



ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución de 1978 contiene en su artículo 32 un mandato al legislador a fin de que regule, con plena igualdad jurídica, los derechos y deberes de los cónyuges, así como las causas de separación y disolución del matrimonio, y sus efectos.

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, de conformidad con los entonces nuevos principios, debía promover y proteger la dignidad de los cónyuges y sus derechos, y procurar que mediante la relación jurídica se favoreciera el libre desarrollo de la personalidad de ambos. A tal fin, habría de tener en consideración que, sistemáticamente, el derecho a contraerlo se configuraba como un derecho constitucional, cuyo ejercicio no podía afectar, ni, desde luego, menoscabar la posición jurídica de ninguno de los esposos en el matrimonio, y que, por último, daba lugar a una relación jurídica disoluble, por las causas que la ley dispusiera.

Su determinación y, en concreto, la admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio constituyó el núcleo de la elaboración de la ley, en la que, tras un complejo y tenso proceso, aún podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación-sanción.

El divorcio se concebía como el último recurso al que pudieran acogerse los cónyuges, y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado período de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose. En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes.

Estas disposiciones han estado en vigor durante casi un cuarto de siglo, tiempo durante el que se han puesto de manifiesto de modo suficiente tanto sus carencias como las disfunciones por ellas provocadas. Sirvan sólo a modo de ejemplo los casos de procesos de separación o de divorcio que, antes que resolver la situación de crisis matrimonial, han



terminado agravándola, o en los que la duración de esa crisis ha llegado a ser superior a la de la propia convivencia conyugal.

El evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad ha privado paulatinamente a estas normas de sus condicionantes originales. Los tribunales de justicia, sensibles a esta evolución, han aplicado en muchos casos la ley evitando, de un lado, la inconveniencia de perpetuar el conflicto ente los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hacía evidente 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.

La reforma que se acomete pretende 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 posee una innegable trascendencia, en tanto que 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.

Con este propósito, se estima 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. Así, 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.

En este último sentido, se pretende evitar la situación actual que, en muchos casos, conlleva un doble procedimiento, para lo cual admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial, con importante ahorro de costes a las partes, tanto económicos como, sobre todo, personales.

No obstante, y 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 de su matrimonio.

En suma, la separación y el divorcio se conciben como dos opciones a las que las partes pueden acudir a fin de dar solución a 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 ellos no desee su continuación 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 procesales. En este caso, y aparte del necesario transcurso del plazo de tres meses entre la celebración del matrimonio y la demanda de divorcio, sólo se requiere que en esta se haga solicitud y propuesta de las medidas provisionales que, durante el proceso, regulen los efectos de la petición principal.

Se pretende, así, que el demandado no sólo conteste a las medidas solicitadas por el demandante, sino que también tenga la oportunidad de proponer las que considere más convenientes, y que, en definitiva, el juez pueda propiciar que los cónyuges lleguen a acuerdo respecto de todas o el mayor número de ellas.

La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido 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 requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar un resolución en la que imponga las medidas que sean precisas.

La ley prevé, junto a la anterior posibilidad, que ambos cónyuges soliciten conjuntamente la separación o el divorcio. En este caso, los requisitos que deben concurrir, así como los trámites procesales que deberán seguirse, son prácticamente coincidentes con los vigentes hasta ahora, pues sólo se ha procedido a reducir a tres meses el tiempo que prudentemente debe mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud de divorcio. Por lo demás, las partes, necesariamente, deben acompañar a su solicitud una propuesta de convenio regulador redactada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil.

Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, aún mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.

Se pretende reforzar por ello la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En sentido, se contempla expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien que cada uno de los progenitores la ejerza compartidamente. También el juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.

En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que este quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La



consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que pueda evitarse.

Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de que tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.

Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá solo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán en beneficio del menor cómo se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestades. No obstante, los padres, cuando la adopción de determinadas decisiones relativas al ejercicio de sus potestades presente dificultad, habrán de tener en consideración que pueden optar, antes que por el recurso a la autoridad judicial, por solucionar su diferencias acudiendo a procedimientos extrajudiciales más adecuados para la resolución de estos conflictos, entre los que cabe señalar la mediación.

Artículo único. *Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio.*

El Código Civil se modifica en los siguientes términos:

Uno. El artículo 81 queda redactado de la siguiente forma:

"Artículo 81.

Se decretará judicialmente la separación o el divorcio, 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 los tres primeros meses del matrimonio. A la demanda se acompañará 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 los tres primeros meses del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando el interés del otro cónyuge o el de los hijos exija la suspensión de la convivencia. Se entenderá que este 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 ambos.

A la demanda se acompañará propuesta de las medidas provisionales que hayan de regular los efectos derivados de la separación o del divorcio, conforme al artículo 103 de este Código."



Dos. La rúbrica del capítulo VII del título IV del libro I queda redactada en los siguientes términos:

"De la separación y del divorcio"

Tres. Los artículos 82, 86 y 87 quedan sin contenido.

Cuatro. El primer párrafo del artículo 90 queda redactado en los siguientes términos:

"El convenio regulador a que se refiere el artículo 81 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:"

Cinco. Se da una nueva redacción al artículo 92, que queda redactado de la siguiente forma:

"Artículo 92.

La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

Los padres podrán acordar o, en su caso, el juez podrá decidir, a instancia de parte y siempre en beneficio del menor, que la guarda de los hijos sea ejercida por uno solo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos.

Antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar el dictamen de un facultativo.

Seis. El artículo 97 queda redactado de la siguiente forma:

"El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un



empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión vitalicia, temporal o un tanto alzado según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez en sentencia determinará la cuantía de la pensión teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

1.^a La edad y el estado de salud.

2.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

3.^a La dedicación pasada y futura a la familia.

4.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

5.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

6.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.

7.^a El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.”

Siete. Se modifican los artículos 834 y 835, que quedan redactados de la siguiente forma:

"Artículo 834.

El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de este judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Artículo 835.

Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos”.



Ocho. Se suprime el párrafo segundo del artículo 837.

Nueve. Se modifica el artículo 840, que queda redactado en los siguientes términos:

"Artículo 840.

Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios."

Disposición transitoria única. *Procesos pendientes de resolución.*

Esta ley será de aplicación a todos los procesos que se encuentren pendientes de resolución en el momento de su entrada en vigor, con independencia de la instancia o vía de recurso en que se encuentren.

Disposición final primera. *Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

La regla 2.^a del artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda redactada del siguiente modo:

"2.^a La reconvencción se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispondrá de 10 días para contestarla.

Sólo se admitirá la reconvencción:

- a) Cuando se funde en alguna de las causas que pueden dar lugar a la nulidad del matrimonio.
- b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.
- c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.
- d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio."

Disposición final segunda. *Modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil.*



El párrafo 1.º del artículo 20 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil, queda redactado del siguiente modo:

“1.º Las de nacimiento, al Registro del domicilio del nacido o de sus representantes legales. En caso de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo podrán solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. A las inscripciones así practicadas les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16”.

Disposición final tercera. *Entrada en vigor.*

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

ELÉVESE AL CONSEJO DE MINISTROS

Madrid, a de septiembre de 2004

EL MINISTRO DE JUSTICIA

Juan Fernando López Aguilar