los hijos así como con la protección del cónyuge que sea víctima de dichos comportamientos.

Desde un punto de vista puramente civil, y argumentándolo respecto a la materia contractual, consideran que “en materia jurídica no se concibe un contrato sin causa. Así como sería una aberración jurídica la cancelación unilateral de un contrato (por definición sinalagmático), así también lo es un ‘divorcio sin causas justificativas’: no causas morales, sino causas que jurídicamente justifiquen la denuncia y subsiguiente rescisión del contrato bilateral, que es el matrimonio. La ruptura del contrato jurídico matrimonial contra la voluntad de la otra parte signataria del negocio sinalagmático, debe dar derecho a ésta a obtener la compensación que le es debida. (...) la modernización y actualización de las leyes no tiene porqué estar reñida con la pérdida del sentido ético, ni tampoco dar lugar a que ambos planos se puedan confundir”²²³.

Resulta evidente que el planteamiento hecho nos indica la pretensión de que ante una resolución unilateral del matrimonio, se pueda plantear una indemnización como ocurre en materia contractual hacia el cónyuge que no esté de acuerdo en esta finalización²²⁴. En esta misma línea crítica se

²²³ Vid. Informe al Anteproyecto de Ley de Modificación...cit., pág. 16.

²²⁴ En este sentido González Ochoa expresa “ soy de la opinión controvertida de que el matrimonio es un contrato institucionalizado y no una institución contractual, y por ello se ha de aplicar al mismo en su condición de negocio jurídico las mismas normas que se le atribuyen , por ejemplo, a un arrendamiento de vivienda, una compraventa o un préstamo y de esta forma permitir la separación o disolución del “contrato marital” cuando ambos contratantes sin más razones ni requisitos están de acuerdo en resolverlo o cuando uno de ellos no está satisfecho con el mismo y

manifiesta la Asociación de Mujeres Juristas²²⁵ en el análisis que hace del Anteproyecto, que en primer lugar expresa su clara renuncia a la supresión de las causas, puesto que consideran la imposibilidad de hacerlo sin reformar el 32.2 de la Constitución Española. En segundo lugar plantean el recorrido que ha de atravesar una persona que desea separarse: partiendo del sentido común la cuestión de arranque es intentar un consenso, sino fuere posible y las razones se basan en el incumplimiento de los deberes matrimoniales por parte del otro cónyuge tendrá justa causa para establecer los efectos posteriores; si no se está en ninguno de los supuestos lo hará asumiendo que la efectividad de su voluntad unilateral puede causar perjuicios al otro cónyuge que tendría razones expectativas de convivencia. De forma que siguiendo la línea del CGPJ, no se le niega el derecho a divorciarse pero al igual que cuando una persona quiere resolver un contrato²²⁶ se causan perjuicios a la otra parte que han de ser reparados. Para lo cual proponen una nueva redacción del artículo 82 de forma que contemple dos posibilidades: a) el incumplimiento de los deberes inherentes al matrimonio y b) para quien no quiera alegar causa alguna, la no obligatoriedad de hacerlo asumiendo las consecuencias de que la otra parte alegue y pruebe el incumplimiento. De forma que esta decisión

manifiesta su deseo de no proseguir siendo parte de él (...) a nadie se le puede obligar per se a continuar en el seno de una sociedad marital que no tiene sentido , al igual que al comunero no se le puede exigir que siga con caracter de perpetuidad en la comunidad, al esposo o esposa que así manifiestan su sentir no se les puede condenar a estar de por vida, en esa situación o a que prosigan en la misma en tanto en cuanto no argumenten y demuestren que existe alguna de las causas tasadas. El mero hecho de llevarse mal los cónyuges, o mejor dicho, ni siquiera llevarse habría de ser motivo más que suficiente para terminar con esa situación” . Vid. GONZALEZ OCHOA, José Ignacio. *Ley 30/1981 de 7 de julio...cit.*, pág. 6.

²²⁵ Vid. Conclusiones del Taller de Trabajo realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis el día 17 de noviembre de 2004, sobre el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en materia de Separación y Divorcio.

²²⁶ O'CALLAGHAN mantiene que el matrimonio es un negocio jurídico del Derecho de Familia. Respaldo por ROYO MARTÍNEZ, GARCIA-CANTERO Y ALBALADEJO, entre otros, considera que se trata de una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos coincidentes con aquella declaración, si bien los sujetos del mismo no tienen autonomía de voluntad para modificar el contenido del mismo o preverlo o regularlo de una manera particular. Vid. O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio...cit.*, pág.20.

lleve aparejada una indemnización por daños y perjuicios regulada legalmente. Ésta sería independiente de la pensión compensatoria puesto que la misma justifica el desequilibrio económico, y la indemnización pretende la responsabilidad por la ruptura no consensuada.

Respecto a las ideas mostradas por el CGPJ para una mejora del anteproyecto insiste en la novedad que supone una separación o un divorcio contencioso con una espera de tres meses ya que con la Ley 30/1981, este tipo no estaba sometido a ningún plazo, por lo que consideran que la modificación introduce un elemento temporal que hace más difícil la separación en contra de la previsión del pre legislador. En esta línea manifiesta igualmente que parece como si lo que se quiere alcanzar es una separación o un divorcio no causal después de los tres primeros meses y que así sea con anterioridad a este tiempo, de forma que lo que se plantearía sería un problema de seguridad jurídica²²⁷.

En esta primera aproximación indirecta la Ley 15/2005, y sobre todo a los comentarios expresados por diferentes sectores resulta imprescindible referirnos desde el punto de vista jurídico social y dada la insistencia que se hace en la modificación a esa realidad social cambiante y necesaria de una transformación, al Informe sobre el Anteproyecto de Ley realizado por el Instituto de Política Familiar, que realiza un interesante examen del mismo y muy en consonancia con el CGPJ, en base a advertir el error que supone para las familias la aprobación de una Ley de tal magnitud.

Comenzando por el Preámbulo señala la afirmación de las manifestaciones carentes de veracidad como considerar, en consonancia con la línea anteriormente expuesta, que la regulación existente en 2004 presenta

²²⁷ Vid. Informe CGPJ...cit., pág.17.

rasgos del antiguo modelo sanción cuando realmente es un sistema causal, no culpable que introduce la falta de *affectio maritalis*, como causa jurisprudencialmente admitida para efectuar la separación o divorcio vincular. Pero realmente la línea fundamental de crítica es la que se refiere a la modificación del artículo 81, en base a las tres características fundamentales²²⁸:

a) Eliminación del tiempo de separación previo al acceso al divorcio, considerando este tiempo de tres meses un periodo más de prueba que de reflexión, y eliminando esa rectificación que permitía a los matrimonios la reconciliación. Lo cual traerá consigo eliminar esta posibilidad, incrementando la ruptura familiar, ya que los tiempos de espera facilitan a la pareja en conflicto, una decisión madura y responsable, tras una reflexión. Incrementará el coste económico puesto que se deberá acudir a nuevos procesos judiciales sobre modificación de aquellas medidas aprobadas. Como colofón esta reforma deja la puerta abierta para que uno de los cónyuges, sin el consentimiento de otro no quiera esperar al transcurso del plazo, y pueda conllevar a la proliferación de denuncias por las excepciones recogidas en el 81.2, carentes de base probatoria, imputando hechos inciertos.

b) Unilateralidad exenta de posibilidad de oposición y sin concurrencia de causa alguna. La supresión de invocar la causa lleva a una situación de absoluta indefensión al cónyuge no solicitante quién no podrá en ningún caso oponerse al divorcio, sino tan sólo a

²²⁸ *Vid.* Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en Materia de Separación y Divorcio. Análisis y Propuestas. Instituto de Política Familiar. Noviembre de 2004, págs. 8 y ss.

las medidas. Con lo cual le niega la libertad y dignidad al otro cónyuge pudiendo considerarse como un mero repudio²²⁹.

c) En relación a otorgar el mismo tratamiento a la separación que al divorcio, consideran que se tratan de institutos jurídicos diferentes, causantes de efectos jurídicos distintos²³⁰.

En conclusión y haciéndose partícipe de las ideas expresadas por el CGPJ señala “el general desacierto y su carácter regresivo, - así desde una perspectiva jurídica, psicológica, psiquiátrica, sociológica y familiar-, considerando que va a ser un Anteproyecto que aumentará la inestabilidad de los cónyuges, y que va a provocar un incremento de la ruptura familiar, por lo que debe ser revisado y corregido”²³¹.

Desde una postura obviamente favorable no ya al Anteproyecto sino a la aprobación de la misma se muestra LÓPEZ AGUILAR²³², que sin entrar a valorar su objetividad en la materia, y desde criterios constitucionales y políticos, sí nos aporta los principios básicos de defensa y comprensión de esta reforma. Como primera cuestión hay que resaltar que se trata de un Anteproyecto cuya pretensión fundamental es atajar todas las disfuncionalidades causadas por la anterior regulación promoviendo el respeto al libre desarrollo de la personalidad que trata de reconocer mayor trascendencia al interés de una persona cuando ya no desea continuar con su cónyuge. Por lo que esta voluntad sólo puede hacerse depender de la declaración de la misma sin someterse o condicionarse su supervisión a un

²²⁹ Sobre la consideración del CGPJ hacia el repudio, *Vid. Informe...cit.*, pág. 13

²³⁰ Para conocer las consecuencias psicológicas, económicas y sociales de la aplicación del Anteproyecto de ley consideradas por el Instituto de Política Familiar. *Vid. Informe sobre el Anteproyecto...cit.*, págs. 11 y ss.

²³¹ *Ibd...* pág. 13.

²³² *Vid. LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. Los Criterios Constitucionales...cit.*, pág. 5.

estado temporal, previo e ineludible, de separación que en el fondo parece que se duda de la capacidad de los ciudadanos para decidir aquello que más les conviene. En consonancia con esto la separación y el divorcio se conciben como dos situaciones alternativas al servicio de los cónyuges para que puedan decidir sobre las mismas. Considera sin duda que el plazo establecido de tres meses de acceso directo al divorcio resulta fundamental para el fortalecimiento de la sociedad civil, ya que son las personas quienes deben desarrollar sus relaciones personales, sin que la ley imponga un periodo de reflexión o de reconsideración de la decisión tomada.

1.4. Tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005.

Después de un periodo de tiempo de tres años desde la primera proposición de ley, y transcurrido un año desde la segunda, ya en el Gobierno el mismo Grupo Parlamentario que la presentó en 2001, es en 2004 cuando comienza de manera más efectiva el proyecto de modificación en materia de separación y divorcio, una vez evacuados todos los trámites informativos de carácter preceptivo, a los que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior. Las modificaciones entre el Anteproyecto y el Proyecto no son de gran importancia, pero en algunos puntos, se asumen las valoraciones contenidas en los informes correspondientes, especialmente las recogidas por el Consejo General del Poder Judicial. A ello nos referiremos a lo largo de este rótulo.

La misma Exposición de Motivos se hace eco de la necesidad de cambio en la orientación que hasta el momento se le da a estas figuras jurídicas, ya que realmente la Ley 30/1981 gira en torno al eje fundamental de

que el matrimonio es una relación jurídica disoluble a través de las causas que la misma disponía.

El divorcio se concebía como el último recurso al que podían acudir los cónyuges cuando era evidente, que tras un dilatado proceso de separación, no era factible una reconciliación de los mismos. Para ello se exigía, como reiteradamente ha sido expuesto, el cese efectivo de la convivencia conyugal o de la violación grave o reiterada de los deberes matrimoniales, situaciones, en la mayoría de los casos que en vez de resolver las crisis matrimoniales terminaban agravándolas e incluso superando el tiempo de convivencia matrimonial. En tal situación de conflicto el evidente cambio sufrido en nuestra sociedad respecto a las relaciones de pareja, resquebrajaron a dichas normas de su inicial función. Los Tribunales de justicia, sensibles a este cambio aplicaron en muchos casos la ley con la idea de evitar la prolongación del conflicto entre los esposos cuando esta convivencia había quebrado y se presentaba una clara voluntad de no querer seguir con su matrimonio. De ahí que hayamos considerado anteriormente la desaparición de la *affectio maritalis*, como causa de divorcio a nivel jurisprudencial.

El propósito final del Proyecto presentado versaba sobre la situación en la que la separación y el divorcio se conciben como dos opciones a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida común. En este sentido bastaría con que uno de los cónyuges no desee la continuación del matrimonio para solicitar el divorcio, sin que el otro pueda oponerse a tal pretensión por motivos materiales al igual que el juez pero en relación a causas procesales. Para la interposición de la demanda solo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés del cónyuge o de los hijos justifique la suspensión de la convivencia con antelación. Aunque la mayor novedad de dicho cambio es la disolución

del vínculo por voluntad unilateral, también se reconoce la posibilidad de que se pueda instar de mutuo acuerdo tanto la separación como el divorcio. Los requisitos y los trámites son semejantes a los anteriores tan solo que se reduce a tres meses el tiempo que ha de mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud del divorcio.

También se ocupa, entre otros temas, de reforzar la posición de los padres respecto a la patria potestad, guarda y custodia de sus hijos procurando una mayor diligencia en la responsabilidad que tienen con ellos de acuerdo con su beneficio e interés²³³.

Junto con semejantes modificaciones que afectan de lleno a las crisis matrimoniales, se ocupa así mismo el texto mencionado de dar una nueva regulación a los derechos del cónyuge viudo²³⁴, de forma que si no se halla legalmente o de hecho separado del causante, y por tanto concurre a la herencia con hijos, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Éstas son, en líneas generales, las ideas que nos plantea el Proyecto en su Exposición de Motivos²³⁵ y que de forma más estructurada se divide en dos artículos, el primero de ellos afecta al 81, 82, 84, 86, 87, 90, 92 y 97, mientras que el segundo se refiere en esencia a la regulación de los derechos del cónyuge viudo, y para ellos modifica el 834, 835, suprime el párrafo segundo del 837, y por último cambia el 840. A continuación se introduce una Disposición Transitoria Única, referente a los procesos pendientes de

²³³ Sobre la reforma en relaciones paterno-filiales. Vid. ZURITA MARTÍN, Isabel. “Las Últimas Reformas Legales en materia de Relaciones Paterno-Filiales”. En *La Reforma del Matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*. Madrid, 2007, págs. 261 y ss.

²³⁴ Vid. Para una visión más amplia del tema, MADRIÑAN VÁZQUEZ, Marta. “Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio: Modificaciones en Derecho Sucesorio”. En *Dereito*. Vol.14, nº 2, Santiago de Compostela, 2005, págs. 30 y ss.

²³⁵ Vid. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 121/2004/000016, de 29 de noviembre.

resolución, una Disposición final primera, de modificación de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, una Disposición final segunda de modificación reguladora del Registro Civil y concluye con una Disposición final tercera referente a su entrada en vigor.

Sobre el texto inicialmente propuesto se plantean por los distintos Grupos Parlamentarios un total de ochenta y nueve enmiendas, siendo diez²³⁶ de ellas de modificación a la Exposición de Motivos y proponiendo la mayoría de los partidos políticos de forma común la introducción de la mediación familiar como forma alternativa de resolución de conflictos a la que puedan acudir voluntariamente los cónyuges. Se plantean en este sentido, cambios puramente conceptuales de adaptación a las nuevas tendencias, es el caso de la Enmienda número 10 de ERC que propone sustituir el término patria potestad por responsabilidad parental o el ejercicio de la guarda y custodia en vez de ser de forma compartida que sea alternada, debido a que la unión se ha roto y por tanto, ciertamente, se ejercerá de forma alterna.

En relación a las modificaciones sobre el artículo 81 del Código Civil, eje central del presente trabajo junto con el 86, son siete las enmiendas al primero de ellos²³⁷ y una en el segundo. Respecto al apartado uno del primero tan sólo el Grupo Parlamentario Popular del Congreso propone una nueva redacción que curiosamente no modifica el plazo establecido de tres meses,

²³⁶ Enmiendas presentadas en relación con la Exposición de Motivos: Enmienda núm. 72 del G.P. Popular, párrafo 10. Enmienda núm. 52, del G.P. Socialista, párrafo 14°. Enmienda núm. 73 del G.P. Popular, párrafos 14.º y 15.º Enmienda núm. 8 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), párrafo 16.º. Enmienda núm. 9 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), párrafo 16.º bis (nuevo). Enmienda núm. 74 del G.P. Popular, párrafo 16.º bis (nuevo). Enmienda núm. 10 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), párrafo 18°. Enmienda núm. 11 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), párrafo 19°. Enmienda núm. 75 del G.P. Popular, párrafo 19°. Enmienda núm. 12 del G.P. Esquerra Republicana (ERC), párrafo último. Enmienda núm. 53 del G.P. Coalición Canaria, párrafos (nuevos).

²³⁷ Las enmiendas presentadas respecto al apartado segundo del artículo 81 se comentaran en el siguiente capítulo, ya que son materia principal del mismo.

sino que es puramente formal al introducir sólo “ deberá necesariamente acompañarse a la demanda una propuesta (...)”. En el segundo inciso de este artículo sí propone una redacción diferente de modo que la demanda se acompañe del Plan de Responsabilidad Parental aprobado tras la mediación o el informe que exponga la evolución y causas de la negociación; con semejante perspectiva lo que claramente se pretende es la obligatoriedad de someterse a la mediación familiar en los casos en que el divorcio haya sido solicitado de manera unilateral en aras a favorecer los efectos que recaerán sobre los hijos²³⁸. En base a este planteamiento se introduce un tercer párrafo en el artículo 81 que, en esencia, corresponde al segundo propuesto en el Proyecto. Realmente la novedad descansa sobre la situación en la que se solicite el divorcio por uno de los cónyuges, y para someterse a la mediación familiar.

Para Convergència i Unió sí es motivo de reforma plena el apartado segundo del artículo 81, mientras que las demás enmiendas sólo introducen ligeros cambios conceptuales y de mera redacción. El Grupo Catalán se manifiesta de acuerdo con la redacción dada al primero de los incisos de este 81, pero en relación al punto dos, introduce dos causas de separación cuando

²³⁸ Se propone la siguiente redacción para el artículo 81 del Código Civil, por el Grupo Parlamentario del Partido Popular. “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse en la demanda la propuesta de convenio regulador de la separación conforme a los artículos 90 y 103 de este Código. 2. A petición de uno de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio y cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo siguiente. En caso de que existan hijos menores, a la demanda se acompañará el Plan de Responsabilidad Parental aprobado tras la mediación familiar o, si no se ha logrado un acuerdo, el informe de la mediación familiar que versará sobre la evolución de la negociación y de las causas detalladas que han impedido el acuerdo sobre el Plan de Responsabilidad Parental, así como el posicionamiento de ambos cónyuges en la negociación. 3. No será preciso para la interposición de la demanda el transcurso del plazo ni la presentación de los documentos a que se refiere el apartado anterior cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad o indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos que convivan con ambos.

el divorcio fuera instado por uno de los cónyuges²³⁹. La primera trata de la vulneración por parte del otro de los deberes entre los cónyuges, respecto a los hijos comunes o de los de cualquiera de los cónyuges que viva en el hogar familiar; la segunda recoge expresamente la voluntad unilateral de finalizar la convivencia por quiebra o desaparición del afecto marital. Dicha quiebra se considerará acreditada por el simple hecho de solicitar la separación.

Realmente se trata de una de las enmiendas más interesantes cuya justificación gira en torno a dos vertientes: La primera es sobre la supresión que realiza del plazo de tres meses para interponer la separación cuando no haya acuerdo.

Verdad es que el Proyecto admitía una excepción en la que no es necesario el transcurso de este tiempo: cuando se acredita la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral del cónyuge o de los hijos. Opción que por parte de los enmendantes se estima débil por un lado por la dificultad de acreditarlo y, por otro, la tentación que puede suponer acudir a este segundo supuesto como atajo procesal, con la pretensión de no tener que esperar tres meses, para interponer la demanda de separación “con el descrédito que ello puede conllevar para el propio sistema, máxime cuando la inmediatez para solicitar la separación pueda ser necesaria no sólo en supuestos de violencia que se contemplan en el Proyecto, sino

²³⁹ El artículo 81 queda redactado de la siguiente forma en la Proposición de Ley: “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos que convivan con ambos. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”.

también en otras muchas situaciones que pueden hacer insostenible desde el primer momento la convivencia conyugal”²⁴⁰. Todo ellos argumenta la idea de que con voluntad unilateral no tenga justificación ese plazo mínimo de duración matrimonial si el objetivo primordial de la reforma es dar prioridad a dicha voluntad de los particulares.

En relación a la segunda de las vertientes, pretende incorporar dos causas genéricas justificadas en el respeto debido al artículo 32.2 de la Constitución Española en el que según los proponentes se habla de causas.

En consecuencia pretenden mantener la necesidad de explicitar la causa por la que se insta a solicitar la separación de forma que el juez conozca la realidad acerca de la que ha de dictar la sentencia cuando los cónyuges no han llegado previamente a un acuerdo, de forma que presente la máxima coherencia con el mandato constitucional sobre separación y divorcio.

Las dos propuestas se configuran no como culpas sino como causas que pretenden ser armonizarlas con el reconocimiento de la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge.

Por lo que respecta al artículo 82 dejado sin contenido en el Proyecto regulaba las causas de separación y teniendo en cuenta que la supresión de las mismas es la finalidad primordial de esta reforma, tan sólo el Grupo Parlamentario Popular sugiere alternativamente establecer dos causas de separación cuya justificación argumenta en la necesidad de mantener el esquema causal en esta institución jurídica pero actualizando las causas de la legislación anterior. Son las siguientes: a) cualquier situación que implique ruptura de la convivencia familiar de forma que su continuación sea perjudicial para cualquiera de los cónyuges o sus hijos. b) Cualquier violación

²⁴⁰ Vid. Enmienda número 61, G.P. Convergència i Unió.

grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

En lo referente al artículo 84 que trata de la reconciliación solo se presentan dos enmiendas que insisten en que ésta se ponga en conocimiento del juez y que si lo solicitare pudiera probarse²⁴¹.

En atención al artículo 86, que regula el divorcio, parecen estar de acuerdo todos los Grupos Parlamentarios, con la redacción dada por Proyecto de Ley, a excepción del Grupo Parlamentario Popular que en su Enmienda número 78, plantea idéntica redacción que la otorgada para el artículo 81 respecto a la separación, y simplemente sustituye este último término por el de divorcio que se decretara cuando concurra alguna de las causas por ellos planteadas en el artículo 82.

La mayoría de las enmiendas presentadas podemos identificarlas con el resto de artículos modificados en el Código Civil, lo cual nos lleva a afirmar que por lo que se refiere estrictamente al divorcio y sus causas se percibe un clima pacífico cuya voluntad general ha sido sin duda el de una necesaria reforma, que, aunque con pequeñas diferencias la mayoría de los partidos políticos mostraron con semejante actitud su asentimiento a una necesaria transformación de esta figura jurídica.

Destacar aunque de forma general que en lo referente al convenio regulador se presentaron siete enmiendas de concreción sobre los extremos que éste ha de contener, y que realmente donde hubo más discordia, si atendemos al número de enmiendas presentadas, fue respecto a la reforma introducida en el artículo 92, que suscitó un total de veintiuna. La novedad

²⁴¹ Estas son: Enmienda núm. 62 del G.P. Catalán (CiU). Enmienda núm. 28 de la Sra. Fernández Davila (GMx), párrafo (nuevo).

radica en la inclusión regulada de la custodia compartida²⁴². La mayoría de las enmiendas giran en torno a cinco cuestiones; a) incrementar las garantías de prevalencia del interés y beneficio del menor en relación al régimen de custodia; b) introducción del régimen de custodia compartida; c) sustitución del término patria potestad por el de responsabilidad parental al igual que respecto a la guarda indicar que se realizará de forma alternada y no conjunta puesto que los padres están separados o divorciados, y sería más correcta la alternancia; d) creación por la Ley de un Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias de ruptura matrimonial para dar una respuesta realista al impago de pensiones a cónyuges separados o divorciados, con la finalidad de cubrir las necesidades más perentorias de familias sin recursos que no reciben de manera puntual lo indicado en las resoluciones judiciales; e) incorporación de la mediación familiar parental²⁴³.

La Ponencia propone a la Comisión incorporar una serie de enmiendas que básicamente coinciden en añadir respecto al artículo 81 párrafo segundo “(...) o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio”, igualmente se incluye en el párrafo cinco del artículo 92, la guarda y custodia compartida, mientras que los incisos seis y ocho son redactados nuevamente, al igual que el párrafo primero del apartado uno del artículo 103 del Código Civil, se introduce una nueva Disposición adicional referente al Fondo de Garantía de Pensiones, y se cambian los apartados dos y cinco del 771 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente.

²⁴² Vid. GARCIA RUBIO, María Paz. OTERO CRESPO, Marta. “Apuntes sobre la Referencia Expresa al Ejercicio Compartido de la Guarda y Custodia de los Hijos en la Ley 15/2005”. En *Dereito*. Vol.14, nº2. Santiago de Compostela, 2005, págs. 96 y ss.

²⁴³ Respecto a las enmiendas presentadas en relación a los demás artículos y Disposiciones, Vid. BO. Cortes Generales- Congreso de los Diputados. 29 de marzo de 2005, núm. 16-9; págs. 55 y ss.

Una vez aprobado en el Congreso se remite al Senado²⁴⁴. Las enmiendas formuladas en este órgano, tratan por lo general de insistir en aquellos aspectos que no han sido considerados en las presentadas ante el Congreso²⁴⁵. Conforman un total de treintinueve y en la mayoría de los casos son una réplica de las efectuadas con anterioridad²⁴⁶. Así ocurre con las que afectan al artículo 81 del Código Civil, presentadas por Convergència i Unió y el Grupo Parlamentario del Partido Popular, de exacto contenido a las no prosperadas en la otra Cámara. Igual ocurre con la referente al artículo 86, de este último Grupo Parlamentario únicos en su presentación²⁴⁷. Una vez en votación resultaron rechazadas las enmiendas del Grupo Catalán y del Popular que eran contrarias a la supresión de las causas, manteniéndose inalterado el texto en este sentido. De vuelta al Congreso de los Diputados, es aprobado y se convierte en Ley que fue publicada el día 9 de julio apareciendo como Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Cabe destacar por tanto que sin perjuicio de los diferentes ideas de los Grupos Parlamentarios, todos parecieron coincidir en la necesidad de simplificar las causas de separación y de divorcio, así se demuestra en el hecho de que ninguna de las presentadas a los artículos 81, 82 y 86 insinuara

²⁴⁴ El Pleno del Congreso aprobó por 192 votos a favor, 5 en contra y 127 abstenciones el Proyecto de reforma de la Ley de divorcio. El PP decidió abstenerse, frente al apoyo del resto de los grupos, ya que no fueron incorporadas ninguna de sus enmiendas.

²⁴⁵ Para Rodríguez Chacón, los avatares que el Proyecto de Ley atravesó en el Senado son un buen ejemplo de lo que no debería ser un trámite parlamentario. No hubo algo parecido a un intercambio de ideas o a un mínimo esfuerzo dialéctico, los representantes de los distintos grupos se limitaron a mantener que mantenían sus respectivas enmiendas. *Vid. RODRIGUEZ CHACÓN, Rafael. Matrimonio, Separación y Divorcio en España: Nueva Regulación. Estudio Sistemático de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio.* Barcelona, 2005, págs. 62 y 63.

²⁴⁶ *Vid. Enmiendas del Senado.B.O. Cortes Generales- Senado, 26 de mayo de 2005, núm. 14-c, pág. 11.*

²⁴⁷ Sobre los argumentos de los Senadores de los grupos, socialista, catalán y popular, en relación a sus intervenciones, *Vid. LORCA NAVARRETE, Antonio María. DENTICI VELASCO, Nina María. La Regulación de la Separación y el Divorcio en la Nueva "Ley de Divorcio" de 2005 con especial referencia a la Mediación Familiar*. San Sebastián, 2005, págs. 11 y ss.

mantener en gran parte el texto redactado en 1981. Con alguna excepción es destacable el hecho de que la mayoría de las enmiendas compartían la filosofía base del Proyecto de suprimir las causas, aunque postularan la inclusión o eliminación de algún matiz²⁴⁸.

2. Principios reguladores

Los principios inspiradores de la Ley pueden extraerse de la propia Exposición de Motivos: la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico que ha de tener su más adecuado reflejo en el matrimonio, incide en esta reforma en el sentido que ofrece a los cónyuges la separación y el divorcio configurados como dos opciones, a la que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común.

Dentro de esa dicha de libertad individual de la persona ha de considerarse el divorcio un derecho fundamental al igual que lo es el matrimonio o como, y en la postura que parece situarse el legislador y que por ello pretende desarrollar esta opción, el efecto del ejercicio de una libertad fundamental de la persona²⁴⁹. De este modo pretende reforzarse el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, ya que la continuación o no de su convivencia va a depender de la voluntad de ambos, ensalzando así otro de los principios inspiradores de la reforma, el recogido en el artículo 10.1 de la Constitución Española, o sea, el libre desarrollo de la personalidad²⁵⁰, que se justifica reconociendo mayor trascendencia a la voluntad del sujeto cuando ya

²⁴⁸ RODRIGUEZ CHACÓN, Rafael. *Matrimonio, Separación...*cit., págs. 57 y ss.

²⁴⁹ OROZCO PARDO, Guillermo. *Matrimonio y Divorcio...*cit., pág. 129.

²⁵⁰ Respecto a este principio nos remitimos a lo explicado en el Capítulo I.

no desea seguir vinculada con su cónyuge. Así pues combinando este principio con uno de los objetivos primordiales de aquella, el ejercicio del derecho de esa libertad a no continuar casado, el divorcio no puede hacerse depender de la concurrencia de causa alguna, ya que la determinante va a ser esa voluntad expresada en la solicitud. La aceptación de tales principios se adapta perfectamente al contenido de la ley ya que una persona puede separarse o divorciarse declarando solamente su voluntad de hacerlo. Por ello, la clave de esta libertad predominante por la ley no es otra que el consentimiento o la declaración de voluntad. Tanto la separación como el divorcio son consecuencias del matrimonio. Para éste el artículo 45.1 del Código Civil mantiene que no existiría en ningún caso un matrimonio sin consentimiento que ha de ser de los dos cónyuges, porque para formar un matrimonio no es aceptable la voluntad unilateral, como sí ocurre en el divorcio o en la separación, en aras a completar esa libertad para no continuar casados sino lo desean. De acuerdo con ello la ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los sujetos en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución matrimonial. Es necesario estar de acuerdo para contraer matrimonio pero no para disolverlo, cuando se acepta que sea por mutuo acuerdo o sea por la voluntad de uno de ellos, debe reservarse a la fase constitutiva del matrimonio. La referencia al consentimiento para contraer matrimonio y la declaración de voluntad para disolverlo nos parece íntimamente relacionado con el principio de libertad que dicta la Ley.

Como dice CARRIÓN OLMOS “ A partir de la celebración la única voluntad (que no consentimiento) que cuenta, la única relevante en definitiva , es la rigurosamente individual de cada uno de los cónyuges. La voluntad de permanecer en la relación. Desde una tal perspectiva en el caso del divorcio por voluntad de ambos, más que de un ‘ contra consentimiento’, lo que hay ,

en realidad, es pura y simplemente, la suma de dos voluntades individuales que, eso sí, apuntan en la misma dirección, en cuanto pretenden, cada una de ellas individualmente consideradas, idéntico objetivo: disolver”²⁵¹. La amplitud que la Ley otorga a la declaración de voluntades lleva a pensar que la filosofía que persigue no es tanto que se facilite un divorcio a instancia de uno de los cónyuges o de mutuo acuerdo, en tanto que dar esa amplia cobertura a la susodicha voluntad individual como principal elemento del principio de libertad en que, acertadamente desde nuestro punto de vista, se funda la reforma.

En este sentido se muestra PASTOR VITA, tomando partido por la idea de que si el legislador se inclina por una concepción del matrimonio basada en los principios de libertad y libre desarrollo de la personalidad, la consecuencia derivada es que si nadie puede contraer matrimonio en contra de su voluntad mucho menos podrá ser obligado a permanecer en él en oposición a la misma. De manera que éste cesa al hacerlo el consentimiento, como esencia suya que es, ya que “ a nadie puede imponérsele para toda la vida el sacrificio de convivir con otra persona, pues nadie puede enajenar irrevocablemente su libertad” ²⁵².

Ampliando este ámbito de libertad se respeta el libre desarrollo de la personalidad como el otro gran principio de esta reforma, ya que en base al mismo podrán decidir entre suspender la convivencia marital a través de la separación judicial o bien disolver el vínculo matrimonial.

²⁵¹ CARRIÓN OLMOS, Salvador. “Separación y Divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, En AAVV. *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*. Coordinados por José Ramón de Verda y Beamonte. Navarra, 2006, pág. 176.

²⁵² PASTOR VITA, Francisco Javier. *Una primera aproximación al proyecto...*cit., pág. 1839.

Sorprendente es, en este sentido, la argumentación realizada por RAMOS CHAPARRO, al considerar que esa invocación que a la libertad se le da en la ley no es más que para justificar su “revival del repudio o divorcio sin alegación de causa”, considerando que la verdadera libertad que se propugna constitucionalmente implica tanto la libertad de elección de estado, como el carácter personalísimo de las acciones de separación y divorcio, para evitar toda injerencia externa en orden a mantener viva la eficacia del vínculo, pero no implica que se base sólo en la pura y personalísima voluntad. En su opinión el legislador “ confunde e identifica la libertad personal con la libertad de estado, y la sociedad parece no advertir semejante enormidad”²⁵³. La consecuencia de este planteamiento lleva quizás a un pensamiento más propio de la anterior regulación que de la nueva ley, dado que fomentar una normativa basada en la libertad como mejor fundamento de la voluntad no lleva en ningún caso a un extremismo liberal ni a una desvirtualización de la dimensión jurídica del matrimonio.

El que la libertad esté más o menos restringida no cabe asociarlo con una institución fuerte, puesto que la fortaleza del matrimonio no viene determinada por la ley, pero sí por la voluntad de los cónyuges.

Lo más relevante de esta Ley está en la incidencia de un nuevo modelo de divorcio anticausal, que no se hace depender de la demostración de ninguna de ellas como ocurría en la legislación anterior, que debían mostrarse las causas en las que incurría el demandado. Con lo cual el núcleo primordial en torno a los principios básicos, depende de la voluntad como principal manifestación de la libertad, la elección entre las dos alternativas, antes sucesivas, de separación o divorcio como expresión del libre desarrollo de la

²⁵³ RAMOS CHAPARRO, Enrique José. “Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio”. En *Actualidad Civil* nº10. Madrid, 2005, pág. 1157 y ss.

personalidad, y de acuerdo con la supresión de causas, como dice BERCOVITZ²⁵⁴ se potencia y se preserva la intimidad familiar al no tener que alegar y probar causa alguna para obtener la separación o el divorcio. Se le da una mayor protección a este principio de intimidad familiar no alegando ninguna de las causas tan personales que recogía el antiguo artículo 86, y no sólo alegando sino también demostrando, con lo cual esa privacidad o intimidad familiar quedaba al descubierto.

En esta línea de protección a la intimidad familiar se muestra RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN²⁵⁵ al estimar que una vez eliminadas las causas de separación y de divorcio, el juez no tiene que conocer ni indagar en el ámbito más íntimo de una relación de pareja para comprobar quién ha sido el culpable de la crisis y así poder declarar la separación y el posterior divorcio.

En esencia éstos tres principios inspiradores de la Ley 15/2005, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad familiar tratan de potenciar que la continuación de la convivencia dependa de la voluntad de ambos, así como materializar estos principios en la decisión de los padres respecto al ejercicio de la patria potestad, de forma que puedan acordar en el convenio regulador que su ejercicio se atribuya bien a uno de ellos o a ambos de forma compartida²⁵⁶. Han de elevarse estos preceptos desarrollados en la ley por el legislador, por encima de cualquier concepción que se pueda tener del matrimonio, así como de cualquier tipo de intervencionismo por parte de

²⁵⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. *Separación...cit.*, pág. 1.

²⁵⁵ RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, Julia. “ La Supresión de las Causas de Separación y Divorcio: incidencia en otros ámbitos. (A propósito de la reforma del CC por Ley 15/ 2005 de 8 de julio). En *Aranzadi Civil*, vol.II, Navarra, 2005, págs. 2050 y ss.

²⁵⁶ En relación a los últimos enfoques legislativos y jurisprudenciales, en materia de pensión compensatoria, vivienda, alimentos y custodia compartida, Vid. MARTÍN NÁJERA, M.^aTeresa. *El Derecho de Familia tras las Reformas legislativas del año 2005*. Madrid, 2007, págs. 17 a 41.

los poderes públicos mediante la labor de proteger una idea de familia asentada en la historia y en la religión.

En definitiva dichos principios y fundamentalmente la libertad han de estar reflejados tanto en la relación matrimonial como en la continuación de la misma. UREÑA MARTÍNEZ nos da una idea muy acertada en este sentido manifestando que “la proclamación de la libertad individual de los cónyuges supone la consagración del principio favor separationis versus favor matrimonii; contrariamente a lo que sucedía hasta ahora. Antes de la reforma de 8 de julio de 2005 imperaba el principio de que el matrimonio es una institución que supone un sacrificio para los cónyuges y que debe mantenerse, salvo que se apreciara una causa lo suficientemente grave e importante para la separación- sistema causalista-. Con la nueva reforma se produce un cambio en el modo de concebir la relación matrimonial, donde prevalece la idea de que el interés individual de los cónyuges va por delante del interés matrimonial”²⁵⁷.

II. ANÁLISIS DE LA LEY

1. Cuestiones previas.

La entrada en vigor de la Ley 15/2005 plantea una serie de importantes dudas en materia matrimonial, y no porque la disolución del matrimonio por divorcio suponga una cuestión controvertida, cuestión plenamente superada en la sociedad española desde que se introdujo en 1981, sino porque se da un giro realmente importante y transformador en la materia. La necesidad se hace

²⁵⁷ UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena. “Separación Conyugal y Malos Tratos”. En *Aranzadi Civil*, núm 6/2007. Pamplona, 2007, versión electrónica.

inmediata, ya que el anterior sistema agrava los problemas en lugar de resolverlos. El cambio, como se ha venido desarrollando hasta ahora, afecta a las formas de concebir las relaciones de pareja, a su estabilidad, a las consecuencias que puede tener esa libertad de consentimiento en relación al cónyuge que no desee disolver el vínculo, al planteamiento de la causa en el matrimonio, a la oportunidad o no de que exista una indemnización por daños y perjuicios, las dudas de considerar el plazo de tres meses demasiado breve o la insistente aplicación por parte de los Tribunales de considerar la falta de afecto conyugal como causa de separación o divorcio. Todas estas cuestiones y muchas más hacen favorable un clima de renovación y sí tienen en común el objetivo planteado por el legislador de otorgar libertad a los cónyuges cuando exista una quiebra total en su relación afectiva.

Precisamente la innovación de la Ley ha consistido en introducir la ausencia de prueba sobre la concurrencia de causa de forma que se abandone el obligado elenco de las mismas necesarias para reconocer la separación o el divorcio. Optando en este sentido por una general basada en la voluntad de los propios cónyuges. En esta línea LORCA NAVARRETE comenta que “La Ley 15/2005 parece, en principio, haber deseado adoptar, como clausula general abierta justificativa de la no concurrencia de causa alguna para decretar la separación y el divorcio, los hechos o circunstancias que harían intolerable el mantenimiento de la convivencia conyugal en modo, tal que, en la separación y divorcio sin causa que propugna el legislador, convergen no sólo comportamientos culpables de los cónyuges contrarios a los deberes matrimoniales cuanto también a otros hechos como, por ejemplo, la incompatibilidad de caracteres o la diversidad de culturas, que ninguna justificación poseen con la violación de tales deberes, pero que considerados en su materialidad objetiva pueden reputarse efectivos como para

comprometer un normal desarrollo familiar sin aparente causa para separarse o divorciarse”²⁵⁸.

Conforme se ha expuesto anteriormente la principal novedad es la introducción de un nuevo tipo de divorcio, que poco tiene de identidad con el regulado hasta ese momento, el divorcio unilateral no causal con plazos, vimos como lo presentaban países cuanto menos muy alejados de la forma de regular de nuestro ordenamiento jurídico. Aunque al margen de algunos sectores dicha modificación ha sido acogida con gran optimismo y sobre todo un fuerte y abierto espíritu de cambio.

Siguiendo a RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN²⁵⁹ el objetivo propuesto se materializa en dos medidas: una de ellas trata la configuración de la separación y el divorcio como dos opciones independientes a la libre elección de las partes, sin que ésta sea paso necesario para acceder al divorcio. Y la otra la supresión de las causas de separación y divorcio de manera que para solicitarlos ya no es necesario que el demandante alegue y pruebe alguna de las recogidas en el antiguo artículo 82 para la separación, ni tampoco probar el cese de la convivencia conyugal como causa imperante en lo que se refería a la solicitud del divorcio, tan sólo el transcurso de tres meses desde la celebración del mismo. De forma que eliminadas éstas puede servir ciertamente para agilizar los procesos matrimoniales.

²⁵⁸ LORCA NAVARRETE, Antonio María- DENTICI VELASCO, Nina María. *La Regulación de la Separación...cit.*, pág. 6.

²⁵⁹ RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, Julia. *La Supresión de las Causas de Separación...cit.*, págs. 2050 y ss.

2. Divorcio: una aproximación actual

Al margen de todas las transformaciones que ha sufrido la figura del divorcio a lo largo de la historia, la esencia del mismo no ha cambiado con independencia de la regulación que haya ostentado en cada momento, incluso ahora con la Ley 15/2005 que supone, quizás la más alta modificación que nunca ni si quiera se pensaría que podía hacerse. Pero como mantenemos el concepto no ha variado, O'CALLAGHAN lo define como “ la extinción total de los efectos de un matrimonio válido y eficaz por causas posteriores a su perfección”²⁶⁰ esta definición es conforme a la regulación actual del mismo, ya que ciertamente estén o no recogidas en la Ley, hayan o no de demostrarse, y con independencia de que no tenga que alegarse su existencia, obviamente para que un matrimonio se disuelva, ha de existir alguna causa sea cual fuere la naturaleza de la misma. BERCOVITZ lo define como” la institución legal que permite la disolución del matrimonio en vida de ambos cónyuges”²⁶¹. Se produce el divorcio sólo por sentencia judicial, sin que sea válido o exista un divorcio de hecho. Respecto a la anterior regulación conviene recordar que al divorcio debía preceder un periodo de separación bien fuera de hecho o judicial por un periodo de tiempo que oscilaba entre los dos años y los cinco en función de las circunstancias concurrentes.

Tal y como hemos venido exponiendo al tratar cuestiones introductorias o generales en relación a la nueva redacción dada al artículo 81 la verdadera polémica alcanza su mayor expresión en lo relativo al divorcio. En este sentido GUILARTE opina que “la nueva regulación absolutamente

²⁶⁰ O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio...cit.*, pág. 74.

²⁶¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Madrid, 2007, pág. 91.

descausalizada del divorcio en el que no sólo la voluntad común de los esposos sino la mera decisión individual de cada uno de ellos puede llevar, sin traba, a la disolución del matrimonio es lo que realmente ha supuesto un cambio trascendental en la regulación de las crisis matrimoniales”²⁶².

Esta desaparición en la espera de plazos y su solicitud por ambos cónyuges o por uno una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio nos dan una idea general de lo que supone el divorcio en la actualidad.

Los argumentos más fidedignos en relación a las causas que justifican esta reforma nos los ofrece la propia Exposición de Motivos que describe las dificultades con que se encontraban los cónyuges al aplicar la Ley 30/1981, y en base a la aplicación de los principios inspiradores de esta ley, se pretende admitir una disolución del matrimonio en un sólo proceso de forma que exista un importante ahorro tanto económico como personal hacia las partes, dependiendo ante todo de su propia voluntad. En este sentido, y por lo que se refiere concretamente a la configuración del divorcio que se pretende propugnar, es importante determinar el párrafo quince de esta Exposición que dice: “Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales. Para la interposición de la demanda, en este caso, sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifiquen la suspensión o disolución de la convivencia

²⁶² GUILARTE GUTIERREZ, Vicente. *Comentarios a la reforma...*cit., pág. 87.

con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”,²⁶³.

En lo que se refiere a los motivos materiales, explica a continuación cuales han de ser, pero sin embargo no presta una especial atención ni tan siquiera en la propia regulación para determinar que se entiende por *motivos personales*.

Respecto a esta cuestión es importante la doctrina asentada por la Jurisprudencia, y especialmente la SAP de Madrid de 17 de abril de 2007, al manifestar, en sentido contrario, lo que no se entiende por motivos personales, y al asumir claramente que nos encontramos en un nuevo sistema compuesto por dos opciones independientes como son la separación y el divorcio, y que la jurisprudencia ha de reconocer y aplicar desde la aprobación de la ley. Los hechos tratan de un matrimonio que obtiene la separación el 27 de diciembre de 2005, una vez ya en vigor la Ley 15/2005, por la que un cónyuge interpone recurso de apelación solicitando la revocación de la sentencia y en su lugar se dicte otra resolución que declare la disolución del matrimonio por divorcio. El Ministerio Fiscal presenta escrito el 27 de marzo de 2006 estimando que concurren todos los requisitos previstos en el artículo 86 del Código Civil en relación al 81 del mismo texto legal según la redacción establecida por la Disposición Transitoria²⁶⁴ de la Ley 15/2005 de 8 de julio para decretar el

²⁶³ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

²⁶⁴ Ley 15/2005. **Disposición transitoria única.** Procesos pendientes de resolución. 1. Los procesos de separación o divorcio iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley continuarán sustanciándose durante la instancia conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de la presentación de la demanda. 2. Lo dispuesto en el artículo primero, en cuanto a las causas de separación y divorcio y en cuanto al plazo mínimo para interponer la acción a contar desde la fecha de celebración del matrimonio, será de aplicación a los procesos que estén tramitándose en el momento de su entrada en vigor. A este efecto, se otorgará a las partes un plazo común extraordinario de cinco días para que soliciten el divorcio y aleguen cuanto a su derecho convenga. El Juez resolverá las alegaciones formuladas dentro del tercer día. 3. Si la entrada en vigor de la ley

divorcio de ambos cónyuges. Por ello el Ministerio Fiscal no se opone al recurso de apelación interpuesto por la representación del cónyuge e impugna parcialmente la Sentencia de 27 de diciembre por estimar que procede decretar el divorcio de ambas partes. Sin embargo, el Juez de primera Instancia no decreta la disolución del matrimonio por divorcio al amparo de lo establecido en la Disposición Transitoria Única de la Ley 15/2005 por haber mostrado oposición la señora por Motivos Personales.

En su Fundamento Primero la Audiencia admite que el marido solicitó la transformación del procedimiento de separación conyugal en procedimiento de divorcio por reunir todos los requisitos exigidos por la Ley. A lo que se opuso la señora alegando motivos personales, y en ello insiste en el escrito de oposición al decir que a raíz de la crisis conyugal sufrida con el marido ella entró en una profunda crisis existencial por lo que se refugió en la Iglesia Católica donde ha encontrado las fórmulas que le ayudan a soportar las dificultades, siendo estimado este argumento por el Juez a quo para no decretar la disolución de matrimonio por divorcio "al amparo de lo establecido en la Disposición Transitoria Única de la Ley 15/2005 de 8 de julio por haber mostrado oposición la mujer por motivos personales".

La Sala, no puede compartir estos razonamientos y expresa que *“los motivos personales no pueden tener ninguna trascendencia jurídica a los efectos pretendidos de declarar el divorcio pues se infringiría totalmente la actual normativa reguladora que ya desde la Ley 30/1981 de 7 de julio 1981 hacía abstracción de creencias religiosas como causa impeditiva disolutoria*

tuviera lugar durante el plazo para dictar sentencia, lo previsto en el artículo primero, en cuanto a las causas de separación y divorcio y en cuanto al plazo mínimo para interponer la acción a contar desde la fecha de celebración del matrimonio, será de aplicación a la resolución del litigio. En este caso, el Juez, previa suspensión del plazo para dictar sentencia, acordará otorgar a las partes un plazo común extraordinario de cinco días para que soliciten y aleguen cuanto a su derecho convenga.

del vínculo conyugal y así desde entonces el art. 85 del CC dice que "El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio" y más desde la Ley 15/2005 que sólo exige que se cumpla el plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio para que cualquiera de los cónyuges pueda solicitar la declaración de divorcio. Las creencias religiosas son irrelevantes a efectos de considerarse como un impedimento para declarar el divorcio. No deja de sorprender a la Sala que la señora se oponga a la declaración del divorcio por motivos personales cuales son sus creencias religiosas cuando estaba divorciada de un matrimonio anterior antes de contraer el actual con don Carlos Jesús por mucho que explique que se ha refugiado en la Iglesia Católica a raíz de la crisis conyugal actual".

Continúa argumentando la Audiencia que "en un estado aconfesional como es el nuestro (art. 16 de la C.E) las creencias religiosas que puedan tener los cónyuges, ya sea a la hora de contraer matrimonio ya sea a la hora de la separación o disolución del vínculo conyugal, son absolutamente irrelevantes para el Legislador y así se refleja en la legislación vigente aplicable, y es por ello por lo que el art. 86 del CC ordena de forma imperativa que "Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81 ", esto es "una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio" plazo que ni siquiera es preciso "cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e

indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio"²⁶⁵.

En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, en efecto, se lee que "Basta que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio sin que el demandado pueda oponerse por motivos materiales y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales" inciso este último que no se alcanza a comprender su significado pero que en cualquier caso se contradice con el resto del espíritu y letra del legislador, además de que al ser una expresión contenida en la Exposición de Motivos no es norma y no vincula a los Tribunales a la hora de dar respuesta jurídica a las pretensiones deducidas por las partes. No se encuentra esta consideración a tener en cuenta referente a los motivos personales en ningún precepto de la Ley, tan sólo en dicha Exposición que si bien nos ayuda a comprender y justificar el desarrollo de las leyes, no se puede plantear con otra vinculación que no sea esa, la justificación a la propia Ley, y es más, consideramos que en ningún caso se puede cambiar la concepción de un pronunciamiento judicial en base a un argumento o idea puramente expositiva.

Es por todo ello por lo que la Audiencia estima el recurso presentado por el marido, siguiendo en este sentido igualmente el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal en su informe, y por aplicación de la Disposición Transitoria Única de la Ley 15/2005 procede declarar disuelto por divorcio el matrimonio celebrado entre ambos cónyuges.

Puede apreciarse de manera clara como se recoge en este caso la distinción entre los nuevos caminos que marca la reforma al poder solicitar

²⁶⁵ Vid. SAP de Madrid. Sentencia núm.508\2007 de 17 de abril. JUR\ 2007\313692.

tanto la separación como el divorcio, concebidos de forma independiente y revocable a tenor de la Disposición Transitoria. En este sentido y considerándolo como una indicación de carácter general tanto para la separación como para el divorcio, es interesante destacar que ambas figuras jurídicas se decretaran “ cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio”, tal y como se expone en los artículos 81 y 86 del Código Civil.

Esta expresión aplicable para el divorcio quiere decir que se fijará cuando el matrimonio se haya celebrado con independencia de su forma, lo cual quiere decir que ésta pueda ser civil o religiosa, recordando que en España sólo se admite el matrimonio civil, que ciertamente puede celebrarse también en forma religiosa, pero que obligatoriamente ha de ser inscrito en el Registro Civil, con lo que no valdría una certificación religiosa sin la civil. El divorcio puede solicitarse una vez que el matrimonio haya sido correctamente celebrado por causas posteriores a la misma.

En tal sentido consideramos que la expresión *cualquier forma de celebración*, está indicada para otras confesiones religiosas puesto que en nuestro país el sistema es el civil y por tanto el que ha de darse para poder solicitar la disolución del matrimonio. Esta idea viene respaldada por la Sentencia de 30 de diciembre de 2005 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Nules, que sigue la línea de la sentencia antes comentada respecto a la Disposición Transitoria. Los hechos tratan de un matrimonio que se contrajo en Marruecos por el rito musulmán, la señora interpone demanda de separación contra su esposo y posteriormente se les concede un plazo extraordinario previsto en la disposición transitoria única de la Ley 15/2005, a los efectos de interesar el divorcio, y de esta forma se hizo. En el Fundamento de Derecho Primero se establece:

“El derecho positivo o sustantivo a aplicar al presente procedimiento será el español vigente en esta fecha, según redacción dada al Código Civil por Ley 15/2005, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio, y ello de conformidad con la Disposición Transitoria Única. Así, el artículo 86 del Código Civil dispone que «Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81»; y este artículo dispone «Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. (...). 2º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio (...)». Por tanto, en el presente caso, a la vista de los documentos números 1, 2 y 3 de la demanda, queda probado el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, dado que los cónyuges contrajeron matrimonio por el rito musulmán en Tetuán (Marruecos) el día 12 de enero de 1993, por lo que debe estimarse la demanda decretando, no la separación del matrimonio que inicialmente pidió la actora en su demanda, sino la disolución por divorcio del matrimonio formado por ambos cónyuges, al haberlo así solicitado la esposa tras la concesión del plazo extraordinario previsto por la Disposición Transitoria Única; plazo que dejó transcurrir el esposo sin efectuar alegaciones al respecto. Y ello, atendiendo a la finalidad de la reforma, que persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la separación o disolución de su relación matrimonial, estimando que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución Española ,

justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud. En suma, tanto la separación como el divorcio se conciben como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos. Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar la separación o el divorcio(..).²⁶⁶.

En términos generales, y como aproximación al divorcio queda demostrado que se trata de un concepto de disolución de los efectos del matrimonio válidamente contraído de acuerdo con el sistema matrimonial vigente y que a través de la nueva regulación establecida se consolida como una figura realmente innovadora que puede ser solicitada por ambos cónyuges o por uno, basándose en el principio de libertad, cuando hayan transcurrido tres meses desde la celebración de la unión matrimonial. Evitando la necesidad de una separación o cese de la convivencia conyugal como causa necesaria regulada en la anterior ley.

²⁶⁶ Vid. Juzgado de Primera Instancia núm.3 de Nules. Sentencia de 30 de diciembre. AC\2006\197.

3. Separación y divorcio: conceptos paralelos.

La separación sigue conformando el concepto de crisis matrimonial que se caracteriza por el cese efectivo de la convivencia conyugal entre los esposos aunque continúan estando casados, ya que la única manera de disolución del vínculo matrimonial es el divorcio. Se regula en los artículos 81 a 84 del Código Civil, y en el 90 del mismo texto relativo a los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio. La situación de dos cónyuges separados puede decantarse actualmente por dos vías, bien por una reconciliación regulada en el artículo 84, o bien por el divorcio recogido en el 86. El régimen jurídico de la separación ha sufrido una importante transformación con la entrada de la Ley 15/2005, ya que se suprimen las causas que servían de presupuestos para decretarla junto con el divorcio y además podríamos considerar que pierde importancia dado que ya no se concibe con un paso previo y necesario hacia el mismo, de forma que se configuran como dos opciones a la libre elección de los cónyuges. De ahí que se reduzca su importancia al solicitar muchos la segunda opción directamente y sobre todo porque pierde ese carácter precavido o preventivo frente al divorcio, ya que tenía un protagonismo ineludible para pensárselo bien tanto reconciliándose como divorciándose. Esta es la actual redacción del artículo 81:

“Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1º. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A

la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2º. A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”.

De acuerdo con el régimen anterior se decretaría la separación cualquiera que fuera la celebración del matrimonio bien a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento de otro transcurrido un año desde la celebración del matrimonio, bien a petición de uno cuando el otro estuviese incurso en causa de separación, sin establecer plazo a este respecto, mientras que para solicitar el divorcio debía existir una separación previa. La nueva regulación elimina esta necesidad de concurrencia respecto a las causas y la mantiene como un procedimiento independiente y alternativo al divorcio igualándose sus requisitos²⁶⁷, tanto en transcurso de tres meses como plazo como si se solicita de mutuo acuerdo o por voluntad unilateral.

A partir de la nueva normativa se puede optar directamente por acudir a la disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio, en vez de verse obligadas a una doble crisis en la que la separación se planteaba como una situación transitoria. La separación en la generalidad de los casos equivalía a

²⁶⁷ Vid. TRIGO GARCIA, Belén. “ La Introducción de la Separación y el Divorcio sin Causa en el Derecho Español (Ley 15/2005, de 8 de julio)”. En *Dereito*. Vol.14, nº2. Santiago de Compostela, 2005, págs.. 18 y ss.

certificar la ruptura definitiva de la pareja, por lo tanto y siguiendo a LASARTE²⁶⁸ es razonable que si así lo desea alguno de los cónyuges pueda reclamar directamente el divorcio sin necesidad de instrumentar de manera previa la fase de separación como se vino requiriendo con la anterior legislación.

Otra de las cuestiones controvertidas en relación a la nueva regulación o posición que en este sentido protagoniza la separación, es si su mantenimiento se ha realizado para otorgar conformidad al artículo 32.2 de la Constitución Española²⁶⁹. La Exposición de Motivos en relación a esta cuestión establece que “de conformidad con el artículo 32 de la Constitución se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución del matrimonio”. GUILARTE en este sentido declara que probablemente el respeto al mismo ha movido al legislador a mantener la dicotomía separación-divorcio, ya que “nuestra futura realidad inmediata quizás lleve a la supresión de tal diversidad si como intuyo, la utilización de la separación resulta testimonial”²⁷⁰.

MONTERO AROCA²⁷¹ considera que la influencia que ejerce la Ley 15/2005 respecto a la separación en este sentido, hace que ésta subsista y ello porque no se ha podido suprimir la misma dado que a ella se refiere el artículo 32.2 de la Constitución, en el que se dispone que la ley regulará las causas de

²⁶⁸ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Merecido adiós al sistema...*cit., pág.1

²⁶⁹ En relación a la constitucionalidad de la Ley nos remitimos al Capítulo I.

²⁷⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. *Comentarios a la Reforma...*cit., págs. 40 y 41. Estima HORNERO MÉNDEZ, César; “El nuevo divorcio: entre la libertad y la responsabilidad”. En *El Derecho*, EDB 2005/83354, versión electrónica, pág. 2; que esta pérdida de ubicación de la separación llevará a plantearse en un futuro no lejano su propia desaparición como tal solución de las crisis matrimoniales.

²⁷¹ MONTERO AROCA, Juan. *Separación y Divorcio, tras la Ley 15/2005*. Valencia, 2006, pág. 96.

separación de disolución y sus efectos. De forma que teniendo mención expresa en el texto constitucional no ha podido suprimirse por el legislador.

Esta verdad en la que los cónyuges pueden acceder directamente ya a la disolución del vínculo por divorcio sin necesidad del previo paso de la separación, no parece permita desembocar en la escasa utilidad de la última. De forma que su mención en el texto constitucional no puede considerarse imprescindible para que el Código Civil la mantenga después de la reforma.

De ser tan respetuosos en este sentido resultaría difícilmente explicable la supresión del sistema causal²⁷².

La realidad de esta situación es que los cónyuges pueden optar dentro de su libertad entre dos opciones perfectamente válidas, en las cuales no observamos ningún indicio de conformidad respecto a la separación por puro mandato constitucional, porque de ser así y para no chocar con el precepto tendrían que haberse incluido alguna causa, ya que es como se recoge en el 32.2 de la Constitución. En mi opinión el legislador de forma muy acertada ha considerado las dos posibilidades que se venían recogiendo desde la Ley de 1981, ha igualado sus regulaciones de forma razonada, con el fin, suponemos de que ninguna resulte más ventajosa para la libre e igualitaria decisión del cónyuge o cónyuges, y por lo tanto no creemos en ningún caso que se trate de una cuestión de conformismo constitucional²⁷³. La pérdida de su importancia era fundamental en cuanto que prolongaba una situación innecesaria en un momento en el que las conductas sociales y el libre desarrollo de la personalidad van dirigidas a actitudes en las que se pueda elegir y no a

²⁷² Vid. CARRION OLMOS, Salvador. *Comentarios a las reformas...*cit., pág. 183.

²⁷³ En sentido contrario a esta opinión, el Informe del CGPJ considera que su naturaleza y efectos son muy distintos, por lo que es incorrecta la aplicación en un mismo régimen. Dos figuras distintas no pueden tener el mismo régimen legal. pág 15 del Informe.

premisas impuestas en cuestiones que afectan a la propia decisión, tan personal, de querer o no continuar con un matrimonio.

Ninguna duda puede haber de el acierto del legislador en mantener la separación como una figura autónoma. ZARRALUQUI²⁷⁴ expresa su aprobación por la supresión de la necesidad de una previa separación y el transcurso de unos plazos según la forma de la ruptura anterior, para acceder al divorcio. Así se evita el doble procedimiento con el consecutivo ahorro económico como personal. El divorcio directo y el mantenimiento de la separación como una opción viene a ser un hallazgo para aquellos que por cualquier motivo no quieran inicialmente solicitar la disolución.

Siguiendo a la doctrina más acreditada y mostrando un total acuerdo con la defensa realizada, SERRANO ALONSO plantea que el mandato constitucional debe entenderse en el sentido de que se deja al legislador establecer la regulación de la separación y el divorcio así como sus efectos, sin que la utilización de la palabra causas obligue al legislador a determinar obligatoriamente un elenco de ellas, “ no puede decirse que la nueva regulación omite la mención de causas de separación o de divorcio, lo que realmente establece es una sola causa: la voluntad de uno de los cónyuges, lo que implícitamente no es otra cosa que la ausencia de *affectio maritalis*, circunstancia que en la práctica jurídica se viene aceptando sin discusión alguna como causa de separación o de divorcio”²⁷⁵.

Para BERCOVITZ esta reforma era necesaria y adecuada, ya que no tiene sentido mantener un matrimonio si uno de los cónyuges no quiere, respecto a la separación comenta que “ el establecimiento de un periodo de separación previo al divorcio, tiene su explicación por el momento histórico

²⁷⁴ ZARRALUQUI ABOGADOS DE FAMILIA. *El Nuevo Derecho Matrimonial...* cit., pág.31.

²⁷⁵ SERRANO ALONSO, Eduardo. *El Nuevo Matrimonio Civil*. Madrid, 2005, pág.110.

en que se dictó esa reforma; se produce en 1981, y pareció oportuno (prudente) introducir cambios lentos, en un sector tan importante del derecho de familia. Pero la práctica ha demostrado que el sistema de doble escalón (separación- divorcio) provoca grandes disfunciones. Así, causa una duplicidad de costes (económicos y emocionales) en caso de ruptura definitiva”²⁷⁶. Además los cónyuges suelen utilizar el divorcio para volver a negociar lo planteado y resuelto en la separación, abriendo viejas heridas, con lo cual esta doble opción, junto con la consagración de que las dos principales figuras de las crisis matrimoniales sean conceptos paralelos y no sucesivos, abre un plano de decisión libre y responsable hacia los cónyuges, y sobre todo hacia un sistema en el que prime la voluntad del individuo como la mejor de las causas.

4. Modelos de divorcio tras la Ley 15/2005.

4.1. Cuestiones previas.

Superadas ya las diferentes clasificaciones que del divorcio se han realizado, bien sean de carácter culpable o como remedio a una situación insostenible, la regulación actual nos lleva a plantear una nueva denominación de acuerdo con las modernas orientaciones que al mismo se le dan. Algunos autores lo han clasificado como un divorcio-opción²⁷⁷, en base a que lo que se contempla es un intento de facilitar la postura que se ha de tomar sin que la complejidad de la regulación pueda afectar a esta decisión, facilitando la

²⁷⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. Manual...cit., págs. 81 y 82.

²⁷⁷ TRIGO GARCIA, Belén. *La introducción...*cit., pág.10.

elección pero sin que sea para incitar al matrimonio a tomarla debido a las facilidades otorgadas. Esta denominación se acepta situando a la separación y al divorcio en la misma posición de forma que quede a la libre opción de los cónyuges. Otros autores proponen el calificativo de sistema voluntarista²⁷⁸, en el sentido de que el principal objetivo del legislador, como ha quedado expuesto, es dar una mayor importancia a la voluntad de los cónyuges cuando no desean seguir vinculados a su esposo/a.

Ciertamente las dos clasificaciones nos parecen de lo más acertadas porque tratan de recoger la esencia de esta nueva regulación amparándose en la libre decisión de los sujetos. La denominación que se ha mantenido inalterada aunque nada tiene que ver con el sistema legal anterior a la reforma es la que gira en torno a los sujetos y que se recoge implícitamente en la redacción del artículo 81 relativo a la separación y en el nuevo 86, ambos del Código Civil, referente al divorcio. El 86 dice así:

“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”.

Como puede comprobarse nos remite al precepto destinado para la regulación de la separación a la hora de determinar los requisitos y circunstancias que han de concurrir en aras de facilitar su solicitud. Éstos no son otros que el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, acompañando a la demanda una propuesta del convenio regulador conforme al artículo 90 del Código Civil. Y la supresión de ese plazo si se acreditaran alguna de las excepciones, por parte de uno de los cónyuges, del párrafo

²⁷⁸ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. *Comentarios a la reforma...*cit., pág. 70.

segundo del artículo 81. Realmente y aunque la reforma supone un claro avance, mucho mayor, en el divorcio que en la separación, el legislador ha sido realmente escueto en los preceptos que afectan a éste, suponemos que con el objetivo de demostrar esa igualdad en la regulación de ambas.

La apuntada consecuencia de esta idea es que en el precepto dedicado al divorcio podemos observar las dos modalidades que en torno a él se expresan y que coinciden de lleno en las asignadas a la separación, éstas son el divorcio por mutuo acuerdo y el divorcio unilateral.

4.2. Divorcio por mutuo acuerdo.

Este tipo es por su carácter consensuado el que menos trascendencia presenta, puesto que para su solicitud los dos cónyuges han de estar de acuerdo. En la SAP de Alicante de 27 de septiembre de 2006 se desestima la demanda consensual alegando cese de la convivencia conyugal por más de dos años, al entender que no se ha probado la causa de divorcio alegada. La AP estima el recurso de apelación interpuesto por ambos cónyuges acordando la disolución del vínculo matrimonial por divorcio. Señala la Sala que a diferencia de lo que entendió el Tribunal de instancia, sí existen pruebas suficientes en autos que adveran la separación de hecho durante más de dos años sin evidencia de reanudación de la convivencia, debiendo además tenerse en cuenta la evolución legislativa operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica la LEC y el CC en materia de separación y divorcio, y para ello manifiesta “teniendo en cuenta - aún no siendo directamente aplicable- la evolución legislativa posterior al dictado de la sentencia de instancia (representada por la Ley 15/2005 de 8 de julio) sobre

la caracterización y condicionamientos de causas de disolución de matrimonio, es por lo que, más allá de cualquier rigor formal, procede estimar concurrente causa de divorcio entre los litigantes”.

Se trata de un tipo de divorcio bilateral, cuya acción se ejercita por mutuo consentimiento de los cónyuges o a petición de uno con la posterior ratificación por parte del otro²⁷⁹. La regulación de esta modalidad es prácticamente igual que la de la antigua regulación tan sólo que se produce una importante reducción en el plazo del mismo, ya que la conversión va de dos años con la anterior a tres meses con la nueva ley.

Para que prospere es necesario²⁸⁰: a) la existencia del acuerdo conjunto entre los cónyuges y el consentimiento expreso, por ello se debe interponer la demanda conjuntamente o de forma individual de forma que conste la acreditación del consentimiento del otro por cualquier medio de prueba; b) que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, de forma que se haya inscrito y se pueda presentar la certificación correspondiente para la comprobación de este plazo; y c) que se acompañe a la demanda una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 del Código Civil²⁸¹. Una vez más se denota la preferencia del

²⁷⁹ Vid. O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho...*cit., pág. 75.

²⁸⁰ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. *Manual de Derecho...*cit., pág. 83.

²⁸¹ Artículo 90 redactado conforme a la Ley 15/2005 de 8 de julio: “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: a) el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. b) si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos. c) la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. d) la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. e) la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. f) la pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los

legislador porque sean los cónyuges los que regulen los efectos de su crisis matrimonial, no siendo una imposición legal. El convenio regulador es un negocio jurídico bilateral del derecho de familia que se integra por las dos voluntades concordantes de los cónyuges por el que se establecen las consecuencias que regularan su separación o divorcio, estando supeditado a la posterior aprobación por parte del juez²⁸².

Este divorcio consensual conforma una figura jurídica que prevé una situación de ruptura de la convivencia que puede haber comenzado poco tiempo después de la celebración del matrimonio, o inmediatamente después del mismo, pero que en todo caso la ley sólo admite como ruptura válida la que puede ser demandada tras tres meses desde la celebración del mismo, plazo mínimo para solicitar tanto la separación como el divorcio²⁸³.

El consentimiento que prestan ambos cónyuges podemos calificarlo como tipo contrario al consentimiento matrimonial ya que está dirigido a deshacer lo hecho o a disolver lo constituido. Tratándose de una separación no lo clasificaríamos de igual modo puesto que sería un consentimiento relativo destinado a relajar el vínculo dados los limitados efectos que tiene ésta con relación al divorcio. De acuerdo con la situación planteada el tribunal carece de importancia en la decisión ya que, sólo podrá reseñar algún aspecto del convenio regulador conforme a las previsiones legales sin tener

nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio”.

²⁸¹Vid. SERRANO ALONSO, Eduardo. *El Nuevo Matrimonio...cit.*, pág.124.

²⁸³VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*. Madrid, 2007, pág. 135.

competencia para decidir sobre el divorcio convencionalmente acordado por los esposos, siempre que se cumplan los requisitos anteriormente expuestos²⁸⁴.

4.3. Divorcio unilateral.

La gran novedad de la reforma de 2005 consiste en admitir la disolución del matrimonio sin necesidad de acudir a la separación, que como hemos comentado anteriormente queda configurada como una figura autónoma. Pues bien, este cambio carecería de tanta trascendencia sino viniera acompañado de la disposición que admite instar cualquiera de los dos por la voluntad de uno de los cónyuges sin necesidad de que para ello se alegue causa alguna.

El divorcio unilateral o contencioso es aquel que se produce cuando existe desacuerdo de los cónyuges para solicitar el divorcio, bien en la pura e inicial decisión de disolver el vínculo matrimonial o bien, aún pidiéndolo los dos, no exista consenso en lo relativo al convenio regulador.

La reforma producida en 2005 otorga a este tipo de divorcio mayor protagonismo en cuanto a las dificultades que se presentaban con el anterior y la equiparación que con el consensual realiza esta última. Con la ley anterior baste recordar en líneas generales que para obtenerlo era necesaria una previa separación de al menos cinco años sino hubiere mutuo acuerdo, ausencia legal, causa de separación(...). En definitiva, el legislador, opta por consagrar el libre desistimiento como causa de disolución del matrimonio, procediendo

²⁸⁴ GUILARTE GUTIERREZ, Vicente. *Comentarios a la reforma...cit.*, pág. 58.

a suprimir el complejo sistema de causas que contenía el artículo 86, con lo que logra el necesario ajuste entre los principios inspiradores de la Ley y la declaración de voluntad como elementos para disolver el vínculo matrimonial²⁸⁵

4.3.1. La supresión de causas y su influencia en el divorcio unilateral.

La nueva regulación del divorcio absolutamente descausalizada da un giro importante al Derecho de Familia debido a que pasamos de un sistema puramente causal, donde la separación se constituía como paso intermedio y necesario para alcanzar el divorcio a una nueva normativa que se rige por la primacía de la libre voluntad unilateral e individual de los cónyuges, sin alegación de causa alguna.

La Exposición de Motivos de la Ley no duda en cuanto al planteamiento al establecer que: “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”.

En consonancia con esta tal regulación se otorga a los cónyuges de plena libertad en lo referente al acceso a la separación y al divorcio basándose en el desarrollo de su personalidad expresada en la libre voluntad sin la consiguiente manifestación causal para conseguirlo. Son los propios esposos

²⁸⁵ PASTOR VITA, Francisco Javier. *Una primera aproximación...cit.*, pág. 1839.

los que bien unilateralmente o bien de forma consensual deciden solucionar su quiebra matrimonial sin necesidad de alegar causa o motivo alguno. La desvirtualización de este sistema causal y la consiguiente exaltación, justa en cualquier caso, de la voluntad unilateral como mejor exposición de una persona hacen de esta reforma un acierto, ya que es el propio matrimonio el que ha de valorar la continuación o no del mismo, sin que uno de los cónyuges haya de incurrir en alguna causa determinada o sancionada por el Estado.

De acuerdo con el fundamento realizado por CAÑETE QUESADA, la antigua regulación de las crisis matrimoniales parte de una idea cuanto menos proteccionista de la familia tradicional y “que bajo el espíritu a veces utópico de dar cabida en las propias desavenencias conyugales a una futura enmienda o reconciliación ha venido regulando la separación judicial y el divorcio sometiéndolos inexplicablemente a un casuismo a veces exasperante a la par que absurdo, que además, resulta improductivo”²⁸⁶.

Ciertamente el sistema imperativo causal que ha venido regulando el divorcio hasta 2005 y la extensión en los plazos, como dificultades para obtener el divorcio y sobre todo el contencioso, asentado en la voluntad de uno de los cónyuges ha supuesto verdaderamente caminos hacía quizás una pretendida reconciliación basada en ese planteamiento histórico tan firmemente arraigado de la indisolubilidad del matrimonio, sin atender a que la base común y la causa que englobaría los antiguos motivos de separación y divorcio, que no es otra que la libre voluntad del cónyuge, que puede ser que encuentre su causa en el sistema anterior o simplemente no quiera continuar su vida matrimonial sin importarles ni las causas ni su demostración, tan sólo

²⁸⁶ CAÑETE QUESADA, Agustín. “El Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio”. En *LA LEY*, Tomo 5, nº 6140. Madrid, 2004, pág. 1517.

interesándole la firme convicción de no querer continuar con esa situación, aferrándose a su propia voluntad.

Un ejemplo del cambio de situación que se produce con la nueva ley y alguno de los problemas planteados nos lo muestra la SAP de Murcia de 11 de septiembre de 2006, en ella la esposa presenta demanda para solicitar el divorcio basándose en la antigua causa de alegar sentencia penal firme por atentar contra la vida del cónyuge. No prosperando la demanda se desestima el divorcio, poco antes de que entrara en vigor la ley 15/2005. La cuestión implícita que nos suscita este hecho es que probablemente la señora al no tener opción para desvincularse de su cónyuge y ser esta la causa más rápida de divorcio, inicia el procedimiento en base a la misma, con lo cual realmente se trata de una situación en la que ha de primar la libre voluntad del cónyuge para decidir sobre la no continuación de su matrimonio, y no ser obligada a aguantar una situación que no desea. Posteriormente a la desestimación presenta recurso de apelación. La cuestión que se suscita es la de si la disposición transitoria única de la Ley 15/2005 , por la que se reforma las causas de divorcio, entre otras materias, es o no de aplicación al presente caso, durante la segunda instancia, pues no pudo serlo por el Juez a quo, que dictó sentencia nueve días antes de su entrada en vigor.

El Fundamento de derecho segundo establece “Es cierto que no se recoge expresamente en la comentada norma el supuesto ahora planteado, que la entrada en vigor de la nueva norma lo sea con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia, pero cuando la misma todavía no es firme, y que la referencia que se hace en el precepto es al Juez, como el que debe dar a las partes la oportunidad de invocar la nueva separación y divorcio (...) En todo caso, el espíritu de la norma es el de favorecer la aplicación de la nueva regulación a los supuestos en trámite, por ello dice terminantemente que las

nuevos motivos de separación y divorcio ‘el plazo mínimo para interponer la acción a contar desde la fecha de celebración del matrimonio, será de aplicación a los procesos que estén tramitándose en el momento de su entrada en vigor’, y como procesos en trámite hay que entender los que no han finalizado por sentencia firme, lo que permite interpretarla en el sentido que ya viene defendiendo esta Sala en anteriores resoluciones de consentir invocar las nuevas en la segunda instancia”²⁸⁷.

En consecuencia, en el presente caso es de aplicación el artículo 81.2º, al que se remite el 86, en su nueva redacción, que declara procedente el divorcio a petición de uno sólo de los cónyuges, tras haber transcurrido el tiempo necesario de tres meses desde la celebración del matrimonio, procediendo, por ello, disolver el vínculo matrimonial que unía a las partes.

4.3.2. La voluntad unilateral como causa de divorcio.

La Ley 15/2005 no ha optado por una cláusula abierta, general, como causa para decretar el divorcio, de forma que si así lo hubiera hecho no existiría ninguna duda sobre la constitucionalidad de la Ley e incluso los sectores más favorables al mantenimiento de las mismas estarían

²⁸⁷ Además, en el presente caso, si se examina con detenimiento, puede apreciarse que el juicio se celebró el 27 de junio de 2.005, y que por tanto, dentro del plazo de 10 días (hábiles) para dictar sentencia (art. 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), entró el vigor la nueva normativa (en concreto el 10 de julio de 2.005), con lo que estaríamos ante el supuesto del apartado tercero de la norma transitoria examinada, y ello permite, con más claridad, la aplicación retroactiva de la misma.

satisfechos²⁸⁸. Podía haber sido una buena opción agrupar bajo una causa general todas aquellas conductas que se consideren que pueden hacer intolerable el mantenimiento de la vida conyugal, de forma que sería una agrupación de las antiguas causas, pero incluiría, no sólo aquellos en los cuales puede incurrir uno de los cónyuges, sino otros que harían inviable el mantenimiento de la vida matrimonial, como la incompatibilidad de caracteres, la desaparición del afecto conyugal, las discusiones surgidas por diferencias ideológicas o religiosas.

Sin embargo no ha sido éste el planteamiento del legislador y ha ido más allá suprimiendo por completo el sistema causal y otorgando una profunda renovación al mismo. Así la Exposición de Motivos de la Ley, establece que la causa determinante para no continuar casado no es más que esa voluntad expresada en la solicitud, con lo cual el único motivo del que debe depender un divorcio es de la propia voluntad de los cónyuges, sea bilateral o unilateral. Este último caso lo consideramos como la principal causa del divorcio planteado por la actual ley. Consiguiendo así ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges como valor superior del ordenamiento jurídico, en lo relativo al ejercicio por el cónyuge de la facultad de solicitar la separación o el divorcio erigiéndose su libre voluntad como causa para tal fin²⁸⁹.

La finalidad conseguida es que el divorcio no dependa de la demostración de que concurra causa alguna, sólo ha de depender de la voluntad expresa de uno o de los dos contrayentes, de forma que sin que sean

²⁸⁸ A favor de la continuación de un sistema causal, mucho más reducido que el anterior se redactaron las Enmiendas de los Grupos Parlamentarios Convergencia i Unión y Partido Popular, en esta línea *Vid.* CAMARERO SUÁREZ, Victoria. *El Derecho a contraer matrimonio...cit.*, págs. 7 y ss.

²⁸⁹ *Vid.* LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La regulación de la separación...cit.*, pág. 23 y ss.

sometidos a ningún tipo de casuismo tengan libertad en la acción disolutoria del matrimonio.

Siguiendo a SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, el simple hecho de que uno de los miembros de la pareja acuda a los tribunales a formular una demanda contra otro, es una manifestación clara reveladora de la ausencia de cariño o de afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación o el divorcio. “Se consagra pues el libre desistimiento como causa de disolución del matrimonio. En realidad, ese libre desistimiento tiene como causa directa y última de la disolución del matrimonio, el que éste está irreparablemente roto por divergencias irreconciliables entre los cónyuges”²⁹⁰.

4.3.3. Propuesta de las Medidas.

En relación al divorcio o la separación unilateral hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio o se ajuste a una de las excepciones del segundo inciso del artículo 81.2, determina el Código Civil en este mismo precepto, que a la demanda se acompañara propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los sujetos, basándose en la realidad de que al no existir un acuerdo de voluntades entre los cónyuges resultaría imposible exigirles una propuesta de convenio regulador tal y como se hace en el de mutuo acuerdo. SERRANO GÓMEZ²⁹¹ considera la triple finalidad que el establecimiento de estas medidas presenta por parte del legislador: a)

²⁹⁰ SANCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. “La Modificación del Código Civil en materia de Separación y Divorcio por la Ley 1572005, de 8 de julio”. En *Anales de Derecho*, nº 23, Murcia, 2005, pág. 136.

²⁹¹ SERRANO GOMEZ, Carolina. “El divorcio a petición de uno de los cónyuges. La propuesta de medidas reguladoras de los efectos del divorcio”. En *El Nuevo Matrimonio Civil*. Madrid, 2005, pág. 127.

que el demandado conteste a las medidas solicitadas por el cónyuge demandante; b) que el cónyuge demandado a su vez proponga las medidas que estime convenientes y c) que el juez pueda propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto a todas o al mayor número de ellas. De forma que lo que realmente se pretende es que los cónyuges lleguen a un acuerdo, con la intermediación del juez, y sólo en el caso de que no fuera así tendrá que dictar las medidas a aplicar. En sentido contrario a lo que la autora manifiesta en relación a que nada dice el legislador sobre el contenido mínimo de éstas medidas, debemos expresar siguiendo a VÁZQUEZ IRUZUBIETA, que estas medidas son las previstas en el artículo 103²⁹² que en sustancia coinciden con los parámetros del párrafo en cita aunque sin mencionarlas hace una remisión a las mismas.

292 Artículo 103 del Código Civil. “Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos las medidas siguientes: 1. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez. Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes: a) prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 2. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno. 3. Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas, si procede, las *litis expensas*, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro. Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad. 4. Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo. 5. Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

Aunque la Ley no lo determina nada impide que en relación a estas medidas pueda convertirse un proceso contencioso en voluntario o viceversa²⁹³. Si se inicia un proceso consensual de divorcio y existen desavenencias en cuanto al contenido se convierte en contencioso puesto que nadie puede ser obligado a mantener una actitud indeclinable en un proceso en el que se ejercen los derechos de índole familiar²⁹⁴.

En este sentido se pronuncia la SAP de Las Palmas de 24 de septiembre de 2007 en el supuesto del padre que impugna la atribución de la guarda y custodia de la madre, pretendiendo que se le atribuya a él y que se atribuya régimen de visitas en navidad así como una reducción en la pensión de alimentos, “conforme a los artículos 90 y 91 del Código Civil en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará las medidas que hayan de regir respecto de los hijos en esa situación de ruptura matrimonial, por lo tanto se trata de facultad y obligación del Juez establecerlas con independencia de que lo soliciten o no las partes y con independencia de que acoja una de las formas propuesta por alguna de ellas por considerarla lo más beneficioso para los menores, en concordancia con el carácter tuitivo y protector de los menores que posee nuestra legislación civil, que hace que dentro de su concreto ámbito no rijan los principios dispositivos, de aportación de parte y de justicia rogada, rectores de las relaciones jurídico-privadas pero inaplicables a estos supuestos, por eso, la actuación de los Jueces, en desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas para la defensa y protección de los menores (Arts. 39 y 124 de la C.E.), se desarrolla

²⁹³ Vid. SAP de Pontevedra de 2 de noviembre de 2006, en la cual se decreta el divorcio de los cónyuges de mutuo acuerdo pero sin embargo el juez modifica el convenio propuesto.

²⁹⁴ VAZQUÉZ IRUZUBIETA. Carlos. *Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*. Madrid, 2007, pág. 138.

‘ex officio’ a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en cada momento destinadas a la salvaguarda y tutela de los derechos de los menores de edad, habida cuenta precisamente de la indisponibilidad y carácter público del bien tutelado (...). En dicho caso el divorcio es solicitado por voluntad unilateral, existiendo previa separación de acuerdo con la legislación de 1981, con lo cual se decreta sin que quepa oposición por motivos procesales, y presentado ante el juez la propuesta de medidas. La Audiencia estima la demanda de divorcio pero modifica la propuesta atendiendo a las pautas solicitadas por el padre respecto a los días de navidad

5. El plazo de tres meses.

5.1. Cuestiones preliminares.

Las principales reformas que introduce la Ley como ha quedado expuesto previamente son la consolidación del divorcio y la separación como dos figuras independientes, la voluntad unilateral en la solicitud de cualquiera sin atender a causa alguna, y quizás la no menos exenta de polémica ha sido la reducción tan llamativa que el legislador ha realizado en orden a los plazos para poder solicitar el divorcio o la separación. Obsérvese que con el anterior sistema al tratarse de una separación de mutuo acuerdo se requería que hubiere transcurrido al menos un año desde la fecha de la celebración del matrimonio, en cambio, si se trataba de una contenciosa no se exigía tiempo mínimo puesto que ésta debía atender al elenco de causas tasadas para ello. Respecto al divorcio se exigía un año si se realizaba de mutuo acuerdo, que realmente eran dos, uno de matrimonio y otro de previa separación, y el

unilateral podía llegar incluso a los cinco años. En la actualidad desaparecen estos plazos reduciéndose todos ellos a tres meses desde la celebración del matrimonio ya sea una separación, un divorcio, bien consensuales, bien unilaterales²⁹⁵.

Lo cierto es que este transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio se convierte en un requisito imprescindible para la presentación de la demanda de separación o divorcio.

El CGPJ, desde la perspectiva del derecho comparado en relación con aquellos países que presentan un modelo de divorcio cercano a la nueva reforma y que consideran realmente excepcional, fundamenta su total desacuerdo a este plazo en que lo que parece que se quiera instaurar es, como ya se ha dicho, un matrimonio a prueba durante este lapso de tiempo. Una vez tomada la decisión de divorciarse y presentada la demanda de acuerdo con los trámites procesales oportunos, dará lugar a la sentencia de divorcio sin que se exija un periodo de reflexión con una ratificación posterior de la demanda que permita constatar la firmeza de la voluntad en esa disolución del vínculo, como ocurre en Finlandia y Suiza que además han de existir seis meses de matrimonio. Considera que lo correcto para evidenciar la seria y persistente voluntad unilateral disolutoria ha de ser la exigencia de un plazo necesario entre la formulación de la pretensión y una posterior ratificación o reiteración de la misma.

La Exposición de Motivos poco aporta sobre el plazo establecido limitándose a expresar su reducción como el tiempo que “prudentemente debe

²⁹⁵ El plazo de tres meses creemos que ha sido elegido propiamente por el legislador de forma arbitraria, que podían haber sido cuatro, dos o seis meses, siempre que este periodo fuera inferior al año de la antigua ley, ya que no se encuentra justificación ni explicación en el porqué de este espacio temporal concreto. En este sentido .Vid CARRIÓN OLMOS, Salvador. *Separación y Divorcio tras...*cit., pág. 184.

mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud del divorcio”. La terminología utilizada es totalmente abstracta, dado que no existen razones ni fundamentos que demuestren, porqué la prudencia es de tres meses y no de cuatro o seis como en los países nórdicos. GUILARTE aproximándose a ésta cuestión considera que “no es necesario tutelar la institución por un período largo, bastando con el trimestre normado que se estima suficiente para solventar los casos en que la vida matrimonial depare sorpresas indeseadas o impensadas que podrán ahora obviarse mediante la separación sin necesidad de la espera anual que antes existía”²⁹⁶ pero fuera de esta cuestión puesto que la completa realidad son esos tres meses, tenemos que delimitar el concepto dado por el Código tanto si se trata de un divorcio por mutuo acuerdo como unilateral, cuando en su artículo 81 establece “(...) una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio”.

Las dudas en tal sentido que se pueden plantear se refieren a que la solicitud no podrá ser presentada o al menos estimada sino ha transcurrido dicho plazo de tres meses desde que se celebrara el matrimonio, y para ello es necesaria la presentación de la certificación del Registro Civil, en la cual consta la fecha de celebración del matrimonio. Lo principalmente discutible como razona fundadamente MONTERO AROCA²⁹⁷, es si estos tres meses impiden la presentación y por ende la admisión de la demanda o por el contrario lo que impide es decretar el divorcio, ya que las consecuencias serían muy distintas:

- a) Si se entendiera que el requisito objetivo del plazo impide la presentación de la demanda la solicitud no sería consecuentemente admitida a trámite, y si por error se admitiera,

²⁹⁶ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. *Comentarios a la reforma...cit.*, pág. 60.

²⁹⁷ MONTERO AROCA, Juan. *Separación y Divorcio...cit.*, págs. 102 y ss.

una vez hubiere que dictar sentencia se declararía nulo todo lo actuado, por vulnerar su aplicación en el procedimiento.

b) Si lo que se entiende es que este plazo afecta solamente en el momento de decretar el divorcio y no a la admisión, la solución sería que podría presentarse la demanda en cualquier momento antes de transcurridos los tres meses pero en ningún caso dictarse sentencia hasta que no haya pasado este tiempo desde la celebración del matrimonio.

Como bien dice el autor en consonancia con la Exposición de Motivos que insiste en este sentido al determinar, en relación al divorcio unilateral, que, “para la interposición de la demanda sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio”, cabe llegar a la primera de las soluciones en la que la solicitud²⁹⁸ deberá presentarse una vez transcurridos los tres primeros meses de celebración del matrimonio, pero si se admitiera por error y se viera en un momento posterior de forma que ya hayan pasado los tres meses desde que se celebró el matrimonio, sería absurdo, igualmente declarar la nulidad de lo actuado para que los cónyuges deban volver a presentar una nueva solicitud²⁹⁹.

²⁹⁸ El procedimiento a seguir en los divorcios de mutuo acuerdo viene determinado por el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dice: “Separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. 1. Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el presente artículo. 2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento (...).”

²⁹⁹ Por lo que se refiere al divorcio por unilateral o contencioso y el transcurso de los tres meses, expresa Montero Aroca, que el divorcio se obtiene por la exteriorización de la voluntad, pero no determina como se produce la misma, el artículo 770 LEC nos lleva a concluir que lo que ha de presentarse es la solicitud, en la que se espresará la finalidad perseguida en cuanto a la decretación

En consonancia con el espíritu del legislador y pareciendo razonada la postura que toma teniendo en cuenta los plazos tan extensos en los que se situaba el divorcio con anterioridad y su énfasis en la reducción de los mismos como forma de facilitar su acceso, es ciertamente comprensible que el trascurso de estos tres meses como plazo de duración mínima del matrimonio sirvan como periodo a partir del cual se pueda presentar la demanda de divorcio y así, entendemos, lo corrobora el párrafo segundo que al plantear la excepción lo dice expresamente.

El planteamiento al respecto nos lleva al intento de determinar la naturaleza de este trimestre. Si se trata de un periodo de reflexión o si por el contrario debe procederse a su supresión dada la escasez de tiempo a que se refiere y ante todo en base a la libre voluntad que se promulga con reiteración en la exposición de la ley.

5.2. Los tres meses como periodo de reflexión.

Considerar estos tres meses como un periodo de reflexión no parece lo más acertado si tenemos en cuenta, que los ordenamientos jurídicos que reconocen este tiempo destinado a meditar sobre la decisión, implantan una posterior ratificación como forma de constatar la firme decisión de querer divorciarse, circunstancia que no se da en la realidad de nuestra legislación puesto que en ningún caso reconoce el legislador un trámite posterior a la intención de disolver el vínculo tras estos tres meses de matrimonio.

del divorcio, acompañada del certificado que muestra la trascurrencia de esos tres meses. De forma que la parte interesada se limita a transmitir su voluntad al juez, que homologará su decisión. Vid. MONTERO AROCA, Juan. *Separación y Divorcio...cit.*, pág. 104.

Aún así depende de lo que se entienda por el término reflexión, porque verdaderamente reflexionar no es más que considerar detenidamente algo, y para presentar una demanda de divorcio ha de pensarse antes de decidirse a presentarla.

CARRIÓN OLMOS considera que la opción del legislador es quizás la más lógica al optar por la reflexión anterior al hecho de la presentación de la demanda, “se reflexiona ‘antes’ de dar ese paso decisivo, el paso de poner en marcha ese proceso. Presupuesto lo anterior, defender entonces la oportunidad de un plazo de reflexión posterior ya al hecho mismo de la presentación de la demanda, quizás debiera verse ya como injerencia legislativa en un ámbito estrictamente individual, un exceso en definitiva de tuición o paternalismo del legislador, que no parece merezca aprobación y contrario de suyo a los principios de riguroso individualismo en que se fundamenta la ley de la reforma”³⁰⁰. En base a este planteamiento, cierto es que la imposición de un transcurso de tiempo obligatorio para confirmar la decisión entorpecería el fiel objetivo del legislador, en cuanto a que la ley se base en la libre voluntad de los cónyuges y por tanto en su libre decisión en cuanto a la imposición de ratificarse en este sentido.

ZARRALUQUI defiende que aunque se le ha pretendido dar a este plazo el carácter de periodo de reflexión antes de la ruptura legal de la pareja, la realidad no es así. Su fundamento parte de la cuestión en que si se tratara de reflexionar sobre tan trascendental decisión operaría no sólo al principio de la unión esos tres meses, sino siempre. Plantea en este sentido la disyuntiva de si los únicos que han de pensarse bien antes de proseguir con su matrimonio son los recientísimos recién casados. El establecimiento de un plazo a contar desde el matrimonio “sólo parece estar justificado en la creación de una

³⁰⁰ CARRIÓN OLMOS, Salvador. *Separación y divorcio...*cit., pág. 185.

exigencia que castigue la irreflexión en el matrimonio, obligando a permanecer en la convivencia o en el vínculo, al menos tres meses. Ni la razón de ser, ni lo exiguo del plazo se sostienen”³⁰¹.

No obstante, el propio Ministro de Justicia en el momento de aprobación de la Ley, expresó que no se debe imponer a través de ésta un período de reflexión o de reconsideración de la decisión tomada ya que de lo que se trata es de otorgar a los ciudadanos una plenitud basada en el deber de decidir por ellos mismos como han de desarrollar sus relaciones personales³⁰².

Ciertamente no se le puede dar el carácter de reflexión a este período de tiempo instaurado por la Ley 15/2005, ya que lo que se pretende, es ser concebido como un plazo entre la celebración del matrimonio y la solicitud si así se considerare oportuno para tramitar la demanda de divorcio o de separación. No podemos entender este plazo trimestral como una reconsideración a la situación en la posibilidad de salvar el matrimonio, sino simplemente como un tiempo a partir del cual si se constata una ruptura matrimonial, servirá de cauce a la libre decisión de los cónyuges para continuar su matrimonio o disolverlo.

5.3. La propuesta doctrinal de supresión de los tres meses.

En base al planteamiento anteriormente realizado y bajo la convicción de que no ha de considerarse este tiempo como de reflexión, la mayor parte de

³⁰¹ ZARRALUQUI ABOGADOS. *El Nuevo Derecho Matrimonial...*cit., pág.32.

³⁰² LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. Los criterios constitucionales y políticos inspiradores...cit., pág.5.

la doctrina es partidaria de la supresión del mismo. De igual forma expresamos anteriormente la inclinación del Grupo Parlamentario Convergencia i Unió en la tramitación de la norma respecto a la supresión de este plazo. Tomando como referencia la idea de un matrimonio que tras la luna de miel por causa de infidelidad decide interponer demanda de separación. En realidad con la anterior normativa no se estaba sujeta a un plazo de duración mínima del matrimonio y en la actualidad si ha de esperar tres meses para interponer la demanda a no ser que se acreditara una de las causas del artículo 81.2. En este caso se ve la poca necesidad de ese plazo trimestral ya que la filosofía primordial de la reforma es la libertad de decisión por parte del cónyuge de permanecer o no casado³⁰³.

En opinión de SERRANO ALONSO, no tiene mucho sentido la reducción del plazo de un año a tres meses ya que si lo que se desea es facilitar la separación y el divorcio lo lógico es no establecer plazo alguno de vida del matrimonio, “pues la diferencia entre esos tres meses y no establecer ningún periodo de tiempo no se alcanza a comprender en que va a repercutir la voluntad de separarse de los cónyuges”³⁰⁴.

Hemos venido defendiendo que uno de los mayores méritos de la reforma ha sido la supresión de las causas taxativamente impuestas para dar paso a una nueva regulación basada en la voluntad como principal causa en las decisiones, de ahí que muchos autores consideren la supresión del plazo como la mejor de las opciones.

³⁰³ Vid. TRIGO GARCIA, Belén. *La introducción de la separación...*cit., pág.20. Plantea la autora de forma acertada, que aunque nos refiramos a las excepciones como causas, no podemos hablar de un divorcio no causal después de los tres primeros meses de matrimonio y causal dentro de ese periodo, ya que la clara voluntad del legislador es instalar un sistema sin causas.

³⁰⁴ SERRANO ALONSO, Eduardo. *El nuevo matrimonio...*cit.,pág. 111.

En base a esta idea de cambio que introduce la nueva ley sólo queda condicionada la voluntad de los cónyuges al dato objetivo que supone dicho transcurso de tres meses desde que se celebra el matrimonio. Tal requisito es inmotivado si lo que se pretende es que sea acorde con la Exposición de Motivos que prima las decisiones unilaterales sobre la permanencia o no del vínculo conyugal. Para CAÑETE QUESADA “no existen razones que impidan cuestionar judicialmente la ruptura del matrimonio y sus consecuencias antes de transcurridos tres meses desde su celebración, debiendo abogarse por la supresión de tal condicionamiento”³⁰⁵. Continúa el autor fundamentando su pensamiento en que realmente una ley destinada a propugnar el principio de libertad y desarrollo de la personalidad, no puede aceptar la situación de que dos cónyuges quieran de mutuo acuerdo divorciarse en los siguientes dos meses a la fecha de celebración de su matrimonio, y sea inadmitida la demanda, pero si se tratara un divorcio contencioso siempre cabría la posibilidad de acreditar alguna de las excepciones del artículo 81.2, para convencer al juzgador. Lo cual es un profundo error carente de utilidad de forma que las demandas no pueden quedar sometidas a ningún requisito de índole objetivo- temporal, bastando para su admisión la simple decisión del cónyuge como manifestación de esa voluntad que tanto protege y resalta la Ley 15/2005.

En esta misma línea PASTOR VITA³⁰⁶ se inclina hacia una postura a favor de la supresión del plazo en base a que la única causa determinante no es otra que la voluntad expresada en la solicitud, desdramatizando así el proceso en aquellos aspectos personales que suelen salir a relucir en los

³⁰⁵ CAÑETE QUESADA, Agustín. *El Anteproyecto de Ley por el que...*cit., pág.1518.

³⁰⁶ PASTOR VITA, Francisco Javier. *Una primera aproximación...*cit., pág. 1842.

procedimientos contenciosos, cuando lo que se trata realmente es de reconocer un derecho a la persona en aras de potenciar la libertad de esta³⁰⁷.

III. VALORACIÓN DE LA LEY

En base a todo lo expuesto podemos considerar esta ley un acierto por parte del legislador. Como se ha demostrado era completamente necesaria una reforma en la materia de acuerdo con la realidad social, y los modos de concebir las relaciones de pareja en la actualidad.

Aspectos tales como: el ensalzamiento realizado a los principios de libertad, libre desarrollo de la personalidad e intimidad familiar no debe constituirse bajo un carácter excesivamente sorprendente sino como una aplicación adecuada y coherente en un Estado social y democrático de Derecho, que ve su acorde aplicación en todas las relaciones de los individuos, y especialmente en una materia tan íntima y personal como es el Derecho de Familia. La libre decisión de una persona para determinar su estado civil es una cuestión inherente al desarrollo de cualquier ciudadano.

Ciertamente ha de basarse en la libre decisión de los cónyuges o del cónyuge, sin que exista ningún tipo de intervencionismo legislativo. La adecuación sin duda de estos principios en materia de familia ha sido la desaparición de la casuística a que se venían sometiendo estas decisiones. Prescindir de la culpabilidad y de la demostración de esas causas en las crisis

³⁰⁷ En esta misma línea a favor de la supresión del plazo se expresa ZARRALUQUI al opinar que debe desaparecer esta exigencia temporal ya que el simple hecho de preparar la demanda va a rebosar este tiempo. Vid. ZARRALUQUI. *El Nuevo Derecho Matrimonial...cit.*, pág.32.

matrimoniales es una medida absolutamente necesaria tanto a nivel personal como económico³⁰⁸.

La equiparación en requisitos y circunstancias que se propone a los esposos para poder decidir entre dos situaciones jurídicas de forma igualitaria en los mismos términos, antes irremediabilmente unidas, como son la separación y el divorcio, es sin duda el germen hacia la libre y firme declaración de su voluntad. La autonomía que alcanza la separación a través de esta ley nos parece uno de los grandes éxitos de la ley. Sin embargo y discrepando de lo considerado por la mayoría de la doctrina³⁰⁹, que la ven como una figura a extinguir, nuestro planteamiento se fundamenta en la existencia necesaria de la misma³¹⁰, aunque con un protagonismo menor que el que había mantenido en la anterior legislación, como nos confirmarían los datos estadísticos en el siguiente epígrafe. Esa libertad, que se proclama, se tiene que reflejar en una opción alternativa en la línea que se plantea el matrimonio. Si no se “obliga” a dos personas a casarse y para ello se regulan igualmente las parejas de hecho, no puede establecerse un divorcio como única opción para aquellas cuya situación apunta a una definitiva quiebra matrimonial. La configuración y existencia de la separación nos parece correcta en cuanto se conciba como una interrupción al matrimonio, para aquellas parejas que se muestren dubitativas en aras de disolver el vínculo, de forma que puedan abogar bien por una reconciliación, bien por la disolución

³⁰⁸ De acuerdo firmemente con la elección del legislador en relación con la supresión de causas, *Vid. OROZCO PARDO, Guillermo. Matrimonio y Divorcio...cit.,* pág. 138, y *RUIZ-RICO RUIZ-MORON, Julia. Consecuencias de la supresión...cit.,* pág.149.

³⁰⁹ PASTOR VITA en esta línea considera que “la separación se terminara convirtiendo, en la práctica en un procedimiento residual y en vías de extinción limitándose a aquellos casos en que los esposos opten por esta vía para solucionar sus desavenencias pasajeras sin romper el vínculo matrimonial”, en *Una primera aproximación... cit.,* pág. 1839.

³¹⁰ Considerando un acierto legislativo la permanencia de la misma, *CARRIÓN OLMOS, Salvador. Separación y Divorcio tras...cit.,* pág. 184.

definitiva del matrimonio, pero que quizás necesitan este tiempo para otorgar mayor firmeza a su decisión.

La nueva regulación contempla por tanto dos modalidades de divorcio o separación, la consensual y la contenciosa o unilateral, pero como se ha señalado sin necesidad de que concurra causa alguna, bastando con que se declare el consentimiento de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, y si se tratara de un caso unilateral el de uno de ellos, de forma que el juez no podrá rechazar la petición salvo por motivos procesales. Como requisitos para alcanzar esta petición bastan la propuesta del convenio regulador, en caso de ser de mutuo acuerdo, o una propuesta de medidas en caso de ser contencioso.

Otro de los grandes aciertos del legislador ha sido la reducción en cuanto a los plazos. La prolongación de una ruptura matrimonial es cuanto menos hiriente para los cónyuges y demás personas afectadas por la situación. No consideramos en ningún caso que se trate de un periodo de reflexión, puesto que si la intención del legislador hubiere sido esta, tendría que haber procedido a regular una ratificación posterior de forma que el tiempo que mediara entre la presentación y ratificación sí podría considerarse como un plazo de reconsideración de la situación.

Sin embargo, no afirmamos de forma rígida como gran parte de la doctrina la conveniencia de la supresión de este plazo. Como quedó expuesto anteriormente no creemos en ningún caso, que el transcurso de los tres meses conlleve una desvirtualización jurídica del matrimonio, puesto que ese fortalecimiento depende solo y exclusivamente de los aspectos más íntimos de la pareja, y el camino a seguir supone en todo caso una consolidación de la institución entre personas que verdaderamente quieran compartir esa

comunidad de vida de acuerdo con los deberes que preceptúa el Código Civil, y sin necesidad de mantener una apariencia o simulación de convivencia debido a todos los inconvenientes existentes para la disolución del mismo. En base a estos aspectos entendemos que el señalamiento del plazo dota de mayor seguridad procesal y jurídica a la institución del matrimonio sin que en ningún caso esté relacionado con la concepción tradicionalista del mismo, defendiendo firmemente la libre voluntad de los cónyuges tanto en el consentimiento prestado para contraerlo como para su disolución³¹¹, aunque su desaparición en ningún caso supondría una tragedia conceptual sino todo lo contrario.

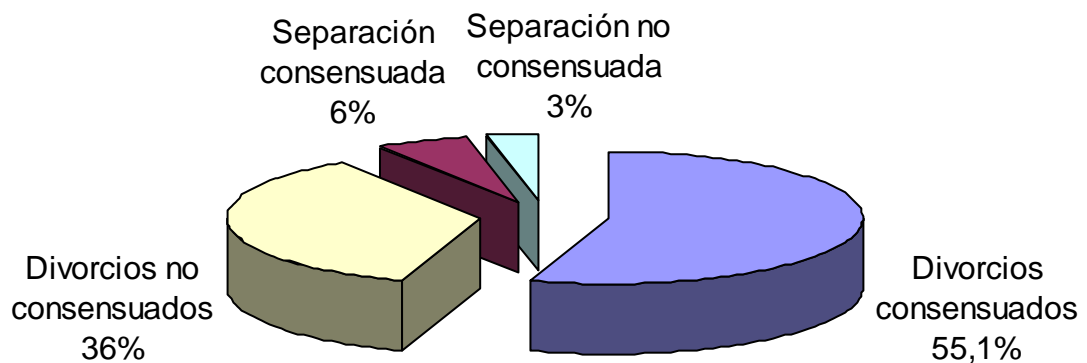
IV. SITUACIÓN ACTUAL Y EVOLUCIÓN ESTADÍSTICA DEL DIVORCIO TRAS LA LEY 15/2005

Ya en el capítulo primero procedimos a dar una visión sociológica de las principales variables que consideramos de interés en relación al divorcio. Sin embargo, la entrada en vigor de la reforma operada en materia de divorcio en virtud de la Ley 15/2005 ha llevado consigo diversas modulaciones sobre los perfiles allí tratados por lo que hemos considerado necesario volver a traer a colación nuevamente datos estadísticos para estudiar la incidencia de la

³¹¹ En opinión de Bercovitz, la reforma realizada por la Ley 15/2005 era necesaria y adecuada, pero considera que el establecimiento del divorcio rápido tiene otra serie de efectos negativos para la institución matrimonial, en cuanto a la esencia de procreación, en cuanto a que “con semejantes facilidades para salir del mismo, el matrimonio sufre una grave devaluación, al propiciarse la falta de responsabilidad y de implicación de los cónyuges en el propósito de vida en común, de fidelidad, y de ayuda mutua, que el mismo significa”. Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. *Manual de Derecho...*cit., pág. 82.

nueva normativa en los citados segmentos y comprobar empíricamente la respuesta social al respecto³¹².

Divorcios y separaciones año 2006 (n=155.475)

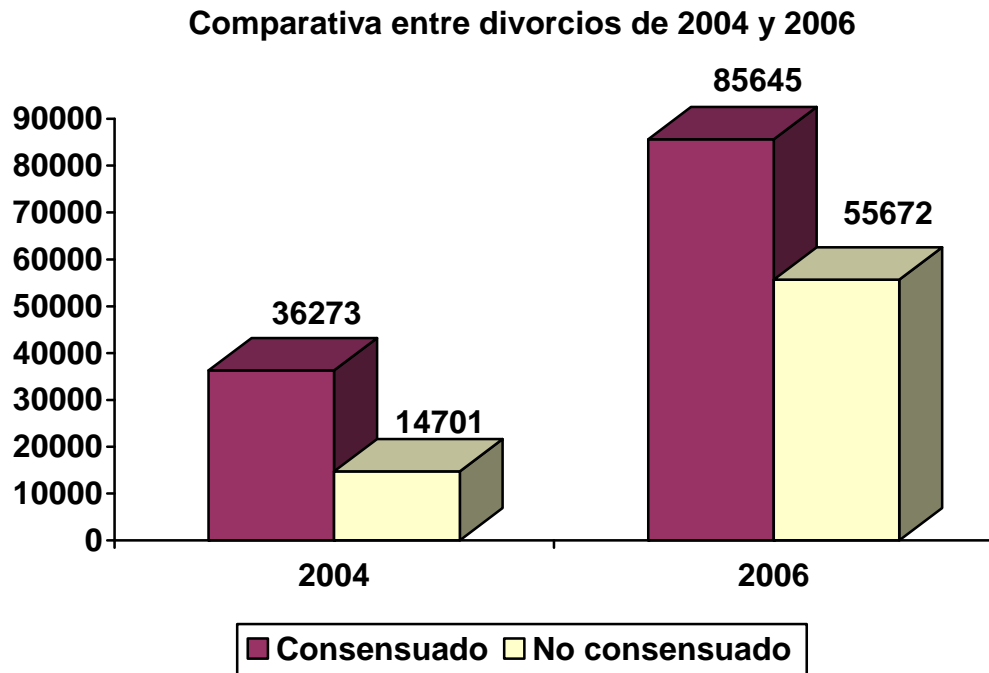


Los datos proporcionados en la anterior gráfica, respecto del año 2006, denotan una clara práctica en la opción elegida o acordada entre los cónyuges que inician un proceso de separación/divorcio. En este sentido, más de la mitad de las parejas incursas en un proceso de semejantes características abogan por llegar a un divorcio consensuado frente a un 36% que no logran alcanzar el acuerdo mencionado y que, con ello, satisficiera las pretensiones de ambos litigantes –en términos particulares; esto es, tomando única y exclusivamente la interrelación de las dos variables descritas, la proporción

³¹² Los datos que a continuación se presentan corresponden a 2006 en tanto los referidos a 2007 no son todavía definitivos y quedan sujetos a modulaciones, no resultando estadísticamente conveniente segmentar las unidades temporales utilizadas por cuanto sesgaría las conclusiones obtenidas –en particular, los datos del último trimestre de 2007 hay que asociarlos a los tres anteriores no existiendo una fiabilidad absoluta en relación a su cuantificación-.

entre divorcios, sobre una muestra de 141.317 casos, revela igualmente una primacía de la categoría consensuada de un 60,6% frente al 39,4% de las no acordadas-. De otro lado, la opción de la simple separación es una práctica poco recurrida entre los pasados contrayentes en tanto presenta una escasa significación porcentual no equiparable a las tasas anteriormente descritas permitiendo concluir, como se ha manifestado anteriormente, que el divorcio comprende la hipótesis más habitual con la que finaliza la relación marital la ciudadanía española y, en particular, el logrado de manera consensuada. No obstante lo anterior, semejante conclusión debe ser relativamente matizada en tanto si bien las cuantificaciones enunciadas son correctas, se observa una leve disminución en comparación con los períodos anteriores estudiados - 1998, 2001 y 2004- ya que la tasa de divorcios consensuados era del 65,94%, 64,06% y 71%, respectivamente, frente al 60,6% mencionado, algo que no deja de ser un parámetro a tener en consideración y que, salvo que se mantenga en los sucesivos años, puede denotar un aumento progresivo de los divorcios no consensuados con la lógica problemática familiar y social que conlleva.

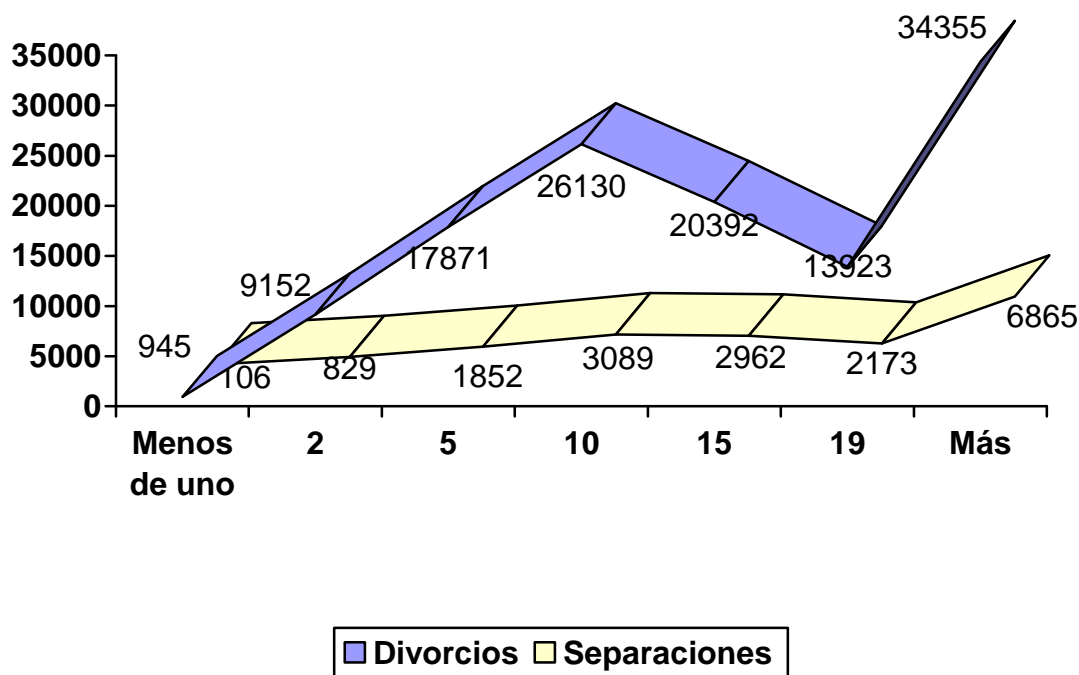
El otro elemento de necesaria valoración, que ya ha sido siquiera apuntado implícitamente, subyace en el considerable aumento de la tasa de divorcios en el año 2006 respecto a los períodos anteriores. A tal efecto, y a modo meramente ejemplificativo, se trae a colación la siguiente gráfica donde consta el citado incremento el cual no responde a la simple evolución porcentual arrastrada de años anteriores sino más bien por la modificación legal producida en el año 2005, mediante la cual puede solicitarse el divorcio o la separación tras un periodo de tres meses desde la celebración del matrimonio.



Como puede observarse la nueva Ley influye de lleno en las decisiones para divorciarse, ya que aumenta considerablemente el número de divorcios, en gran medida debido a la supresión de causas y plazos mucho más reducidos, y ante todo a la manifestación de la voluntad de los cónyuges bien de forma consensuada bien de forma unilateral.

Sobre los datos anteriores conviene igualmente medir el tiempo de duración del matrimonio. Para ello debe distinguirse entre divorcio y separación con la intención de buscar parámetros comunes o diferenciadores entre ambas hipótesis que permitan afirmar o rechazar la interacción de postulados comunes.

Divorcios y separaciones en 2006 según años de duración del matrimonio



Fuente: Instituto Nacional de Estadística

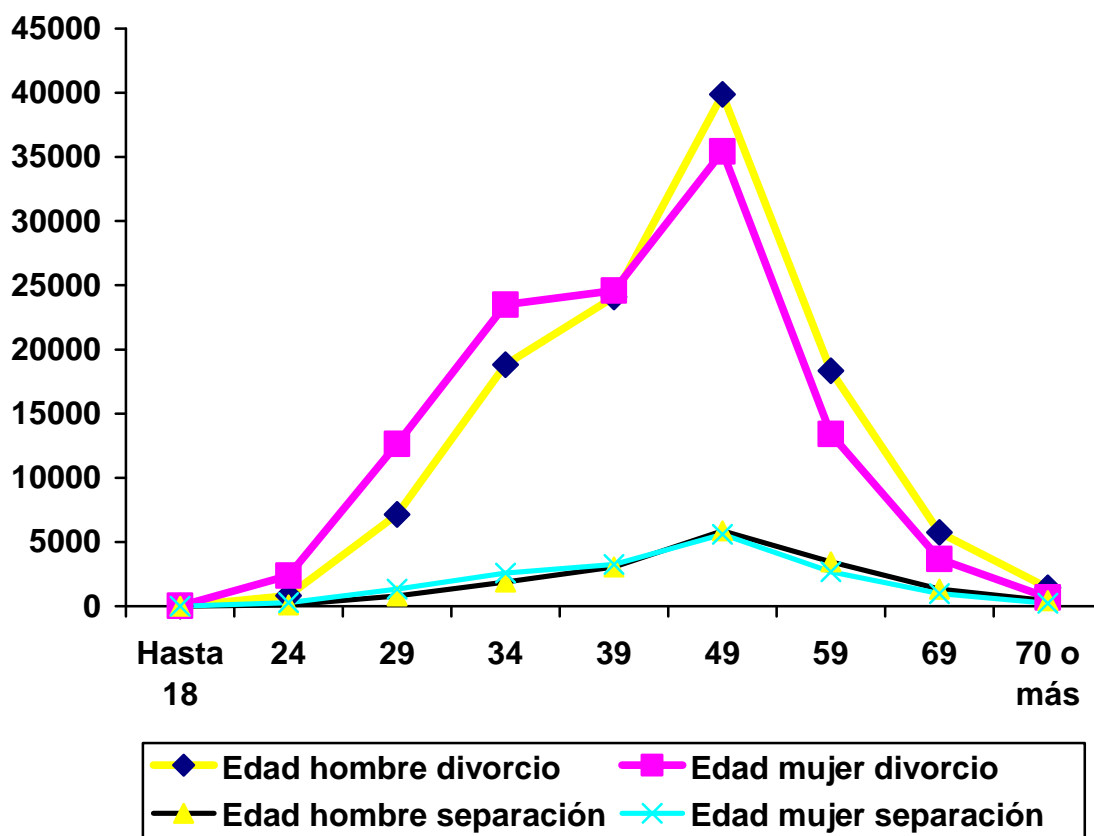
Respetando las diferencias cuantitativas entre ambas variables puede apreciarse un fenómeno claramente significativo en el sentido de que, contrariamente a lo que puede interpretarse por la inclinación de las líneas de la gráfica, tanto divorcios como separaciones aumentan de manera progresiva en tasas muy similares –llegando incluso a ser mayor porcentualmente estos últimos- hasta los diez años de matrimonio, instante en el que comienzan a disminuir paulatinamente, luego el principal segmento de riesgo radica en los intervalos próximos a los diez primeros años de convivencia. No obstante lo anterior, el dato más sorprendente, en mi opinión, se encuentra en el extenso incremento porcentual producido durante el primer año de convivencia, tanto

para el supuesto del divorcio como de la separación., probablemente causado por la entrada en vigor de la Ley 15/2005, con la ya mencionada posibilidad de solicitar el divorcio o la separación tras un periodo de tres meses desde la celebración del matrimonio. La acusada desviación final al alza tampoco resulta excesivamente importante pues se trata de la suma de los restantes períodos no ostentando de forma individualizada una representatividad importante sino más bien todo lo contrario, el mantenimiento y disminución paulatina de las tasas anteriores hasta alcanzar cotas muy parecidas a los inicios de la línea grafical.

Cotejando los datos con los expuestos en el epígrafe referente al análisis sociológico, en el que se midió la actual variable en los períodos comprendidos entre 1998, 2001 y 2004, no existen diferencias relevantes, exceptuando (el referido incremento de divorcios antes de los dos años de convivencia marital y) el ya comentado aumento cuantitativo en el período de 2006, fenómeno que igualmente se vino produciendo en los intervalos temporales anteriores, y que, si bien ahora, el incremento es bastante más acusado, las restantes distribuciones mantienen un prisma muy similar en cuanto a contenido por lo que cabe concluir que las interrelaciones de las líneas graficales son idénticas y, por tanto, se trata de un proceso evolutivo lógico de la sociedad española que viene cimentándose con el paso de los años.

Del mismo modo, con el propósito de obtener un perfil lo más detallado posible y ponerlo en conexión con la evolución de las instituciones sujetas a análisis, pueden interrelacionarse las variables edad del marido/esposa con el divorcio/separación obteniendo los siguientes datos:

Edad hombre/mujer en divorcio/separación. Año 2006



	- 18	19-24	25-29	30-34	35-39	40-49	50-59	60-69	70 y +
EHD	8	818	7152	18808	24087	39886	18335	5736	1436
EMD	26	2373	12653	23493	24579	35436	13413	3669	679
EHS	0	91	796	1878	3044	5878	3451	1333	425
EMS	9	282	1332	2568	3253	5585	2669	963	232

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

Al igual que describimos en los comentarios anteriores, de nuevo hay una reiteración del fenómeno enunciado; esto es, incremento del número de casos y proporciones muy similares en cada unas de las categorías descritas lo

cual lleva implícito el aumento del número de separaciones y divorcios pero el sometimiento a los parámetros porcentuales enunciados al estudiar la variable divorcio según años de matrimonio para los intervalos 1998, 2001 y 2004, pudiendo retrotraer los postulados allí expuestos: incrementos de las tasas de divorcio/separación hasta la cúspide de los cuarenta y nueve años, momento en el que empieza a descender progresiva y acusadamente y, quizás lo más significativo, comparando a ambos sexos, el incremento uniforme en la edad del varón respecto a las tasas de divorcio/separación mientras la mujer sufre procesos más bruscos, como puede comprobarse en la prolongación de su curva, o, lo que vendría a ser lo mismo: la mujer se divorcia/separa a edades más tempranas que el varón –hasta los treinta y cinco años en que comienzan a equipararse- invirtiéndose semejante situación a partir de los cuarenta y pocos años, lo que a su vez también puede traducirse o fundarse en una mayor edad de los varones respecto de las mujeres con las que contraen válidamente matrimonio.

CAPÍTULO CUARTO: La excepción al plazo de tres meses del último inciso del párrafo 2º del artículo 81 versus artículo 86.

I. INTRODUCCIÓN

De lo comentado en los capítulos anteriores, y especialmente en el tercero, se deduce con claridad que a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 el sistema de divorcio legalmente establecido en España sufre una interesante modificación que afecta a sus principios conceptuales básicos. El ejercicio del derecho de uno de los cónyuges o de los dos, si existe consentimiento o petición conjunta, a no seguir con el matrimonio no depende ya, como sucedía anteriormente, ni de una previa separación ni tampoco de la concurrencia de causa alguna. Se pasa de un divorcio concebido como último recurso a uno basado en la libertad de los cónyuges o de uno de ellos para directamente no desear la continuación del matrimonio sin que el demandado, como dice la propia Exposición de Motivos de la Ley “pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales”.

Ahora la separación y el divorcio se conciben como opciones diferenciadas y autónomas a las que las partes pueden acudir, según su libre voluntad. Coinciden, no obstante, como ya ha sido planteado con extensión en el Capítulo anterior, en el requisito temporal de los tres meses, como mínimo, para la interposición de la demanda. Plazo que presenta una importante excepción, sumamente criticada por algún sector de la doctrina científica, y que supone la materia de análisis de esta parte de la investigación: “No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge

demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio”. Redacción no especialmente afortunada que merece una detallada valoración crítica.

Pudiera parece, al menos inicialmente, que se está ante una especie de causa relacionada con la violencia doméstica, tan frecuente en otros Códigos civiles. No es exactamente así porque ni puede estimarse causa, como tal, de divorcio, sino una mera excepción a un concreto requisito de tiempo propuesto por el legislador de manera general ni tampoco su esencia está directamente ocupada por la violencia o los malos tratos, al menos en su sentido más estricto utilizado por la legalidad no solo civil sino asimismo penal, sino que se trata de una fórmula ambigua de difícil ubicación sistemática y conceptual, aunque evidentemente conectada con ellos.

Como hemos advertido, los malos tratos tienen una cierta tradición en la regulación civilista hispana y comparada en relación a la separación y al divorcio. Recordemos algunas muestra de nuestra evolución legislativa: a) en la Ley Provisional del Matrimonio Civil de 1870 se recogía como causas, los malos tratamientos de obra de palabra inferidos por el marido a la mujer, los realizados a los hijos si pusieren en peligro su vida y la violencia tanto moral como física para obligar a la mujer a cambiar de religión; b) en el Código Civil de 1889 siguieron las dos relacionadas con la mujer pero no incluye la referida a los hijos; c) la Ley de Divorcio de 1932 se refería, como causa séptima, al atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, los malos trato de obra y las injurias; d) en la vigencia franquista del Texto civil se mantuvo los malos tratamientos de obra y las injurias graves como causa dirigida únicamente a la separación, por la exclusión radical que

se hizo de cualquier hipótesis de divorcio³¹³; e) la modificación desarrollada por la Ley 30/1981 no hace especial hincapié en esta cuestión pues no se contempla como causa de divorcio y de manera indirecta en las de separación cuando se alude a la conducta injuriosa o vejatoria. De cualquier manera de este análisis se pone de manifiesto por un lado su apreciación, en todo caso, como causas de separación o de divorcio, por otro, su escasa concreción normativa dejándose un amplio margen para la valoración judicial con la utilización de conceptos vagos e imprecisos.

Algo parecido sucede en las legislaciones comparadas. Frecuente es encontrarla en los Códigos latinoamericanos. Así, por ejemplo, en el Código Civil argentino se redacta como causa de separación/divorcio (artículos 202 y 214) “la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, o de los hijos, sean o no comunes, ya sea como autores principales, cómplices o instigadores”; Código peruano, artículos 333 y 348, causa dos “la violencia física o psicológica que el juez apreciará según las circunstancias”, causa tres “atentado contra la vida del cónyuge”, Código venezolano, artículo 185, “los excesos, sevicias e injurias graves que hagan imposible la vida en común”; o el ya citado de Chile, causa 1ª del artículo 54, “atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la identidad física o psíquica del cónyuge o alguno de los hijos”. Más tenue, en este sentido, se presentan los ya analizados Códigos civiles europeos más pendientes de referencias generales como ruptura irreversible del matrimonio o causas de sufrimiento

³¹³ Como afirma Ureña Martínez, las ofensas y agresiones entre cónyuges tuvieron una escasa repercusión jurídico-privada durante este periodo de tiempo, pues los tribunales se mostraban partidarios de defender a ultranza el mantenimiento de la convivencia matrimonial frente a la separación ya que los principios imperantes en aquella época de primacía del *favor matrimonii* y de tolerancia a las agresiones proferidas en el ámbito familiar, fundamentalmente, cuando se trataba de “agresiones leves” que justificaban por se incidentes de la convivencia o como reacción natural del cónyuge agresor, normalmente le marido frente al comportamiento de la mujer. UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena. *Separación conyugal...cit.*, pág. 17.

injustificado que de concreciones específicas, aunque no faltan normativas en la que se alude a “violencia física y crueldad mental” (Austria) o “violencia” (Dinamarca), como causas de divorcio. Parecidas conclusiones se desprenden de este sintético estudio: a) cuando se utilizan estos términos se hace para fijar causales de divorcio; b) aunque la imprecisión de los conceptos es notable, en alguno de los Textos se define algo más, como sucede esencialmente en el argentino, con el empleo de nociones más explícitas y cercanas al Derecho penal.

El legislador español de 2005, de forma semejante, opta por utilizar una fórmula parcialmente ambigua, de larga redacción y con mezcla de postulados próximos al Derecho penal pero sin ubicarse totalmente en él e, igualmente, algo cercanos al Derecho privado pero sin correspondencia totalmente integradora en su contenido. Huye, según nuestra comprensión, por el propio fundamento de la reforma, de utilizarla como causa y la sitúa solo como excepción.

Algunos autores no son exactamente de esta última opinión. Así, por ejemplo, BERCOVITZ estima que la susodicha excepción reintroduce el causalismo, “pues el cónyuge que pretenda la separación –o, en su caso, el divorcio antes de los tres meses citados deberá acreditar el riesgo mencionado. Además, el supuesto de hecho de la excepción es el e la violencia de doméstica –adviértase la coincidente redacción de los artículos 81.2 del Código Civil y 544 ter. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se define la violencia doméstica”³¹⁴.

Ciertamente el artículo mencionado en último lugar e introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las

³¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Manual de Derecho Civil...cit.*, pág. 85. En sentido contrario, UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena. *Separación conyugal...cit.*, págs. 22-23.

víctimas de violencia doméstica alude a que “el juez de instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código penal resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de algunas de las medidas de protección reguladas en este artículo”. No puede negarse una cierta identidad en los contenidos aunque los objetivos de ambos preceptos son distintos y están marcados, en razón a ello, por puntuales diferencias que necesariamente ha de ser tenidas en cuenta.

Así, el artículo 81.2 se refiere únicamente a la existencia de un riesgo, mientras que el 544 ter 1 a la comisión de un delito o falta; el primero de ellos habla de acreditar, mientras que el segundo de la existencia de indicios fundados para dicha comisión de la que resulte una situación objetiva de riesgo –en los dos se utiliza el término riesgo, pero mientras que en aquél se hace como criterio rector, en éste se utiliza como consecuencia de los susodichos indicios fundados de realización delictiva; los bienes jurídicos que se destacan son casi coincidentes pero no idénticos ya que se separan en la apreciación del relativo a la integridad física, para el 81.2 –incorpora la integridad moral como unidad diferenciada en su apreciación legal concreta- y física o moral para el 544 ter 1, en la referencia a la sola libertad sexual de éste y de la libertad e indemnidad sexual de aquél; en los sujetos a los que alude, restringidos en el precepto civil, cónyuge e hijos, amplia en el procedimental, todos los mencionados en el artículo 153, en clara remisión a los del 173.2 del Código penal, que configura, este último, la auténtica violencia doméstica desde la perspectiva punitiva; en la finalidad para la que están diseñados, el primero para la separación o el divorcio desde la

perspectiva civil, el segundo para el otorgamiento de la orden de protección en casos concretos de violencia doméstica.

En consecuencia, proximidad pero no igualdad, lo que conduce a una mayor flexibilidad, al menos conceptual, de los contenidos legales concebidos por el legislador civil, sobre la naturaleza y filosofía de la Ley que le da soporte. Con esta perspectiva, no se puede negar la proximidad de la fórmula empleada por dicha Ley a los contenidos genéricos de la violencia doméstica o a la de género, y en esa línea vamos a trabajar en lo sucesivo, pero cuesta más asumirla como una causa de divorcio, si se quiere disfrazada, que como, lo que nos parece que es, una mera excepción a la esencia simplemente temporal de los tres meses para la interposición de la demanda de divorcio, y como tal ha de ser interpretada en su significado conectado con el sentido de la Ley que en su Exposición de Motivos es clara cuando afirma que el ejercicio del derecho de la persona que no desea seguir vinculado con su cónyuge, es decir a no continuar casado, “no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud”.

Desde su comienzo, semejante excepción fue cuestionada por diversos sectores. El Anteproyecto elevado al Consejo de Ministros en septiembre de 2004 la describía de manera bien distinta a como luego se aprueba. De este modo, concretaba la susodicha no exigencia del plazo de tres meses de matrimonio para la interposición de la demanda cuando el interés del cónyuge o los hijos exigiera la suspensión de la convivencia, entendiéndose ésta con la denuncia de malos tratos.

Varios problemas se plantearon de inmediato: la excesiva discrecionalidad que se otorga al Juez para la valoración de dicho interés,

cuestión ésta que puede chocar con el propio espíritu de la Ley, la dificultad de concretar, en su caso, el concepto de malos tratos y la manera de acreditar su existencia.

Posiblemente una de las críticas que con mayor profundidad se le hace a esta primera propuesta vino de la mano del Consejo General del Poder Judicial cuyo informe ya hemos comentado con intensidad. En cuatro se pueden sintetizar: a) presenta un problema de seguridad jurídica, que deriva de la forma un tanto imprecisa que se utiliza y que aunque se presupone que el interés al que se alude es el que previene de la concurrencia de malos tratos ello no está concretamente delimitado por lo que, en opinión del Informe, existen otros intereses del cónyuge o de los hijos necesitado de protección, los que deberían de precisarse cuales son, pues de lo contrario se plantearía al juez la necesidad de dilucidar si la situación excepcional concurre, con la consiguiente valoración de lo que al menos debe ser un principio de prueba sobre su existencia; b) si la no espera de tres meses, basada en el interés citado, concurre en los casos de denuncia de malos tratos interpuesta por uno de los cónyuges contra el otro, parece conveniente, sobre la argumentación examinada, exigir alguna forma de acreditación de las situaciones de malos tratos, de los que obviamente pueden ser víctimas cualquiera de los cónyuges, no considerándose suficiente la denuncia que cabe ser complementada por alguna otra garantía, que en el caso de la mujer puede optarse por exigir la orden de protección a favor de la víctima o el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de los mismos, y en el hombre algunas otras de parecido contenido; c) de acuerdo a la interpretación que hace el propio Consejo del tenor literal del segundo párrafo del artículo 81, el interés reiteradamente citado se dirige fundamentalmente a los malos tratos objeto de denuncia y, en consecuencia, aquellos a los que se refiere el artículo 147.1,

153, 173.2 y 3, 617 y 620 del Código Penal, lo que parece insuficiente ya que hubiera sido aconsejable ampliar a las que se refiere la Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia de género –entonces Proyecto- como agresiones sexuales, amenazas, coacciones y privación arbitraria de libertad que inciden asimismo de forma decisiva en el ámbito doméstico; d) en consecuencia con lo anterior, cabe la posibilidad de no introducir excepción alguna y acudir a las medidas recogidas en la citada Ley Integral³¹⁵.

El Proyecto presentado al Parlamento fue sensible a algunas de estas críticas. Modifica intensamente la primera redacción dejándola de la siguiente manera: “A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexuales del cónyuge demandante o de los hijos que convivan con ambos”. Como puede comprobarse se opta por no aludir expresamente al interés del cónyuge y de los hijos, se utiliza el término acreditar para evitar, en principio, la crítica de inseguridad jurídica, y se vuelve a omitir la expresión referida a los posibles malos tratos para dejar paso a una fórmula más etérea como es la del riesgo para una serie de bienes jurídicos que el legislador detalla con precisión.

En trámite parlamentario, el texto no sufre excesivas variaciones a pesar de algunos importantes intentos en este sentido. Así, el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió pretendió modificar sustancialmente dicho contenido sobre la base, ya estudiada, de la supresión de la cautela de los tres meses y la presencia de la voluntad unilateral de finalizar la convivencia por quiebra del necesario *afecto marital*, acreditada con el simple

³¹⁵ Informe al Anteproyecto...cit., págs. 16- 20.

hecho de solicitar la separación³¹⁶. De menos contenido son las propuestas por Coalición Canaria –“(…) que convivan con ambos, así como que se hubieran formulado imputaciones delictivas falsas contra el cónyuge demandante”³¹⁷- por Izquierda Unida –“(…) o de los hijos que convivan con ambos sean comunes o de uno solo de los esposos”³¹⁸-, o por Ezquerra Republicana –cambiar el término “integridad moral” por el de “integridad psíquica”³¹⁹-, deliberadas todas ellas sin éxito. Si lo tiene la presentada por Labordeta Subías, Grupo Parlamentario Mixto, que sustituye la expresión final “o de los hijos que convivan con ambos” por “o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio”, que es la redacción final que se acepta.

II. CONTENIDO DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA EXCEPCIÓN DEL PÁRRAFO 2º DEL ARTÍCULO 81/86

Con la susodicha modificación, se aprueba el texto definitivo que es el reproducido líneas más arriba y que presenta varios bloques de interés para su análisis pormenorizado: a) alcance del vocablo “acreditar”; b) concreción del concepto de “riesgo”; c) contenido y extensión de los bienes jurídicos a poner en dicho riesgo; d) sujetos implicados.

³¹⁶ No tuvo éxito semejante propuesta a pesar de que, según nuestra opinión, es más representativa con la idea prioritaria de la reforma legal de dar preferencia a la voluntad de los particulares para decidir su permanencia en la vida conyugal.

³¹⁷ Es una pretensión añadida que se encuentra en algunos Códigos pero que no ha tenido especial éxito.

³¹⁸ Parece que este texto por más específicos hubiera completado el contenido en el Proyecto.

³¹⁹ El bien jurídico integridad moral es referencial del utilizado por el Código penal. A lo que se quiere aludir en el Proyecto, y después en la Ley, es a éste que, entre otras cosas, es en el que está encuadrado el tipo más significativo de malos tratos domésticos habituales –artículo 173-. La integridad psíquica se puede pensar incluida en el concepto amplio de integridad física, versus lesiones.

1. El significado de “acreditar”.

Como hemos visto, el legislador de 2005 se inclina por un concepto de multiforme interpretación para especificar la forma en que se debe de invocar el riesgo solicitado para la exención de los tres meses en la presentación de la demanda de divorcio cuando la petición se hace por uno solo de los cónyuges.

Acreditar desde una interpretación gramatical significa “hacer digna de crédito una cosa”, es decir, hacer creer o probar que una cosa es cierta. Semejante percepción ha de ser situada en el ámbito civil en el que se utiliza posiblemente con una dimensión algo diferente por amplia. En cualquier caso, el término acreditar es utilizado por los más diversos sectores del Ordenamiento jurídico y está referido en cientos de leyes, reglamentos, disposiciones, resoluciones, órdenes, etc.

Con respecto al texto que nos ofrece el artículo 81.2º del Código Civil, y que es la materia de nuestro interés en este epígrafe, las dudas de inseguridad ya planteadas por el Informe del Consejo antes citado sobre la redacción original del Anteproyecto se pueden hacer extensivas a la fórmula aquí utilizada, no tanto en cuanto a su desarrollo conceptual en el que puede haber cierto acuerdo en las precisiones gramaticales expuestas y en las intenciones legislativas sino en su aplicación concreta a supuestos reales.

El problema de la relación entre divorcio y violencia doméstica es, desde sus diversos enfoques, un tema, como ya ha sido dicho, de indudable actualidad y atracción para su estudio. Su especial configuración, sus nocivos

efectos, su situación dentro del esquema de la intimidad de la pareja hace muy complicada su exteriorización, su denuncia o su prueba, mucho más cuando, como en el caso español, en este en concreto, se está hablando de un periodo tan breve como es el de tres meses desde que se produjo el matrimonio, entendido, al menos en teoría y como planteamiento general como unión de dos voluntades libremente desarrolladas. MONTESOL ha puesto de manifiesto que en la mayoría de los casos de divorcios por violencia doméstica, se registra antes de este paso una importante dependencia emocional, la necesidad afectiva crónica o extrema de quien sufre la violencia hacia quien la ejerce, por lo que la violencia es muy difícil de revelar cuando la persona es atrapada en este círculo emocional nocivo³²⁰, mucho más si de lo que se trata es de manifestarla de manera acreditada en un plazo tan corto de tiempo, donde es todavía más difícil de superar los condicionantes indicados.

De todas formas en esta dicotomía entre seguridad jurídica-eficacia para conseguir el divorcio las posturas son encontradas. Cabe citar, por poner un solo ejemplo, la evolución de la causa de violencia intrafamiliar en México y la interpretación que realiza la Suprema Corte de Justicia en cuanto a los requisitos para concretar un divorcio por esta causa. Ante el pronunciamiento de algunos Tribunales –verbigracia, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil, con sede en le Distrito Federal- de que en los casos de divorcio necesario por esta causa de violencia doméstica bastaba con que el que presentaba la demanda “narre ciertos datos, hechos o acontecimientos vinculados con la violencia familiar sin que sea imprescindible que lo haga de forma pormenorizada”, la citada Suprema Corte endurece los requisitos estableciendo una tesis obligatoria para todos los juzgadores del país en la que

³²⁰ MONTESOL, Brigida. *El divorcio por violencia doméstica*. Editum. Org, 2008, pág. 1.

se determina que en las demandas de divorcio por estos motivos de violencia deben de expresarse detalladamente el tiempo, la forma y el lugar en el que ocurrieron los hechos, por lo que no basta que se describan genéricamente tales datos³²¹.

Éste y otros ejemplos que se podrían añadir muestran la dificultad de la utilización, como causa o como excepción, de situaciones de este tipo sean de violencia o simplemente de riesgo para determinados bienes jurídicos que pueden abocar en un necesario divorcio. Ciertamente que en la legislación española la situación es algo distinta por la propia naturaleza y por el contenido de la excepción pero no lo es menos que no se presenta un concepto de fácil concreción y tasado normativamente y de cuyo procedimiento a seguir para semejante acreditación de los hechos contenidos en la demanda en relación al fundamento del riesgo para los bienes jurídicos explicitados nada dice, al menos directamente, ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento civil.

Algunos autores afirman que si bien no puede exigirse, como pretensión máxima la existencia de un proceso penal abierto por la concurrencia de alguna de estas circunstancias, sin perjuicio, obviamente, que de ser así bastaría para acreditar la existencia de un riesgo, tampoco cabe, como petición mínima, la única afirmación del cónyuge demandante para que la excepción quede constituida. En este sentido MONTERO AROCA expresa que al hablar la norma de acreditar es manifiesto que: a) que cuando las leyes hablan de “acreditar”, “justificar” o de “principios de prueba” está aludiendo a la necesidad de que concurra un determinado requisito para que puedan llevarse a cabo determinados actos procesales; b) en este sentido es preciso

³²¹ Para muchos de los comentaristas y profesionales mexicanos semejante interpretación significa un retroceso para las mujeres que en un determinado momento se atreven a romper el silencio y un esquema de sometimiento que se da en el matrimonio. *Vid.* CRUZ ZAPATA, Benny. *Más difícil divorciarse*. Línea directa.info, 2008, pág. 1.

comprender la palabra “acreditar” del susodicho artículo 81.2º como exigir para la admisión de la solicitud que el cónyuge instante, bien presente un principio de prueba por escrito, que será lo normal, bien intente justificar su afirmación de existencia de riesgo de alguna otra manera; c) no se podrá consentir que se utilicen maniobras de cualquier tipo para aplicar la excepción y no la exigencia normal del plazo de tres meses³²².

Generalmente este planteamiento excesivamente formalista nos remite para su concreción procedimental a la Ley de Enjuiciamiento civil³²³. Varias son las referencias normativas: por un lado, la aplicación de los principios generales contenidos en el procedimiento para la adopción de medidas cautelares de los artículos 730 a 738 – por ejemplo, el artículo 732 requiere que la solicitud de medidas cautelares se formulará con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos para su adopción y se acompañara a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de dichas medidas; el 733 regula la audiencia del demandado, con algunas excepciones, por motivo de urgencia, el 734 la vista para la audiencia de las partes, el 735, el Auto acordando las medidas, el 736 el Auto denegatorio-; por otro, la oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado, artículos 739 a 742; en tercer lugar, la modificación y alzamiento de las medidas, artículos 743 a 745³²⁴. Asimismo, se remiten al artículo 767.1 sobre especialidades en materia de procedimiento y de prueba –“en ningún caso se admitirá demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta

³²² MONTERO AROCA, Juan y otros. *Separación y divorcio tras la ley 15/2005*. Valencia, 2006, pág. 80.

³²³ *Ibid.* VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Código Civil, comentarios, notas y jurisprudencia*. Madrid, 2007, pág. 136.

³²⁴ *Ibid.*

un principio de prueba de los hechos en que se funde”- y al 728.2, en relación al peligro por mora procesal, apariencia de buen derecho y caución –“el solicitante de una medida cautelar también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios”-³²⁵.

La base de semejantes argumentaciones se concentra en la pretendida extensión que dichos autores hacen de la necesidad de que concurren determinados requisitos en las variables procesales presentadas, esencialmente relacionadas con las medidas cautelares o con los procesos sobre filiación, paternidad o maternidad, de garantía probatoria sobre los hechos en los que se quiere actuar hacia la susodicha aplicación de la “acreditación de la existencia de un riesgo” en la interposición excepcional de la demanda de divorcio sin plazo.

Algo parecido sucede en el marco punitivo, en cuyo Código se exige para concretar la habitualidad de la violencia doméstica del artículo 173.3 que los actos de violencia sean acreditados. La Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado se manifestó con cierta precisión en el anterior sentido a la hora de concretar agresiones en las que se fundamenta la existencia de una conducta habitual al exigir “por respeto a la presunción de inocencia, que en los hechos probados de una sentencia penal se declare probada la realidad de los actos. Desde tal afirmación tangencialmente general ARÁNGUEZ SÁNCHEZ considera que el término “acreditados”, desde esa perspectiva, “no parece dejar lugar para las dudas sobre la necesidad de prueba, pero si además hay que atender al aspecto numérico y cronológico de las agresiones

³²⁵ MONTERO AROCA, Juan y otros. *Separación y divorcio...cit.*, pág. 80

es evidente que el relato fáctico de la sentencia debe de detallar cuales son los hechos violentos que se toman como referencia para afirmar que estamos ante una conducta habitual”. El soporte de hecho debe de resultar plenamente acreditado por cualquiera de los medios admitidos en nuestro Derecho procesal³²⁶.

Dicho lo anterior, el citado autor no cree que pueda admitirse una descripción de los hechos probados como la que se recoge en la STS 490/1999, de 29 de abril, que alude, según el comentarista, con evidente falta de precisión “a palizas en diversas ocasiones” “en fechas no determinadas pero dentro del año 1993” sino que es imprescindible, como mínimo, consignar todas las circunstancias que tengan relevancia a la hora de tipificar la conducta, como el resultado en las lesiones, y situarla cronológicamente dentro de unos determinados límites –ejemplifica: en fechas no concretadas, pero cercanas a la celebración de las navidades del año 1999, el acusado abofeteó a su esposa causándole un hematoma por el que no recibió atención médica y que tardó en sanar entre cuatro y seis días sin dejar secuela”³²⁷.

Sin embargo, aunque es loable el intento de fijar exigencias normativas y restricciones formales para el desarrollo del concepto aludido, las situaciones son distintas a pesar que, de alguna manera, puedan confluir. Aquí lo que se está planteando es la hipótesis de una singularidad sobre la regla general del plazo de los tres meses, como salvaguarda, que establece, con prudencia, el legislador, sobre la base asimismo genérica del reconocimiento de la libertad de decisión de los cónyuges, ambos o individualizadamente, para optar por el divorcio. Esa flexibilidad con que se concibe semejante

³²⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”. En *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Coordinados por Morillas Cueva. Madrid, 2002, pág. 226.

³²⁷ *Ibd.*, 226-228.

institución en el Ordenamiento jurídico español actual parece evidente que tiene que prorrogarse igualmente, o incluso con mayor intensidad, porque afecta además a una faceta específicamente grave como es la de los bienes jurídicos descritos en el artículo señalado, a los contenidos del número 2º en examen.

Con tal dimensión, en su versión más lata, se han manifestado, ciertamente sin éxito en sus pretensiones pero con una forma de entender la cuestión muy a tener en cuenta, algunos grupos políticos. Recuérdese las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley por *Convergència i Unió* en las que para “acreditar” la quiebra del necesario afecto marital, y ello ser bastante para obtener la separación o el divorcio, es suficiente con haberlo solicitado. Parecida, aunque algo más restrictiva, es la propuesta que se encuentra en la *Proposición de Ley 122/2001/000160*, de 21 de noviembre de 2001 sobre “separación-divorcio. Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio”, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de Diputados que sobre la idea, cuando la petición sea por parte de uno de los cónyuges (número 2 del artículo 81), de la inclusión de dos causas –a) cuando el otros cónyuge esté incurso en causa legal de separación; b) cuando, una vez transcurridos los primeros seis meses de matrimonio, se alegue desaparición del afecto conyugal-, interpreta que se entenderá acreditada dicha desaparición “por la mera interposición de la demanda en la que se alegue ésta como causa de solicitud de la separación y siempre que al momento de la interposición de la demanda exista cese efectivo de la convivencia conyugal”.

La jurisprudencia también ha sido sensible a la utilización, más que a la definición, del susodicho término, generalmente sobre situaciones distintas a las aquí valoradas pero que pueden servir de ayuda interpretativa y referencial para construir un concepto válido en cuanto, sobre todo, a su extensión.

El ATC, en pleno, 1301/2007, de 23 marzo, en relación a la suspensión de la vigencia del RD 1301/2006, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para el uso de seres humanos, valora como carga la acreditación a la que identifica con demostración³²⁸, porque de lo que se trata, y cita el ATC 314/2003, de 30 de septiembre “no es de vindicar o defender la titularidad de la competencia discutida, sino de alegar y acreditar los perjuicios irreparables o de difícil reparación que se producirían”. En su Fundamento de Derecho quinto, y en alusión esta vez al ATC 285/1990, asume que sobre el solicitante pesa la carga de acreditar o, al cuando menos, razonar convincentemente la existencia de los perjuicios que aduce”. Como consecuencia sitúa dos niveles diferenciados en cuanto a su intensidad: por un lado, el de acreditar, más necesitado de prueba, y el de razonar, de menor profundización.

Con parecida precisión rigorista en relación al término acreditar se manifiesta la STC, Sala 2ª, 22/2008, de 31 de enero, en demanda de amparo, que fue desestimada, frente a la ejecución provisional de sentencia que atribuyó a su ex marido la guarda y custodia de la hija menor de ambos, sin perjuicio de que la patria potestad fuese compartida por los progenitores, al afirmar que la demandante no presentó prueba alguna tendente a acreditar la dificultad o imposibilidad a que se refiere el artículo 528.2 de la Ley de

³²⁸ Dice en su Fundamento de Derecho tercero asintiendo en la intervención del Abogado del Estado “no se justifica en modo alguno la procedencia de la suspensión solicitada, puesto que las alegaciones presentadas se refieren al fondo del asunto, sin que se haya cumplido la carga de acreditar o demostrar los pretendidos perjuicios (...)”.

Enjuiciamiento Civil ni tampoco “aporta dato alguno del que pueda inferirse riesgo evidente (STC 71/2004, de 9 de abril) o peligro potencial alguno”³²⁹.

De interés igualmente en este aspecto, y entre otras muchas, es la STC 46/2001, de 15 de febrero, en la que se valora la denegación en el Registro de entidades religiosas a una determinada petición de una iglesia, fundada dicha negación en “actitud cautelosa en evitación de fraude de ley y del orden público constitucional”, cuando afirma que “con independencia de la virtualidad probatoria de los citados informes y resoluciones parlamentarias, es necesario subrayar, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, que cuando el artículo 16.1 CE garantiza las libertades ideológica, religiosa y de culto ‘sin más limitación, en sus manifestaciones, que el orden público protegido por la ley’ está significando con una sola redacción, no sólo la trascendencia de aquellos derechos de libertad como pieza fundamental de todo orden de convivencia democrática (art. 1.1 CE), sino también el carácter excepcional de orden público como único límite al ejercicio de los mismos, lo que jurídicamente, se traduce en la imposibilidad de ser aplicado por lo poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias”. Añade, en el tema más de nuestro interés, que “en este singular contexto, no pueda considerarse contrario a la Constitución la excepcional utilización preventiva de la citada cláusula de orden público, siempre que se oriente directamente a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas propias de una sociedad democrática, que queden debidamente acreditados los elementos de riesgo y que, además, la medida adoptada sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos. Al margen de este supuesto excepcional, en el que necesariamente han de

³²⁹ En parecido sentido, entre otras muchas SSTC 236/2007, de 7 noviembre, 152/2007, de 27 julio, 174/2007, de 23 de julio, 166/2007, de 4 de julio.

concurrir las indicadas cautelas, solo mediante sentencia firme, y por referencia a las prácticas o actividades del grupo, podrá estimarse acreditada la existencia de conductas contrarias al orden público.

También el Tribunal Supremo utiliza y valora con frecuencia dicho concepto. Ejemplifiquemos con algunos supuestos: la STS 203/2002, de 4 de diciembre, en sala penal, asume que una pericial permite acreditar una contaminación tres veces superior a la permitida, sobre la que condena por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente; por el contrario, para la STS 87/2002, de 25 de noviembre, no condena por el artículo 350 del Código penal porque no se acredita el riesgo catastrófico ni el peligro para las personas o el medio ambiente que requiere dicho tipo; la STS, sala civil, 435/1996, de 28 de mayo, traslada la responsabilidad de la acreditación a “empresa que factura y distribuye energía eléctrica y actividad que conlleva la creación de un riesgo derivado de su peligrosidad, le corresponde acreditar que obró con la exigible diligencia para la evitación del daño”.

En jurisprudencia menor destaca, entre otros, en tal sentido, el Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 36 de Madrid 564/2008, de 14 abril, en un supuesto tan alejado del que analizamos como es el de los derechos de retransmisión de los partidos de fútbol de primera y segunda división y de Copa del Rey pero que lleva, en cita a una resolución de la AP de Madrid de 31 de diciembre de 2005 a afirmar que “la necesidad impuesta por el artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que el autor justifique ante el Tribuna la existencia de *periculum in mora*, no puede interpretarse como necesidad de que se aporte una prueba cierta y demostrativa de que los demandados van a procurar la frustración de la ejecución del procedimiento judicial, sino que debe ser interpretada de una forma más flexible y abierta, pues no en vano la ley emplea el término ‘justificar’, que implica un grado menor de certeza que el

de probar o acreditar”. Separa, en diferentes escalones la justificación, más leve en su fundamento, de la acreditación que vuelve a ser identificada con la prueba.

Sobre la continuidad de los apoyos jurisprudenciales y doctrinales para acercarnos a la concreción legal de acreditar cabe ponerla en relación, nuevamente, con los contenidos a este respecto de la ya citada Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica en el punto que hace referencia a la exigencia de indicios. Como bien dice DELGADO MARTÍN toda medida provisional destinada a la tutela de la víctima, sea ésta cautelar o de protección, requiere una apariencia de buen derecho, esto es, que existen indicios de que se ha cometido un hecho que reviste los caracteres de infracción delictiva; y de que es autor la persona contra la que se dirige la medida³³⁰.

En este último sentido, la ya clásica STC 174/1986, de 15 de enero, traza, en su Fundamento de Derecho sexto, la distinción entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y la presencia de simples sospechas sobre los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión: una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe construir certezas sobre la base e simples probabilidades; de esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito³³¹.

³³⁰ DELGADO MARTÍN, Joaquín. “La orden de protección de las víctimas e violencia doméstica”. En *La Ley penal*. Nº 2, 2004, pág 3 (versión Internet).

³³¹ De parecida manera: SSTC 175/1985, de 15 de enero y, entre otras, la más reciente 197/2007, de 11 de septiembre.

Con esta perspectiva, el susodicho DELGADO MARTÍN, en cita del Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, manifiesta que “resulta indispensable que existan indicios, lo que ni puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas, es decir, aunque la Ley no lo diga expresamente, ha de exigirse racionalidad de la noticia, probabilidad de su existencia, etc. (...). Indicaciones o señas, o sea datos externos que apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad penal de la persona”³³².

La ya citada STS 203/2002, de 25 de noviembre, pone indirectamente en relación las hipótesis de indicios con la de acreditar al afirmar que: “indicios sustentados en inspecciones oculares de la Policía Judicial, declaraciones de coimputados y otros por las que se acreditan que los acusados vertían de forma intencional residuos tóxicos a cauces prohibidos”.

Cabe, pues, sobre las diferencias sustentadas y marcadas páginas atrás entre esta vertiente de la Orden de Protección y el artículo 81.2 del Código Civil aprovechar determinadas variables que se han expuesto para aquella y aplicarlas, con ciertos matices de ubicación y contenido, a éste, como haremos al final de este epígrafe.

Estas muestras que introducimos como pura referencia a título de ejemplo de otras opciones al término acreditar pueden tener una cierta aplicación en el Texto vigente. Es cierto que el legislador de 2005 no introduce ninguna cláusula explicativa de lo que pretende con el término

³³² *Ibd.*

“acredite”, lo que si hubiera hecho sería una positiva manera de evitar las incertidumbres que presenta el artículo con respecto a esta cuestión; como también lo es que no se trata de la misma materia pues en una se relaciona con el afecto marital, cuestión que, aunque con proyección jurídica, tiene un marcado matiz de relación personal, de convivencia, de amor entre los cónyuges, y la otra afecta sino a malos tratos directamente regulados sí a formas de riesgo para determinados bienes jurídicos que pueden tener ubicación incluso en el Derecho penal, con lo que la “frívola invocación” de este riesgo para obtener el divorcio sin esperar a los tres meses puede afectar al otro cónyuge, no solo en relación a aquél, sino asimismo de manera decisiva e intensa en la adopción de medidas cautelares, de prohibiciones incluso de criminalización de su conducta, por lo que parece que debe exigirse alguna garantía, aunque mínima del aserto contenido en la demanda divorcio.

Queremos decir con ello que, sobre la premisa de admitir la excepción planteada y el plazo de los tres meses que pretende evitar, lo que ya es mucho asumir, parece adecuado, en razón a criterios de garantía del cónyuge no instante, que, además de la demanda y en ella se, al menos, explicita, el tiempo, la manera en que se produjeron los hechos invocados como riesgo para la vida, la integridad física o los demás bienes jurídicos, el lugar en el que se realizaron y si fueron dirigidos al otro cónyuge o a alguno de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, para posibilitar la defensa de éste ante tan grave acusación. En todo caso, dada la brevedad del plazo establecido, puede suceder y se dará con cierta frecuencia que, por muy rápido que actúen los tribunales de que si en el momento en que se ha de dictar la resolución judicial decretando la separación o el divorcio han pasado los tres meses desde la celebración del matrimonio no podrá denegarse, como

bien apunta MONTERO AROCA, la separación o el divorcio por haberse presentado la solicitud antes del plazo legal pero transcurrido éste durante la tramitación³³³. Todo ello, lógicamente de acuerdo a los trámites procedimentales establecidos por los artículos 769 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

UREÑA MARTÍNEZ, en una interesante comparativa que realiza entre la Ley 15/2005 y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra Violencia de Género (en adelante Ley Integral), y a la que luego acudiremos con mayor intensidad plantea que, a diferencia de esta última, la Ley 15/2005 no requiere alegar ni probar los malos tratos –o cualquier otra causa- para la concesión de la separación judicial o el divorcio³³⁴. Estoy de acuerdo con el planteamiento global de la citada autora, pero quiero entender que se ésta refiriendo a la filosofía de la Ley, a la norma general que, ciertamente como ya hemos planteado, apuesta, acertadamente, por la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de resolución de los conflictos matrimoniales que llevan hasta el divorcio; porque en lo concreto, cuando plantea, la Ley, con mayor o menor acierto, el contenido de la excepción del número 2º del artículo 81, que obviamente no es una renacida causa de divorcio sino únicamente una circunstancia eliminadora del plazo de los tres meses para la presentación de la demanda, contempla expresamente, como se ha dicho, la acreditación de la existencia del riesgo, cuya concreción, eso sí, presenta las variables antes precisadas.

³³³ *Ibd.*

³³⁴ UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena. *Separación conyugal...cit.*, págs. 29-32. En parecido sentido: CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de familia, casos, reglas, argumentos*. Madrid, 2006, págs. 122 y ss.

2. Concepto de riesgo

Otra de las cuestiones que muestra una difícil concreción interpretativa en la aclaración de los términos que componen este número 2º párrafo 1º del artículo 81 es el de la determinación del significado y alcance de la locución riesgo, empleado como segundo de sus presupuestos. En su comprensión común, riesgo supone la “contingencia o posibilidad de que suceda un daño, desgracia o contratiempo”. En atención a lo previsto por el artículo en cita será la posibilidad de que se produzca un daño para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexuales.

Se trata, como ha puesto de manifiesto algún autor³³⁵, de la realización de un juicio de peligrosidad o pronóstico de peligro que puede ser, desde nuestro punto de vista, generado por la sola puesta en riesgo de alguno de los bienes jurídicos que en el precepto se enumeran, es decir la concurrencia acreditada de un peligro de que uno de los cónyuges puede atentar contra los susodichos bienes del otro cónyuge o de los hijos indicados, que daría lugar a la realización estricta y formal de la excepción en estudio, o bien de la real conculcación de esos bienes, que evidentemente produciría mayor nivel global de peligrosidad y de igual manera produciría los efectos señalados con respecto a la separación y divorcio. De ello se deduce que la profundidad de riesgo no es homogénea para todos los supuestos sino que depende de la intensidad y alcance de los objetivos a cubrir. De este modo, la señalada sentencia del Juzgado de primera instancia nº 36 de Madrid 564/2008, de 10 de abril, afirma, para el caso que juzga, que “el Juez no debe de exigir la existencia de un peligro concreto de insolvencia, que resultaría de hecho

³³⁵ Por ejemplo: DELGADO MARTÍN, Joaquín. *La orden de protección...*cit., pág. 3.

difícil o imposible de acreditar en general, sino un cierto riesgo futuro y meramente previsible racionalmente”.

Semejante fórmula es novedosa en el Código Civil que, generalmente cuando se refiere al riesgo lo hace desde una perspectiva patrimonial. Así, por ejemplo, se alude expresamente a este término en el artículo 1.452, dentro del contrato de compra y venta, al aludir en su párrafo tercero a que “si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se hay constituido en mora”; asimismo en el artículo 1.687, como obligaciones de los socios en la sociedad, cuando se recoge que “el riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aportan a la sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos, es del socio propietario. Si las cosas aportadas son fungibles, o no pueden guardarse sin que se deterioren, o si se aportaron para ser vendidas, el riesgo es de la sociedad. También lo será, a falta de pacto especial, el de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario, y en este caso la reclamación se limitará al precio en que fueron tasadas”.

No parece ser éste el sentido que el legislador le otorga al susodicho número 2º. Y ello es así porque adopta una panorámica entre la autonomía civil y la referencia penal, mucho más dada esta última a la utilización de los conceptos de riesgo o de peligro en relación a determinados bienes jurídicos. El legislador civil se ha inclinado por una fórmula híbrida que no se decanta directamente por la asunción de tipos punitivos pero al combinar riesgo y bienes jurídicos de naturaleza penal está abriendo las puertas a conceptos normativos que si bien civiles tienen una clara influencia de los contenidos punitivos, posiblemente en un esfuerzo intencionado de no aludir a los malos tratos o violencia doméstica expresamente tipificada en el Texto punitivo,

fundamentalmente en sus artículos 153 y 173.2 y 3, en su modalidad de habituales, que de producirse darán lugar, por supuesto, a la excepción analizada porque no solo habrá una puesta en riesgo del bien jurídico integridad física o integridad moral sino una real conculcación. Lo que hace el Código Civil es adelantar, todavía más, el momento de la significación jurídica con la sola puesta en riesgo de dichos bienes jurídicos. Ciertamente que esa puesta en riesgo podría pensarse, al menos en determinados casos, que se configura como una tentativa del respectivo delito, como más adelante veremos.

En definitiva, como bien precisa MONTERO AROCA, las circunstancias enumeradas no parece que quepa hacerlas coincidir con tipos determinados del Código penal, a pesar de que en algún caso se aprecian similitudes terminológicas, cuando no identidades textuales³³⁶, posiblemente, afirmo yo, más de éstas que de aquéllas por lo que su correcta valoración e interpretación tienen que pasar por ambos canales de información.

Ya hemos adelantado líneas más arriba que el concepto de riesgo cabe, de alguna manera, identificarlo con el de peligro, así lo hace VÁZQUEZ IRUZUBIETA al afirmar “que si nos atenemos a las descripciones de los tipos penales de peligro, nos hallaremos una situación semejante a la que contiene el Código Civil en el artículo 81”³³⁷. En el ámbito punitivo, se distinguen los delitos de lesión de los delitos de peligro. En los primeros se necesita para su consumación una verdadera conculcación del bien jurídico – es decir, matar, lesionar, violar, etc.-; en los segundos, basta con que se ponga en riesgo de lesión el bien jurídico.

³³⁶ *Ibd.*

³³⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Código Civil...cit.*, pág. 136. Manifiesta a continuación que si se quiere acreditar que el demandado vocifera o amenaza, pudiera servir para acreditar el riesgo a la integridad física.

A su vez estos últimos, son divididos entre los denominados de peligro concreto, en los que éste forma parte del tipo, siendo preciso, en cada caso, la demostración de la efectiva puesta en riesgo del bien jurídico protegido – verbigracia el artículo 316 del Código penal: “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física serán castigados con las penas de prisión de seis a tres años y multa de seis a doce meses” o el 229 el abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda cuando “por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, la salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o incapaz”- y los de peligro abstracto, en los que el peligro no está integrado en el tipo correspondiente, solo se da una presunción por parte del legislador de que la situación es peligrosa por sí misma sin que ello sea preciso concretarlo de forma específica –ejemplo, artículo 379, delitos contra la seguridad vial, “el que condujere un vehículo a motor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en 80 kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente será castigado (...)”; se presupone aquí la genérica presencia de un riesgo para la seguridad del tráfico, para otros para la vida o la integridad de las personas, por el hecho de conducir a esa velocidad, aunque no existe una real y específica puesta en peligro-³³⁸.

Como ha podido comprobarse la distinción dogmática y legislativa de este tipo de delitos tiene cierta similitud con los contenidos del número 2º del

³³⁸ Con carácter general, *vid.*, entre otros. MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada, 2001, págs. 9 y ss. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., Barcelona, 2004, págs. 233-255.

artículo 81 del Código Civil, pero también presenta algunas diferencias que es necesario matizar para de esta manera delimitar el ámbito separador entre una propuesta y otra. Cabe sintetizar las siguientes peculiaridades de la comprensión de esta modalidad de riesgo en la esfera ius privatista: a) la ya analizada exigencia de la acreditación del riesgo puede emparentar, en este caso con bastante mayor amplitud, la hipótesis civilista con la idea de un peligro concreto, porque no es que el legislador aluda a una idea genérica de peligrosidad o de riesgo, lo que, en este caso sería muy contraproducente ya que se tendría que fundar en las características subjetivas de uno de los cónyuges –ser hombre, ser corpulento, ser impulsivo, tener una determinada profesión, etc.-sino en la real puesta en riesgo de alguno de los bienes jurídicos enumerados –obviamente otra cosa es a qué nivel se ha de apreciar el riesgo o cómo se ha de probar, a lo que ya aludimos en el epígrafe anterior-; b) la utilización de esta fórmula tiene como único objetivo, al menos en principio, la innecesariedad del plazo de los tres meses para solicitar que se decrete judicialmente el divorcio, con lo que la flexibilidad de su contenido ha de ser mucho mayor que si se tratara de la valoración y aplicación de una figura delictiva, lo que no quiere decir que, en algunos o muchos casos, no coincidan ambas pretensiones.

3. Bienes jurídicos a los que afecta

Evidentemente la acreditación del riesgo va acompañada de una serie de bienes a los cuales ha de afectar. En este caso sí creemos que se puede afirmar que el legislador civil traslada conceptos penales al ámbito del artículo 81.

El bien jurídico es uno de los pilares esenciales en los que se fundamenta el Derecho penal moderno, sobre todo para los que estiman una doble función de éste: la protección de bienes jurídicos a través de la prevención. Con esta perspectiva, es fácil acercarse a la realidad de los bienes jurídicos, pero es bastante más complicado, desde cualquier opción doctrinal, llegar a un concepto pacífico de bien, aunque son muchos los autores que parten de la propia Constitución para delimitar las determinaciones esenciales con que se elabora aquél, cuya concreción ha de requerir una precisa determinación de la sociedad estatal y un profundo análisis de las condiciones y funciones en las cuales se basa nuestra vida social dentro del amplio marco constitucional y que han de protegerse para la ordenada convivencia ciudadana, a los que se han venido en llamar bienes jurídicos³³⁹.

Aunque la delimitación real de estos bienes para su protección jurídica no es tarea fácil sobre todo en el ámbito punitivo marcado por el principio de *ultima ratio*, algunos autores como RUDOLPHI han exigido para su concreción las siguientes premisas: a) el legislador está vinculado a las metas que para el Derecho penal se deducen de la Constitución y, en consecuencia, no es libre en su decisión de elevar a la categoría de bien jurídico cualquier juicio de valor; b) con lo anterior únicamente se ha señalado el arranque valorativo con que especificar el contenido material del bien jurídico, quedando todavía por desarrollar las condiciones y funciones en que se basa esta sociedad dentro del marco constitucional; c) que un tipo penal posea un bien jurídico concretado, ni significa su legitimación, es necesario, además,

³³⁹ Vid., por todos, en este sentido: POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla, 1974 MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 2004, págs. 82 y ss.

que sea protegido frente a acciones que puedan lesionarlo o ponerlo realmente en peligro³⁴⁰.

También ROXIN estima que el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. En consecuencia, un bien jurídico vinculante político-criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, descritos en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, y al mismo tiempo en su propia protección, por medio de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. Desde semejante perspectiva, el maestro alemán afirma que “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistemas social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”³⁴¹. Con ello ROXIN plantea, desde nuestro punto de vista con acierto, la integración en el concepto tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de las normas creados únicamente por el mismo, con lo que deriva hacia una serie de parámetros excluidos del bien jurídico: a) las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos; b) las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos; c) las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos³⁴².

³⁴⁰ RUDOLPHI, H.J. “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”. En *Nuevo pensamiento penal*, 1977, págs. 341 y ss.

³⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad., de 2ª ed., alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Madrid, 2006, págs. 55 y ss.

³⁴² Desde una perspectiva crítica a la concepción mayoritaria de bien jurídico, *vid*: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed., trad., Cuello Contreras- Serrano González de Murillo. Madrid, 1997, págs. 47 y ss. El autor alemán define a los bienes jurídicos, desde su perspectiva funcionalista, que no compartimos, como “objetos en su relación con las personas”, “unidades funcionales valiosas”, “potenciales” o

Tomar postura sobre la necesaria vinculación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos no requiere la exclusividad de su única lesión para que se pueda hablar de comisión delictiva, cabe, asimismo, la puesta en peligro o en riesgo de tales bienes jurídicos, o, al menos de algunos de ellos, fundamentalmente, y por lo que interesa a este estudio, los de naturaleza personal, dando con ello lugar a los ya mencionados delitos de peligro concreto o abstracto. Además, igualmente hay que citar en este contexto la punibilidad de la tentativa, en la que tampoco se produce la lesión del objeto de protección pero en la que se sanciona las hipótesis de que una conducta esté encaminada por su tendencia objetiva o subjetiva a la lesión de un bien jurídico

Estas últimas apreciaciones son las que entendemos pretende desarrollar el legislador civil en el susodicho artículo 81, referencial del 86. Selecciona una serie de bienes jurídicos cuya sola puesta en riesgo, con toda la amplitud que, como hemos visto, este término conlleva sobre todo desde la perspectiva civil, en principio no totalmente condicionada por los postulados penales, y con el que construye la excepción a los tres meses planteada como norma general. Lo que está totalmente claro es que se destacan una serie de bienes jurídicos personales, que, como tales, afectan a derechos fundamentales de los otros sujetos, de difícil discusión como necesarios de protección penal, en sus más variadas intensidades y, como es obvio, con incidencia en esta opción de carácter inicialmente privado pero con claras determinaciones punitivas: vida, integridad física, libertad, integridad moral, libertad o indemnidad sexuales. Veámoslos individualizados en su estudio.

“participales”, es decir “condiciones de posibilidad de participar en la interacción social”, por lo que prefiere el empleo del concepto de unidad funcional (pág. 52).

3.1. Vida.

El primero de los bienes a los que se alude es el de mayor importancia desde la perspectiva de la protección individualizada de la persona: la vida. Es, por su propia naturaleza, un valor permanentemente protegido en los Textos punitivos y proclamado en las Constituciones.

En este último sentido, nuestro Tribunal Constitucional se ha hecho con frecuencia eco de la relevancia absolutamente necesaria de este valor individual y social. Referencial es la ya histórica STC 53/1985 de 11 abril de 1985 cuando en su Fundamento de Derecho tercero manifiesta que “el derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución³⁴³, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes”.

La relevancia y significación superior de uno u otro valor y de los derechos que lo encarnan se manifiesta en su ubicación en el texto constitucional, “ya que el artículo 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo dónde se concretan estos derechos, lo que muestra que

³⁴³ “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...)”.

dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el ‘prius’ lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”. Esta dualidad vida-dignidad es un fundamento básico para la comprensión de las opciones protectoras introducidas en el Código penal y de las desarrolladas, puntualmente, en el Código Civil en la materia que estamos tratando. La primera por sí misma; la segunda como soporte y explicación de los efectos que la sola puesta en riesgo de algunos de los bienes personales indicados tiene para la petición inmediata de divorcio por una de las partes.

En el Fundamento de Derecho quinto asume que la vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no solo a las distintas perspectivas (genética, médica, teológica) sino también por los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista estimados. Sin embargo, y precisamente por eso, valora la necesidad de precisar la noción de vida que le ha de servir de base para determinar el alcance del mencionado precepto, para lo que propone las siguientes variables: a) la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el ‘status’ jurídico público y privado del sujeto vital, b) la gestación genera un ‘tertium’ existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta; c) dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad,

bien con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital, y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el ‘nasciturus’ es ya susceptible de vida independiente de la madre, es decir cuando adquiere plena individualidad humana.

Con esta perspectiva de interpretación constitucional del vocablo “todos”, en vez del originalmente pensado “todas las personas” se evitan, desde este punto de vista, los indudables problemas que hubiera acarreado en su concreción en disciplinas jurídicas específicas, como son la civil y la penal en este apartado estudiadas. La asunción, al menos formal, del “nasciturus” en esta hipótesis lo protege bajo el paraguas del artículo 15 constitucional aun “cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental”.

En cualquier caso, dicha proclamación deviene en una serie de opciones de protección concretadas en el ámbito punitivo, sobre la exigencia de protección por parte del Estado de estos valores, en los primeros títulos del libro segundo del Código penal ocupados el primero en el homicidio y sus formas y el segundo en el aborto. Semejante distinción responde, con escala sancionadora diferenciada, más intensa para aquél, lo que demuestra la intención y valoración del legislador que lleva en el último de los casos a aceptar supuestos de no punición³⁴⁴, a la clásica distinción entre delitos contra la vida humana independiente y delitos contra la vida humana dependiente. Más restrictivo, lógicamente por su carácter de regulador de relaciones entre

³⁴⁴ La disposición derogatoria única 1a) del Código penal de 1995 deja en vigor el artículo 417 bis del Código penal anterior en el que se sigue el criterio de las indicaciones para confirmar que, en determinados supuestos el aborto no será punible cuando sea practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada y concurre alguna de las siguientes circunstancias: a) que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada – indicación terapéutica-; b) que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación – indicación ética-; c) que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas – indicación eugenésica-. Las tres variables requieren, a su vez, requisitos específicos para su aplicación, para cuya concreción nos remitimos al artículo citado.

particulares, se presenta el Código Civil que en su artículo 29 fija que “el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente. Éste a su vez aclara que “para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere vida humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

O’CALLAGHAN sitúa las tres hipótesis que en la doctrina se han producido en cuanto al comienzo de la personalidad: a) teoría de la concepción, el momento del comienzo de la personalidad es el de la concepción, al entender que el concebido tiene ya existencia independiente y deber ser estimado como persona desde ese momento; b) teoría de la viabilidad, se requiere no solo el nacimiento sino que la criatura sea viable, es decir, la que nace viva y sin problemas orgánicos o funcionales que le impida continuar su existencia; c) del nacimiento, completada la separación total del feto del claustro materno, comienza la personalidad del nuevo ser, que tiene que haber nacido con vida, al margen de su viabilidad futura³⁴⁵.

Esta última es la más reconocida actualmente por la doctrina y la que desarrolla el artículo 29 y 30 citados, aunque pudiera parecer que se está en la normativa española ante la teoría de la viabilidad por la exigencia de la prolongación de la vida veinticuatro horas. No lo entiende así, con razón, entre otros, O’CALLAHAN pues la personalidad se produce por el nacimiento, en la perspectiva también del Código, pero añade una especie de *conditio iuris* con la intención no de su viabilidad sino para evitar incertidumbres y discusiones de si un ser nació verdaderamente como ser

³⁴⁵ OCALLAHAN, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Parte General*. 5º edición. Tomo I, Madrid, 2004, págs. 240-241. Igualmente. ALBALADEJO. Manuel. “Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro”. En *Revista de Derecho Privado*, 1977, pág. 166.

humano vivo, pues un ser no viable puede vivir más de veinticuatro horas y no por eso deja de tener personalidad desde la valoración jurídico-civil³⁴⁶.

En este contexto puede surgir el primero de los específicos problemas interpretativos con relación a la excepción contenida en el artículo 81, número 2º del Código Civil. Supongamos un matrimonio con un mes de permanencia en el que la mujer está embarazada de tres meses y el marido realiza sobre ella, y contra su voluntad, acciones dolosas, incluso imprudentes, para conseguir su aborto, es decir la destrucción del feto, poniendo en riesgo a éste ¿cabría integrar semejante conducta dentro del supuesto de riesgo para la vida? Verdad es que el texto civil no se refiere a la nomenclatura propia de dicho Código, esto es, la de la personalidad, sino directamente a la vida y que, con la interpretación constitucional del término, ésta cabe extenderla a la independiente y a la dependiente del claustro materno. Sucede, no obstante, que el mismo artículo se refiere como sujeto pasivo de la acción al cónyuge demandante, a los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio con lo que no integra; en principio, como tal sujeto al naiturus, aunque podría pensarse que se ve afectado por los efectos que le sean favorables, como es la vida y el ser hijo del matrimonio, aunque de difícil concreción el requisito que establece el artículo 29 pues para cumplir la exigencia de que nazca con las condiciones que determina el siguiente artículo han de pasar más de tres meses con lo que la excepción pierde su sentido y se configura como una opción de normalidad en cuanto a la petición del divorcio. Dicho esto es necesario añadir que vemos la solución no tan enrevesada, como es en relación a la vida, en atención a los siguientes bienes jurídicos como son la integridad física de la mujer o su propia libertad,

³⁴⁶ *Ibd.*,pág. 241. Igualmente. ALBALADEJO. Manuel. “Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro”. En *Revista de Derecho Privado*, 1977, pág. 166.

suficientemente puestos en riesgo por la actitud descrita como para configurar directamente la excepción indicada.

Hecha esta aclaración no hemos de situar en las alusiones que el derecho a la vida humana independiente presenta como ámbitos de protección primero en el Derecho penal y después en la aplicación concreta de la referencia vida en el reiterado artículo 81 del Código Civil.

En el Texto punitivo, como ya hemos señalado, están contenidos en el Título primero del libro segundo. El tipo base es el homicidio –el que matare a otro- (artículo 138-, acompañado del asesinato-el que matare a otro con alevosía, por precio recompensa o promesa o con ensañamiento- (artículo 142), la inducción al suicidio, cooperación al suicidio, homicidio a petición (artículo 143), homicidio imprudente (142). La primera característica es que si se produce la lesión al bien jurídico –muerte- la cuestión dejara de ser problemática a los efectos de su valoración en la excepción que analizamos supresora del plazo de tres meses, a diferencia de lo que sucede con los otros bienes puestos en riesgo. Como dice el Código Civil en su artículo 85, y es de pura razón, el matrimonio se disuelve por la muerte. Otra cuestión, ajena a nuestro estudio, es la responsabilidad penal del que ha realizado tal conducta.

Al margen de este radical supuesto, la puesta en riesgo de la vida del cónyuge o de los hijos de uno de ellos o de ambos presenta configuraciones delictivas evidentes. Es difícil de pensar en una situación en la que se produzca dicha acción sin que tal conducta esté tipificada en algún precepto penal. Veamos algunos ejemplos para completar esta afirmación.

El primero de ellos es una de las formas más simples y sencilla, que en principio pudiera tener menos trascendencia para el bien jurídico vida, es la de amenazar con matar al otro cónyuge –pensemos en la pareja de recién

casados que a la semana de matrimonio el marido le dice a la mujer “no sirves para nada, me he equivocado en casarme contigo y te voy a matar”, o el que en la misma situación temporal por causas de celos le manifiesta igualmente que la tiene que matar, o con matar a uno de los hijos que con ellos conviven y que pueden ser de un anterior matrimonio de la mujer-. En esta perspectiva, entendemos que desde la esfera civil y con una interpretación autónoma del contenido del artículo 81, podría aceptarse que existe un riesgo para la vida; pero sucede, al mismo tiempo, que semejante conducta se configura como un delito de amenazas del artículo 169. 2º del Código penal, cuyo bien jurídico protegido es la libertad, incluido asimismo en el catálogo enumerado por el susodicho artículo 81. Incluso si se estimare amenaza leve, cosa que dudamos, estaría integrado en el artículo 171. 4 o 5 relacionado con la violencia de género (caso del número 4) o con la doméstica (número 5).

El segundo, de mayor intensidad, es el de la tentativa de homicidio o de asesinato. Es el caso, por ejemplo, de la mujer que por las circunstancias que sean quiere matar a su marido, con el que está casada desde hace tres semana, se procura una dosis de veneno suficiente para quitarle la vida y se la pone en la taza del té que, como todos los días, se lo ofrece puntualmente a las cinco; el varón tomo una pequeña cantidad y al estimar que está un poco caliente lo deja encima de la mesa, cuando va nuevamente a ingerirlo, un gato salta sobre aquélla y lo derrama. En su dimensión civil no existe ningún problema para ubicarlo dentro de las coordenadas del artículo 81.2, pues evidentemente la actuación de la mujer supone un riesgo para la vida de su cónyuge; en la penal se está ante una tentativa de homicidio o de asesinato si se entiende que el uso de veneno es un modo de asegurar directa o indirectamente la muerte evitando los medios de defensa, es decir por alevosía.

El tercero, hace referencia a las modalidades suicidas, fundamentalmente a la inducción. Supuesto en el que el marido crea en su mujer una voluntad suicida que antes no tenía y motivada por ello intenta suicidarse sin conseguirlo. Aquí la solución es más compleja pues la mayoría de la doctrina penalista estima que no es punible la tentativa, porque en palabras de GONZÁLEZ RUS lo contrario supondría “desconocer la voluntad legal de castigar las conductas de auxilio solo cuando se produzca la muerte del suicida”³⁴⁷. A pesar de ello, y desde nuestra comprensión de que el concepto civil de “riesgo” es más laxo que el penal, porque, entre otras cosas, se relaciona específicamente sólo con la separación y el divorcio, entraría dentro del número 2º del artículo 81.

En cuarto lugar, el de las hipótesis imprudentes. Contemplemos la situación de una mujer casada, el mes anterior, que acompaña con frecuencia a su marido en viajes que tienen que realizar conjuntamente, y en los que aquél conduce negligentemente con temeridad manifiesta y poniendo en concreto peligro la vida de su esposa. Solución parecida a los casos anteriores, aunque con algunos matices que hay que significar. Uno de ellos es el de que en el ámbito punitivo es mayoritaria la tesis que mantiene que la tentativa es irreconciliable con la imprudencia³⁴⁸, por lo que la conducta descrita no podría ubicarse en el delito de homicidio, pues solamente supone un riesgo para el bien jurídico producido por imprudencia. Sin embargo, al tratarse de una clara situación de peligro concreto el legislador lo ubica, como tal, dentro de los delitos contra la seguridad vial, en el artículo 380³⁴⁹, como infracciones

³⁴⁷ GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Derecho penal Español. Parte Especial*. Coordinador Cobo del Rosal, 2ª ed., Madrid, 2005, pág. 110.

³⁴⁸ En tal sentido: COBO DEL ROSAL, M-VIVES ANTÓN, T.S, *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Valencia, 1999, pág. 728. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición, Barcelona, 2004, págs. 351-353.

³⁴⁹ *Vid:* MORILLAS CUEVA, L.- SUÁREZ LÓPEZ, J. M. “El delito de conducción temeraria en el Código Penal de 1995”. En *Cuadernos de Política Criminal*

de temeridad manifiesta en la conducción. Con semejante adecuación sistemática no entraría, en principio, dentro de las coordenadas de los bienes jurídicos que refleja el artículo 81 del Código Civil, pero, nuevamente sobre el planteamiento que hemos mantenido en este capítulo en relación a la amplitud de los conceptos civilistas, entendemos que dicha conducta podría integrarse como un riesgo para la vida del otro cónyuge a los efectos del mencionado artículo sobre el divorcio, en el que no han de incidir las reflexiones dogmáticas y jurisprudenciales sobre la tentativa y la imprudencia de la esfera punitiva.

De todos estos ejemplos y de otros muchos que se pueden plantear cabe deducir la dificultad de seleccionar hipótesis viables para el corto espacio de tiempo en que está encorsetada la excepción del artículo 81, la frecuente identificación de supuestos acogidos en tal previsión privatista y auténticos delitos, con el problema jurisdiccional que ello supone en bastantes ocasiones, y que luego trataremos con más detenimiento, y el expansionismo normativo que se configura a través de circunstancias pensadas para las concretas instituciones civilistas de la separación y el divorcio y que trasciende de ese ámbito para situarse en la más grave de la ley penal.

3.2. Integridad física.

El segundo de los bienes a los que alude el número 2 del artículo 81 es el de la integridad física. De la misma manera que la vida está proclamado en el artículo 15 de la Constitución tal y como hemos explicitado páginas atrás. Sus correlativas infracciones delictivas corresponden en un inicio a las lesiones contenidas en el Título III del libro segundo del Código penal. Pero

de igual forma que hemos hecho en el anterior epígrafe hay que matizar esta relación sobre el propio concepto del término empleado por el legislador civil y sus efectos en ambos sectores del Ordenamiento jurídico.

El Texto punitivo no selecciona expresamente el bien jurídico que pretende proteger en el susodicho título. En su articulado lo refiere de diversas formas: “menoscabe su integridad corporal o salud física o mental” (artículo 147), “formas concretamente peligrosas para la salud, física o psíquica” (artículo 148), “integridad de las personas” (artículo 154). Ante esta encrucijada legislativa, la doctrina, al menos la mayoritaria, se decanta por el término amplio de salud humana contenedora tanto del bienestar físico y mental de la persona como del sustrato corporal. Se incorpora la integridad en sus dos perspectivas, física y psíquica, pero conectada al concepto más amplio de salud³⁵⁰. En consecuencia, son protegidos la integridad corporal y la salud física y mental. Por el contrario, el Código Civil menciona de modo expreso únicamente la integridad física que luego acompaña con la integridad moral, concepto desde nuestro punto de vista distinto, siguiendo la descripción constitucional del artículo 15. ¿Quiere decirse con ello que el contenido del artículo 81.2º es, en este aspecto, más restrictivo que el Código penal? No creemos que sea así. Hay que mantener la hipótesis de la amplitud interpretativa de los conceptos diseñados por el legislador civil con respecto al penal.

Todos los delitos de lesiones tienen un componente de menoscabo físico que se ha de identificar con la fórmula empleada en el ámbito civil – menoscabo de la integridad corporal, esterilidad, impotencia, pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal o no principal, deformidad,

³⁵⁰ En este sentido, entre otros: PÉREZ ALONSO, Esteban. “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1990, págs. 615 y 616. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 16ª ed., Valencia, 2007, pág. 107.

mutilación genital, etc.- y que los reconduce a su ámbito de actuación ¿puede dudarse de que el que pone en riesgo un brazo o una pierna o la potencia sexual de otra persona no está situando en riesgo la integridad física de esa persona? o ¿el que realiza mecanismos o actuaciones tendentes a un desequilibrio mental de otro individuo, no estará asimismo poniendo en riesgo la propia integridad física de ese sujeto desde la valoración amplia que hay que realizar desde las indicaciones del artículo 81?

Estamos, en definitiva, abriendo la noción civil de integridad física a supuestos entre lo físico y lo psíquico y, en todo caso, bajo la cobertura de una comprensión igualmente amplia del vocablo salud, que posiblemente hubiera sido de uso más acertado por parte del legislador civil para evitar los problemas interpretativos que se están planteando.

Al contrario que en el apartado anteriormente detallado y dedicado a la vida, aquí es absolutamente posible que se produzcan unas lesiones consumadas y la víctima de ellas sea la que presente la demanda de divorcio sin plazo. No creemos que exista ningún inconveniente limitativo por el empleo normativo de la “existencia de un riesgo” cuando se produce una real conculcación pues qué mayor riesgo para la integridad física que la mutilación de una mano o la pérdida de un ojo. En puridad el riesgo se configuraría en los supuestos de tentativa, por ejemplo, cuando uno de los cónyuges a los quince días de casado y tras una discusión con el otro le arroja un martillo a la cabeza, que logra esquivar. Aquí la concreción dogmática de la tentativa puede presentar algunos problemas de especificación probatoria y de tipo, pero en el ámbito del divorcio, no nos cabe duda de que estamos ante una forma más de excepción de los tres meses. En todo lo demás nos remitimos a lo dicho para el bien jurídico vida, sobre todo en la doble apreciación de excepción del artículo 81 y de uno de los delitos indicados

consumado o tentado, junto con la posibilidad de su transformación en un delito de amenazas cuando el objeto de dicha infracción supone precisamente una amenaza de un mal constitutivo de una lesión.

Mención aparte merecen los contenidos del artículo 151, relacionados con la violencia de género, e introducido en su actual redacción por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, completado sobre la base de la importante y acertada modificación que llevó a cabo la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, a través de la cual se transforman determinadas faltas relacionadas con la violencia doméstica en delitos, con ubicación en el susodicho artículo 153 dejado sin contenido por el cambio de su anterior redacción al artículo 173 en sus nuevos números 2 y 3.

El reformado artículo 153 acoge una serie de hipótesis en las que no llega a realizarse las figuras tradicionales de lesiones delictivas, pero que, por su situación sistemática y por el objeto específico de protección, violencia de género y doméstica, se equiparan a las tradicionales lesiones³⁵¹. Varios aspectos contempla la susodicha regulación, en atención al tema que se está tratando cuyos sujetos son cónyuges e hijos por lo que fundamentalmente aludiremos a los presupuestos del número 1 en relación a las coordenadas específicas de la tutela penal contempladas en la Ley Integral –mujeres y víctimas especialmente vulnerables. Mantiene como sujetos pasivos: “la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente

³⁵¹ Vid, en esta línea y entre otros: MAGRO SERVET, Vicente. “Análisis del nuevo artículo 153 del Código Penal (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre)”. En *La Ley Penal*. Nº 2, 2004, págs. 5 y ss. GONZALEZ RUS y otros. *Derecho Penal...cit.*, coordinado por Cobo del Rosal, págs. 157 y ss.

vulnerable que conviva con el autor”-: a) el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delitos en este Código; b) golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión. El número 2 hace extensiva la protección cuando la víctima fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior. Este último supuesto está sancionado con menor pena, muy corta diferencia con la primera –únicamente en el límite mínimo de la pena de prisión que para el número 1 es de seis meses (de seis meses a un año) mientras que para el segundo lo es de tres meses (de tres meses a un años). Las demás son idénticas³⁵².

La característica de cierta levedad de estas figuras delictivas, situadas entre los delitos precisamente por su naturaleza de infracciones relacionadas con la violencia de género, propicia una mayor aproximación a las hipótesis contempladas en el número 2º del artículo 81 del Código Civil que al actuar sobre la petición de separación o de divorcio marcan una indudable identificación entre lo que pretende el legislador penal sustantivo y el civil en torno a la violencia de género y, en su caso, a la violencia sobre el otro género que es el varón o sobre los hijos de los cónyuges. Ni que decir tiene que a efectos civiles del referido artículo es indiferente la separación punitiva que a través de la Ley Integral se establece entre el cónyuge mujer y el varón, puesto que en ambos casos, con mayor o menor intensidad de pena, se produce el requisito que estamos valorando como núcleo esencial de esta reflexión que no es otro que el de la existencia de un riesgo para la integridad física. Cuestión distinta es la fijación de medidas a desarrollar y el

³⁵² Semejante desigualdad en función del sexo del sujeto activo y pasivo ha sido motivo de varios recursos en relación con cuestión de inconstitucionalidad del artículo 153.1 solventados a favor de la regulación legal por la STC de 14 de mayo de 2008

establecimiento de la jurisdicción correspondiente a la hora de enjuiciar ambas materias.

Además, y en esta línea de escasa intensidad punitiva que acerca con mayor profundidad las conductas con tipificación penal con las integradas en la excepción reiterada de carácter civil, cabe señalar, para completar este apartado, a las faltas contenidas en el artículo 617 que presentan prácticamente el mismo alcance que las conductas descritas en el artículo 153 con la única variable de no acoger a los sujetos activos o pasivos, por lo que dado el carácter de la excepción del susodicho artículo 81.2 del Texto civil, referidos a cónyuges e hijos no tendría aplicación en beneficio de aquél, como puro ejercicio dogmático-penal de concurso de normas penales, aunque para las previsiones del último de los artículos citado sería exactamente igual pues en ambos, por la identidad de las acciones que tipifican, se produce el mismo ataque al bien jurídico que, en todo caso, supone un riesgo, de bajo nivel pero asumido en él, para la integridad de la persona.

Puede sorprender que un simple empujón o un golpe sin causar ninguna lesión pueda ser aceptado como excepción al plazo de tres meses para solicitar el divorcio, y más su incorporación como delito cuando se trata de sujetos activos y pasivos relacionados con la violencia de género o la doméstica, pero es obvio que en el primero de los casos lo que prevalece es el interés de los hijos o del cónyuge demandante que avala la disolución del matrimonio con antelación, fundamentado sobre la filosofía de la Ley 15/2005 de la autonomía de la voluntad de los sujetos que desean terminar con su matrimonio, y que, en el segundo, se está valiendo de la especial protección que demanda la violencia contra la mujer o en ámbitos familiares.

3.3. Libertad.

El tercero de los bienes citados es, posiblemente, por su extensión, el de mayor complejidad. Por libertad en sentido genérico se suele entender “la capacidad de decidirse o autodeterminarse”. Sin embargo, esta acepción tiene muchas variables en su aplicación concreta y, posiblemente, bastantes más en el ámbito jurídico.

La Constitución española alude a ella en su artículo 1.1 al declarar que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” y la vuelve a manifestar en el 17. 1 al manifestar que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos por la ley”. El Tribunal Constitucional ha definido, en alguna de sus resoluciones, este fundamental derecho. Emblemática en semejante línea es la STC 113/1994, de 14 de abril que la define como “autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias”.

MUÑOZ CONDE estima que el fenómeno de la libertad puede estudiarse desde tres puntos de vista: a) psicológico, la libertad es un atributo de la voluntad que se desarrolla en dos niveles, por un lado, la libertad en la formación del acto voluntario, por otro, la libertad en la manifestación del acto voluntario ya formado; b) político-social, la libertad ha de ponerse en relación con la propia naturaleza del ser humano, con lo que surgen una serie de limitaciones que se derivan de la necesidad de la convivencia y que están

representadas por la libertad de los demás; c) jurídico, lo anterior lleva a que dicha libertad humana esté encauzada por determinados límites y, al mismo tiempo, protegida por el Derecho³⁵³.

Esta última faceta, entrelazada con las otras dos, es la que va a merecer nuestra atención inmediata. La delimitación general de la libertad se materializa en la protección jurídica de libertades concretas que se derivan de ella, de aspectos específicos de estas libertades y de su plasmación diferenciada en los diversos ámbitos jurídicos. Por ejemplo, en la esfera civil se habla de libertad de contratar que se desprende del artículo 1.255 cuando dispone que “los contratantes pueden establecer pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”³⁵⁴ o de libertad de testar al apreciar el artículo 763 “el que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ello a favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos”³⁵⁵. Aunque semejantes situaciones pueden provocar, en su evitación, un riesgo para la libertad planteada su concreción lleva a otras esferas más genéricas emparentadas con el Derecho penal. Piénsese en el cónyuge que desea comprar un determinado objeto, conforme a las leyes vigentes y el otro le obliga mediante intimidación a introducir en el contrato una serie de cláusulas con las que no está de acuerdo. Al margen o junto a los efectos civiles derivados de semejante conducta lo que hay es un delito o falta de coacciones.

³⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...cit.*, págs. 150-151. Asimismo: CARBONELL MATEU, J.C.-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L y otros. *Derecho Penal...cit.*, págs. 181-182. Polaino Navarrete configura la categoría jurídico-penal de libertad con los siguientes caracteres generales: pluridimensionalidad, juricidad, dinamicidad, relatividad, constitucionalidad, realismo. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El delito de detención ilegal*. Pamplona, 1982, págs.69-87.

³⁵⁴ *Vid.*, en este sentido, por todos: LASARTE, Carlos. *Contratos. Principios de Derecho Civil*. 10ª ed., Madrid, 2007, págs. 106 y ss.

³⁵⁵ *Vid.*, entre otros: O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho civil*. Tomo V. Derecho de sucesiones, Madrid, 2007, págs., 65 y ss.

En definitiva, opinamos, nuevamente, que el sentido que utiliza el legislador civil en el número 2 del artículo 81 está más dirigido a las hipótesis generales de protección de la libertad contenidas en el Código penal. Tal afirmación nos deriva a la fragmentación de libertades que aparecen, como bienes jurídicos, en el Texto punitivo. La más genérica de todas es la que el propio legislador denomina de delitos contra la libertad, en el título VI del libro segundo.

Semejante título está integrado por tres variedades a cuya determinación hay que atender para situar el objeto jurídico de protección específica. La primera de ellas –capítulo primero- son las detenciones ilegales y los secuestros, cuyo bien jurídico hay que fijar en la libertad ambulatoria o de movimiento, como aquella facultad que tiene el sujeto de poder fijar libremente su situación en el espacio, trasladándose o permaneciendo en el lugar deseado y cuyo tipo referencial se encuentra en el artículo 163, el particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad. Los supuestos que sobre esta base se pueden poner en conexión con la circunstancia en estudio del número 2 del artículo 81 del Código Civil son múltiples, algunos incluso de tan pequeña magnitud que pueden calificarse de bagatelas. Como ejemplos de cierta intensidad, el marido celoso que obliga a la mujer a permanecer en casa sin salir a la calle, la madre que tiene encerrado al hijo del matrimonio durante meses; la mujer que arrebató las llaves a su esposo, lo encierra y no le permite salir de su domicilio en tres días.

La segunda, -siguiente capítulo, además de la falta del artículo 620 1º- las anteriormente citadas amenazas que pueden presentarse como uno de los más propicios soportes de la excepción que da nombre a este epígrafe y cuyo objeto de protección es la libertad de decisión, entendida como el proceso de

formación de la voluntad, que queda contaminado por la interferencia o por la injerencia externa, en este caso del otro cónyuge, que supone la amenaza³⁵⁶ y cuya estructura se presenta sobre la base del que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delito de homicidio, lesiones aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico. Obsérvese que entre los bienes jurídicos que se enumera en el precepto están todos los contenidos en el número 2º del artículo 81 del Código Civil. Además, en un nivel inferior en cuanto a la penalidad, también es infracción de esta naturaleza la amenaza de un mal que no constituya delito cuando la amenaza fuera condicional y la condición no consistiere en una conducta debida.

Algo más alejada de la realidad del artículo 81.2º pero en cualquier caso también factible en su realización comisiva y, por tanto, idónea para configurar la excepción en él contenida, es la previsión del denominado chantaje regulado en el número 2 y 3 del artículo 171 del Código Penal. Se trata de que alguien, en este caso uno de los cónyuges, exigiere del otro –o de uno de los hijos de uno de ellos con la suficiente capacidad económica- una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés. Piénsese en el sujeto que contrae matrimonio, en separación de bienes, con una relevante estrella del cine y que al mes de casados le requiere importantes cantidades de dinero para su disfrute y en el supuesto de no dárselo la amenaza con desvelar a la prensa su comportamiento sexual. Semejante conducta por sí misma supone el

³⁵⁶ Como resumen de las distintas posiciones sobre el bien jurídico protegido en los delitos de amenazas, *vid*: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y otros. *Derecho Penal...cit.*, coordinador Cobo del Rosal, págs. 192 y 193.

quebrantamiento del plazo y la inmediata posibilidad de la interposición de demanda de divorcio.

El artículo 620 dedica dos números a las amenazas como faltas. En el 1º “a los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos” y en el 2º “los que causen a otro una amenaza de carácter leve”. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el laconismo del precepto provoca ciertas dificultades de delimitación entre el delito y la falta, dudas que conducen a que los tribunales resuelvan los casos acudiendo a valoraciones *ad hoc* sobre la gravedad de la conducta enjuiciada³⁵⁷. Cuestión ésta que para nada afecta al desarrollo del artículo 81.2º del Código Civil, en cuanto entendemos que para su aplicación es indiferente que se trate de delito o falta pues ambas hipótesis ejecutan su contenido.

Tampoco presenta gran interés para nuestro tema porque nuevamente, como sucede en las lesiones, el legislador a través de la Ley Integral, trae a los delitos de amenazas hipótesis de modalidades leves relacionadas con la violencia de género o doméstica. De esta manera, en el número 4 del artículo 171 castiga como tal la amenaza de este tipo –leve- cuando ésta tenga como víctima a la esposa –también a la que lo haya sido o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad- o a persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. En este último caso cabe encuadrar a los hijos a los que se refiere el susodicho artículo 81.2º del Texto civil, con dos limitaciones no contempladas originalmente en éste y señaladas por el precepto penal: a) que sean víctimas especialmente vulnerables; b) que convivan con el autor. Si no se dan estas circunstancias la tipificación deriva al número 5 del artículo 171, pero únicamente para los casos de que la

³⁵⁷ En este sentido: RAGUÉS I VALLÉS, Ramón y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Director Silva Sánchez. Barcelona, 2006, pág. 95.

amenaza leve lo sea con armas u otros instrumentos peligrosos ya que se amplía a todos los sujetos del artículo 173.2. Para los supuestos no contenidos ni en el número 4 ni en el 5 del artículo 171 se estará a la ya narrada regulación de las faltas de amenazas del artículo 620, lo que como ya hemos explicitado en nada cambia para su incursión en el reiterado artículo 81.2º . Lo opinión doctrinal mayoritaria admite la tentativa en las amenazas, aunque no se oculta su dificultad práctica, posiblemente más en los casos que nos ocupan³⁵⁸.

La tercera hace referencia a los coacciones –capítulo III y su correspondientes faltas del señalado artículo 620.2º-. En ellas, obviamente por lo dicho con anterioridad, se está protegiendo la libertad pero con algún matiz. El primero de ellos es que se suele concretar en la libertad de obrar, aunque no deja de presentar en sí mismo diversas alternativas como integradoras de un concepto no especialmente pacífico como son los ataques a la capacidad de voluntad, impidiéndose tomar una decisión o realizar una acción, distorsiones en el proceso de de formación de la voluntad, imposibilitando que la voluntad se realice o, menospreciándose la voluntad la voluntad del sujeto³⁵⁹.

La SAP de Madrid 840/2007, de 18 de octubre, concreta su versión del bien jurídico protegido y del alcance del tipo cuando afirma que “se lesiona la libertad de decisión y actuación personal según sus propios motivos, cuyo bien jurídico protegido es la facultad de libre determinación de la voluntad individual, teniendo carácter residual o subsidiario de otras infracciones de análoga índole, que merced a los principios de especialidad o gravedad

³⁵⁸ Así: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Derecho Pena...cit.*, coordinado por Cobo del Rosal, pág. 207. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Pena...cit.*, pág. 159. CARBONELL MATEU, J.C-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Derecho Penal...cit.*, pág. 205.

³⁵⁹ *Ibd.*, págs. 211-212.

artículo 8º- solo entra en juego cuando el comportamiento del culpable no es subsumible en éstas.

Lo anterior es una de sus características, pues parece constituir lo que en Alemania se ha venido en llamar “tipo de recogida”, esto es, regulación abierta, sometida en gran medida a la interpretación individualizadas de sus supuestos de hecho por parte del intérprete correspondiente, donde tienen acogida conductas que no pueden incluirse en otras infracciones más específicas. Así CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC matizan que con esta figura, en la que se protege genéricamente la libertad, se puede abarcar todas las infracciones que suponen ataques concretos a ésta, incluso pensando en delitos contra la libertad sexual, el patrimonio e incluso la vida y la integridad, pues desde tal perspectiva puede afirmarse que todos los delitos conllevan en buena parte la realización de unas coacciones³⁶⁰. Semejante vaguedad y extensión supone un interesante puente de conexión con la igualmente amplitud que, desde nuestro punto de vista, está impregnado el artículo 81.2 del Código Civil.

De forma parecida a las amenazas, al menos en su estructura, el Texto punitivo sanciona en el tipo básico dos conductas diferenciadas: a) impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, sin estar legítimamente autorizado para ello; b) compelerle a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto. Situación que se ve agravada cuando la coacción tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental.

Asimismo, y como consecuencia también de las modificaciones contenidas en la Ley Integral, se incorporan la coacciones leves relacionadas con la violencia de género, mas con algún importante matiz en relación a las

³⁶⁰ *Ibd.*, pág. 211.

amenazas. En el artículo 172.2 contempla al que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa –o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia; supuestos éstos que no interesan al objeto de esta investigación concretada exclusivamente al cónyuge o a los hijos desde la perspectiva del estudio civil del divorcio que estamos realizando- o a una persona especialmente vulnerable. Con esta redacción y sin la remisión a los sujetos enumerados en el artículo 173. 2, como sucede en las amenazas, la extensión con referencia al precepto civil en análisis está centrada exclusivamente a la mujer cónyuge y a los hijos de ambos o de cualquiera de ellos que convivan con el autor. De todas formas, a efectos prácticos, semejante realidad, para algunos discriminatoria³⁶¹, no tiene especial relevancia para la excepción del plazo de tres meses en casos de divorcio porque, como ya hemos dicho en anteriores hipótesis, la situación del resto de sujetos, es decir, cónyuge masculino o hijos no especialmente vulnerables o que no convivan con el autor que son coaccionados levemente por el otro cónyuge es tipificada como falta en el artículo 620.2º, en relación a último párrafo de dicho artículo, dedicado expresamente a las personas a las que se refiere el mencionado artículo 173.2, suficiente para genera los efectos que exige el artículo 81.2 del Texto privado.

Muchos son los supuestos con los que ejemplificar la extraordinaria dimensión de este delito y su conexión directa que el precepto civil examinado. Veamos algunos sobre la base de la propia jurisprudencia. La SAP de Madrid 840/2007, de 18 de octubre, expone tres premisas de realización: a) que el sujeto activo emplee y consiga la imposición de su

³⁶¹ En este sentido, entre otros. CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luís. “Reflexiones en voz alta sobre la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la violencia de género”. En *El Derecho*. Nº 380, 2005, pág. 5. Recientemente la ya citada STC 59/2008, de 14 de mayo, ha validado semejantes contenidos como no discriminatorios, pues “la pena mayor no se explica en el sexo sino en la grave desigualdad que se expresa a través de este tipo de violencia.”

voluntad sobre la del agraviado, a través del ejercicio de la violencia en sus manifestaciones de fuerza física o de presión moral intimidatoria equivalente, b) violencias extrapersonales sobre las cosas, *vis in rebus*, que se refleje y repercuta en los derechos sobre éstas del sujeto pasivo; c) que de la confrontación que surge por la divergencia de adversas voluntades, con imposición de la del inculpado sin causa legitimadora, se quebrante la libertad de obrar del ofendido, anulando su autodeterminación por alguno de los medios descritos en el tipo.

Esta misma sentencia condena a un sujeto, adaptamos el caso a nuestra investigación, por el susodicho delito de coacciones leves, en el ámbito familiar, que ya sin convivencia con su pareja la llamó por teléfono y a continuación al portero automático de su casa, a lo que, en principio, ésta se negó a contestar pero ante la insistencia del acusado terminó por descolgar, diciéndole aquél: “ábreme sé que ese chico está ahí contigo, no te voy a dejar en paz mientras sigas con él”. Calificado, como se ha dicho, de coacciones leves, se eleva a la categoría de delito por la ubicación como tal de lo relacionado con violencia de género. En todo caso, como delito o falta, la conducta es suficiente para fijar la excepción del artículo 81.2º.

La SAP de Cádiz 302/2007 estima igualmente un supuesto de coacciones en el caso del acusado que obligó a su cónyuge a bajarse del vehículo, dejándola en medio de la autopista, si bien más tarde volvió a recogerla cuando recibió el aviso de la Guardia Civil. El Juzgado de lo Penal correspondiente condena al inculpado por falta de coacciones del artículo 620.2 del Código penal, justificándolo el juzgador por el hecho de que si bien se compelió a la víctima a realizar un acto que no quería, no se ha traspasado los límites de la falta, ya que se produjo en un momento de acaloramiento y con la voluntad de reparar la situación producida. La Sala, sin embargo,

revoca parcialmente la sentencia condenando por un delito de coacciones leves del artículo 172.2. A efectos de aplicación del artículo 81.2 es indiferente una u otra calificación, pues en ambas hipótesis entra en juego la excepción.

La SAP de Toledo 59/2007, de 17 de octubre, enjuicia el caso del acusado J.M., en tratamiento por alcoholismo y ejecutoriamente condenado por delitos de caza, prostitución,, robo con violencia, conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, resistencia a la Autoridad y robo con fuerza en las cosas, que convive con M .I., con quien tiene un hijo en común, y que con el fin de alterar la paz y la convivencia familiar y coartar la libertad de los otros dos miembros de la familia, ha realizado actos consistentes en: cortar la luz de la vivienda con frecuencias, vomitar encima de los muebles, destrozar las puertas y cerrojos con que M. I. pretende protegerse de su agresividad, hasta que una noche rompió los muebles del salón y del comedor, esparció la basura por la cocina y realizó diversas pintadas, en las paredes del domicilio, hechos que se combinan con la actitud reiteradamente agresiva que tiene con M .I. y su hijo con continuos insultos y amenazas de muerte. Curiosamente el Juzgado de lo Penal absuelve al acusado; la Audiencia lo condena por un delito de coacciones leves en el ámbito familiar, aunque explicita que “benévolamente se califica por el 172.2 porque los hechos pudieron haberse incardinado en el artículo 172.1 ya que las coacciones relatadas no son todo lo leves que el precepto contempla en el número 2, “pero la imputación limita cualquier otra aplicación del Código penal”.

La pregunta al hilo de esta sentencia es inmediata. ¿Qué hubiera pasado si antes de la revocación por la Audiencia de la absolución dictada por el Juez de lo Penal, el cónyuge, imaginemos que lo era y el matrimonio estaba dentro de los tres meses previstos para la excepción, interpone demanda de

divorcio?. Nuestra opinión es que el Juez de Instrucción que viera el caso podría entender perfectamente que en los hechos descritos había un riesgo para la libertad de la víctima y actuar en consecuencia en relación a dicho divorcio independientemente de la valoración penal, como más adelante analizaremos.

Las tres variables analizadas y fijadas bajo el epígrafe de delitos contra la libertad son las que con mayor enjundia, posiblemente por su sistematización conjunta, presenta el legislador penal en torno a este bien jurídico, pero no son las únicas que pueden incluirse bajo su paraguas protector y, como derivación, su traslado a los contenidos del artículo 81.2º del Código Civil.

En este último sentido, hay que añadir, en primer lugar, las referentes a la libertad sindical y al derecho de huelga. El artículo 28 de la Constitución proclama en su número 1 que “todos tienen derecho a sindicarse libremente” y en el 2 se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. El Código penal ofrece protección a estos bienes jurídicos, que en definitiva hay que presentar como una modalidad de libertad en el artículo 315. Verdad es que dicho precepto se encuentra ubicado dentro de los delitos contra los derechos de los trabajadores y que éste es de manera genérica el bien que se ampara en el Título XV del libro segundo donde se ubica, pero no lo es menos que, como apunta MORILLAS CUEVA, en cada tipo concreto esta protección generalista se proyecta en bienes específicos, en este caso el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga³⁶².

La susodicha norma establece en su número 1 que serán castigados los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o

³⁶² MORILLAS CUEVA, Lorenzo y otros. *Derecho Penal...cit.*, coordinador Cobo del Rosal, pág. 651.

limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga, agravándose si para tal fin se utilizara fuerza, violencia o intimidación. Puede parecer que por su ubicación sistemática y por la redacción que presenta el sujeto activo y pasivo han de ser respectivamente empresario y trabajadores. No es exactamente así, al menos para una parte de la doctrina científica que estima se trata de un delito común que puede ser cometido por cualquiera³⁶³. Sería el caso, por ejemplo, del marido que nada más casarse intimida a su cónyuge para que deje su filiación en un determinado sindicato o cuando aquélla quiere participar en una huelga se lo impide mediante fuerza o engaño. Si en el ámbito penal, para nosotros queda claro su ubicación delictiva en el tipo citado, muchos más se presenta como forma de excepción dentro del artículo 81.2º del Texto civil.

Muy parecido a lo anterior, y en segundo lugar, hay que señalar las conductas relacionadas con la libertad de conciencia. Asimismo la Constitución expresamente la señala en el artículo 16 cuando afirma en su párrafo primero se garantizará la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Con esta perspectiva, el Código penal crea una sección (segunda) dentro de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas sancionando fundamentalmente en el artículo 522.1º a los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otros apremio ilegítimo, impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos. De semejante forma el número 2º castiga a los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o

³⁶³ Entre otros muchos: *Ibd.*, pág. 652. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos y otros. *Derecho Penal...cit* (Valencia, 2004), pág. 711.

ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen.

Las concreciones prácticas de estas hipótesis en las cuestiones que son de nuestro interés en este estudio son múltiples. Verbigracia: el cónyuge, de firmes convicciones religiosas, que mediante intimidación evita que su esposa, con la que está recién casado, asista a las ceremonias de una religión distinta a la suya; el que con fuerza obliga al hijo de su cónyuge a ir todos los días a misa; la esposa que con apremios ilegítimos fuerza, o al menos lo intenta, a su cónyuge de religión budista a que se cambie a la religión católica. Ni que decir tiene que en estos supuestos, como en los anteriores, cabe la tentativa de delito, con que de igual manera se perfecciona la excepción reiteradamente aludida del número 2º del artículo 81, muchos más cuando en este caso, el del texto civil, no es necesario ningún procedimiento penal previo ni mucho menos sentencia, bastando simplemente la acreditación de los hechos en los términos más arriba indicados.

Otros muchos ejemplos se podrían añadir que sin ubicación específica en el Texto punitivo, lo que, volvemos a repetir, no es imprescindible para la excepción de referencia, están contenidos en tipos más amplios o relacionados inicialmente con actuaciones de la autoridad o funcionarios pero susceptibles de adecuarlos a la realidad que planteamos entre cónyuges o con los hijos de éstos: libertad ideológica, libertad de asociación, libertad de manifestación, libertad de reunión, libertad de pensamiento y de ideas, libertad de creación, libertad de enseñanza, etc., que pueden cada una de ellas, cuando son puestas en riesgo por uno de los cónyuges, en los términos ampliados para las anteriormente estudiadas, componer la ruptura de los tres meses de plazo para la interposición de la demanda de divorcio.

3.4. Integridad moral.

Es frecuente, como se ha visto, unir la integridad física con la integridad moral –así, por ejemplo en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporado por la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica³⁶⁴-. Sin embargo, el artículo 81.2º del Código Civil, con buen criterio, separa ambos bienes jurídicos que, por otro lado, encuentran pasajes distintos en el Código penal. Incluso la propia Constitución la proclama unida a la integridad física en el artículo 15 ya citado –“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”-, aunque se puede perfectamente afirmar que dicho precepto reconoce a todos el derecho a la integridad moral por sí mismo y proscrib, en consecuencia, con carácter general todo trato degradante.

Como pone de manifiesto la STS 957/2007, de 28 de noviembre, la integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. Tanto la Constitución como, en su caso, el Código penal configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos citados derechos, pues incluso el Código penal fija una regla

³⁶⁴ Vid., entre otros: CONDE-PUMPIDO FERRERO (director) y otros. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*. Vol II (arts. 259 a 648). Valencia, 2004, págs.1998 y ss.

concurral que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral³⁶⁵.

Con esta perspectiva, la integridad moral puede comprenderse, al menos en una primera aproximación, desde la idea de la dignidad de la persona, pero ello, como pone de relieve la última de las sentencias referenciadas, resulta insuficiente porque la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y quizá el propio sistema de garantías y libertades de un Estado de Derecho. Lo que parece claro es que si bien el Tribunal Constitucional no concreta un concepto acabado de integridad moral sí lo hace desde la idea de inviolabilidad de la personalidad humana, esto es, desde el derecho a ser tratado como persona y no como cosa. Así, como bien sintetiza la susodicha STS 957/2007, emplea los términos “sensación de envilecimiento” o de “humillación, vejación e indignidad”.

Al hilo de las dos normas esenciales de este apartado, la civil y la penal, su análisis se va a hacer de manera separada y autónoma, aunque atendiendo a las implicaciones conjuntas de ambas hipótesis, sobre todo en el ámbito jurisprudencial

En línea con la proclamación constitucional, la conocida y referencial STC 137/1990, de 19 de julio, que consideró ajustada a derecho la asistencia médica a reclusos del GRAPO en huelga de hambre, manifiesta “que mediante este derecho se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo

³⁶⁵ Artículo 177: “Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigaran los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley”. También el artículo 173. 2 en su último inciso alude, de manera innecesaria porque ya está en el referido 177 con carácter general, a “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieren concretado los actos de violencia física o psíquica”.

contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu , sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular, por lo que este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no solo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”.

En un aspecto más relacionado con la integridad moral añade que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e inflingidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto. En tal sentido se ha pronunciado la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes, de Nueva Cork de 10 de diciembre de 1984³⁶⁶.

Más exacta en el contenido de dicha integridad se muestra la STS 1725/2001, de 3 de octubre, al señalarla como un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento: “la garantía constitucional de la dignidad, como valor de alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto”.

³⁶⁶ En parecido sentido: SSTC 120/1990, de 27 de junio y 332/1994, de 19 de diciembre.

La STS 213/2005, de 22 de febrero, estima que la integridad moral está compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque.

La doctrina científica la suele relacionar con la idea de inviolabilidad de la persona y con los conceptos de incolumidad e integridad personal. MUÑOZ CONDE, por su parte, la define como el derecho de la persona para ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualquiera que sean las circunstancias en las que se encuentren y la relación que tenga con otras personas³⁶⁷.

Todo ello nos lleva a afirmar que la idea de integridad moral, en los términos detallados, posee un reconocimiento constitucional (artículo 15), jurídico-penal (artículo 173) y jurídico civil (artículo 81.2º), que manifiesta la existencia de un bien jurídico, con autonomía propia e independiente de otros de parecida significación y con los cuales puede coincidir –vida, integridad física, libertad, etc.,-, con espacio propio, susceptible y digno de protección penal o de utilización prevalente para justificar la no necesidad de plazo para solicitar el divorcio si es puesto en riesgo, en el ámbito civil. Se marca, en definitiva, sobre la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto.

³⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...cit.*, pág. 182. En semejante línea, aunque con matices personales: DÍAZ PITA, M^a del Mar. “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”. En *Estudios Penales y Criminológicos*. Nº 20, 1997, págs. 80 y ss. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Torturas y atentados contra la integridad moral”. En *Estudios Penales y Criminológicos*. Nº 21, 1998, pág. 115. BARQUÍN SANZ, Jesús. *Delitos contra la integridad moral*. Barcelona, 2001, pág. 58.

El Código penal español de 1995 incorpora un título –VII del libro segundo- dedicado a las torturas y otros delitos contra la integridad moral, lo que supone una importante novedad legislativa ya que hasta ese momento únicamente se habían tipificado aquéllas como delitos contra la seguridad interior del Estado (antiguo artículo 204) y el resto de posibles conculcaciones a la integridad moral se expandían en la práctica a los delitos contra el honor o a la falta de vejaciones³⁶⁸, no exenta de crítica doctrinal³⁶⁹.

Tres son los componentes fundamentales de dicho título. En primer lugar y el de menor interés para nuestro trabajo, el delito de torturas en sentido estricto regulado en los artículos 174 y 175, en el que el bien jurídico deriva hacia el ejercicio correcto y legítimo de la función pública por parte de sus representantes en aras de la defensa de los derechos fundamentales de los particulares protegidos por la Constitución y, por tanto, al tratarse de un delito especial únicamente posible de cometer por autoridad o funcionario público, abusando de su cargo, poco, por no decir nada, tiene que ver con el objetivo de nuestro trabajo, esto es, la excepción del número 2º del artículo 81.

De mucho más interés son las dos siguientes hipótesis: la que podemos denominar modalidad delictiva básica del número 1 del artículo 173 y la del 2 y 3 del mismo precepto, sobre violencia doméstica. Aquélla parte de un tipo especialmente abierto que acoge todas las conductas capaces de lesionar el bien jurídico integridad moral siempre que su ataque sea grave y se realice por medio de un trato degradante. El problema es la concreción de semejante término a efectos de su aplicación práctica.

³⁶⁸ En este sentido: FELIP I SABORIT, David-RAGUÉS I VALLÉS, Ramón y otros. *Lecciones...cit.*, pág. 98.

³⁶⁹ *Vid:* DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y otros. *Derecho Penal...cit.*, coordinado por Cobo del Rosal, págs. 215-216.

La jurisprudencia ha conformado semejante infracción con los siguientes elementos: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo, b) la concurrencia de un padecimiento físico o psíquico; c) que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona víctima. Según la reiteradamente citada STS 957/2007 la acción degradante se conceptúa como atentado a la dignidad que, normalmente requerirá una conducta continuada; pero que nada impide que la acción degradante pueda ser cumplida con un solo acto de intensidad suficiente para la producción del resultado exigido por el tipo, es decir con una conducta única y puntual. Por trato degradante se entiende “aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral”.

A todo ello hay que unir para que se configure como delito el hilo conductor de la nota de gravedad lo que exige una valoración individualizada caso por caso³⁷⁰, al presentarse como un concepto jurídico indeterminado. Se trata de un tipo residual³⁷¹ que agrupa a todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral que no signifiquen una afección mayor o, por otro lado, menor, que la diferencia, en este último caso, de la falta del artículo 620.2, vejación injusta. Nuevamente tenemos que repetir que, desde nuestro convencimiento, es indiferente que la puesta en riesgo del bien jurídico se realice con previsión de delito o de falta porque en ambos casos consideramos se dan las premisas que requiere el artículo 81.2º del Código Civil.

³⁷⁰ SSTs, entre otras: 294/2003, de 16 de abril, 213/2005, de 22 de febrero, 957/2007, de 28 de noviembre, 137/2008, de 18 de febrero.

³⁷¹ En tal sentido: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Derecho Penal...cit.*, coordinación Cobo del Rosal, pág. 219.

Los ejemplos que pueden ilustrar la aplicación práctica de esta figura y que pueden enriquecer su proyección en el entorno civilistas del artículo 81 son, obviamente, múltiples. Presentemos algunos de ellos de la mano de la jurisprudencia: individuo que arrastra a su pareja al cuarto de baño e introduce su cabeza en el inodoro (SAP de Barcelona de 17 de abril de 2000); el acusado quemó y cortó el pelo a la víctima, la obligó a acompañarle al cuarto de baño mientras hacía sus necesidades, la forzó a desnudarse y le rasuró el vello púbico, adoptando posiciones humillantes (SAP de Alicante de 21 de mayo de 2001); varias personas conducen a un monte a la víctima y tras desnudarle, le pintan con un spray todo el cuerpo, llegando a o cortarle el pelo con unas tijeras, lo que le produjo miedo y humillación (STS 819/2002, de 8 de mayo); el sujeto traslada a la mujer hasta las inmediaciones del río, donde llegó a sumergirle la cabeza varias veces en el agua, de modo que le pedía respirar, sin que posteriormente le permitiese cambiarse de ropa, por lo que tuvo que permanecer con la ropa mojada puesta, situación que le produjo un fuerte un fuerte constipado con proceso febril (STS 213/2005): el autor agarró por el cuello a la mujer haciendo ademán de golpearla con el puño, la obligó a desnudarse, la arrastró, arrojándola al mar con el único fin de aumentar su humillación y burlarse de ella, no dejándola salir e incluso tirando al mar toda su ropa (STS 957/2007, de 28 de noviembre); persona, anciana y desvalida, a la que se ata en un lugar destinado al almacén de aperos, privándola de relación social, y propiciando un grado absoluto de abandono, incluso en lo higiénico, que culmina en la causación de trastornos (STS 137/2008, de 18 de febrero).

El segundo, asimismo de gran proyección para nuestro trabajo, afecta a una materia referencia en relación al divorcio y a su estimación tanto en la perspectiva que lo estamos tratando de interrupción del plazo de los tres

meses como, en su caso y en regulación anterior y, sobre todo, comparada: violencia doméstica.

El artículo 173.2 y 3 es incorporado al Código penal por la importante reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y, curiosamente, no tocado por la Ley Integral. Varios son los puntos esenciales de semejante modificación: en primer lugar, y posiblemente, al menos para nosotros, el de mayor incidencia es el de su ubicación sistemática, como delitos contra la integridad moral – antes lo estaban entre los de lesiones, en el artículo 153- que mejora sensiblemente su posición y los relaciona, acertadamente, con el bien jurídico integridad moral; la ampliación del círculo de sujeto del delito; la penalidad que establece; y los tipos agravados que incorpora.

En el ámbito de mayor incidencia para nuestra investigación, el artículo 173 en su número 1 recoge, entre otras dada la amplitud de sujetos en él contenidos, las conductas del que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea su cónyuge o sobre los descendientes por naturaleza o adopción propios o del cónyuge. La conducta típica, por tanto, supone la realización habitual de actos de violencia física o psíquica. La primera parece más fácil de concretar y va desde el simple maltrato, con categoría de falta hasta la más grave de las lesiones; la segunda es más complicada de concretar aunque se pueden señalar hipótesis de vejaciones, insultos, amenazas hostigamientos continuos, etc.

En el último de los sentidos indicados, BENÍTEZ ORTÚZAR afirma que la determinación de la conducta constitutiva de violencia psíquica habitual sólo puede delimitarse en atención a la potencial puesta en peligro de

la salud mental de la víctima atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en los hechos y en la propia víctima. Afirma el citado autor que si en el plano teórico es posible afirmar que el límite mínimo se halla en la conducta capaz de provocar un simple desfase emocional en la víctima, en la práctica no es posible determinar de modo absoluto para todos los casos si la situación puede provocar en aquélla un simple desfase emocional o si llega a constituir una auténtica puesta en peligro de su salud psíquica. Como ejemplo pone uno de nuestro directo provecho: la reiteración, sin más, de una expresión despreciativa al estado físico que el sujeto A realiza sobre su cónyuge podría dar lugar a un estado de desfase emocional que, en el plano jurídico, permitiera enervar una acción de separación o divorcio –el autor hace esta apreciación antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005- por el cónyuge, pero si esa misma expresión despreciativa se dirige a su hija de 12 años de edad, el desfase emocional al que puede verse sometido completaría el desvalor típico de la violencia psíquica habitual del artículo 153 –antiguo, ahora 173.2-³⁷². Sin entrar en la valoración de los criterios expuestos, es evidente que cualquiera de las hipótesis tratadas entra de lleno en las exigencias del artículo 81.2º del Código Civil como excepción al plazo de tres meses establecido por el legislador para la presentación de la demanda de divorcio, sobre todo porque de su redacción actual se asume, como reiteradamente hemos mantenido, que valen los simples comportamientos de puesto en riesgo de los bienes jurídicos aludidos en su proyección de mera falta.

Además en esta figura delictiva es imprescindible el carácter de habitual del ejercicio de la violencia. Su parcial interpretación auténtica, no llega a ser completa, está contemplada por el número 3 de dicho artículo.

³⁷² BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”. En *Estudios penales...*cit., pág. 194.

“Para apreciar la habitualidad a la que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

Al margen de los criterios aclarativos de esta redacción mostrados por la doctrina y la jurisprudencia, de los que se presenta como mayoritario el de que son necesarias al menos tres agresiones³⁷³, las exigencias conceptuales del tipo lo alejan de nuestra realidad positiva en relación al artículo 81.2º y es así por varias razones: a) el corto plazo de tres meses desde la celebración matrimonial con el que juega la norma civil, en el que se tienen que dar los tres episodios de violencia para que se configure dicha conducta; b) la exigencia de dichos tres actos de violencia –o en la mejor de las interpretaciones de dos pero con la convicción del juez de la realidad de una situación continua de malos tratos- cuando uno solo ya es suficiente para configurar la existencia de la excepción civil con respecto al divorcio. No queremos decir con ello que no pueda acudir a esta hipótesis, de gran importancia, por otro lado, en otros ámbitos de esta lacra social –por ejemplo varón que desde la misma noche de bodas golpea a su mujer cada día³⁷⁴-, sino que hay otros mecanismos adelantados de mayor utilidad y prontitud, que es

³⁷³ Una corriente hasta ahora minoritaria, acepta dos agresiones constatadas, pero sobre la convicción del juzgador de que haya una situación mantenida de malos tratos (por todas, STS 738/2000, de 24 de junio).

³⁷⁴ El Código penal habla de proximidad temporal de los actos. Hay que entender esta exigencia como distribución en un determinado plazo: no habrá habitualidad si existe una acción puntual, por más que esté constituida por varios actos –verbigracia: un individuo golpea a su cónyuge, la detiene ilegalmente y abusa sexualmente de ella-. Debe de producirse una situación sostenida de violencia, aunque únicamente sea durante pocos días. La STS 490/2001, de 5 de marzo de 2001, acepta cuatro acciones violentas desarrolladas en un periodo de nueve días.

precisamente lo que ha pretendido el legislador civil de 2005 con respecto a la separación y el divorcio.

3.5. Libertad e indemnidad sexuales.

El último de los bienes jurídicos a los que alude el artículo 81.2º es al de la libertad e indemnidad sexuales. También lo hace con acierto, desde el momento que contempla como posibles víctimas a menores, en cuanto a la unión de las dos posibilidades, que es lo que modernamente acogen los Códigos penales en este sentido –el español en el título VIII del libro segundo-.

Al contrario de lo que sucedía con los anteriores bienes jurídicos explicitados, éste de la libertad sexual no aparece expresamente proclamado por la Constitución, aunque, lógicamente, se ha de deducir de la expresión genérica utilizada por el artículo 17 sobre la libertad. Según ORTS BERENGUER la libertad sexual se puede definir en abstracto como facultad del ser humano de determinarse autónomamente en el ámbito de la sexualidad, esto es, en el ámbito de la actividad vinculada al impulso venéreo, su excitación y satisfacción³⁷⁵. Desde tal propuesta, el contenido concreto de dicha libertad presenta dos dimensiones: una positiva, la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual que se desee en cada momento y la de utilizar y servirse del propio cuerpo para desarrollar con quien se desee semejante actividad sexual; otra, negativa, la de no acceder a supuestos no deseados y rechazar opciones sexuales de ataques no queridos.

³⁷⁵ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. *Derecho Penal...*cit., Valencia, 2004, pág. 230.

Sin embargo, no todas las personas tienen capacidad de desarrollar tal libertad sexual. El propio Código penal establece en su artículo 181.2 que los menores de trece años –o personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare- no podrán consentir y, en consecuencia, cualquier actuación sexual con ellas será atentatoria a la libertad sexual o, mejor definido, a la indemnidad sexual de estas personas. Queremos decir con ello que existe un ámbito de exclusión de la posibilidad de consentir en las relaciones sexuales al carecer bien de manera temporal (menores,) bien de forma definitiva (incapaces) de esa libertad. Con relación al menor lo que se pretende, según MUÑOZ CONDE es proteger es la libertad de futuro o, más concretamente, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; ello es lo que ha pretendido el Código penal al añadir a la libertad sexual, la indemnidad sexual precisamente al mismo nivel de tutela³⁷⁶; en cuanto al incapaz el fondo de la cuestión es el mismo aunque en ellos no hay límites de edad sino situaciones graduables, que permiten, en cada caso y sobre cada sujeto, ciertas matizaciones contempladas por el propio legislador³⁷⁷.

El Título VIII en análisis es especialmente exhaustivo y extenso en las conductas que tipifica. Veamos, en clave de síntesis, las más relevantes. En primer lugar, y en orden a su gravedad, regula las agresiones sexuales, cuyo común denominador está fijado en la utilización de violencia o intimidación para atentar contra la libertad sexual de otra persona. Este es precisamente el tipo básico que recoge el artículo 178. Inmediatamente después se desarrolla

³⁷⁶ El bien jurídico citado se estructura, en definitiva, en dos hipótesis: la libertad sexual, en relación a los mayores, y la indemnidad sexual, en atención a los menores que el legislador estima sin capacidad de consentimiento para las relaciones sexuales y los incapaces. No cabe identificar, como hace Vázquez Iruzubieta -VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Código Civil...cit.*, pág. 137-, la indemnidad sexual con el cónyuge demandante y con los hijos en general, sino únicamente con éstos que tengan menos de 13 años y en el sentido indicado.

³⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...cit.*, págs. 209-212

la tipología más grave, y posiblemente más conocida de entre estas infracciones: la violación, que consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal e introducción de miembros corporales por alguna de las dos primeras vías, obviamente con violencia o intimidación. Muchos son los ejemplos que se puede citar de estas conductas, pero posiblemente el más destacado, en niveles negativos y cercanos a nuestra investigación, sea el de la violación en el matrimonio –supuestos del cónyuge que al mes de casados pretende, ante la oposición de su otro cónyuge, introducirle un objeto por vía anal con violencia para romper su resistencia-, también se da con alguna frecuencia la agresión sexual al menor hijo del otro cónyuge que convive con el matrimonio.

En segundo lugar, los abusos sexuales del Capítulo II, cuya premisa directriz es la contraria al anterior, que sin violencia o intimidación, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexuales de otra persona, en el caso que nos ocupa del otro cónyuge a de los hijos de ellos. A los efectos de este delito, y como ya ha sido dicho, se estiman abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare. Es el caso, por ejemplo, de sujeto que mantiene relaciones sexuales con su cónyuge aprovechando que está dormida o del que se aprovecha de la ingestión de drogas para realizar dicho acto o del sujeto que, ausente su mujer del piso familiar, obtiene favores sexuales de la hija de su cónyuge de diez años de edad. En los dos supuestos cabe la tentativa tanto en las agresiones como en los abusos sexuales³⁷⁸.

³⁷⁸ En este sentido, entre otros: CARMONA SALGADO, Concepción y otros. *Derecho Penal...cit.*, coordinado por Cobo del Rosal, pág. 264 y 284.

El capítulo tercero carece de información para este trabajo pues está dedicado al acoso sexual en las relaciones laborales, docentes o de prestación de servicios. Mayor atención merece el cuarto ocupado por los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. El primero de ellos sanciona al que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces. Sería el caso del padre que se muestra obscenamente desnudo frente a su hijo. El segundo, el que por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces. Parecida hipótesis a la anterior señalada: mujer que, como provocación sexual, muestra material pornográfico al hijo menor de edad de su marido que convive con el matrimonio recién producido, en ausencia de aquél.

El capítulo V y último, en cuanto a tipologías, es el más complejo y confuso. Dedicado a la prostitución y a la corrupción de menores. Con respecto a la primera, se sanciona, por un lado, al que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz – ejemplo, la madre que promueve la prostitución de su hija sin conocimiento de su cónyuge-, por otro, al que determine empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de su situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella –verbigracia, sujeto que se casa con una mujer con la pretensión de sacar beneficios de su cuerpo y a la semana de estar casados la obliga mediante violencia o intimidación a ejercer la prostitución-.

En atención a los segundos se castigan: a) el que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados o para elaborar cualquier clase de material pornográfico –mujer que emplea al hijo menor de edad de su esposo para

organizar reuniones de tipo pornográfico con el menor-; b) el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o los poseyera para estos fines –mismo ejemplo anterior pero sobre material de este tipo- (en ambos supuestos el propio legislador agrava la pena cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz); c) el que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de su personalidad –supuesto sumamente controvertido, fuertemente criticado por un sector doctrinal que ve en él, posiblemente con razón, la reiteración de una figura más disfuncional que operativa y que fue derogado por el Código penal de 1995, retomado por la reforma 11/1999 y ratificado por la de 15/2003 y que MUÑOZ CONDE llega a afirmar que puede ser incluso considerado como inconstitucional por infracción del principio de legalidad³⁷⁹-; d) el que tuviera bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir, su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor –sujeto que contrae matrimonio con mujer que tiene una hija menor de edad que pasa a vivir con ellos y que es conocido por él que se dedica a la prostitución-.

Ni que decir tiene que esta exhaustiva enumeración de tipologías, tanto consumadas como, en su caso, en grado de tentativa, que, a su vez, proyecta

³⁷⁹MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...cit.*, págs. 249-250. En igual sentido crítico: CARMONA SALGADO, Concepción. *Derecho Penal...cit.*, coordinación Cobo del Rosal, págs. 320-322.

innumerables supuestos prácticos completa de manera real múltiples posibilidades de hacer efectiva la excepción del artículo 81.2º del Código Civil, verdadera objetivo de tan alargado estudio.

4. Sujetos que abarca.

Los rasgos característicos que configuran la excepción en estudio hay necesariamente que ponerlos en contacto con los sujetos a los que va dirigida. Es evidente que por el tema que se está tratando los actores principales de esta número 2º del artículo 81 son los cónyuges: uno el que pone en riesgo los bienes jurídicos antes enumerados; el otro, el demandante que es el que soporta, inicialmente el riesgo a sus bienes de tipo personal. Pero el legislador va un poco más allá y extiende la posibilidad de que el cónyuge denunciante pueda interponer la demanda sin el plazo de los tres meses cuando dicho riesgo lo sea para los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. Algunas salvedades hay que hacer a estos sujetos, tanto a los cónyuges como al extensivo de los hijos.

Lo primero a plantear es el alcance del término cónyuge. No cabe ninguna duda de que después de la Ley 13/2000, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y de la nueva redacción del artículo 44, con el añadido del párrafo segundo –“el matrimonio tendrá los mismo requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”- cualquier alusión a cónyuges engloba a

hombre-mujer, hombre-hombre o mujer-mujer³⁸⁰. Así hay que entenderlo con respecto a los contenidos del examinado artículo 81.2º.

Lo segundo, que acaso extrañe de principio, no hay porqué, es que se aluda a los hijos de ambos, es decir, en nuestra comprensión a los hijos comunes tenidos entre ambos cónyuges, cuando de lo que se trata es de quebrar un plazo de tres meses desde que se han casado, tiempo obviamente insuficiente para engendrar y que nazca un hijo dentro del susodicho matrimonio. Ciertamente estaremos, en la mayoría de los casos porque también puede suceder que el hijo sea concebido antes de contraer dicho matrimonio pero alumbrado dentro del plazo de los tres meses, ante una realidad de filiación no matrimonial. El artículo 108 del Código Civil se refiere a la filiación por adopción y por naturaleza. Esta última a su vez puede ser matrimonial y no matrimonial. Aquella viene desarrollada de inmediato por el precepto como la que se da “cuando el padre y la madre están casados entre sí”; la segunda, como bien apunta HERRERA CAMPOS, no está definida pero se puede obtener por excusión, esto es, la que se produce fuera del matrimonio, o lo que es lo mismo, son aquellos hijos que proceden de la unión de un hombre y de una mujer no casados entre sí³⁸¹. En esta hipótesis con posterioridad contraen matrimonio. Sea como fuere, la plena equiparación de unos y otros acogida por nuestra normativa civil democrática elimina cualquier atisbo de interpretación problemática, pues en todo caso son hijos incluidos en el número 2º del artículo 81.

³⁸⁰ En este sentido, con carácter general y, por algunos, crítico, *vid.*, entre otros: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo y otros. *Manual...cit.* -Derecho de familia-, págs. 42-43. GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V. “La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y una unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado ‘divorcio Express’”. En *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2006)*. Coordina Gaviria Sánchez. Madrid, págs. 21 y ss. ESPÍN ALBA, Isabel. “El matrimonio y las uniones homosexuales”. En *Dereito*. Vol 14, nº 2, 2005, págs. 41 y ss.

³⁸¹ HERRERA CAMPOS, Ramón y otros. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*. Coordinador Moreno Quesada. Valencia, 2002, págs. 287-288

Lo tercero está íntimamente relacionado con lo anterior y se refiera a la extensión a los hijos adoptivos. Es obvio que aunque el artículo 81.2º alude genéricamente al término global de hijos está comprendiendo tanto a los naturales como a los adoptivos, con fundamento en el mencionado artículo 108, pues la adopción da lugar a que se cree entre el adoptado y el adoptante un vínculo exclusivamente de parentesco jurídico, produciendo dicho parentesco los mismos efectos que si se tratase de una filiación matrimonial o extramatrimonial³⁸². Evidentemente, y después de la reforma introducida por la citada Ley 13/2005, los hijos adoptados por matrimonios homosexuales tienen la misma estimación a todos los efectos y, en consecuencia los descritos para el número 2º del artículo 81.

Lo cuarto alude al complemento utilizado por el legislador señalando junto a los hijos de ambos o “de cualquiera de los miembros del matrimonio”. Extraña esta última alusión a algunos autores. Por ejemplo, a BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO semejante expresión es de difícil interpretación ¿qué otros miembros hay aparte de los cónyuges?³⁸³, se pregunta. La respuesta nos parece evidente en la línea interpretativa que se está señalando, o al menos, creemos que es lo que quiere el legislador, a los hijos por separado de alguno o de los dos cónyuges. Recordemos que en la tramitación parlamentaria de la ley se modificó esta referencia que en el Proyecto se indicaba “de los hijos que convivan con ambos” y que IU quiso cambiar por “de los hijos que convivan con ambos sean comunes o de uno solo de los esposos”,

³⁸² *Ibd.*, pág. 311. Igualmente, entre otros: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y otros. *Manual...cit –Derecho de familia-*, pág. 258. O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio...cit.* Tomo V, pág. 249.

³⁸³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Comentarios... cit.*, págs. 201-202.

posiblemente más aclaratorio este inciso final que la redacción actual, pero que nos parece de idéntico sentido³⁸⁴.

Lo quinto ya está esbozado: en el texto del Proyecto e incluso en la Enmienda presentada por IU se hacía hincapié en que los hijos habían de convivir con ambos cónyuges para que la excepción tuviera éxito. El texto vigente nada dice al respecto por lo que hay que concluir que no es requisito imprescindible para que se produzca el efecto anulador del plazo señalado de los tres meses. En consecuencia, el riesgo para los bienes indicados puede producirse sobre alguno de los hijos de uno de los cónyuges aunque no conviva con ellos.

Lo sexto y último, se relaciona con la edad de los citados hijos. Al no decir nada expreso con referencia a los menores de edad el artículo 81.2º, hay que entender que relata a aquéllos sin límite, es decir, con cualquier edad; pues como advierte VÁZQUEZ IRUZUBIETA “donde la ley no distingue, nosotros no debemos de distinguir”³⁸⁵.

³⁸⁴ Este es el parecer igualmente de Vázquez Iruzubieta para el que la expresión “o de cualquiera de los miembros del matrimonio” debe de ser entendida como si dijera “o cualquiera de los hijos propios de los cónyuges”, “pues son los únicos que hasta entonces estaban preteridos en la enumeración”. Observa de la misma manera que se lee “del matrimonio” y no “de la familia” de lo que le resulta que” los parientes que convivan con esa familia compuesta de cónyuges y sus hijos propios de ambos o de cada uno de ellos que traen al matrimonio de relaciones anteriores, no están incluidos en la protección legal, lo que resulta extraño e inexplicable. Es de suponer que los Jueces corregirán este desliz del legislador”. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Código Civil...cit.*, pág. 138. No estamos de acuerdo con esta última afirmación. No se trata de una protección a los cónyuges, ascendientes, descendientes y otros parientes que convivan juntos frente a la puesta en riesgo de los bienes jurídicos señalados, que para eso existen otras normas, como el Código penal; sino de situar una excepción al plazo de tres meses para conseguir el divorcio en el que los protagonistas son, en primer lugar los cónyuges y, en segundo, y en todo caso, los hijos. La ampliación de los sujetos en este espacio puede desvirtuar el verdadero sentido del número 2º del artículo 81.

³⁸⁵ *Ibd.*, pág. 137.

5. A manera de valoración personal

Todo lo examinado hasta el momento en esta capítulo muestra una serie de cuestiones de necesitada valoración., que ya han sido explicitadas y ahora pretendemos sintetizar en sus propuestas interpretativas. La primera de ellas es la naturaleza y los objetivos que se pretenden cubrir con el citado artículo en su versión no consensuada del número 2º del artículo 81 y por remisión al artículo 86, objetivo principal de este trabajo. Se trata, como se ha dicho reiteradamente, de un divorcio donde priva la voluntad de la persona que no desea continuar vinculado con su cónyuge. Es decir, basado en parámetros de libertad. Semejante fundamento requiere, desde nuestro punto de vista, que todas las interpretaciones de las exigencias en él contenidas se hagan desde semejantes perspectivas, lo que conlleva en el caso de la excepción un entendimiento abierto de todos sus componentes.

Dicha declaración por nuestra parte conduce a plantear el término “acreditar”, como ya se ha hecho, en sus parámetros más extensivos por flexibles. No extremadamente difuso que llegue a identificarse con meras sospechas pero sí lo suficientemente dúctil para que se facilite, en la medida de lo posible con respeto a la norma, la voluntad de la parte que siente un riesgo para bienes jurídicos personales de gran trascendencia y que necesita precisamente por eso y por su propia voluntad y libertad, la desvinculación matrimonial. El problema surge cuando los componentes que se manifiestan para conseguir la supresión del plazo de los tres meses para la interposición de la demanda están directamente relacionados, que es en casi todos los casos, con la violencia de género o doméstica, lo que puede o, mejor, ha de generar un procedimiento penal, si ya no está en marcha.. Aquí las cautelas

necesariamente han de ser mayores, pero dirigidas a este otro objetivo de concretar la posible responsabilidad penal del sujeto.

En ningún caso, el vocablo “acreditar” requiere la exigencia de una sentencia que confirme el riesgo o la conculcación de alguno de los bienes jurídicos en el artículo enumerados. Evidentemente si existe esa sentencia condenatoria de uno de los cónyuges la acreditación y la suspensión del plazo es automática. Lo mismo ha de pasar si se ha dictado una orden de protección a favor del cónyuge demandante, cuya existencia, desde nuestro punto de vista, sirve de medio probatorio acreditativo del mencionado riesgo.

A GUILARTE GUTIÉRREZ le parece preocupante la manera de acreditar tal situación excepcional que “deberá ser valorada *prima facie* por el Juez, sin duda *inaudita parte*, con carácter previo a la admisión de la demanda. Acreditación que no será fácil cuando no hayan existido previamente las medidas establecidas preventivamente por la Ley Integral de Violencia de Género como, por ejemplo, la Orden de Protección”³⁸⁶. No nos parece tan complejo como alude el autor citado, al menos no más que las exigencias establecidas para la concesión de la susodicha Orden de Protección. Es decir, dado el paralelismo que no identidad, como analizábamos páginas atrás, de la Orden con la excepción, al menos se han de requerir los mismos fundamentos para ésta que para aquélla en cuando a su probación y recordemos que se alude a indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad.

La situación más complica entonces se puede producir cuando ni hay iniciado un procedimiento penal, ni una sentencia de este tipo ni una orden de

³⁸⁶ GUILARTE SÁNCHEZ, Vicente y otros. *Comentarios...cit.*, pág. 64.

protección y es el cónyuge demandante el que se dirige directamente al Juez en petición de la suspensión del plazo para la presentación de demanda de divorcio. En estos casos, ha de bastar la declaración de dicho cónyuge, siempre que esta sea lo suficientemente racional, concreta y muestre una cierta probabilidad de existencia de los hechos narrados, obviamente todo ello en apreciación valorativa del Juez correspondiente sobre unos hechos que, generalmente, se producen en la interioridad de los hogares familiares.

De todas formas, es doctrina mayoritaria en el ámbito penal, para supuestos más graves, como son los de privación de libertad, el reconocimiento de que la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos impide en ocasiones disponer de otras pruebas. La SAP de Las Palmas 158/2007, de 25 de diciembre, muestra un interesante resumen de esta tendencia jurisprudencial, en un caso de violación, al narrar que los hechos han quedado acreditados por la declaración de la víctima, que cumple con todos los requisitos exigidos por la Sala Segunda del Tribunal Supremo para romper la presunción de inocencia del acusado y cuya especial naturaleza de estos delitos, cometido generalmente en soledad de las partes, impide en ocasiones disponer de otras pruebas.

Resalta la resolución en cita que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de una aptitud necesaria para

genera incertidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio sino una declaración de parte; c) persistencia en la incriminación: esta deber ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestiona eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad³⁸⁷.

Es fácil concluir que si semejante admisión se hace en un ámbito donde cabe imponer una pena, para el caso que hemos analizado de seis a doce años de prisión, mucho más flexible se ha de plantear la cuestión para las hipótesis con las que lo único que se pretende es consolidar una excepción para presentar demanda de divorcio al brevísimo plazo de tres meses establecido, en el que posiblemente no de tiempo ni de concretar las premisas arriba indicadas, por lo que en este apartado, entre otros motivos, se ha de ser más ágil y abierto en la valoración judicial.

Interpretado y valorado a lo largo de esta investigación el plazo de tres meses y los problemas de aplicación y concreción que genera la excepción establecida, cabe cuestionarse su oportunidad en un sistema de divorcio como el nuestro basado en la voluntad y libertad de los cónyuges para romper el vínculo matrimonial, al poder pensarse que se trata más de un detalle de “mala conciencia” legislativa, que no hay porqué tenerla, que de criterios de eficacia enriquecedores del sistema.

³⁸⁷ SSTC, entre otras: 31/1981, de 28 de julio; 10/2007, de 15 de enero. SSTS, entre otras: 111/1999, de 30 de enero; 885/1999, de 31 de mayo; 124/2001, de 5 de febrero; 1305/2004, de 3 de diciembre; 404/2004, de 25 de marzo; 519/2005, de 25 de abril; 813/2005, de 8 de junio; 144/2007, de 22 de febrero. SAP de Madrid 56/2008, de 24 de enero.

III. LA SUPUESTA ANTINOMIA ENTRE LA LEY INTEGRAL Y LA LEY 15/2005.

1. Introducción.

La investigación que estamos a punto de concluir se ha basado fundamentalmente en los contenidos de la Ley 15/2005 referidos a la modificaciones que introduce en el Código Civil en relación al divorcio y dentro de ellas a las realizadas en el artículo 86 y, como referencia de éste, en el 81. No obstante lo anterior, y al hilo del exhaustivo análisis realizado a la excepción contenida en el número 2º de dicho precepto se ha puesto de manifiesto, al entroncarla con la violencia doméstica y de género, la importancia para este estudio de dos normas esenciales en la regulación de esta materia en el Ordenamiento jurídico español: la Orden de Protección y la Ley Integral. Ambas tiene evidentes punto de contacto con la Ley 15/2005 y, en algunos casos como en su fundamento y competencia judicial, relevantes disfuncionalidad que es necesario matizar.

Lo vamos hacer en primer lugar, con el estudio de las dos citadas normas, breve y conciso, y fundamentalmente dirigido a sus aspectos civiles, no puede ser de otra manera en un trabajo de estas características en el que tienen una presencia trascendente pero periférica en relación con el objetivo principal, para luego relacionar directamente, en el primero de los aspectos citados, la Ley Integral con la 15/2205.

1.1. Orden de Protección.

La Orden de Protección a las víctimas de violencia doméstica, regulada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, intenta presentarse como una norma que pretende articular acciones integrales y coordinadas que aúnen tanto medidas cautelares penales sobre el agresor con el objetivo de impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuestas a su situación de especial vulnerabilidad. Para ello, estructura un procedimiento judicial, rápido y sencillo, sustanciado ante el juzgado con el que la víctima puede obtener un estatuto integral de protección.

Sobre estas bases, DELGADO MARTÍN la define como “resolución judicial que constata la existencia de una situación objetiva de riesgo para una víctima de violencia doméstica (alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal y, en consecuencia, ordena su protección durante la tramitación de un proceso penal por delito o falta mediante, por un lado, la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales; y, por otra parte, a través de su comunicación a las entidades competentes para adopción de medidas de asistencia y protección social”³⁸⁸.

En su concreción normativa específica, esencialmente el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificada en parte, especialmente en cuestiones de competencia judicial, por la Ley Integral, destaca, en primer lugar que se refiere, como víctimas, a las personas relacionadas en el artículo 153 del Código Penal, ahora 172.2 incluso por remisión de aquél, con lo que a

³⁸⁸ DELGADO MARTÍN, Joaquín. “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”. En *Encuentros “Violencia doméstica”*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 90.

diferencia, como luego veremos, de la Ley Integral, que se circunscribe a las mujeres violentadas por quienes sean o hayan sido sus cónyuges o por quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia y, para el título dedicado a la tutela penal, a las víctimas especialmente vulnerables, utiliza un concepto amplio en cuanto a los sujetos comprensivo de las personas enumeradas por el artículo 81.2º de la Ley 15/2005. Es decir abarca la idea general de violencia doméstica integradora de la violencia de género. Como ya ha sido adelantado en otros pasajes de esta investigación el fundamento de la Orden –indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, la integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad- se acerca bastante a la excepción del susodicho artículo del Texto civil, por lo que a ese momento sistemático nos remitimos.

La legitimación para solicitar dicha Orden no se queda estrictamente en el ámbito de la acción personal, como sucede, por ejemplo en la interposición de la demanda de divorcio³⁸⁹, sino que se amplía al juez de oficio o a persona que tenga con ella algunas de las relaciones indicadas en el susodicho artículo 153³⁹⁰.

Para mayor facilidad de la víctima la Orden puede solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o las instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas, que de inmediato habrá de ser remitida al juez

³⁸⁹ Posiblemente sea éste un tema que haya que revisar en un futuro inmediato, para posibilitar esta iniciativa, con todas las cautelas que sean precisas y lógicamente con el consentimiento de la víctima, a otras personas o instituciones, en supuestos de intensa violencia doméstica, que haga, generalmente a la mujer, incapaz, por miedo y terror a las consecuencias, de presentar dicha demanda de divorcio.

³⁹⁰ En este sentido y con mayor amplitud, *vid*: CONDE-PUMPIDO FERREIRO y otros. *Comentarios a la Ley...cit.*, págs. 1999-2000.

competente. Éste, convocará a una audiencia urgente, que deberá de sustentarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud a la víctima o a su representante legal, al solicitante y al agresor. Celebrada la audiencia, el juez resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como del contenido y vigencia de las medidas que incorpore.

Estas medidas se presentan en la doble dimensión indicada: penal y civil. Con respecto a las primeras no incorpora nuevas medidas, remitiéndose a cualquiera de las previstas en la legislación procesal penal, entre las que sobresalen las prohibiciones del artículo 544 bis de la Ley procesal criminal – prohibición de residir en un determinado lugar, de acudir a determinados lugares, de aproximarse o comunicarse-, las innominadas del artículo 13³⁹¹ y, también la prisión provisional, según establece los artículos 502 y siguientes de la mencionada norma de procedimiento.

En relación a las medidas de naturaleza civil el susodicho artículo 544 ter presenta algunas peculiaridades en comparación con las penales: a) deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existen hijos menores o incapaces; b) siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil, en beneficio del menor de edad – para prestación de alimentos, para evitación a los hijos de perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda, para evitar la sustracción de hijos

³⁹¹ Artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Se considerarán como primeras diligencias la de consignar las pruebas, que pueden desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y a la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”.

menores por algunos de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa, prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya lo tuviere, sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio, las demás disposiciones que considere el Juez oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios-; c) estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicaciones y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios; d) dichas medidas contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días y si en el dicho plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil tales medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda, en cuyo plazo deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez correspondiente.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé en su artículo 771.2 la posibilidad, en el ámbito del procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, de la adopción de medidas, con carácter inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, a las que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil, esencialmente custodia de los hijos, uso de la vivienda, cese de la convivencia con la revocación del consentimiento y poderes entre los cónyuges. Según PARDILLO HERNÁNDEZ, aunque el precepto no lo mencionaba no parece que existieran grandes dudas para afirmar que el legislador estaba pensando en remediar supuestos de urgencia en los que la violencia en el ámbito

doméstico encontraba acomodo, por lo que, incluso la *praxis* judicial venía exigiendo un principio de prueba documental que justificara la urgencia de la medida y su excepcional adopción *inaudita parte*, como la aportación de un certificado de lesiones o la orden de protección previamente acordada³⁹². Con las sucesivas reformas procesales relacionadas con la Ley Integral y consecuentemente con la Orden de Protección limitan la aplicación de dicho artículo 771.2, aunque como bien apunta el autor en cita se entiende utilizable para los casos excluidos de la susodicha Ley, como los de violencia ejercidos por la mujer sobre su marido³⁹³. En consecuencia, en las previsiones de violencia doméstica aplicación, en todos los casos, que proceda, de la Orden de Protección y las medidas citadas en conexión con los supuestos contenidos en el artículo 81.2º del Código Civil, para las hipótesis de violencia de género reglas de la Ley Integral. Aquella, la Orden de Protección, es atribuida, según el artículo 58 de dicha Ley, modificadora del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los Juzgados de Violencia de la Mujer, sin perjuicio de las competencias de los Juzgados de Instrucción, en función de guardia, como veremos más adelante.

1.2. Ley Integral.

Con todo lo dicho parece evidente que la mayor parte del protagonismo en este tema, al menos de procedimiento, sea de la Ley Integral. La idea básica de su elaboración está descrita en la Exposición de Motivos: “La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al

³⁹² PARDILLO HERNÁNDEZ, Agustín. “Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de violencia de género: novedades introducidas por la LO 1/2004 de 28 de diciembre”. En *Actualidad Civil*, 2006, pág. 676

³⁹³ *Ibd.*

contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de las desigualdades existentes en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. (...) Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados por nuestra Constitución. Esos mismo poderes públicos tienen conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”.

De semejante declaración se desprende de inmediato la vocación pública de todas las medidas contenidas en la susodicha Ley, a pesar de citarse expresamente la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde fundamentalmente se producen las agresiones. El objeto y los actores principales están recogidos en los artículos 1 en concreción, posiblemente más rotunda todavía, de las premisas programáticas vistas en su Exposición de Motivos al especificar que “tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder en los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Dos conclusiones inmediatas para las materias directamente relacionadas con nuestro trabajo: a) protección exclusiva para la mujer –con la salvedad ya desarrollada de las víctimas especialmente vulnerables del título IV dedicado a la protección penal; b)

referencia, en lo relativo a las premisas de separación y divorcio, en concreto a la excepción del artículo 81.2º, del cónyuge mujer.

El contenido de la violencia de género a la que se refiere la Ley está muy cercano a los bienes jurídicos que describe el citado en último lugar artículo del Texto civil, alude a todo acto de violencia física y psicológica incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad.

Como pone de manifiesto BUSTO LAGO se trata de una norma con una clara vocación de globalidad que enfoca la violencia de género desde una forma integral y multidisciplinar³⁹⁴, asentada en los siguientes fines. A) fortalecer medidas de sensibilización ciudadana de prevención; b) consagrar derechos de las mujeres víctimas de violencia de género; c) reforzar hasta la consecución de los mínimos exigibles por los objetivos de la ley los servicios sociales de información, de atención, de emergencia, de apoyo y de recuperación integral; d) garantizar derechos en el ámbito laboral y funcionarial; e) garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género; f) establecer un sistema integral de tutela institucional; g) fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral; h) coordinar los recursos e instrumentos de todo tipo para asegurar la prevención de estos hechos; i) promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que desde la sociedad civil actúan contra la violencia de género; j) fomentar la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección de las víctimas; h) garantizar el principio de transversalidad de las medidas.

³⁹⁴ BUSTO LAGO, José Manuel. “Violencia de género y relaciones de familia (especial consideración de la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género)”. En *El Derecho*, 2005, pág. 7.

Ello lo pretende conseguir con cinco bloques de actuación, situados en los mismos títulos: a) medidas de sensibilización, prevención y detección, en los ámbitos educativo, de la publicidad y de los medios de comunicación y sanitario; b) derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género, a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita, a los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social, de las funcionarias públicas y económicos; c) tutela institucional; d) tutela penal; e) tutela judicial³⁹⁵.

De todos ellos son de nuestra especial atención, los dos últimos, aunque la tutela penal ya ha sido estudiada y a ello nos remitimos en este punto. La judicial, de patente influencia en esta investigación, se construye sobre varios pilares: la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, posiblemente la construcción estrella de la Ley y a la que volveremos extensamente en el siguiente epígrafe; las normas procesales civiles; las normas procesales penales; las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas; el Fiscal de violencia sobre la Mujer.

2. Ley Integral y Ley 15/2005: Dos enfoques distintos de una misma cuestión.

Del esqueleto esencial de la Ley Integral que en el punto anterior hemos desarrollado se manifiesta un determinada forma de afrontar ciertas

³⁹⁵ En este sentido, entre otros: ARANDA ALVAREZ, Elvira y otros. *Estudios sobre la Ley Integral contra la violencia de género*. Madrid, 2005. ALEMANY ROJO, Ángela y otras. *Violencia de género*. Madrid, 2007. BUSTO LAGO, José Manuel. *Violencia de género...cit.*, págs. 1 y ss. GUZMÁN PÉREZ, Cristina. “La violencia de género en los procesos de familia, separación, divorcio y nulidad” En *ICADE*, nº 72, 2007, págs. 299 y ss. CAMPOS IZQUIERDO, Ángel Luís. “Reflexiones en voz alta ...cit., págs. 1 y ss.

crisis matrimoniales diferente en su fundamento a las sustanciadas por la Ley 15/2005 y que conducen a dos versiones distintas de una idéntica realidad elaboradas en pocos meses de separación. Mientras ésta pretender dar respuesta a las crisis matrimoniales a través de la separación y del divorcio, como opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar los problemas de su vida en común, sobre parámetros de libertad y de respeto a la voluntad de los cónyuges, aquella lo hace sobre la agresión a la mujer por parte del varón protegiendo a la víctima y persiguiendo cualquier conducta, por leve que sea. La norma civil, a lo más que llega en este punto es a arbitrar una suspensión de plazo para poder interponer la demanda de divorcio o separación cuando existe acreditación de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual; la Integral al partir de la idea de que la violencia de género es un problema social que trasciende lo privado elabora una serie de medidas en este sentido que, como hemos visto, culminan con la creación de la Juzgados de Violencia sobre la Mujer y con todos los mecanismos procesales y sustantivos que se ponen a su servicio.

En este sentido se ha manifestado UREÑA MARTÍNEZ con un buen análisis comparativo que pasamos a sintetizar: a) del estudio de ambas leyes se observa que el legislador en poco espacio de tiempo ha dado distintas respuestas jurídicas al problema de los conflictos familiares, la Ley Integral criminaliza cualquier acto de violencia como consecuencia de una relación de poder o de superioridad del varón en la relaciones que indica y entre las que se encuentra la de nuestro interés, cónyuges, la Ley 15/2005 se decanta por silenciar las causas generadoras del conflicto familiar, que generalmente conllevan una mayor conflictividad; b) las dos mantienen distinta filosofía al afrontar dichos conflictos familiares, por un lado, la primera apuesta por la

denuncia de malos tratos para proteger a la mujer, por otro, la segunda por la autonomía de la voluntad de los cónyuges, lo que conduce a respuestas muy diferentes difícil de conciliar; c) el hecho de que partan de principios distintos en la resolución de los conflictos familiares puede suponer que en algunos casos pierda eficacia la Ley Integral y en otros la Ley civil³⁹⁶; d) la acertada supresión del sistema causalista de separación y divorcio en aquellos casos en los que los cónyuges mantienen una posición igualitaria y desde la libertad quieran divorciarse, resulta menos eficaz cuando se producen episodios de violencia de género en los que no existe una situación de igualdad real entre los cónyuges parámetro director de la Ley 15/2005, porque ésta únicamente ha tenido en cuenta en esencia la voluntad, igualdad y libertad de los cónyuges³⁹⁷.

Semejante reflexión es atractiva desde el punto de vista conceptual y de la filosofía que impregna ambas leyes. Consideramos, sin embargo, que cada una tiene su espacio y para él se construyen. Ciertamente coinciden en el casi todo de la Ley 15/2005 y en una parte esencialmente pequeña de los contenidos y objetivos de la Ley Integral, esto es, en la operatividad de sus planteamiento en la separación y el divorcio o, lo que es lo mismo, en las respuestas a los conflictos matrimoniales. En este punto las antinomias se presentan relevantes en la forma de comprender a aquellas, pero ello, desde

³⁹⁶ Ureña Martínez pone el siguiente ejemplo: Si una mujer, que sufre violencia de género, pretendiera la separación en virtud de lo previsto en la Ley 15/2005 obtendría la separación sin necesidad de alegar ni probar la conducta violenta inflingida por el marido. Ahora bien, si su marido si su marido solicitara en el proceso de separación una pensión alimenticia, ella tendría que alegar y probar los malos tratos familiares con la finalidad de que no se le concediese dicha pensión ex artículo 152.4º; lo mismo ocurriría si la mujer solicitara la suspensión del derecho de visitas del marido respecto a los hijos comunes. Por tanto, aunque se concediese la separación sin alegación y prueba de los malos tratos, en el fondo esos malos tratos ya los ha conocido el juez, cuando se le ha presentado el asunto; lo que supone que el conflicto matrimonial se va a reproducir ante él. En estos caso, según la autora, la Ley 15/2005 no conseguirá su finalidad de evitar la conflictividad entre los cónyuges, a pesar de haber suprimido la alegación de las causas de separación. UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena. *Separación conyuga...*cit., pag. 32.

³⁹⁷ *Ibd.*, págs. 31-32.

nuestro punto de vista no empequeñece los objetivos globales de la Ley Integral de protección a las mujeres víctimas de la violencia machista cuando además la coincidencia, generalmente, se dará en clave de excepción del artículo 81.2º y no en la totalidad de las hipótesis que recoge dicho artículo del Código Civil, además de en alguno de sus efectos.

IV. COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN RELACIÓN A LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

1. Competencia ordinaria.

En atención a los trámites procesales necesarios para la tramitación de las demandas de separación y divorcio hay que distinguir entre las dos modalidades que recoge el Código Civil, impulsadas por la Ley 15/2005: la separación de mutuo acuerdo y la separación contenciosa. En ambos casos, y en principio especialmente para la segunda de las separaciones, el Tribunal competente para conocer de estos procedimientos será el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal, del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes, para los de mutuo acuerdo.

Para la primera de ellas hay que acudir a las indicaciones contenidas en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil referido a la separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. Las características esenciales de su regulación son: a) presentación del escrito por el que se promueva el procedimiento; b) citación de los cónyuges dentro de los tres días siguientes para que se ratifiquen por separado en su petición; c) ratificada por los cónyuges la solicitud, si la

documentación presentada es insuficiente, el tribunal concederá mediante providencia a los solicitantes un plazo de diez días para que lo completen; d) si hubiere hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informes del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieren suficiente juicio cuando se estime conveniente; e) cumplido lo dispuesto en los dos apartados anteriores o, si no fuera necesario inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el Tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose sobre el convenio regulador. En estos supuestos, además, se podrá aplicar la Disposición adicional quinta de la Ley sobre medidas de agilización de determinados procesos civiles, entre cuyas materias se encuentran las demandas de separación y divorcio

Con respecto a la segunda, el procedimiento está descrito por el artículo 770 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil y se sustanciarán por los trámites del juicio verbal conforme a lo establecido en el Capítulo I del Título Primero del Libro IV –Disposiciones generales- y con sujeción, además, a las reglas, que de manera resumida pasamos a enumerar: a) presentación de la demanda acompañada de todos los datos y certificaciones necesarias; b) la reconvencción³⁹⁸ se propondrá con la contestación de la demanda para lo que el actor dispondrá de 10 días para hacerlo; c) a la vista deberán concurrir las partes por sí mismas y será obligatoria la presencia de los abogados respectivos; d) las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días; e) en cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo; f) las

³⁹⁸ Los contenidos de contestación a la demanda y la reconvencción están descritos, con carácter general, en los artículos 405 a 409 de la susodicha Ley de Enjuiciamiento Civil.

partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de la Ley, para someterse a mediación; el cónyuge que se proponga demandar la separación o el divorcio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los ya señalados en este trabajo artículos 102 y 103 del Código Civil (artículo 778 de la Ley).

El problema fundamental se presenta cuando la mujer cónyuge ha sido víctima de malos tratos e interpone demanda de separación o de divorcio, sobre todo cuando lo hace con acogimiento de la excepción del número 2º del artículo 81, es decir, utiliza la situación de riesgo para los bienes jurídicos indicados con el objeto de no supeditarse al plazo de tres meses para poder solicitar dicho divorcio. En estos supuestos es imprescindible una necesaria coordinación de competencias con los contenidos de la Ley Integral, a través de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

2. Juzgados de Violencia sobre la Mujer y competencia objetiva en relación a estos supuestos.

Como punto de partida de este epígrafe hay que incidir en que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son creados por la Ley Integral, pero no, según afirma MARTÍNEZ GARCÍA, como un nuevo orden jurisdiccional destinado a crear una jurisdicción de género, sino una especialidad dentro del orden penal al que con carácter general el artículo 9.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) atribuye el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que corresponden a la jurisdicción

militar³⁹⁹. Con estas premisas dichos Juzgados de Violencia sobre la Mujer se fundamentan, como el resto de órganos judiciales, en los principios constitucionales de unidad jurisdiccional y de juez ordinario predeterminado por la ley.

Cuestión inicial básica a determinar para situar su relación con los procedimientos antes examinados en el ámbito estrictamente civil es el la materia a conocer tanto en el ámbito civil como penal y sujetos a los que acoge.

Con respecto a lo primero, el artículo 44, que regula la competencia, adiciona un nuevo artículo 87 ter en la LOPJ, en el que se desarrolla la idea clave de su regulación como es la de acumulación de competencias penales y civiles en un mismo Juzgado, por lo que describe tales competencias tanto en uno como en otro ámbito. Las primeras han de servir de punto de referencia para concretar los sujetos y la materia competencial.

En relación a aquellos es obvio que hay que seguir las pautas marcadas por el ya comentado artículo 1.1. de la Ley Integral que ratifica, como no puede ser de otra forma, el susodicho artículo 87 ter de la LOPJ al aludir a que los delitos que enumera sean cometidos contra quien sea o haya sido la esposa del sujeto agresor, o mujer que haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, con lo que repite el contenido del precitada artículo 1. No obstante, el artículo 87 ter añade otras víctimas: los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

³⁹⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *La tutela judicial de la violencia de género*. Madrid, 2008, pág. 87.

Como puede comprobarse, en esta amplia relación de sujetos están comprendidos prácticamente todos los relacionados en el artículo 81.2º del Código Civil, con la exclusión del cónyuge varón. Cuestión ésta ya tratada que excluye al hombre cónyuge del paraguas protector de la Ley Integral y de su aplicación a través de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Cuando se produzca semejante circunstancia la competencia para conocer de tales hechos, circunscritos a nuestro tema de estudio, divorcio, corresponderá a los señalados Juzgados de Primera Instancia, sin perjuicio para los supuestos de tales malos tratos al hombre de los Juzgados Instrucción ordinarios. Presunta discriminación del hombre que, sin embargo, ha sido avalada, como ya se ha manifestado, por el Tribunal Constitucional en la sentencia citada de 14 de mayo de 2008, planteada, eso sí, sobre la desestimación de la inconstitucionalidad del artículo 153 del Código penal, pero con Fundamentos jurídicos, entendemos, extensibles a los demás cuestiones y basada, en esencia, no “por razón de sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología (...) sino por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”

Cuestión asimismo de interés en este apartado en la consideración de los matrimonios del mismo sexo. Cuando éste es entre hombres no parece descabellada su exclusión de los Juzgados citados, otra cosa es la pareja lesbiana, el matrimonio entre mujeres, al que la Ley Integral no le da solución concreta, cierto es que dicha Ley es anterior a la 13/2005. Algunos autores, como es el caso de MARTÍNEZ GARCÍA, estiman que no se dan respuestas, posiblemente no se puede delimitar la relación hombre-mujer, aunque sí sea posible encontrar ambos roles vitalmente, así como la existencia de una

relación de afectividad; otro caso es el de los transexuales reconocidos legalmente, cuando el agresor sea varón⁴⁰⁰.

En el citado número 1 del artículo 87 ter se enumeran, además de lo anterior, lo que conocerán los susodichos Juzgados de Violencia en la Mujer en el orden penal. Se mueve sobre cuatro supuestos, sobre las víctimas antes aludidas, excepto en el caso de la Orden de Protección abierta a los en ella contenido: a) de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos que cita; b) de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares; c) de la adopción de las correspondientes órdenes de protección, como ya ha sido explicitado; d) del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código penal.

De las cuatro es de nuestra especial atención, la primera en la idea de cruzarla con los contenidos del artículo 81.2. Los delitos a los que atiende son: homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otros delito cometido con violencia o intimidación. Aunque el planteamiento de la Ley Integral es más amplio, sobre todo por la cláusula abierta final, incluye todas las opciones que la Ley 15/2005 desarrolla en relación a la separación o al divorcio.

En las segundas, de la larga enumeración que hace cabe sacar la letra c) “los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de (...) los asuntos de nulidad del matrimonio, separación y divorcio”; que son, por otro lado, en palabras de DELGADO

⁴⁰⁰ *Ibd.*, pág. 100

MARTÍN, el mayor número de procesos civiles que son conocidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁴⁰¹.

Sobre esta base y la de la acumulación de competencias penales y civiles en los Juzgados de Violencia sobre la mujer, éstos tendrán de forma exclusiva y excluyente competencias en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del artículo 87 ter, y para esta investigación las de separación y divorcio; b) que alguna de las partes del proceso civil, de separación o divorcio, sea víctima de los actos de violencia de género –cónyuge mujer o hijos a los que se refiere el artículo 81.2º-, c) que alguna de las partes del proceso civil, separación o divorcio, sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género –el cónyuge varón-; d) que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género⁴⁰².

Otra hipótesis, igualmente de cierta trascendencia, pues produce con frecuencia conflictos jurisdiccionales, es la de la pérdida de competencia objetiva de los tribunales civiles cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer. El artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula los supuestos en los que el orden jurisdiccional civil pierde su competencia a favor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Son, en resumen, los

⁴⁰¹ DELGADO MARTÍN, Joaquín. “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”. En *La Ley*, nº 6279, 2005, pág. 1922.

⁴⁰² *Vid.*, más ampliamente estas cuestiones procedimentales, entre otros: BUSTO LAGO, José Manuel. *Violencia de género...cit.*, págs.10-11. BALLESTEROS MORENO, Constanza. “Tutela Judicial”. En *Estudios sobre la Ley...cit.*, págs.136-142. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *La tutela...cit.*, págs. 106-108.

siguientes: a) cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, de separación o divorcio, tiene noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Integral, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Vigilancia sobre la mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral; b) cuando el órgano jurisdiccional civil, que esté conociendo de un procedimiento civil, separación o divorcio, tiene conocimiento de actos de violencia de género sin que exista un proceso penal incoado habrá de citar a las partes y al Ministerio Fiscal. Éste último, en las siguientes 24 horas, deberá decidir si procede denunciar los actos de violencia de género o solicitar Orden de protección, en dichos supuestos el Tribunal previa entrega por aquél de copia de la denuncia o de la Orden de Protección, continuara conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente; c) cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de un proceso civil, separación o divorcio, requerirá de inhibición al Tribunal civil, el cual deberá de acordar de inmediato su inhibición y la reclamación de los Autos al órgano requirente⁴⁰³.

Semejante trilogía de supuestos ha desencadenado múltiples resoluciones judiciales tendentes a aclarar los niveles de competencia de ambas jurisdicciones, aunque la prioridad devoradora de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es notable. Utilicemos algunos ejemplos.

Especialmente crítico en este sentido es el Auto Audiencia Provincial de Madrid 64/2006, de 6 de marzo, que tras describir la competencia para tramitar simultáneamente los procedimientos penales y civiles por parte del

⁴⁰³ En este sentido, entre otros: *Ibd.*, pág.108-112.

Juzgado de Violencia sobre la Mujer y de la posibilidad añadida de declinar su competencia hacia otros órganos, es decir, a la inversa, manifiesta que todo ello “provoca el posible planteamiento de conflictos competenciales (...) determinantes de excesivas dilaciones en la tramitación de dichos procedimientos, lo que ofrece difícil conciliación con los principios consagrados en el artículo 24 de la Constitución”.

Presenta el caso de un conflicto negativo de competencias que parte de una demanda de divorcio respecto de la que, en principio, concurrían todos y cada uno de los requisitos al efecto que, hemos visto, exige el artículo 87 ter.3, pues además de la materia a la que afectaba, una de las partes era, al menos formalmente, víctima de actos de violencia de género, siendo el demandado imputado como autor de los mismos y respecto de los que se habían iniciado actuaciones penales ante el correspondiente Juez de Vigilancia, que ya había acordado una Orden de protección de la víctima, vigente al tiempo de presentarse la demanda de disolución del vínculo conyugal. A pesar de todo ello, de su inicialmente clara inclusión en las hipótesis de competencia exclusiva y excluyente en el orden civil de los Juzgados de Violencia sobre las Mujeres, fue turnado, aunque la demanda iba dirigida al Juzgado de Violencia, al Juzgado de Familia que, a su vez, acordó inhibirse remitiendo las actuaciones al Juzgado de Violencia sobre las Mujeres competente y éste tras recibir las actuaciones relativas al divorcio, en vez de determinar el asentamiento definitivo, dictó en las diligencias previas de carácter penal que estaba tramitando, Auto acordando el sobreseimiento provisional de la causa, lo que le lleva, mediante posterior Auto, a no aceptar la inhibición realizada por el Juzgado de Familia. La Audiencia, creemos con buen criterio, declara la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para conocer la demanda de divorcio presentada pues “en definitiva, la

desaparición sobrevenida de las condiciones que determinaron, en su momento, la competencia del Juzgado de Violencia, no puede conllevar el que el mismo decline nuevamente la misma, en una viciosa espiral que no viene permitida legalmente” (en igual sentido, Auto Audiencia Provincial de Cádiz 7/2007, de 1 de febrero, de la Auto Audiencia Provincial de Barcelona 225/2007, de 25 de julio). Excesivos movimientos formales que alargan innecesariamente una institución pensada con criterios de agilidad y eficacia.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 232/2007, de 26 de julio, interesa una cuestión de competencia suscitada entre un Juzgado de Violencia sobre la Mujer y un Juzgado de Primera Instancia que dictó Auto declarando la incompetencia objetiva del primero del Juzgados de Violencia a favor de otro de Instancia. Recurrido dicho Auto la Sala centra su argumentación en el contenido del vocablo “juicio oral”, contenido en el párrafo final del artículo 49 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del que declara no tiene parangón en el procedimiento civil, mientras que en el ámbito penal está arraigada, por lo que al no existir una fase procedimental civil propia del juicio oral, ha de entenderse que dicho momento ha de considerarse desde que el Juez civil, tras la admisión a trámite del procedimiento planteado y dar los oportunos traslados a los sujetos de la relación jurídico procesal, convoca a juicio. Interpretación que compagina con la mayoritariamente existente, relativa a entender que la susodicha expresión se refiere al proceso civil⁴⁰⁴.

Por otro lado, afirma el mencionado Auto que el límite temporal para la pérdida de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia civil viene determinada no por la sentencia sino por los plazos de

⁴⁰⁴ Sobre ello, *vid: Guía práctica del menor y de la violencia de género y doméstica*. Coordinador Magro Server. La Ley, 2005, págs. 169-170.

prescripción de la responsabilidad criminal que fija el artículo 130 del Código penal⁴⁰⁵. En consecuencia, si se presenta la demanda una vez se haya dictado en el procedimiento penal sentencia firme condenatoria, es competente el Juzgado de Violencia, si concurren, como es en este caso, los cuatro requisitos del artículo 87 ter.3. c), y mantendrá esa competencia hasta que se produzca la extinción de la responsabilidad penal, una vez sucedido esto recobraría la competencia la jurisdicción ordinaria, “porque la competencia civil es accesoria a la penal, y ya no tendría ninguna lógica que un Juzgado de Instrucción dictara únicamente medidas civiles. La Sala en este caso estima el recurso y declara la competencia objetiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer”.

Son dos ejemplos, de los muchos que se pueden presentar⁴⁰⁶, que manifiestan el no totalmente conseguido desarrollo técnico de separación de competencias en esta materia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los de Primera Instancia que afecta a situaciones como la del divorcio que, en demasiadas ocasiones, retardan y, en consecuencia, se contraponen con la idea inicial contenida en la Ley 15/2005 como, desde otra dimensión, en la propia Ley Integral.

⁴⁰⁵ Vid., en este sentido: *Informe del grupo de expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*. Consejo General del Poder Judicial, 2006, pág.7.

⁴⁰⁶ Autos entre otros muchos consultados: AP de Cádiz 37/2007, de 22 de mayo, AP de Vizcaya 81/2007, de 26 de enero, AP de Madrid 44/2007, de 17 de enero, AP de Barcelona 299/2007, de 5 de diciembre, AP de Madrid 80/2006, de 22 de mayo.

CONCLUSIONES

De lo expuesto y valorado a lo largo de esta investigación se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1ª. El divorcio es una constante histórica que tiene su origen fundamentalmente en el Derecho romano, en el que se llegó a configurar atendiendo a las diferentes épocas e influencias. La presencia del cristianismo en Roma, sobre todo con Constantino, tuvo una notable incidencia en el recorte aplicativo de semejante institución.

2ª En la época moderna el punto de referencia en torno a este tema es el de las ideas ilustradas y la Revolución francesa que trasladan la forma de divorcio como disolución matrimonial por mutuo consentimiento y causal a su legislación con clara influencia en el resto de Europa.. Para derivar luego, a propósito de la Ley Naquet, en el divorcio sanción.

3ª La Iglesia, fundamentalmente la católica, ha sido protagonista permanente en la historia del divorcio por su oposición, a veces radical, a semejante institución que entiende contraria a los principios básicos del matrimonio y un atentado al orden familiar.

4ª En España, a pesar de las circunstancias históricas y del intervencionismo de la religión en las decisiones legislativas durante amplios periodos de tiempo, también se puede concretar una clara evolución en esta materia. Comienza con la Ley de Matrimonio Civil de 1870, que regula una discutible especie de divorcio aunque lo denomina de dicha manera, y sucesivamente se va ampliando o restringiendo hasta llegar hasta su total supresión en la época franquista y renacer, con fuerza, bajo los soportes constitucionales de 1978, en la ley 7/1981.

5ª Desde un plano más conceptual la evolución ha pasado de la distinción entre divorcio vincular o no vincular, a la de sistemas causalistas, donde se incluyen las modalidades, más tradicionales, de divorcio-sanción, divorcio remedio, divorcio causal consensual, a la de sistema no causal, que puede ser consensual con plazos, unilateral con plazos o, incluso, consensual o unilateral sin plazos, éste último de difícil apreciación en las legislaciones analizadas.

6ª El mandato constitucional de regulación de estas materias contenido en el artículo 32. 2, que no menciona expresamente al divorcio sí a la disolución del matrimonio, donde está incluido, no supone ningún impedimento para la regulación actual no causal y de plazos que recoge nuestro Código Civil y mucho menos puede ser tachada de inconstitucionalidad.

7ª La Ley 30/81 supone un importante giro en la realidad legislativa española en relación con el divorcio, que sabe adaptar a las circunstancias de la época, enervadoras del incipiente desarrollo democrático, una institución reclamada y pretendida por muchos españoles. Divorcio fuertemente causal se fundamentaba, en esencia, en el cese efectivo de la convivencia conyugal o en la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, términos ambiguos de no fácil concreción.

8ª A pesar de ser una Ley que, desde la perspectiva actual, puede ser criticada en sus precisiones –el divorcio era estimado como último recurso y tras un comprobante periodo previo de separación que obligaba a utilizarlo únicamente cuando la reconciliación era imposible, aludiendo a una serie de causas, posiblemente perturbadoras del poco equilibrio emocional que mantenían después de la separación, y que hacían determinante la probación

pública de su desunión-, desde la dimensión histórica en la que hay que valorarla se nos antoja una ley moderadamente correcta que respondió a los requerimientos de la época.

9ª Según los datos empíricos extraídos del periodo de vigencia de la Ley citada, la situación es de cierta normalidad con un importante número de divorcios producidos en el momento de su aprobación, lo que supone la existencia de una demanda real de la ciudadanía sobre esta institución, con una posterior estabilidad progresivamente al alza. De hecho de las cifras comparativas que se exponen con las de otros países es de destacar el lugar bajo que ocupa España en datos del año 2005, año de entrada en vigor de la nueva Ley: de veinte europeos estudiados, España con una tasa de 1,7 por 1.000 habitantes está el cuarto por la cola, muy lejos del 3,1 de la República Checa, del 2,9 del Bélgica o del 2,8 de Dinamarca, entre otros

10ª Los sistemas seguidos por las legislaciones europeas son muy heterogéneos y de no fácil inclusión en uno solo de los sistema enunciados. Sus características oscilan entre el mutuo acuerdo como mejor alternativa, dada su brevedad en relación a los plazos y presentarse como la solución más pacífica. Sin embargo, en muchos de ellos la separación juega un papel importante y es necesaria para poder solicitar el divorcio. En algunos, se acepta que el divorcio se decrete vía administrativa, lo que es una forma alternativa de cierto interés que no ha tenido hasta el momento eco legal en España. De todo ello cabe concluir que la legislación hispana en la materia está en un lugar preferente en cuanto a contenido y avance de sus premisas con respecto a una verdadera democratización de la institución.

11ª Las carencias detectadas en la Ley 30/1981 y el progreso de la situación social en España evidenciaban la necesidad de reformar en

profundidad la legislación sobre separación y divorcio. Con la presentación del Anteproyecto de Ley y del propio Proyecto de nueva modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y de divorcio se desencadenaron fuertes críticas, a veces feroces, sobre un Texto que pretendía esa necesaria adecuación de la norma a los sentimientos y sensibilidades de la mayoría de los ciudadanos.

12^a Basada en principios tan asumibles como el de libertad de los cónyuges, voluntad para decidir su estado marital, dignidad, libre desarrollo de la personalidad supone, a pesar de sus también carencias, un nuevo paso trascendente para situar la figura del divorcio dentro de las coordinas más integrales del Estado social y democrático de Derecho y posibilita nuevas respuestas a numerosas peticiones ciudadanas que reclamaban una aplicación más rápida, fácil y sustentada en sus propias voluntades.

13^a Su contenido, caracterizado por la autonomía del divorcio con respecto a la separación, lo que ya supone un interesante compromiso con las más modernas percepciones de aquél, se diversifica en las dos hipótesis de divorcio bilateral consensual cuya acción se ejercita por mutuo acuerdo entre los dos o a petición de uno con el consentimiento del otro y de divorcio contencioso en ambos casos con la necesidad de plazo, tres meses, desde la celebración del matrimonio y sin concurrencia de causa alguna.

14^a El discutido, a nivel de doctrina, plazo no ha de ser identificado como un periodo de reflexión para los cónyuges en el que reconsiderar su situación pues de la misma manera tendría que plantearse, y por idénticos motivos, pasados seis meses o un año o seis años, si de lo que se trata es de recapacitar sobre la situación de crisis en el matrimonio. En todo caso, visto como un señalamiento temporal que puede dotar de mayor seguridad jurídica

y procesal, dada la proximidad con el acto de voluntad que también supone el matrimonio, es aceptable; pero su escasa duración, los problemas de interpretación y de aplicación que genera hace que la pretendida desaparición un ningún caso se manifestaría como una tragedia conceptual del sentido que el divorcio adquiere en la Ley.

15^a De los datos estadísticos que son utilizados con respecto a la aplicación de la Ley 15/2005 es adecuado resaltar, para el año 2006, la gran diferencia entre los divorcios y las separaciones, dada la nueva forma independiente de ser estimados. Destaca con mucho los divorcios consensuados -55,1%- y los divorcios no consensuados en menor medida pero con cifra también importante -36%- frente a la cortedad de la separación consensuada -6%- y de la no consensuada -3%-. Es evidente, pues, que los sujetos que utilizan los mecanismos legales de separación o divorcio se inclinan mucho más por la disolución matrimonial definitiva y dentro de ella por el acuerdo entre los cónyuges, lo que no deja de ser una cifra relevante de la positiva acogida práctica que ha tenido la Ley.

16^a Si discutible ha sido la fijación de plazo no menos lo es la excepción a ese plazo basada en la acreditación de riesgo para una serie de bienes personales que se identifican en gran medida con los desarrollados en la Orden de protección y en la Ley Integral, que nos llevan a una primera relación de su contenido con las conductas relacionadas con la violencia de género y la doméstica.

17^a Los parámetros de libertad en los que se fundamenta todo el artículo 86 y su referencia, el 81, que se concreta en un divorcio donde impera la voluntad de la persona que no desea continuar vinculado con su cónyuge hace que todas las interpretaciones de su contenido y, muy especialmente, las

de la excepción del número 2º del artículo 81 versus 86 han de ser realizadas sobre una comprensión amplia subordinada a este objetivo.

18ª Desde semejante perspectiva hay que concebir la aplicación práctica del término acreditar en sus parámetros más extensivos y flexibles, lo suficientemente abierto para que se facilite, en la medida de lo posible con absoluto respeto a las normas vigentes, la voluntad de la parte que siente un riesgo para sus bienes jurídicos y que, en consecuencia, y en razón a su propia libertad y voluntad, desea la desvinculación matrimonial

19ª Para tal acreditación no se precisa, aunque obviamente ayuda si existe, ni un procedimiento penal ni una sentencia de este tipo ni una orden de protección, bastará con la declaración del cónyuge siempre que ésta sea lo suficientemente racional, concreta y muestre una cierta probabilidad de verdad en los hechos narrados, valoración que corresponderá al Juez.

20ª El riesgo entendido como la posibilidad de que suceda un daño o, mejor, la realización de un juicio de peligrosidad o pronóstico de peligro, en este caso, para los bienes vida, integridad física, libertad, integridad moral, libertad e indemnidad sexuales, demanda igualmente, y por los mismos motivos, una valoración extensiva. Cabe ponerlo en contacto con la idea de peligro que acoge el Código penal, abstracto y concreto, mejor este segundo, pero no cabe una identificación total con los presupuestos punitivos.

21ª En relación a los bienes que señala el legislador civil sí se muestra una mayor conexión con los mismos bienes jurídicos protegidos en el ámbito punitivo, al que hay que acudir, en términos generales, para su adecuada concreción. El análisis pormenorizado de tales bienes y su protección penal abre las puertas a una detallada enumeración de conductas que siendo

tipificadas como delictivas sirven al mismo tiempo como base para cumplimentar las exigencias del artículo 81.2º.

22ª Los sujetos a que se refiere la susodicha excepción son, una vez interpretados los conceptos en ella plasmados, los siguientes: ambos cónyuges, sean del mismo o diferente sexo, los hijos de ambos de filiación matrimonial o extramatrimonial o los adoptados, los mismo pero hijos por separado de alguno o de los dos cónyuges, no se requiere que convivan con los cónyuges ni que sean menores de edad.

23ª El matiz antes aludido de relación entre la Ley Integral y la Ley 15/2005 posibilita una serie de situaciones de especial interés y puede llevar en base a sus distintos fundamentos a enfoques diversos de una misma cuestión, como es precisamente la que analizamos sobre divorcio y separación. En ambas se pretende dar respuesta, eso sí de dispar manera, a las crisis matrimoniales. Mientras la Ley civil lo hace sobre la idea de libertad y de respeto a la voluntad de los cónyuges, la Integral lo estructura sobre la agresión a la mujer por el varón protegiendo, lógicamente, a la víctima y persiguiendo al victimario. Las dos tienen su espacio y para él se construyen sobre filosofías distintas.

24ª Tema de especial interés, en línea con lo anterior, es el de la competencia jurisdiccional en relación a las demandas de separación y divorcio. Hay que distinguir entre las realizadas de mutuo acuerdo y de manera contenciosa y fundamentalmente cuando la mujer cónyuge ha sido víctima de malos tratos, sea acogéndose al número 2º del artículo 81 o lo sea con divorcio sin necesidad de ello, por ejemplo porque se solicite al año de casados, pero con constatación de violencia de este tipo. En estos supuestos se estará prioritariamente a la competencia objetiva declarada para los Juzgados

de Violencia sobre la Mujer; pero el conflicto competencial con los Juzgados de Instancia no se ha logrado solucionar del todo y provoca situaciones, como muchas relacionadas con el divorcio, que retardan el procedimiento, en principio pensado para que sea ágil, rápido y eficaz.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

A) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 1/1981 de 26 de enero
- STC 236/2007 de 7 de noviembre
- STC 152/ 2007, de 27 de julio
- STC 174/2007, de 4 de julio
- STC 175/1985, de 15 de enero
- STC 197/2007, de 11 de septiembre
- STC 59/ 2008, de 14 de mayo
- STC 120/1990, de 27 de junio
- STC 332/ 1994, de 19 de diciembre
- STC 31/1981, de 28 de julio
- STC 10/2007, de 15 de enero
- STC 22/2008, de 31 de enero
- STC 71/2004 de 9 de abril

- STC 46/2001 de 15 de febrero
- STC 174/1986 de 15 de enero
- STC 53/1985 de 11 de abril
- STC 113/ 1994 de 14 de abril

B) TRIBUNAL SUPREMO

STS de 28 de julio de 1999 (EDJ 1999/7961)

STS de 11 de noviembre de 1995, EDJ 1995/6375

STS de 21 de octubre de 1994.

STS de 15 de marzo de 1990, (EDJ 1990/2894)

STS de 10 de febrero de 1983

STS de 21 de abril de 1934

STS 302, de 17 de febrero de 1933

STS 218, de 6 de enero de 1933

STS 4 de enero de 1933

STS, de 5 de diciembre de 1932

STS 490/1999 de 29 de abril

STS 203/2002 de 4 de diciembre

STS 87/2002 de 25 de noviembre

STS 435/1996 de 28 de mayo

STS 203/2002 de 25 de noviembre

STS 957/2007 de 28 de noviembre

STS 1725/2001 de 3 de octubre

STS 213/2005 de 22 de febrero

STS 819/2002 de 8 de mayo

STS 137/2008 de 18 de febrero

STS 294/2003 de 16 de abril

STS 738/2000 de 24 de junio

STS 490/2001 de 5 de marzo

STS 111/1999 de 30 de enero

STS 885/1999 de 31 de mayo

STS 124/2001 de 5 de febrero

STS 1305/2004 de 3 de diciembre

STS 404/2004 de 25 de marzo

STS 519/2005 de 25 de abril

STS 813/2005 de 8 de junio

STS 144/ 2007 de 22 de febrero

C) AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Barcelona 54/2008, de 24 de enero

SAP de Asturias 251/2007 de 22 de junio

SAP de Zaragoza 340/2007 de 26 de junio

SAP de Madrid. Sentencia núm.508\2007 de 17 de abril.

SAP de Córdoba 73/2006 de 31 de marzo de 2006

SAP de Málaga 134/2006 de 9 de marzo de 2006

SAP de Santa Cruz de Tenerife 251/2005 de 13 de mayo

SAP de Jaén de 14 de mayo de 2005, EDJ 2004/69110

SAP Barcelona de 19 de enero de 2005.EDJ 2005/8371

SAP de Alicante 285/2006 de 27 de septiembre de 2006

SAP de Cádiz de 21 de diciembre de 2004, EDJ 2004/292306

SAP de Asturias 381/2004 de 3 de noviembre

SAP de Las Palmas 666/2004 de 9 de noviembre

SAP de Málaga 987/2004 de 3 de septiembre

SAP de Asturias 257/2004 de 5 de julio

SAP de Madrid 320/2004 de 21 de mayo

SAP de Zamora 83/2003 de 27 de marzo

SAP de Asturias 633/2001 de 14 de noviembre

SAP de Cádiz 186/2000 de 25 de octubre.

SAP Baleares 1999/54712 de 10 de diciembre

SAP de Málaga de 15 de octubre de 1998

SAP Barcelona 715/1997 de 23 de febrero

SAP Cádiz de 24 de abril de 1998

SAP Las Palmas 385/1997 de 7 de noviembre

SAP Sevilla 18637/1996 de 31 de octubre

SAP Salamanca de 20 de octubre de 1997. EDJ 1997/11703.

SAP Tarragona 37/1996 de 25 de marzo

SAP Murcia 98/1995 de 22 de enero de 1996

SAP Asturias de 4 de julio 1995, EDJ 1995/8263.

SAP Barcelona de 14 de marzo de 1994, EDJ 1994/7443

SAP de Granada de 3 de junio de 1994 (AC 1994,1121)

SAP Bilbao de 17 de marzo de 1988

SAP de Madrid 56/2008 de 24 de enero

SAP de Madrid 840/2007 de 18 de octubre.

SAP de Cádiz 302/ 2007

SAP de Toledo 59/ 2007 de 17 de octubre

SAP de Barcelona de 17 de abril de 2000

SAP de Alicante de 21 de mayo de 2001

SAP de Las Palmas 158/ 2007 de 25 de diciembre

SAP de Valencia 85/2003 de 26 de marzo

D) AUTOS

AP de Cádiz 37/2007 de 22 de mayo

AP de Vizcaya 81/2007 de 26 de enero

AP de Madrid 44/2007 de 17 de enero

AP de Barcelona 299/2007 de 5 de diciembre

AP de Madrid 74/2006 de 16 de marzo

AP de Madrid 64/2006 de 6 de marzo

AP de Cádiz 37/2007 de 22 de marzo

AP de Tarragona 17/2007 de 23 de febrero

AP de A Coruña 19/2008 de 22 de febrero

AP de Vizcaya 335/2006 de 16 de mayo

BIBLIOGRAFÍA

- ALBACAR LOPEZ, José Luís. “Informe sociológico sobre la aplicación de la ley del divorcio”. En *Revista Jurídica Española, LA LEY*. Tomo 4, 1983.
- ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil IV*. Barcelona, 1997.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. COLLADOS AIS, Angela. “Traducción de los artículos 1564-1587 p) del BGB reguladores del divorcio”. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 1990.
- ALEMANY ROJO, Ángela y otras. *Violencia de género*. Madrid, 2007.
- ALONSO PÉREZ, Mariano. *El divorcio y la reforma del derecho matrimonial español*. Salamanca, 1981.
- ALVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. I, Madrid, 1992.
- ARANDA ÁLVAREZ, Elvira y otros. *Estudios sobre la Ley Integral contra la Violencia de Género*. Madrid, 2005.

- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “El concepto de habitualidad de violencia doméstica”. En *Estudios Penales sobre violencia doméstica*. Coordinados por Morillas Cueva, Madrid, 2002

- ARCOS VIEIRA, M^a Luisa. *La Desaparición de la Affectio Maritalis como Causa de Separación y Divorcio*. Navarra, 2000.

- AULETTA, Tommaso. “Dal Code Civil del 1804 alla Disciplina Vigente: Considerazioni sugli Itinerari del Diritto de Famiglia”. En *Juris Data- Consultazione banche dati online, Familia* 2005,3.

- AUTORINO STANZIONE, Gabriella. MUSIO, Antonio. *Il Divorzio. Disciplina, Procedure e Profile Comparatistici*. IPSOA Editore, 2002.

- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. Vol. II. Madrid, 2007.

- BÉNABENT, Alain. *La Famille*. París, 1994.

- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal, en materia de violencia doméstica”. En *Estudios Penales sobre violencia doméstica*. Madrid, 2002.

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. “Separación y Divorcio”. En *Aranzdi Civil*, num.13/2004. Pamplona, 2004.

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Madrid, 2007.

- BUSTO LAGO, José Manuel. “Violencia de género y relaciones de familia (especial consideración de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de género)”. En *El Derecho*, 2005.

- CABALLERO GEA, José-Alfredo. *Matrimonio. Contrayentes del mismo o diferente sexo. Separación y Divorcio. Unión de Hecho. Acogimiento y Adopción. Violencia de Género, pensión impagada*. Madrid, 2005.

- CABALLERO GEA, José Alfredo. *La Ley del Divorcio, 1981*. Pamplona, 1982.

- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. La cesación de la “afectio maritalis” como causa de separación en la practica judicial: un exponente de la interpretación sociológica de la norma”. En *Aranzadi Civil* núm.18/2001. Pamplona 2001, versión en Internet.

- CAMARERO SUÁREZ, Victoria. “El Derecho a Contraer Matrimonio en la Reforma Actual”. En *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.707/2006. Pamplona, 2006. Edición de Internet.

- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis. “Reflexiones en voz alta sobre la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la violencia de género”. En *El Derecho*, nº 380, 2005.

- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago. *El Matrimonio Canónico en la Jurisprudencia Civil*. Navarra, 2003.

- CAÑETE QUESADA, Agustín. “El Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio”. En *LA LEY*, Tomo 5, nº 6140. Madrid, 2004.

- CARBONELL MATEU, J.C.- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L y otros. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia.2004.

- CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2/ La familia*. París, 1999.

- CARMONA SALGADO, Concepción. Derecho Penal. Parte Especial. Coordinados por Cobo del Rosal.

- CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de familia, casos, reglas, argumentos*. Madrid, 2006.

- CARRIÓN OLMOS, Salvador. “Separación y Divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, En AAVV. *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*. Coordinados por José Ramón de Verda y Beamonte. Navarra, 2006.

- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo V, vol. 1. 10ª ed., Madrid, 1983.

- CATAPANO, Fernandino. “Brevi Riflessioni Critiche Sull’Attuale Disciplina Normativa Della Separazione dei Coniugi”. En *Vita Notariale*, n. 1. Gennaio- Aprile- 2003. Palermo.

- CIAN, G y TRABUCCHI, A. *Comentario breve al Codice Civile*. Padova, 2001.

- COBO DEL ROSAL, M – VIVES ANTÓN, T,S. Derecho Penal. Parte General. 5ª ed. Valencia, 1999.

- Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953.

- CONDE- PUMPIDO FERRERO. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal. Vol. II. Valencia, 2004.

- D’ETTORE, Felice Maurizio. “Lo scioglimento del matrimonio”. En *Il Diritto di Famiglia, Famiglia e Matrimonio*. Tomo I, Torino, 1997.

- DE FRANCA PITAO, José Antonio. *Sobre o Divórcio (Anotacoes aos artigos 1173.º a 1895.º-D do Código Civil)*. Coimbra, 1986.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís. “Torturas y atentados contra la integridad moral”. En *Estudios Penales y Criminológicos*, nº21, 1998.
- DEL GIUDICE, FEDERICO. *Dizionario Giuridico*. 2ª ed. Napoli, 1992.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y otros. *Derecho Penal*. Valencia, 2004.
- DELGADO IRIBARREN, Francisco. “El derecho de familia en la Constitución de la Republica Española de 1931”. En *Revista de Derecho Privado*.1932.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín, La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica. En *La Ley Penal*, nº 2, 2004.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín. Los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer. En *La Ley*, nº 6279, 2005.
- DEMINE, Pierre Jean. *Avant projet de loi réformant le divorce en belgique*. LEGALEX, 2006.
- DÍAZ PITA, María del Mar. “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”. En *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 20, 1997.

- DÍEZ-PICAZO, Luís-GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. Madrid, 1997.

- EIRANOVA ENCINAS, Emilio. *Código Civil Comentado BGB*. Barcelona, 1998.

- ENTRENA KLETT, Carlos María. *Matrimonio, Separación y Divorcio. En la legislación actual y en la historia*. 2ª ed., Pamplona, 1984.

- ESPÍN ALBA, Isabel. “El matrimonio y las uniones homosexuales”. En *Dereito*, vol.14, nº2, Santiago de Compostela, 2005.

- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. “Artículo 32 Derecho al matrimonio”. En AAVV. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Dirigidos por Oscar Alzaga. Tomo III. Madrid, 1997.

- ESPÍN CANOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil Español*. Vol. IV, 2ªed., Madrid, 1963.

- FELIX BALLESTA, M. Angeles. *Regulación del divorcio en el derecho francés*. Barcelona, 1988.

- FERNÁNDEZ VAQUERO, María Eva. *REPUDIUM-DIVORTIUM*. Granada, MCMLXXXVII.

- FERREIRA PINTO, F. Brandao. *Causas do Divórcio*. Coimbra, 1980.

- FRANCA PITAO, José Antonio. *Sobre o Divórcio*.(Anotacoes aos artigos 1173 a 1895.- Do Codigo Civil) Coimbra, 1986.

- FREIRE FALCAO DE OLIVEIRA, Guilherme. “El Régimen del Divorcio en Portugal a Propósito del Nuevo Proyecto Español, ¿Un Caso de

“Paralelismo Espontáneo”?.” En AA.VV. *Familia, Matrimonio y Divorcio en los Albores del Siglo XXI*. Madrid, 2005.

- GARCIA CANTERO, Gabriel. “Chile estrena divorcio”. En *Actualidad Civil* nº5. Madrid, 2005.

- GARCIA CANTERO, Gabriel. “El Fracaso del Divorcio en España y en Europa: Anotaciones a la Ley de 2005”. En *Revista Jurídica del Notariado*. 2006.

- GARCIA CANTERO, Gabriel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo II, 2ª ed., Madrid, 1982.

- GARCIA CANTERO, Gabriel. Sobre la Posible Inconstitucionalidad de la Ley del Divorcio. En *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*. Salamanca, 1984.

- GARCIA RUBIO, María Paz. OTERO CRESPO, Marta. “Apuntes sobre la Referencia Expresa al Ejercicio Compartido de la Guarda y Custodia de los Hijos en la Ley 15/2005”. En *Dereito*. Vol.14, nº2. Santiago de Compostela, 2005.

- GARCIA VARELA, Román y otros. *La Ley del Divorcio* .3ª ed., Madrid, 1987.

- GARCIA VARELA, Román. En AAVV. *La Ley del Divorcio*. 3ª ed., Madrid, 1987.

- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V. “ La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y una unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y

del llamado ‘divorcio Express’”. En *La Reforma del Matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*. Barcelona, 2007.

- GONZALEZ COUREL, Teodosio. *Los problemas del divorcio temporal ante la legislación civil*. Valladolid, 1924.

- GÓNZALEZ OCHOA, José Ignacio.” Ley 30/1981 de 7 de julio como ejemplo de Anquilosamiento Normativo”. En *Boletín de Legislación El Derecho*, nº 105, 1999. EDB 1999/70430. Edición Internet.

- GONZALEZ PORRAS, José Manuel. “El Divorcio en España: La Reforma del Código Civil de 1981”. En *Boletín de Documentación*, nº 11. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ministerio de la Presidencia. Madrid, 2001.

- GÓNZALEZ RUS, Juan José. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 2ª ed. Madrid, 2005.

- GROSLIÈRE, Jean- Claude. “La Réforme du Divorce”. París, 1976.

- GUILARTE GUTIERREZ, Vicente y otros. *Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*. Valladolid, 2005.

- HERRERA CAMPOS, Ramón y otros. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y Sucesiones*. Coordinado por Moreno Quesada, Valencia, 2002.

- Informe del grupo de expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de

protección integral contra la violencia de género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan. Consejo General del Poder Judicial, 2006.

- “Informe sobre el Divorcio. La Evidencia Empírica Internacional”. *En Cuadernos de Extensión 3*. Instituto de Ciencias de la Familia. Universidad de los Andes. 2002.

- INSTRUCCION COLECTIVA DEL EPISCOPADO ESPAÑOL. Aprobada por la Asamblea Plenaria el 23 de noviembre de 1979, sobre divorcio civil.

- JACOBS, GÜNTHER. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid, 1997.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. “El Divorcio en España: unos apuntes sobre su evolución histórica”. *En Diario La Ley nº6292*. Madrid, 2005.

- LABACA ZABALA, Lourdes. “La protección de la monogamia como elemento esencial del matrimonio: precedentes históricos”. *En Noticias Jurídicas*, 2005, edición de Internet,

- LACABA SÁNCHEZ, Fernando. “El nuevo divorcio. Aspectos relevantes del proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio”. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 4, 2005. EDB 2005/ 46829. Edición Internet.

- LACRUZ BERDEJO, José Luís y otros. *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*. Vol. I, 3ª ed., Barcelona 1990.

- LACRUZ BERDEJO, José Luís. *Elementos de Derecho Civil IV*. Madrid, 2002.

- LASARTE ALVAREZ, Carlos. “Merecido adiós al sistema causalista de las crisis matrimoniales”. En *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.655, 2005. BIB 2005/153. Edición Internet.

- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI*. Tomo VI, 3ªed., Barcelona 2002.

- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Contratos. Principios de Derecho Civil*. 10º ed. Madrid, 2007.

- LIBRANDO, Vito. “Le divorce en droit italien”. En *Le Droit de la Familla en Europe*. Strasbourg, 1992.

- LIENHARD, Claude. “ Regards sur l’état actuel des procedures de divorce en France”. En *Le Droit de la Famille en Europe*. Strasburgo, 1992.

- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando.”Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma de Derecho civil en materia matrimonial”.

En *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.655. Pamplona 2005. Edición de Internet.

- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano. NAVARRO-VALLS, Rafael. *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*. Madrid, 1994.

- LÓPEZ TENA, Alfonso. “Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Separación y Divorcio”. En *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.655. Pamplona 2005.

- LÓPEZ-MUÑIZ CRIADO, Carlos.”Divorcio”. En AAVV. *Matrimonio: Nulidad canónica y civil, Separación y Divorcio*. Dirigido por Xavier O’Callaghan. Madrid 2001.

- LORCA NAVARRETE, Antonio María. DENTICI VELASCO, Nina María. *La Regulación de la Separación y el Divorcio en la Nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial referencia a la Mediación Familiar*. San Sebastián, 2005.

- MADRIÑAN VÁZQUEZ, Marta. “Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio: Modificaciones en Derecho Sucesorio”. En *Dereito*. Vol.14, nº 2, Santiago de Compostela, 2005.

- MAGRO SERVET, Vicente. Análisis del nuevo artículo 153 del Código Penal (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre). En, *La Ley Penal*, nº2, 2004.

- MAGRO SERVET, Vicente. Guía práctica del menor y de la violencia de género y doméstica. En *La Ley*, 2005.

- MALAURIE. Philippe. AYNÈS, Laurent. *Famille* .6ª ed. París, 1998.

- MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español*. Madrid, 1943.

- MARTÍN NÁJERA, M.^aTeresa. *El Derecho de Familia tras las Reformas legislativas del año 2005*. Madrid, 2007.

- MARTÍNEZ –BUJÁN PÉREZ, Carlos y otros. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 2004.

- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, 2008.
- MENDOZA BUERGO, BLANCA. Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada, 2001.
- MILANA HRUSAKOVÁ, en "Informe checo en relación con la CEFL Cuestionario sobre causales de divorcio y alimentos entre ex cónyuges". <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 7ª ed. Barcelona, 2004.
- MONJE BALMASEDA, Óscar. "Nulidad del matrimonio". En AAVV. *Compendio de Derecho Civil. Familia*. Dirigido por Francisco Lledó. Madrid 2000.
- MONTERO AROCA, Juan. *Separación y Divorcio, tras la Ley 15/2005*. Valencia, 2006.
- MONTESOL, Brígida. *El divorcio por violencia doméstica*. Editum. Org, 2008.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Derecho Penal. Parte General, Madrid, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. 16º. Ed. Valencia, 2007.
- MUSIO, Antonio. "Il Divorzio. Profili Generali". En *La Separazione, Il Divorzio*. Torino, 2005.
- NAVARRO VALLS, Rafael. *Divorcio: orden público y matrimonio canónico*. Madrid, 1972.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo IV, Madrid, 1999.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Parte General, 5ª ed. Madrid, 2004. Madrid, 1999.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo V. Derecho de Sucesiones. Madrid, 2007
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, y otros. *Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia*. 3ª ed., Madrid, 2001.
- OROZCO PARDO, Guillermo." Matrimonio y Divorcio tras la reforma del Código Civil Español". *En Revista de la Facultad de Derecho-UNSA*. Perú, 2005.
- ORTS BERENGUER, Enrique y otros. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 2004.
- PARDILLO HERNÁNDEZ, Agustín. Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de violencia de género: novedades introducidas por la LO 1/2004 de 28 de diciembre. *En Actualidad Civil*, 2006.
- PASTOR VITA, Francisco Javier. "Una primera aproximación al Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio". *En LA LEY*, tomo 2. Madrid, 2005.
- PATTI, Salvatore. ROSSI CARLEO, Liliana. BELLISARIO, Elena, en, "Informe italiano en relación con la CEFL. Cuestionario sobre causales de divorcio y alimentos entre ex cónyuges". <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>.

-PÉREZ ALONSO, ESTEBÁN. El delito de lesiones. Notas, críticas sobre su reforma. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990.

- PETERKA, Natalie.” El Divorcio Francés tras la Ley de Mayo de 2004, Un Divorcio bajo la Influencia de la Voluntad”. En *Familia, Matrimonio y Divorcio en los Albores del Siglo XXI*. Madrid, 2006.

- POGGI, María Elena. “Cause di Scioglimento o di Cessazione degli Effetti Civile del Matrimonio”. En *Comentario sul Divorzio*. Milano, 1980.

- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla, 1974.

- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El delito de detención ilegal*. Pamplona, 1982.

- POLO SABAU, José Ramón. *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*. Pamplona, 2006.

- PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II, vol. I, Madrid, 1947.

- QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. *Código Civil*. Comentado y concordado extensamente por ORTEGA LORCA, Francisco. Madrid, 1946.

- RAGUES I VALLES, Ramón y otros. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte Especial. Barcelona, 2006.

- RAMOS CHAPARRO, Enrique José. “Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio”. En *Actualidad Civil* nº10. Madrid, 2005.

- REBMANN, Kurt. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 7 –Familienrecht I- 4.Auflage. München, 2000.

- RODRIGUEZ CHACÓN, Rafael. *Matrimonio, Separación y Divorcio en España: Nueva Regulación. Estudio Sistemático de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio*. Barcelona, 2005.

- ROLDÁN VERDEJO, Roberto. *La Ley de Matrimonio Civil de 1870. Historia de una ley olvidada*. Granada, 1980.

- ROMERO COLOMA, Aurelia Maria. “La falta de amor conyugal como causa de separación matrimonial”. En *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, nº11, pág.2, 2002.

- ROTH, MARIANNE en, “Informe austriaco en relación con la CEFL Cuestionario sobre causales de divorcio y alimentos entre cónyuges”. <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>.

- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad.de la 2ª ed. Alemana y notas por Luzón Peña...Madrid, 2006.

- RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*. Barcelona, 1995.

- RUBIO TORRANO, Enrique. “Eficacia civil de las resoluciones canónicas”. En *Aranzadi Civil* num.1/2008. Pamplona, 2008.

- RUDOLPHI, H.J. Los diferentes aspectos del concepto del bien jurídico. En *Nuevo Pensamiento Penal*, 1977.

- RUIZ BECERRIL, Diego. *Después del divorcio*. Madrid, 1999.

- RUIZ FERNÁNDEZ, Eduardo. *El Divorcio en Roma*. Madrid, 1992.

- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, Julia. “La Supresión de las Causas de Separación y Divorcio: incidencia en otros ámbitos. (A propósito de la reforma del CC por Ley 15/ 2005 de 8 de julio). En *Aranzadi Civil*, vol. II, Navarra, 2005.

- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia. “Consecuencias de la Supresión de las Causas de Separación y de Divorcio en el Código Civil Español”. En *Revista de la Facultad de Derecho- Unsa*. Núm. 7. Arequipa, 2005.

- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. “La Modificación del Código Civil en materia de Separación y Divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio”. En *Anales de Derecho*, nº 23. Murcia, 2005.

- SANCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. “La Modificación del Código Civil en materia de Separación y Divorcio por la Ley 1572005, de 8 de julio”. En *Anales de Derecho*, nº 23, Murcia, 2005.

- SANTAMARÍA CRISTÓBAL, José Luís. *Comentarios al Código Civil*. Tomo I, Madrid 1958.

- SCATTARELLA, Fabio. *Il Momento dello Scioglimento Della Comunione Legale a Seguito si Separazione Personale*. Diritto di famiglia 1.325. En *Juris data*, 2006.

- SERRANO ALONSO, Eduardo. *El Nuevo Matrimonio Civil*. Madrid, 2005.

- SERRANO GOMEZ, Carolina. “El divorcio a petición de uno de los cónyuges. La propuesta de medidas reguladoras de los efectos del divorcio”. En *El Nuevo Matrimonio Civil*. Madrid, 2005.

- SESTA, Michele."Desarrollo de la personalidad del cónyuge y causas de divorcio: una reflexión iuscomparatista". En *Familia, Matrimonio y Divorcio en los Albores del Siglo XXI*. Madrid, 2006.

- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio." El nuevo proyecto de Ley sobre separación y divorcio". En *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, nº 42, 2005.EDB 2005/810. Edición Internet.

- SVERDRUP, TONE. En "Informe noruego en relación con la CEFL Cuestionario sobre causales de divorcio y alimentos entre ex cónyuges". <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>.

- TARRAGATO, Eugenio. *El divorcio en las legislaciones comparadas*. Madrid, 1925.

- TOMMASEO, Ferruccio, "Nuove norme per i giudizi di separaciones e di divorzio". En *Familia e Diritto* N.3/2005.

- TORRUBIANO RIPOLL, Jaime. *El Divorcio Vincular y el Dogma Católico*. Madrid, MCMXXVI.

- TRIGO GARCIA, Belén. "La Introducción de la Separación y el Divorcio sin Causa en el Derecho Español (Ley 15/2005, de 8 de julio)". En *Dereito*. Vol.14, nº2. Santiago de Compostela, 2005.

- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena. "Separación Conyugal y Malos Tratos". En *Aranzadi Civil*, núm 6/2007. Pamplona, 2007,

- VALLADARES, Etelvina. *Nulidad, Separación, Divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*. Madrid, 1982.

- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a del Rosario. *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*. Sevilla, 1982.

- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*. Madrid, 2007.

- VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*. Madrid, 1981.

- VEGA SALA, FRANCISCO. *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*. Barcelona, 1982.

- ZARRALUQUI ABOGADOS DE FAMILIA. *El Nuevo Derecho Matrimonial: Comentarios a las Leyes 13/2005 de 1 de julio y 15/2005 de 8 de julio*. Madrid, 2007.

- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luís. *El Divorcio, defensa del Matrimonio*. Barcelona, 1980.

- ZURITA MARTÍN, Isabel. “Las Últimas Reformas Legales en materia de Relaciones Paterno-Filiales”. *En La Reforma del Matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*. Madrid, 2007.