



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

VOTO PARTICULAR que formula el Vicepresidente, Fernando Salinas Molina, y los Vocales Alfons López Tena, Félix Pantoja García, Juan Carlos Campo Moreno, Luis Aguiar de Luque, Javier Martínez Lázaro, María Angeles García García, y Montserrat Comas d'Argemir i Cendra, contra el Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, punto I-1º del orden del día del Pleno del Consejo General del Poder Judicial celebrado el 27 de octubre de 2004.

El Vicepresidente y los Vocales que formulan el presente voto particular discrepan del informe aprobado por el Pleno en los siguientes puntos:

1º Discrepancia por el establecimiento de causas para el divorcio y separación en el informe.

No es cierto que en los países de nuestro entorno, de los que además se omite significativamente toda referencia a la legislación de las provincias de Canadá, los Estados de U.S.A, y los Estados latinoamericanos, no se admita la voluntad unilateral de uno de los cónyuges sin concurrencia de causa alguna suplementaria: del propio texto del informe se infiere que la única causa que generalmente se tiene en cuenta es la ruptura irreparable del matrimonio, concepto cuyo único significado descansa en el ejercicio del libre derecho a continuar o no la voluntad de convivencia de una persona con otra, sin otra causa expresa, ya que no se exige contenido alguno al concepto de ruptura irreparable, mas allá de la propia voluntad individual que pone término a la relación de convivencia matrimonial.

La cuestión es sencilla, se trata de someter la decisión de separación o divorcio a un tercero, la autoridad judicial, que podrá denegarla si no concurren causas objetivas (por cierto, ¿cuáles?), como propugna el informe; o bien atribuir plenos

efectos a la libre voluntad individual, por entender que ninguna persona puede ser obligada a convivir o continuar casada si su voluntad es contraria, como establece el anteproyecto informado en concordancia con el respeto al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, que el informe aprobado por mayoría olvida y obvia.

Es de todo punto inadmisibles descalificar el anteproyecto de ley con la demagógica tacha de “repudio islámico”, pretendiendo confundir lo que es un evidente avance en un Estado de Derecho de libertades, basado en la autonomía de la voluntad, con instituciones basadas en el sometimiento de la mujer al marido, frente a un anteproyecto basado en el principio de, 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 y de todo tipo de la ruptura, poniendo en primer lugar la defensa del interés de los menores si los hubiere, y la situación del cónyuge más desprotegido.

El anteproyecto es plenamente concorde con la regulación de la separación y el divorcio en los países de nuestro entorno cultural y jurídico de democracias liberales, que limitan la intervención judicial a los efectos de la separación y el divorcio, pero no la extienden a la propia decisión de ruptura. La propuesta del informe responde a otra concepción, la que entiende que funcionarios del Estado pueden decidir si autorizan o no la separación y el divorcio, al margen y por encima de las decisiones de los propios cónyuges, como ocurre en los Estados autoritarios y totalitarios, singularmente la República Popular China.

2º Discrepancia con lo establecido en el informe respecto del plazo de tres meses señalados en el apartado 1 y 2 del artículo 81.

Los firmantes del presente voto particular, en su mayoría, consideran que debería suprimirse el mencionado plazo de tres meses, pues no tiene razón de ser en un sistema de separación o divorcio no causal. Introduce en el proceso toda la

problemática de la causalidad (incidentes, pruebas, medidas provisionales pedidas cautelarmente, etc.) con la mera finalidad de adelantar, en su caso, el plazo para la presentación de la demanda.

Este plazo previsto por el prelegislador parece que tiene la finalidad de que haya un tiempo mínimo de convivencia antes de que por voluntad de uno de los cónyuges pueda instarse el que se deje sin efecto el vínculo matrimonial. Si, como se anuncia en la exposición de motivos, lo que se busca es “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”, es preferible eliminar el plazo y al mismo tiempo se evitarán los problemas que se analizarán a continuación, 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, debiendo tener en cuenta que países de nuestro entorno no establecen un tiempo mínimo de matrimonio para interponer la demanda de separación o divorcio, como por ejemplo Alemania, Finlandia, Holanda, Italia o Suecia.

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 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.

Por otra parte 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 pretende una separación de mutuo acuerdo antes del plazo de un año previsto en el número 1 del mismo artículo, los cónyuges se ven obligados a plantearla como contenciosa. Por ello, la modificación introduce un elemento temporal que hace más difícil la separación en contra de la previsión del prelegislador.

De optar el legislador por mantener el plazo de los tres meses para la interposición de la demanda de separación o divorcio cabe la posibilidad, para evitar los problemas anunciados, de 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, 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 provisionalísimas 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.

Impedir el acceso a los Tribunales durante un determinado plazo no deja de plantear problemas atinentes a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), e incluso a la prohibición de discriminación por razón de religión (art. 14 de la Constitución), pues no cabe olvidar que la mayor parte de los matrimonios se contraen

en forma religiosa católica, sujetos al Código de Derecho Canónico, donde no se establece plazo alguno para instar la separación (Cánones 1151 y siguientes) o la disolución del vínculo por efecto de la dispensa del matrimonio rato y no consumado (Canon 1142) y de los privilegios paulino y petrino (Cánones 1143 a 1150). Especial importancia tiene el Canon 1142 (“El matrimonio no consumado entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto con causa justa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga”), pues dicha decisión pontificia tiene eficacia en el orden civil, conforme al artículo 80 del Código Civil. De mantenerse el plazo previsto en el anteproyecto, los ciudadanos casados en forma religiosa católica podrán instar la disolución de su vínculo matrimonial desde el primer día, cuya obtención tendrá efectos civiles; mientras que los casados en forma civil no podrán instar dicha disolución sino transcurridos tres meses.

3° Se discrepa, también, del concepto de responsabilidad jurídica nacida de la ruptura del contrato jurídico matrimonial contra la voluntad de la otra parte signataria del negocio sinalagmático que se dice en el informe y que según el mismo debe dar derecho a ésta a obtener la indemnización que le es debida.

En efecto, el concepto de “responsabilidad jurídica” a que se refiere el informe, es una nueva búsqueda a lo que se considera necesidad de divorcio causal. Las responsabilidades jurídicas, entendiendo como tales las derivadas de un acto jurídico, ya están contempladas en el anteproyecto de ley y en el actual artículo 97 del Código civil. Con la separación y el divorcio surgen obligaciones y las consecuentes responsabilidades jurídicas para los exesposos. Múltiples, en el ámbito del Derecho de familia, de sucesiones, patrimoniales de todo tipo, (art. 97 del Cc); y nunca referidos al mismo hecho de la separación y el divorcio, sino a sus efectos en la esfera patrimonial de los cónyuges. ¿Qué responsabilidad jurídica se busca ante la ruptura del matrimonio por libre decisión individual, que jamás ha existido en nuestro Derecho ni se admite en caso de ruptura unilateral de la promesa de matrimonio (arts. 42 y 43 del Código Civil)? El informe busca una y otra vez los argumentos para basar el divorcio –y la separación- en causas que los justifiquen, buscando responsabilidades jurídicas por la mera ruptura. En un sistema de libre matrimonio y libre ruptura, esto no es necesario y

no por ello se van a quedar privada de regulación las -estas sí-, consecuencias jurídicas del divorcio o separación. El juez al atribuir el régimen de los hijos (incluida la custodia compartida), la pensión compensatoria, la disolución del régimen económico matrimonial, etc., está solventando todos los problemas derivados de la ruptura matrimonial, en función de las circunstancias de los cónyuges y sin necesidad de buscar causas en esa ruptura, que son irrelevantes. Esto es el modelo que plantea el anteproyecto y que sin argumentos intenta descalificar el proyecto.

4º. Se discrepa también, del concepto de custodia compartida que mantiene el informe, toda vez que el único límite que se puede imponer al Juez a la hora de decidir sobre esta cuestión, sin perjuicio de la posible graduación y cautelas, es que no cabe la imposición a aquél de los cónyuges que manifiesta su rotunda renuncia, en todo caso, a la custodia de los hijos. En el resto de los supuestos, la regulación de la custodia compartida por decisión judicial es adecuada en el anteproyecto de ley.

5º En lo que respecta a la configuración de los juzgados de familia, también se discrepa, del contenido del informe.

Y a diferencia de lo que proponen el mismo, y pese a que el CGPJ viene manteniendo una posición contraria a la procedencia de crear una verdadera jurisdicción especializada, este voto particular considera muy importante 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 y, 3) 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. 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.

6º.- Errores jurídicos del Informe.

- “En materia jurídica, no se concibe un contrato sin causa”

Basta la lectura del índice de cualquier manual de Derecho Civil para comprobar que los negocios jurídicos pueden ser causales o abstractos.

- “Sería una aberración jurídica la cancelación unilateral de un contrato (por definición sinalagmático”

Cotidianamente se cancelan unilateralmente los préstamos por el prestatario, los depósitos por el depositante, los contratos de suministro por el consumidor, los “time-sharing” por el adquirente, etc.

7º.- Concordancias.

Por último, los Vocales que suscriben este voto particular estén de acuerdo con el informe aprobado mayoritariamente en los extremos que se han limitado a copiar,

sin citar su origen, el texto de la ponencia encomendada al Vicepresidente y que fue globalmente rechazada en la Comisión de Estudios e Informes. En concreto las concordancias se refieren esencialmente a las mejoras técnicas planteadas en los apartados siguientes: redacción del párrafo segundo del apartado 2º del art. 81; audiencia al menor (art. 92 párrafo 2º); dictamen de especialistas (art. 92 último párrafo); expresión “vitalicia” (art. 97); regulación de la mediación; derechos sucesorios del cónyuge viudo; disposición transitoria; reconvenición; y reforma de la Ley del Registro Civil.

Madrid, 28 de octubre de 2004.

Fernando Salinas Molina

Alfons López Tena

Félix Pantoja García

Juan Carlos Campo Moreno

Luis Aguiar de Luque

Javier Martínez Lázaro

María Angeles García García

Montserrat Comas d'Argemir i Cendra