



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

## **INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.**

### **I.**

#### **ANTECEDENTES.**

El 21 de septiembre de 2004 tuvo entrada en el Registro General del Consejo General del Poder Judicial el Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, remitido por el Excmo. Sr. Ministro de Justicia.

La Comisión de Estudios e Informes, en sesión de 29 de septiembre de 2004, acordó designar ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina, siendo rechazado el texto del informe presentado al anteproyecto en sesión de 20 de octubre del mismo año, asumió la Ponencia en la misma fecha D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, y presentado nuevo informe en fecha 21 de octubre de 2004 se aprobó el mismo y se acordó elevarlo para su posterior aprobación al Pleno del Consejo General del Poder Judicial .

### **II.**

#### **SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

El informe se solicita por el Ministerio de Justicia, encontrando fundamento legal dicha solicitud en el artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a este Órgano constitucional la facultad de informar los Anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el resto del artículo 108.1 de esta Ley, a “normas procesales o que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”. A la luz de esta disposición legal, en una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad de informe que en ella se reconoce al Consejo General del Poder Judicial, el parecer que le corresponde emitir al anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

El Consejo General del Poder Judicial ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y un ámbito ampliado que se deriva de la posición del Consejo como órgano constitucional del gobierno del Poder Judicial. Por tanto, dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse habrá de referirse, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del Proyecto en todas las cuestiones no incluidas en citado artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuanto al ámbito ampliado, cabe decir que el Consejo General del Poder Judicial debe expresar su parecer también sobre los aspectos del Proyecto que afecten derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de eficacia inmediata que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales. Además de lo anterior, de acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas tanto a cuestiones de pura técnica legislativa, o terminológicas, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la corrección de los textos normativos, como a su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

efectiva aplicabilidad e incidencia sobre los procesos jurisdiccionales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes han de aplicar posteriormente en la práctica las normas correspondientes.

**III.**

**ESTRUCTURA DEL TEXTO DEL ANTEPROYECTO.**

El anteproyecto de Ley consta de una exposición de motivos, un único artículo, una disposición transitoria y tres disposiciones finales. Se acompaña de un informe sobre la necesidad y oportunidad de la reforma.

En la exposición de motivos se analiza sucintamente lo que supuso la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio y el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, su aplicación a lo largo de 25 años, y la necesidad de acometer la reforma pretendiendo que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica del matrimonio posee una innegable trascendencia, en tanto contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial de forma que tanto la continuación de la convivencia como su vigencia dependa de la voluntad constante de los cónyuges. Se establece así la separación y el divorcio con abstracción de la causa y se prevé que a la solicitud se acompañe la propuesta de medidas provisionales, quedando limitada la intervención judicial para cuando sea imposible el pacto o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

requerimientos de modificación. Se pretende reforzar la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad.

El artículo único modifica los artículos 81, 90, 92, 97, 834, 835, 837 y 840 del Código Civil, quedando sin contenido los artículos 82, 86 y 87.

La disposición transitoria prevé la aplicación de la ley a todos los procesos que se encontraren pendientes de resolución en el momento de su entrada en vigor, con independencia de la instancia o vía de recurso en que se encuentren.

Las disposiciones finales modifican el artículo 770 de la LEC, el artículo 20 de la Ley del Registro Civil y se prevé la entrada en vigor de la ley al día siguiente de su publicación en el BOE.

#### IV.

#### **ANÁLISIS DEL TEXTO OBJETO DE INFORME.**

##### **1.- De la separación y del divorcio.**

En un mismo capítulo, con la consiguiente reforma de la rúbrica correspondiente, se regula conjuntamente la separación y el divorcio, a la vez que se prevé que pueda accederse directamente a éste sin necesidad de una previa separación como ocurre con la actual regulación. Al mismo tiempo se generaliza, conforme a lo señalado en la exposición de motivos, el sistema consensual abandonando el sistema causalista al quedar expresamente derogados los artículos 82, relativo a las causas de separación, y 86 y 87 en los que se regulan las causas de divorcio.

Antes de la reforma introducida por la Ley de 7 de julio de 1981, la normativa del Código Civil en orden a la separación respondía a un sistema



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

basado en la culpa, lo que suponía que el legislador configurase los efectos de la separación como un medio para sancionar al culpable. Sin embargo, tras la reforma, la culpabilidad ya no es un factor esencial a tener en cuenta, existiendo junto a un sistema de separación no culpable o separación remedio, otro de separación culpable o de separación sanción. Así lo viene reconociendo la jurisprudencia, siendo de destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985, que, no obstante referirse a un supuesto anterior a la entrada en vigor de la reforma de 1981, ya establece, de alguna forma, la conveniencia de aplicar los principios de la misma al amparo de lo establecido en el artículo 3 del Código Civil. En efecto, la sentencia citada advierte que: *“el elemento sociológico en la interpretación de las normas, acogido como factor hermenéutico en el artículo tres, párrafo primero, del propio Código, no consiente dar un alcance restrictivo al derogado antecedente, sino que ha de conferírsele a la disposición normativa en que se sustentan la demanda y la reconvenición una amplitud equivalente a la causa primera del actual artículo ochenta y dos, por lo tanto entendiendo que hace intolerable la convivencia (vitam communem nimis duram reddat, en análoga expresión del vigente canon mil ciento cincuenta y tres para el matrimonio canónico) la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, según acontece cuando se origina un permanente estado de tirantez, desafección y profunda discordia entre los esposos, con flagrante y persistente vulneración de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro (artículos sesenta y siete y sesenta y ocho en su actual redacción y anterior cincuenta y seis) y aun de los morales que impone la unidad corporal y espiritual de la pareja, como así lo apuntó ya la sentencia de esta Sala de catorce de julio de mil novecientos ochenta y dos, y es patente que las circunstancias del caso examinado están proclamando que esa conducta reprochable a marido y mujer, con grave menoscabo de los fines del consorcio y dejando de ser el uno ayuda (adiutorium) del otro, constituye base legal bastante para acordar la separación, incluso interesada asimismo por el Fiscal”.*

Reiteradas sentencias de las Audiencias Provinciales han insistido en la existencia de un sistema mixto que admite la separación consensual y la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

disensual, incluyendo en este último supuesto tanto causas objetivas como subjetivas, de forma que *“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 (art. 82.6º)”* (SAP Segovia de 24 de abril de 1989).

*“La mayoría de la doctrina y jurisprudencia se inclina a considerar que no cabe el mantenimiento a ultranza de la convivencia y obliga a interpretar el art. 81 y 82 en el sentido de que cuando la crisis afectiva es manifiesta e irreversible, resulta violenta y preternatural la imposición de la vida en común a dos personas que recíprocamente no se soportan (A.P. Cádiz 24-4-98)”* (citada por SAP Salamanca de 29 de noviembre de 2000).

*“Con relación a la cuestión planteada, efectivamente, se viene señalando por las diversas Audiencias, (entre otras, por la SAP Orense, sec. 2ª, S 17-04-2002) que es uno de los puntos donde más discordancia existe entre la regulación legal y la regulación jurisprudencial en nuestro Derecho Civil. Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 15 de mayo de 2000, 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... Es decir, las nuevas 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, conforme a lo prevenido en los artículos 67 y 68 del Código Civil ha de asentarse la institución matrimonial. Por ello, las denominadas*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

*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 ". (SAP Zamora de 27 de marzo de 2003).*

De todo lo expuesto se deduce que el Código Civil sigue un sistema de separación objetiva, de forma que las causas, aun cuando sean imputables a uno de los cónyuges, únicamente atienden a uno de sus resultados, no a su origen. Revelan situaciones de crisis matrimonial, suficientes para justificar la separación pero sin que el que haya sido autor de alguna de esas causas pueda ser declarado culpable.

La Audiencia Provincial de Segovia en sentencia de 7 de mayo de 2002 afirma que *"De otro lado, la evolución de la sociedad desde el nacimiento de la referida Ley impone, por mor de lo prevenido en el artículo 3 del citado Código, una aplicación cada vez más flexible de las denominadas causas de separación, de modo que es criterio casi unánime de los Tribunales la no exigibilidad de una exhaustiva acreditación de hechos acaecidos en el seno de la intimidad familiar, en cuanto conductas susceptibles de integrarse en las previsiones legales, bastando al efecto la constatación de la existencia de un deterioro de cierta entidad en las relaciones conyugales, siempre que el mismo no sea meramente circunstancial y esporádico, revelándose, por el contrario, como incompatible con el mantenimiento o reanudación pacíficos de los deberes de respeto y ayuda mutuos, convivencia y fidelidad en los que, conforme a lo prevenido en los artículos 67 y 68 del Código Civil, ha de asentarse la institución matrimonial.*

*Tal flexibilidad de criterio no puede, sin embargo, conducir al amparo judicial de pretensiones de separación carentes de toda cobertura legal, cual acaece con la sola decisión o voluntad unilateral de uno de los cónyuges, por la pérdida del afecto marital respecto del otro, y contra la voluntad de éste, en cuanto ello sobrepasaría de forma no permitida los contornos de la figura*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

*examinada, para alojarse en el repudio, que ningún encaje ostenta, en tal ámbito de relaciones jurídicas, en nuestro derecho positivo”*

En el anteproyecto se da por ello un paso más: la separación o el divorcio deben ser decretados judicialmente, siempre que hayan transcurrido los tres primeros meses de matrimonio, a petición de uno de los cónyuges o de uno con el consentimiento del otro. Pero además, y siempre que haya transcurrido ese mismo plazo, o excepcionalmente aunque no haya transcurrido dicho plazo, puede ser pedida por uno sólo de los cónyuges, con independencia de que el otro esté incurso o no en causa de separación, causas que ahora desaparecen del Código Civil.

El propio Tribunal Constitucional ha declarado, en relación con el invocado derecho a la separación matrimonial por la unilateral decisión de uno de los esposos, que el mismo *«no se encuentra formulado expresamente en la Constitución, sino que la norma fundamental establece en su artículo 32 el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y remite a la Ley la regulación, entre otros aspectos, de los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»* (Auto de 3 de octubre de 1983).

Por todo ello, el anteproyecto de ley no entra en colisión con el artículo 32.1 de la Constitución, pues del mismo no se deduce un modelo concreto de regulación de las situaciones de crisis matrimonial

**1º) Análisis general de la reforma a la luz del Derecho Comparado.**

El parentesco socio cultural que existe entre los países de un mismo entorno jurídico y político y que ha dejado un profundo sedimento a lo largo del tiempo en sus instituciones jurídicas y en la forma de solucionar pacíficamente los conflictos nos obliga a realizar un análisis de la forma de regulación del divorcio en el derecho comparado.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

Por ello se ha analizado la regulación del divorcio en los veintiún países siguientes: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Escocia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Inglaterra y Gales, Irlanda, Italia, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa, Rusia, Suecia y Suiza.

De dicho examen se llega a la conclusión de que cada uno de los países establece, en lo esencial que aquí importa, los siguientes mecanismos para la regulación del divorcio que se exponen de forma sucinta:

- **Alemania:** Establece como causa la ruptura irreparable del matrimonio, permitiendo el divorcio por consentimiento conjunto de ambos esposos no causal y condicionado a la ruptura del matrimonio sin periodos previos mínimos de convivencia.

- **Austria:** Prevé el divorcio causal por falta y por ruptura irreparable del matrimonio, así como el divorcio de mutuo acuerdo condicionado a la ruptura del matrimonio y con un periodo mínimo de matrimonio de seis meses.

- **Bélgica:** Como causas de divorcio contempla el consentimiento mutuo, la falta, la separación previa, la transformación de la sentencia judicial de separación en divorcio y la enfermedad mental del otro cónyuge. Admite el divorcio por consentimiento de ambos esposos con un periodo previo de matrimonio de tres años.

- **Dinamarca:** Señala como causas de divorcio la separación, vivir separados durante 2 años, por incompatibilidad, adulterio, violencia y bigamia y no prevé el divorcio por consentimiento.

- **Escocia:** Sólo se prevé la ruptura irreparable del matrimonio, admitiendo el divorcio por consentimiento mutuo condicionado a la ruptura del matrimonio por separación de dos años.

- **Finlandia:** Las causas de divorcio no están tasadas. Lo puede solicitar uno o los dos cónyuges. Después de 6 meses (periodo de reflexión) debe o deben reiterar la solicitud. En el caso de haber estado separados al menos 2 años, los cónyuges pueden solicitar el divorcio sin que tenga que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

transcurrir el periodo de 6 meses antes descrito. Además las razones para el divorcio son irrelevantes. No se exige periodo mínimo de matrimonio.

- **Francia:** Como causas se establecen el consentimiento sin necesidad de alegar causa con un período mínimo de matrimonio previo de seis meses, seis años de separación previa, enfermedad mental de uno de los cónyuges durante seis años o la falta.

- **Grecia:** Como causas figuran la ruptura del matrimonio, el consentimiento con un año de matrimonio previo y la ausencia oficialmente declarada.

- **Holanda:** El divorcio por consentimiento mutuo está condicionado a la constatación de la ruptura del matrimonio.

- **Hungría:** El matrimonio debe disolverse si la vida matrimonial se ha roto completa e irremediamente. El divorcio por consentimiento mutuo sólo se permite condicionado a la ruptura del matrimonio.

- **Inglaterra y Gales:** Es preciso constatar la ruptura irreparable del matrimonio pero siempre con un periodo mínimo de matrimonio previo de un año.

- **Irlanda:** Como causa se prevé la separación por un período de, o períodos que en total sumen cuatro años durante los cinco años previos y si no hay posibilidad razonable de reconciliación.

- **Italia:** Se exige la ruptura material y espiritual de la unión de los cónyuges. Es necesario siempre una causa previa.

- **Noruega:** Son causas la separación de un año o si no se ha cohabitado durante al menos 2 años. En estos dos supuestos no se necesita consentimiento ni alegar motivos para el divorcio. Si el otro cónyuge ha intentado matar al demandante o sus hijos, los ha maltratado, o se ha comportado de manera que ese comportamiento los tenga atemorizados. No se necesita en estos casos período de separación. Se admite el divorcio unilateral pero con causa.

- **Polonia:** Completa e irreparable disolución de la vida matrimonial.

- **Portugal:** Causas subjetivas: ruptura de los deberes matrimoniales, poniendo en peligro, por su gravedad y reiteración, la vida



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

matrimonial. Causas objetivas: separación de hecho por tres años consecutivos; separación durante un año si el divorcio se solicita por un cónyuge sin la oposición del otro; alteración de las facultades mentales; ausencia sin informar del paradero por un período de al menos dos años. Se admite el divorcio por acuerdo mutuo sin alegar causa ni probar la ruptura del matrimonio.

- **República Checa:** Ruptura irreparable del matrimonio admitiendo el divorcio por consentimiento mutuo con un periodo de matrimonio previo de un año.

- **Rusia:** Ruptura irreparable del matrimonio. El marido no puede solicitar el divorcio durante el embarazo de la esposa ni durante el año siguiente al nacimiento del hijo. Se permite el divorcio por mutuo acuerdo sin plazo previo de matrimonio.

- **Suecia:** Por mutuo acuerdo, obtención inmediata, salvo que haya hijos menores de 16 años, casos en que es obligatorio un período de reflexión de 6 meses. Si lo solicita un solo cónyuge el periodo de reflexión de seis meses es obligatorio, salvo que hayan vivido separados al menos 2 años. No se necesita alegar motivos si el matrimonio se contrajo a pesar de la existencia de absoluto impedimento.

- **Suiza:** A solicitud de ambos cónyuges. Si lo solicita un solo cónyuge: después de 4 años de vivir separados; la exigencia de 4 años se puede reducir si la continuación de la unión matrimonial es irrazonable.

Como se puede comprobar no existe un sistema único ni diversidad de sistemas clasificables pues cada uno de los ordenamientos analizados tiene su propia manera de regular el divorcio. Se puede afirmar, no obstante, que todos llegan al divorcio por alguno o algunos de estos tres mecanismos:

- **Consentimiento de ambos esposos:** Marido y mujer voluntariamente deciden disolver el matrimonio de mutuo acuerdo, si bien en algunos países no basta con esta voluntad conjuntamente manifestada exigiéndose además la constatación de la ruptura del matrimonio, como ocurre en Alemania, Austria, Bulgaria, Escocia (donde es necesaria una separación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

de dos años), Holanda e Irlanda. No se precisa condición alguna o causa concurrente con el consentimiento en Bélgica, Bulgaria, Francia, Grecia, Portugal y República Checa si bien es normal establecer un periodo mínimo de vida matrimonial antes de poder solicitar el divorcio de mutuo acuerdo, periodo que es de dos años en Bélgica, tres en Bulgaria, seis meses en Francia, un año en Grecia, y un año en la República Checa. En Portugal no es necesario periodo alguno de matrimonio previo.

- **Divorcio causal:** Casi todos los países siguen un sistema causal, si bien las causas no siempre están perfectamente determinadas en los textos legales permitiéndose la invocación genérica de alguna forma de ruptura irreparable del matrimonio que puede acreditarse de muy diversas maneras. Esta ruptura irreparable del matrimonio se tiene en cuenta, por ejemplo, en Alemania, Austria, Bulgaria, Escocia, Grecia, Holanda, Hungría, Inglaterra y Gales, Italia (Ruptura material y espiritual de la unión entre los cónyuges), Polonia, la República Checa, Rusia...El divorcio con causas tasadas está previsto en otros países como Austria (falta), Dinamarca (separación, separación de dos años por incompatibilidad, adulterio, violencia, bigamia), Francia (separación, falta), Irlanda (separación), Noruega (separación, no cohabitación, violencia), Portugal (separación, alteración de facultades mentales, ausencia) y Suiza (separación).

- **Divorcio unilateral no causal con plazos:** La disolución del matrimonio por divorcio solicitado unilateralmente por uno de los cónyuges, sin la voluntad concurrente del otro o sin su aceptación posterior y sin la concurrencia de causa alguna, es realmente excepcional en los países analizados. Finlandia admite el divorcio a solicitud de uno de los cónyuges, siendo irrelevantes las causas del mismo, pero siempre con la obligación de reiterar la solicitud después de seis meses, estableciendo así un periodo de reflexión en el que se reafirme la voluntad de poner fin al vínculo. Suecia también lo admite con un periodo de reflexión de seis meses, sin necesidad de alegar motivos y Suiza sólo lo permite después de 4 años de vivir separados,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

aunque el plazo puede reducirse si la continuación de la unión matrimonial es irrazonable, lo que en el fondo, supone un divorcio causal.

Como se puede observar **los países analizados utilizan todos, varios o alguno de los mecanismos citados, pero es evidente que ninguno admite la voluntad unilateral de uno de los esposos sin la concurrencia de causa alguna o sin un plazo de reflexión** durante el cual se madure la decisión de poner fin al vínculo matrimonial haciendo ver con ello que la voluntad es firme y constante y pueda deducirse que existe una ruptura de la vida matrimonial. Esta figura es desconocida en los ordenamientos jurídicos analizados.

No es inimaginable que en la tramitación y debate de éste proyecto de ley alguien, como ya se ha escuchado en algunas voces, propusiera, respecto al divorcio unilateralmente exigido por uno sólo de los cónyuges contra la voluntad del otro, suprimir el requisito del plazo sin incluir la exigencia de causa justificativa. Si así sucediera nos encontraríamos: a) con una regulación sin parangón en el derecho europeo, y b) con una figura que sólo se encuentra en la tradición musulmana. Se llama repudio. Quizá se argumentará de contrario que el repudio, tal y como hasta ahora es conocido en el ámbito cultural citado le está sólo permitido al marido mientras que el divorcio por voluntad unilateral sin causa ni plazo, que podría ser solicitado por marido y mujer. Pero esto lo único que demuestra es que un repudio de doble vía sería respetuoso con el derecho a la igualdad de sexos, sin permitir forma alguna de discriminación, pero no contradiría que en el caso contemplado se estaría consagrando una concepción del matrimonio y de su disolución totalmente ajena al ámbito socio cultural en el que nos encontramos y absolutamente desconocido por los países de nuestro entorno, y sólo admitido en la cultura musulmana. Por todo ello se advierte del riesgo que supondría cualquier intento de supresión del plazo que quisiera consagrar el divorcio sin causa y además sin el citado plazo.

**El anteproyecto de ley** remitido para informe por el Gobierno prevé, al reformar el artículo 81 del Código Civil, el divorcio de mutuo acuerdo, bien a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, y el divorcio a petición de uno de los cónyuges sin causa y una vez transcurridos los tres primeros meses de matrimonio. Al respecto debemos manifestar:

1.- **No es lo que rige en nuestro entorno jurídico y cultural al que pertenecemos ya que 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.

2.- **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 Suecia.

3.- El plazo que se exige en el anteproyecto es únicamente de tiempo de matrimonio previo al momento de solicitar el divorcio, con lo que parece que se quiere instaurar una especie de matrimonio a prueba durante ese lapso de tiempo. Sin embargo, una vez tomada la decisión de divorciarse puede presentarse la demanda que, previos 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 firme voluntad de romper el vínculo, tal y como establecen los ordenamientos finlandés y sueco. **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 mas que exigirse 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.

4.- **Se incluye en un mismo precepto y se regula de forma unitaria la separación y el divorcio, olvidando que su naturaleza y efectos son muy distintos** por lo que es incorrecta la aplicación de un mismo régimen en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

cuanto a la forma de obtener una y otro. Dos figuras jurídicas distintas no pueden tener el mismo régimen legal, salvo que se confundan, como parece hacer el anteproyecto de ley que aquí se informa.

5.- Por su acierto en el análisis de la reforma que se informa, **se hacen propias muchas de las consideraciones que expresa la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas**. Así, el proyecto, parte del supuesto de que la ley en vigor instituía una "separación culpabilizadora" y un "divorcio-sanción" descalificando las "causas" de separación establecidas por la Ley de 31 de julio de 1981, por considerarlas causas de culpabilidad, lo que supone calificar al divorcio subsiguiente, como "divorcio-sanción". Pues bien, con razón se dice por la Federación que se está incurriendo con ello en el equivoco de confundir "culpabilidad moral" del hecho que provoca la separación con la "responsabilidad jurídica" de los efectos que del mismo se derivan. Ser responsable de las causas jurídicas que legitiman la separación, no quiere decir que se sea "culpable" de los hechos que las configuran. Cuando la ley actualmente en vigor enuncia las "causas" de separación, no lo hace con el fin de imputar culpabilidad al cónyuge que objetivamente ocasionó los hechos determinantes de la separación, sino con el único fin de determinar su responsabilidad jurídica, en consideración a los solos efectos que de la ruptura conyugal se desprenden, tales como la atribución de los hijos, el establecimiento régimen de visitas o su suspensión (Art. 94 Código Civil), privación de la patria potestad (Art. 92 Código Civil), etc. El mantenimiento de estas causas jurídicas legitimadoras de la separación --y consecuentemente del divorcio-- es enteramente imprescindible, con el fin de que el Juez pueda cumplir una normativa tan clara e inatacable como la prioridad del interés de los hijos en atención a salvaguardar la integridad psicofísica de los mismos (obviamente en riesgo, en los casos de violencia concretada en los malos tratos) así como la inexcusable protección al cónyuge que sea víctima de dichos comportamientos. Pero, además, hay otras razones que sin llegar a la violencia contra el menor o la madre pueden destruir su futuro como queda claramente explicitado al comentar las necesidades de cuidado, atención y afectividad que los hijos precisan. En materia jurídica, no se concibe un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

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. Eso es lo que la actual Ley de divorcio cuidó de establecer en términos, no por razones de tal o cual moral, sino por indispensable rigor jurídico sin dejar de ser por ello una ley progresista. La modernización y actualización de las leyes no tiene por qué estar reñida con la pérdida del sentido ético, ni, tampoco dar lugar a que ambos planos se puedan confundir.

## **2º) Otras propuestas para una mejora técnica del anteproyecto**

**Conviene realizar varias precisiones encaminadas a una mejora técnica del proyecto de ley** para lo que se han tenido en cuenta **algunas** de las conclusiones de las II Jornadas de Jueces y Magistrados de Juzgados de Familia y de Incapacidades.

El plazo establecido en el anteproyecto, y sin perjuicio de las anteriores consideraciones, da lugar a los problemas que se analizarán en los números siguientes de este apartado, tanto en lo relativo a la falta de seguridad jurídica acerca de la concurrencia del interés del cónyuge demandante o los hijos, tiempo de valoración por el juez de esas circunstancias excepcionales y eventual impugnación, concepto de malos tratos y forma de acreditar su existencia.

Téngase en cuenta además que en el caso de que nos encontremos ante supuestos de violencia de género en los términos previstos en el Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, la competencia para conocer de los procesos matrimoniales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

corresponderá al Juez de Violencia sobre la Mujer, siempre que se hayan iniciado actuaciones penales por delito o falta o se haya adoptado una orden de protección, por lo que también será necesario que este juez realice la correspondiente valoración de la situación pues la misma Ley Orgánica prevé que “cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente”. Esto, además de requerir un tiempo, dará, en su caso, lugar a problemas de competencia entre los Juzgados de Violencia sobre la mujer y los Juzgados civiles o de familia y a recursos contra el auto de admisión de la demanda por los contradictorios intereses de las partes en que la separación o el divorcio se vea en uno u otro juzgado ante el evidente riesgo de que se utilice la denuncia o el procedimiento penal como factor a tener en cuenta a la hora de concretar los efectos personales y patrimoniales de la separación o el divorcio, como puede ser la custodia de los hijos.

El plazo introducido es nuevo ya que en la actualidad, si la separación es solicitada solamente por uno de los cónyuges, es decir es contenciosa, no está sujeta a plazo alguno tal como prevé el art. 81.2º, y cuando se pretendía una separación de mutuo acuerdo antes del plazo de un año previsto en el número 1 del mismo artículo, se planteaba como contenciosa. Por ello, la modificación introduce un elemento temporal que hace más difícil la separación en contra de la previsión del prelegislador.

1) La no exigencia del plazo de tres meses de matrimonio para la interposición de la demanda cuando el interés del cónyuge o los hijos exija la suspensión de la convivencia plantea, en primer lugar, el problema de la falta de seguridad jurídica. Por una parte parece que el interés es el que proviene de la concurrencia de malos tratos, en la forma un tanto imprecisa a que se refiere el texto analizado y conforme a lo que comentamos en el punto 5º), en cuyo caso bastaría con la inclusión como excepción del último párrafo del número 2º del art. 81.



**Si se entiende, en lo que parece una interpretación más correcta, que existen otros intereses del cónyuge o de los hijos necesitados de protección, deberían precisarse cuales son éstos, pues de lo contrario se le 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.** Por mínimo que fuere el tiempo necesario para ello es fácil que excediese de los tres meses requeridos para el supuesto normal del apartado 1º, en especial si la admisión a trámite de la “urgente” separación o divorcio es contestada por la parte contraria mediante el correspondiente recurso. Comporta también un importante riesgo de inseguridad jurídica al poder variar la interpretación que los distintos jueces otorguen al genérico término “interés” del cónyuge o hijos. Por otra parte parece como si lo que se pretendiese es permitir la separación o el divorcio no causal después de los tres primeros meses de matrimonio y la separación causal antes de ese periodo de tiempo con la diferencia frente al actual sistema de no determinar las causas cuando la exposición de motivos insiste en que “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender ni 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”.

**2) Si se considerase admisible el que no sea necesario esperar a los tres meses de matrimonio cuando el interés del cónyuge (debe entenderse demandante, y no del “otro cónyuge” como en una defectuosa redacción señala el apartado 2º del artículo 81) o de los hijos (entendiendo por tales los del matrimonio como los propios de cada uno de los esposos) exija la suspensión de la convivencia, parece arriesgado, por el peligro que supone de interposición de denuncias sin fundamento, el que se entienda que éste interés concurre en los casos de denuncia por malos tratos interpuesta por uno de los cónyuges contra el otro, o sobre los hijos que convivan con ellos. Sería aconsejable el exigir alguna forma de acreditación de las situaciones de malos tratos, de los que evidentemente pueden ser víctima cualquiera de los cónyuges, no considerándose suficiente la denuncia. Si la víctima es**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

**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, tal y como se prevé en el proyecto de Ley Orgánica de medidas contra la violencia de género** al referirse a la concurrencia de los requisitos que dan lugar al reconocimiento de los derechos laborales y de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras y de las funcionarias víctimas de violencia de género. Si la víctima es el varón debe preverse alguna garantía del mismo tipo.

3) En principio, y según el tenor literal del segundo párrafo del apartado 2º del art. 81, por contener una excepción, parece que las únicas conductas que hacen suponer que existe interés para el cónyuge demandante o para los hijos en que la demanda se interponga antes de transcurrir los tres meses desde la fecha de celebración del matrimonio, son los malos tratos objeto de denuncia y por lo tanto aquellos a los que se refieren los artículos 147.1, 153, 173.2 y 3, 617 y 620 del Código Penal. Sin embargo, dada la finalidad que se pretende, **parece conveniente incluir todas aquellas conductas previstas en el Código Penal y que hacen aconsejable la separación o el divorcio y no sólo, pero también, a las que se refiere el proyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia de género, como agresiones sexuales, amenazas, coacciones y privación arbitraria de libertad, pues muchas otras inciden en el ámbito doméstico de forma que debe garantizarse la protección del cónyuge o de los hijos, como puede ocurrir en delitos de contenido patrimonial con incidencia en la vida familiar y matrimonial que hagan imposible o muy difícil ésta y no expresamente contemplados en la citada Ley Orgánica.**

4) Cabe la posibilidad, para evitar los problemas anunciados, no establecer excepción alguna pues en el Proyecto de Ley Orgánica integral contra la violencia de género ya se contempla la adopción de medidas de protección y seguridad de las víctimas y entre ellas las de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de comunicaciones, suspensión de la patria potestad o la custodia de menores y suspensión del régimen de visitas. No obstante,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

debe recordarse que estas medidas en la mencionada Ley Orgánica sólo protegen a la mujer, por lo que de ser víctima el varón la única posibilidad que este tiene para una protección inmediata es acudir a las medidas provisionálsimas previstas en la LEC, pero con la eficacia limitada a un mes, plazo en el cual debe interponerse la demanda de separación o divorcio, lo que significa que durante los dos primeros meses de matrimonio estaría desprotegido si se eliminase la excepción del apartado 2º del art. 81, por lo que sería necesario el reformar la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia.

**5) Debe mejorarse la redacción del párrafo segundo del apartado 2º del art. 81** ya que se prevé que a la demanda se acompañe la propuesta de medidas provisionales que hayan de regular los efectos derivados de la separación o del divorcio, lo cual es una contradicción pues las medidas provisionales regulan las relaciones entre cónyuges durante la tramitación del procedimiento, mientras que los efectos derivados de la separación o el divorcio sólo se producen tras dictarse la correspondiente sentencia. Por ello debería incluirse en el precepto la referencia tanto a las medidas provisionales como a las definitivas. Se valora positivamente que sea obligatorio el acompañar la propuesta ya que así quedan fijados los términos del debate, permitiéndose la conformidad de la parte contraria o la oposición en cuyo caso el juez decidirá en base a las propuestas y prueba practicada al respecto.

**2.- De los efectos comunes a la separación y el divorcio.**

1) Se valora positivamente la nueva regulación del artículo 92 párrafo 2º en cuanto prevé que los padres acuerden en el convenio regulador o el juez decida, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, o por uno sólo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos, manteniéndose la necesaria audiencia del hijo mayor de 12 años o menor de esta edad si tuviere suficiente juicio. No obstante, debe tenerse en cuenta que la **audiencia del menor** en los asuntos que afecte a su esfera personal, familiar o social, es un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

derecho así reconocido en la Ley Orgánica de protección jurídica del menor y en los Convenios Internacionales, pero es un deber para el Juez, por lo que **debería preverse la posibilidad de que éste, actuando siempre en beneficio del menor, pueda acordar motivadamente no oírle previo informe en tal sentido del equipo psico-social.**

2) El último párrafo del artículo 92 faculta al juez para pedir el dictamen de un facultativo antes de adoptar alguna de las decisiones previstas en el mismo artículo en relación con los hijos, mientras que la anterior redacción hacía referencia al **dictamen de especialistas, palabra esta más correcta pues por tal se entiende al “que cultiva o practica una rama determinada de un arte o ciencia”**. Facultativo es, en la quinta acepción del diccionario de la Real Academia Española, “especializado, técnico”, pero en las acepciones tercera y séptima es “perteneciente o relativo al médico” y “persona titulada en medicina y que ejerce como tal”, por lo que puede prestarse a confusión la nueva redacción de la norma de forma que se entienda que sólo puede recabarse el auxilio de un médico y no de cualquier otro especialista. Igualmente sería conveniente no limitar el auxilio a un único especialista, pudiendo el juez, en atención a las circunstancias concurrentes, recabar la ayuda de varios, tal y como constaba en la anterior redacción, y de varias especialidades.

3) **Con relación a la vivienda familiar sería oportuno dar una nueva redacción a los artículos 96 y 103.2º del Código Civil para ponerlo en concordancia con la nueva regulación de la custodia compartida.**

En cuanto a la forma de regulación de la custodia compartida y partiendo de la idea plasmada por el prelegislador de que sean los padres quienes decidan acerca de la forma de ejercicio de la misma, a falta de acuerdo **debe ser el juez quien en cada caso valore la conveniencia o no de la custodia compartida en sus distintas modalidades, teniendo en cuenta conjuntamente el interés del menor en especial en lo que se refiere al desarrollo de su personalidad, con una educación que**



**contemple valores y principios no discrepantes en un modelo educativo y afectivo que no ofrezca sobresaltos continuos tal y como se manifiesta la Federación de asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas, y la concreta situación real entre los padres siempre con la idea de que el régimen de custodia que se establezca pueda ser modificado en cualquier momento, en cuanto a su concreto contenido y límites, en atención a la alteración de las circunstancias que dieron lugar a su adopción o cuando se acredite un ejercicio abusivo o inadecuado de las facultades concedidas, valorando la aptitud y voluntad de cada padre para asumir sus deberes y respetar los derechos y deberes del otro. La custodia compartida debe establecerse de tal forma que se respete la vida separada de cada cónyuge y se prevea la forma de actuación y gestión de los actos de la vida ordinaria, haciéndola lo menos compleja posible.**

**Si bien es cierto que no debe hablarse de “culpabilidad moral” del hecho que provoca la separación o el divorcio, es evidente que, en determinados casos, si es exigible un cierta valoración de las circunstancias que concurren a los solos efectos que de la ruptura conyugal se desprenden, tales como la atribución de los hijos o el establecimiento de un régimen de visitas o su suspensión, así como la privación de la patria potestad.**

**4) Con el objeto de no crear confusión sobre la posible y futura extinción de la pensión como forma de compensación al cónyuge que vea empeorada su situación anterior como consecuencia de la separación o el divorcio, en particular con lo previsto en el primer párrafo del art. 101 CC, en el art. 97 debe sustituirse la palabra “vitalicia” por la expresión “por tiempo indefinido”.**

**Teniendo en cuenta que se permite la separación y el divorcio sin causa alguna a los tres meses de matrimonio y las consecuencias que ello va a tener en la sucesión forzosa, también afectada por la separación de hecho incluso unilateral, debería analizarse la trascendencia que una**



**eventual conducta dolosa o culposa de una de las partes puede tener, por ejemplo forzando una separación unilateral de hecho, sin mayores explicaciones o una separación o divorcio judicial, frustrando las legítimas expectativas, espirituales y materiales, de la otra parte en cuanto a su vida futura, ya que en las circunstancias que se prevén en el artículo 97 del Código Civil, y que el Juez debe valorar para fijar la compensación, no se tiene en cuenta este aspecto de forma expresa y no es de fácil encaje en ninguna de ellas.**

5) Aunque en la exposición de motivos se hace referencia a la **mediación** como procedimiento adecuado para resolver las diferencias entre los padres en cuanto al ejercicio de sus potestades, no se prevé en la articulado una regulación de la misma por lo que **se propone que se incluya un texto similar al artículo 79 del Código de Familia de Cataluña, con la correspondiente reforma del art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la suspensión del curso de los autos.** Deberá, no obstante, concordarse la regulación de la mediación con lo que se disponga en la futura Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

### **3.- Derechos sucesorios del cónyuge viudo.**

Una vez superado el sistema de separación por culpa como consecuencia de la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley de 7 de julio de 1981, se planteaban problemas de interpretación del **art. 834 CC**, relativo a la legítima del cónyuge viudo no separado al morir su consorte o que lo estuviere por culpa del difunto, problemas que se agravaban si se pretendía relacionar con el art. 945 sobre el no llamamiento a la sucesión intestada al cónyuge viudo separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. La doctrina con carácter general se inclinaba por entender tácitamente modificado el art. 834 de forma que todo cónyuge separado judicialmente pierde su derecho a la legítima. Se ha considerado que la legítima del cónyuge viudo tiene como finalidad el sustento



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

del mismo y está basado en la convivencia, pero esta finalidad se cumple, en caso de separación, con la pensión compensatoria en caso de separación judicial que no se extingue por el sólo hecho de la muerte del deudor como señala el art. 101, párrafo 2º, de donde resulta razonable que el legislador no quisiera atribuir al cónyuge la legítima y al mismo tiempo el derecho a seguir cobrando la pensión.

El art. 834 omitía la referencia expresa a la separación de hecho de forma que existían argumentos a favor de la conservación de la legítima por el cónyuge viudo separado de hecho. Así, se interpretaba este artículo en relación con el 835 y de ello se deducía que la única separación de la que se podían deducir responsabilidades era la judicial, a la que se llegaba por demanda, pero este argumento quiebra si se pone en relación con el art. 945. Sin embargo, entre la separación judicial y la de hecho de mutuo acuerdo constatada se da una situación y unos intereses similares que permiten el tratamiento jurídico único que reclamaba la doctrina. Si ha desaparecido la idea de culpabilidad en la separación y mucho más en la separación judicialmente decretada por mutuo acuerdo de los cónyuges, la privación de la legítima tiene su justificación en la desaparición del fundamento mismo de los derechos legitimarios, la convivencia familiar, y esta misma razón concurre en la separación de hecho cuando hubiere tenido lugar de mutuo acuerdo y conste fehacientemente, que tras la reforma de 1981 adquirió una mayor relevancia con efectos tan importantes como destruir la presunción de paternidad del art. 116, influir en la custodia de los hijos (arts. 156 y 159 CC), sobre la atribución de la representación del ausente (Art. 184), administración de bienes gananciales (Art.1388), etc.

Cierto sector de la doctrina consideraba que la legítima viudal no podía sustraerse a los trascendentales efectos que la separación de hecho comportaba en el ámbito de la sucesión intestada. Para ello acudían a los siguientes argumentos: 1) analogía entre los artículos 834 y 945 al referirse éste a la separación de hecho por mutuo acuerdo; 2) eliminada la necesidad de declarar un culpable en la separación se aproximan los efectos de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

separación de hecho a los de la separación judicial, resultando más evidente la culpabilidad en los casos de abandono y separación de hecho provocada por la conducta unilateral del causante que en los casos de separación judicial en los que hoy es ajena la idea de culpabilidad; 3) la no modificación de los artículos 834 y 835 obedeció a un olvido del legislador, y 4) la modificación del último párrafo del artículo 855 que ha quedado vacío de contenido considerando causas de desheredación el incumplimiento de los deberes conyugales.

Sin embargo, hay que tener en cuenta el distinto fundamento de la sucesión forzosa (asegurar al viudo una subsistencia digna tras la muerte de su consorte) y de la sucesión intestada (voluntad presunta del causante de favorecer al que en vida fue su cónyuge) que impide la aplicación analógica del artículo 945. Por otra parte, con independencia de que se declare la culpa de uno de los cónyuges, la separación judicial ofrece la certeza de una situación matrimonial concreta: la suspensión de la convivencia supervisada judicialmente, por lo que, aún reconociendo la relevancia que ahora se da a la separación de hecho, será preciso que se dicte sentencia firme de separación para excluir al cónyuge superviviente de su derecho al usufructo viudal.

Por todo ello, la doctrina, en general, demanda una norma expresa que establezca y determine que circunstancias debe reunir la separación de hecho para que se produzca tal consecuencia, esto es, si bastará la separación de hecho unilateral impuesta por uno de los cónyuges o, por el contrario, ésta deberá ser de mutuo acuerdo y cómo ha de constar el mutuo acuerdo, y, en este sentido se admite la segunda cuando consta fehacientemente por la similitud que guarda con la consensual decretada judicialmente, siendo esta identidad de ambas situaciones lo que justificaría una aproximación en el tratamiento jurídico de una y otra clase de separación. Lo que no está tan claro es que la separación de hecho provocada por la conducta unilateral de uno de los cónyuges, en la que puede resultar más evidente el abandono o conducta imputable al causante, deba producir el mismo efecto en cuanto a la privación de la legítima del superviviente, pues la identidad de razón no es tan evidente y puede dar lugar a situaciones fraudulentas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

El párrafo primero del **artículo 835** ha sido suprimido con acertado criterio ya que, como con unanimidad se venía señalando, la acción de separación es personalísima (STS 27 de febrero de 1999) y por lo tanto intransmisible y como lo que se pretende con ella es la separación, esto es la suspensión de la convivencia entre los cónyuges, no tiene sentido continuar el procedimiento cuando el matrimonio se ha disuelto por muerte de uno de los cónyuges (Art.. 85 CC). No obstante sentencias anteriores a la reforma de 1981, como la del TS de 7 de marzo de 1980, habían entendido que el pleito debía continuar a los solos efectos de fijar en la sentencia si el cónyuge supérstite estaba incurso en causa legal de separación en orden a privarle de los derechos legitimarios, pero como hemos visto la separación ha dejado de ser culpable y este argumento carece de sentido aún más ahora en la que incluso deja de ser causal. Por otra parte, difícilmente se entiende que puedan juzgarse actos personalísimos, íntimos, de un matrimonio, cuando una de las partes ha muerto y no puede defenderse. En consecuencia, era una norma vacía de contenido.

Al suprimir el segundo párrafo del **Art. 837** el legislador no hace sino seguir la corriente doctrinal que consideraba inconstitucional el precepto al infringir el principio de igualdad de los hijos por razón de filiación. Es cierto que otro sector doctrinal admitía su constitucionalidad en atención a la particular razón que subyace y al hecho de que más que una discriminación de los hijos, lo que el precepto implica es una limitación de las facultades de disposición “mortis causa” del testador cónyuge infiel, en tanto en cuanto la legítima de sus hijos habidos fuera del matrimonio continúa siendo igual a la de los demás hijos ya que los que han de soportar el mayor gravamen son los beneficiarios del tercio de libre disposición. Por ello se considera acertada la supresión del párrafo segundo del Art.. 837 que supone a la vez el necesario ajuste técnico del Art. 840.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

#### **4.- Disposición transitoria.**

Se considera **técnicamente insuficiente la disposición transitoria** desde el momento en que no prevé un sistema que permita reconvertir por mutuo acuerdo la pretensión de separación en divorcio, pues si lo que realmente se busca es la aplicación inmediata de la reforma a los procesos en trámite, el legislador debe ser consciente de que en la actual regulación es preceptiva la previa separación para acceder al divorcio. En los procedimientos contenciosos se debería prever la posibilidad de transformación de la pretensión de separación a divorcio a instancias del actor cuando todavía no se haya producido el emplazamiento o a instancias del demandado mediante la reconvencción. Otra posible solución sería conceder un plazo tras la entrada en vigor de la Ley para que las partes manifiesten si desean reconvertir el procedimiento o modificar sus pretensiones.

#### **5.- La reconvencción.**

Si bien se valora positivamente la reforma del Art. 770. 2º de la ley de Enjuiciamiento Civil en tanto delimita los casos en los que procede la reconvencción, dando preferencia siempre al divorcio sobre la separación, debería aprovecharse la reforma para **exigir que la reconvencción se haga de forma expresa, cumpliendo con los requisitos del Art. 406.3 LEC**, con lo que se evitarían problemas a la hora de su admisión, en especial si tenemos en cuenta los intereses en juego.

#### **6.- Reforma de la Ley del Registro Civil.**

Ninguna objeción puede ponerse a la reforma del Art. 20 de la Ley del Registro Civil, desde el momento en que lo que se pretende es evitar la publicidad del dato relativo al lugar del nacimiento en caso de adopción internacional tal y como ya se venía haciendo en base a la Instrucción de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de 2004, con el fin de garantizar el principio constitucional de absoluta equiparación de los hijos con independencia del origen de su filiación.

### **7.- Juzgados de Familia y dotación de medios.**

Para que la reforma propuesta pueda ser eficaz, no sólo en cuanto al acortamiento de los plazos procesales, sino también en cuanto a una mayor calidad de las resoluciones que se dicten, se hace necesaria la dotación de medios materiales y humanos. Por ello **se propone la creación de juzgados de familia, y en su caso, de violencia sobre la mujer, dotados de recursos sociales suficientes de apoyo, tales como equipos psico-sociales, puntos de encuentro familiar y servicios de mediación familiar.**

En cuanto a la organización y posible especialización de los juzgados de familia debe tenerse en cuenta: 1) la forma de llegar a la distribución de los asuntos de familia para lograr una mayor uniformidad en el ámbito de la competencia objetiva y un equitativo reparto de la carga de trabajo; 2) la atribución del conocimiento de los asuntos de familia y personas a un solo órgano judicial, cuando sea procedente la especialización de juzgados y de secciones de las audiencias provinciales.

En cuanto a la procedencia de crear una verdadera jurisdicción especializada en la materia, independiente de la jurisdicción civil, con un ámbito competencial mayor, tanto a nivel de atribución de materia como a nivel territorial, extendiendo su competencia a todas las demarcaciones judiciales el Consejo General del Poder Judicial en acuerdo del Pleno de 14 de abril de 2004 se manifestó en contra afirmando: *"Se ha de tener en cuenta, al respecto, que el Derecho de familia abarca una materia amplia, que no se limita a los procedimientos relativos a la nulidad, separación y disolución del matrimonio, a sus efectos y a las medidas cautelares a adoptar en dichos procedimientos, sino que trasciende a las materias de filiación, relaciones paterno-filiales,*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
SERVICIO DE ESTUDIOS E INFORMES

*alimentos entre parientes, régimen económico matrimonial, y a la guarda de menores e incapacitados. Existe, pues, estrecha relación entre lo que se podría considerar Derecho de familia en sentido estricto con aspectos y relaciones económicas y patrimoniales, que podrían encuadrarse en el ámbito disciplinal de las obligaciones. Por lo que resultaría difícil la delimitación del ámbito competencial objetivo de un hipotético nuevo orden jurisdiccional de familia, independiente del orden jurisdiccional civil”.*

No obstante, debe tenerse presente que el Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer competencia para conocer de los asuntos de nulidad, separación y divorcio cuando alguna de las partes en el proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, o imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género, habiéndose iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto violento sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género. Esto supone el que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer van a conocer en un buen número de casos de los procesos matrimoniales, lo que significa que la específica formación que en su caso se establezca debe llegar también a ellos.