

EL DIVORCIO EN ESPAÑA

Hace 20 años que se introdujo en nuestro Código Civil la determinación de que el matrimonio se disuelve por el divorcio (Ley 7 de julio de 1.981).

El divorcio ha sido algo ajeno a nuestra legislación, con excepción de las leyes de la segunda república (años 1.932 a 1.938). En la Constitución de 1.932 se admitía que el matrimonio podría disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación de justa causa (artículo 43).

EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE EL DIVORCIO: En un principio la ley del divorcio aparece como algo excepcional: es un mal menor únicamente admisible cuando no resultan eficaces otros remedios jurídicos, se trata de un divorcio-sanción fundamentado en el grave incumplimiento de los deberes recíprocos que nacen del matrimonio y de ahí que por ley se establecen unas causas determinadas de divorcio. También, dada la trascendencia y repercusión de la materia, se toman unas medidas para evitar posibles abusos, tales como una duración mínima del matrimonio antes de poder acudir al divorcio. En las legislaciones de otros países también se adoptaron, además de esas, otras serie de medidas tales como exigir una edad máxima y mínima para poder solicitarlo, o requerir el consentimiento de otros familiares de los cónyuges, o la ausencia de hijos, o que se adelante la partición de los bienes en beneficio de los hijos u obligar a reiterar la demanda de divorcio ya presentada con plazos determinados entre medias, etc.

El divorcio-sanción ha dado lugar a verdaderos dramas procesales pues, al transformarse el amor mutuo en odio, las audiencias judiciales vienen a ser exhibición de las nada ejemplares miserias humanas, reales o supuestas, que cada cónyuge atribuye —a veces hasta encarnizadamente— al otro.

Es práctica procesal habitual que el juez lo que toma en consideración es que en la realidad se ha extinguido la comunidad de vida que es propia del matrimonio, la crisis existente y el carácter irrevocable de ella. De este modo se pasa del criterio subjetivo: búsqueda del culpable, a un criterio de carácter más objetivo: la ruptura por un tiempo de separación de hecho, y se presupone esa ruptura por el lapso del tiempo que puede variar desde 6 meses, como recogía una reforma de la legislación sueca, a la de 6 años de la legislación francesa.

El divorcio produce sus consecuencias en vínculos tan fuertes como son los que unen a los padres con los hijos y a los cónyuges entre sí y, de ahí que en el divorcio-sanción al cónyuge culpable era al que se le imponía las sanciones tales como la pérdida de la guarda de los hijos, el no poder percibir pensiones y, por el contrario, la obligación de pagarlas, determinadas ventajas económicas al disolver el régimen económico matrimonial para el no culpable, la ruptura del vínculo matrimonial, etc. Pero en algún caso alguna de estas medidas, como la ruptura del vínculo matrimonial podría ser más bien un premio que un castigo. Por eso, cuando el divorcio tiene un carácter más objetivo la guarda de los hijos y las pensiones alimenticias se basan más en la necesidad o en el interés de los hijos que en la culpabilidad o inocencia de uno u otro cónyuge. Y esto último parece más coherente sin lugar a dudas, pues los que nos movemos por los Juzgados y Tribunales de Familia somos conscientes de que en más de una ocasión se atribuye la guarda de los hijos y el derecho a percibir pensión al que no es precisamente el cónyuge inocente ni mucho menos, cometiéndose entonces una no pequeña injusticia o también por un lado rompiendo, con el divorcio, un matrimonio porque es un vínculo que oprime demasiado, pero al mismo tiempo ahogando, tal vez, por la fuerza de la obligación al que se le impone el deber del pago de la pensión y, aunque no en teoría pero sí en la práctica, se le priva prácticamente del contacto con sus hijos porque el otro lo hace imposible de un modo tan artero que burla la obligación señalada en la Sentencia. Para remediar esto la Ley 1/2000 de 7 de enero, que entró

en vigor el 8 de enero del 2001 sanciona, hasta con la posibilidad de perder la guarda y custodia de los hijos, al que la tenga atribuida por Sentencia o por el Auto de Medidas Provisionales al cónyuge que obstaculiza el régimen de visitas del cónyuge no custode con los hijos de ambos.

He tenido el caso de que el juez atribuyera la guarda y custodia de los hijos al cónyuge que los abandonaba para irse con su amante en lugar de encomendárselo al cónyuge fiel porque "tenía menos estabilidad de pareja" y todos comprendemos que es imprescindible que las leyes de familia tengan un mínimo de contenido ético para evitar no pequeños atropellos y tropelías que van a sufrir los cónyuges, o al menos uno de ellos, y desde luego los hijos.

Si no se exige un tiempo de ruptura en la convivencia matrimonial antes del divorcio volveríamos a la época romana del repudio y ¿le podemos llamar a esto avance o progresismo?, simplemente lo que haríamos es volver a etapas históricas que parecían ya superadas por la civilización moderna.

Se pretende atajar el mal y absolver las corruptelas de la práctica, pero la realidad nos lleva a ver que no es eso lo que se consigue.

La Exposición de Motivos al Proyecto del Gobierno del la Ley 30/81 de 7 de julio decía que: "en orden al divorcio, tema sin duda llamativo y polémico y que tan encontradas opiniones suscita, lo cual es absolutamente lógico y comprensible por razones profundamente humanas".

Gabriel García Cantero, Catedrático de Derecho Civil y Magistrado excedente nos decía entonces (cuando la ley del divorcio de 1981) que el legislador de entonces incorporó a nuestra legislación uno de los sistemas de divorcio más "avanzados" y "progresistas".

Por otro lado el matrimonio se disuelve, dice el artículo 85 de nuestro Código Civil, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración por el divorcio. Este artículo resulta jurídicamente incompatible con el artículo 60 que dispone que el matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico produce efectos civiles desde su celebración.

Por ley, en nuestro país, un matrimonio canónico produce desde el momento de su celebración los efectos canónicos y civiles que le son propios, y ese matrimonio es un matrimonio indisoluble porque así lo quisieron ambos cónyuges, y así produjeron ese matrimonio indisoluble con su consentimiento prestado voluntariamente, pues ¿quién es el Estado para que a través del juez civil y aplicando la ley civil pueda decir que, a partir de una fecha (que es la fecha de la Sentencia de divorcio) ya no hay ese matrimonio, como dice?. El Estado no puede tener ni competencia ni capacidad para eso, como de hecho no la tiene por mucho que la ley civil diga otra cosa. En un matrimonio que se ha contraído voluntariamente por ambos cónyuges para siempre y con capacidad para adquirir ese vínculo, el Estado no tiene competencia para romperlo: el divorcio es una incongruencia jurídica, es una falacia.

Con lógica, rigor y congruencia jurídica el Estado para lo único que podría tener competencia es para decir, en un matrimonio canónico celebrado válidamente, es que con la Sentencia de divorcio ya ese matrimonio no produce efectos civiles, pero no que ese matrimonio se ha disuelto como dice a partir de la Ley del divorcio de 1981

CAUSAS DE DIVORCIO SEGÚN LA LEY DE 7 DE JUNIO DE 1.981:

1.- **Cese efectivo de la convivencia conyugal durante UN AÑO ininterrumpido** desde la interposición de la Demanda de Separación de **Mutuo Acuerdo**, una vez transcurrido 1 año de matrimonio. (Aquí se podía encontrar un precedente en el artículo 2 de la ley de la Segunda República). Aquí el juez dictará la Sentencia de divorcio sin exigir ningún requisito más que el

transcurso de 1 año desde la Demanda de Separación presentada por ambos cónyuges o presentada por uno y consentida por el otro.

2.- Cese efectivo de la convivencia conyugal durante UN AÑO ininterrumpido desde la **interposición de la Demanda de Separación contenciosa por parte de uno de los cónyuges**, firme la Sentencia de Separación o transcurrido el plazo del año sin Sentencia en primera instancia. (Este motivo exigía plazos más amplios en la ley italiana de 1.970 y en la reforma francesa de 1.975). Aquí se exige una Sentencia fallando la Separación, o el plazo de un año desde que se interpuso la Demanda sin haber obtenido la Sentencia de Separación.

3.- Cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos DOS AÑOS ininterrumpidos desde:

a) que ambos cónyuges consientan la separación de hecho, o desde la Sentencia firme de Separación (de Mutuo Acuerdo o Contenciosa) o desde la declaración de ausencia legal de un cónyuge. Aquí, en el segundo supuesto, el legislador considera la Separación como la antesala del divorcio, pero no la exige porque le da la misma fuerza a la separación de hecho consentida por ambos cónyuges.

b) que se acredite que al iniciarse los dos años de Separación de hecho el otro cónyuge estaba incurso en causa legal de separación.

4.- Cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos CINCO AÑOS, a petición de cualquiera de los cónyuges. Es una posibilidad legal de repudio porque no se exige ninguna causa, basta el tiempo. Hay un precedente en el Derecho alemán de 1.977 pero exige un plazo más largo. También hay precedente en el Derecho francés pero se exigen 6 años y para el demandante van todas las consecuencias negativas de la ruptura del vínculo.

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

ELEMENTOS COMUNES A LAS 5 CAUSAS:

- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante plazos variables de 1 año, 2 años, 5 años.
- La Sentencia o Demanda de Separación Matrimonial.
- Acuerdo Mutuo.

¿SE EXIGE CAUSA?

La Disposición Adicional 6ª, 2º, in fine ordena acompañar a la Demanda el documento o documentos en que el cónyuge solicitante funde su derecho

ROSA CORAZON