

LA INTRODUCCIÓN DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO SIN CAUSA EN EL DERECHO ESPAÑOL (LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO)

Belén Trigo García*
Universidade de Santiago de Compostela

Abstract

A new regulation (Act 15/2005, 8.7.05) changes the system of divorce in Spain. The reform eliminates the necessity of alleging any cause for separation or divorce. Now, separation or divorce may depend exclusively on the spouses' will. As a matter of fact, the Spanish regulation becomes one of the most liberal in the world. The present contribution analyzes the implications of this reform with regard to family law.

Keywords: divorce, separation, marriage, spouses, family

Sumario: I.- La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. II.- Fundamento y finalidades de la reforma: el divorcio-opción. Su admisibilidad en el ordenamiento español. III.- El nuevo régimen de la separación y el divorcio. 3.1.- El plazo de tres meses. 3.2.- El cese efectivo de la convivencia conyugal. 3.3.- La reconciliación. .4.- La pensión compensatoria y el fondo de garantía de pensiones. IV.- Valoración crítica de la reforma

I. La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

El 10 de julio de 2005 entró en vigor la Ley 15/2005¹ que instaura en España la separación y el divorcio sin causa, esto es, la posibilidad de instar la separación o el divorcio sin necesidad de alegar -ni probar- una

Recibido: 13/03/06. Aceptado: 10/05/06

* Profesora contratada doctora de Derecho civil

¹ Publicada en el Boletín Oficial del Estado 9 de julio de 2005, núm. 24460, su Disposición final cuarta establece su entrada en vigor al día siguiente al de su publicación.

causa justificativa de la ruptura matrimonial; en este sentido, se da nueva redacción a los arts. 81 y 86 del Cc. y se deja sin contenido los arts. 82 y 87 del mismo cuerpo legal. A su vez, el legislador español ha aprovechado la ocasión para modificar diversos preceptos del propio Código civil (Cc.) en materia de Derecho de familia y sucesiones², de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)³ y de la Ley del Registro Civil (LRC)⁴, más o menos relacionados con el objeto central de la Ley 15/2005 -la reforma de la separación y el divorcio-, así como para anunciar futuras actuaciones legislativas al hilo de la presente reforma⁵.

En una primera aproximación cabe calificar la esencia de la modificación legislativa de sencilla: se hace descansar la separación y el divorcio sobre la mera declaración de voluntad de los cónyuges, o incluso de sólo uno de ellos, al tiempo que se independizan ambos trámites, de forma que la separación -judicial o de hecho- no se configura como paso necesario y previo a la solicitud de divorcio como regla general. Ahora bien, la aparente simplicidad de la reforma esconde un buen número de cuestiones controvertidas, comenzando por el propio fundamento de la nueva regulación y su significado en la moderna configuración del Derecho de familia.

² Se modifica el art. 68 Cc. relativo a los derechos y deberes de los cónyuges, se da nueva redacción al art. 84 Cc. en materia de reconciliación y separación judicial, al art. 90 a) Cc. sobre convenio regulador, al art. 92 Cc. relativo a las relaciones paterno-filiales tras un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, al art. 97 Cc. sobre la pensión compensatoria, al art. 103.1º Cc. sobre ejercicio de la patria potestad, a los arts. 834 y 835 Cc. respecto de la legítima del cónyuge viudo, y, todavía sobre derechos sucesorios del cónyuge viudo, se suprime el párr. 2º del art. 837 y se modifican los arts. 840 y 945 Cc.

³ A lo largo de la tramitación parlamentaria cobró peso la modificación procesal, tal como se refleja en la denominación de la Ley. El título originario del Proyecto era *Ley por la que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio* [Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 1 de diciembre de 2004, núm. 16-1]. Inicialmente sólo se preveía la modificación de los arts. 770 regla 2ª y 775 LEC; al profundizarse en la reforma procesal (quedan afectados, además de los preceptos antes mencionados los arts. 770 reglas 4ª y 7ª, 771. 2º, 777 apartados 2º y 5º), se consideró conveniente reflejar esta circunstancia en el título de la Ley [vid. enmienda núm. 36 del Grupo Parlamentario Socialista BOCG, Senado, VIII Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley, 26 de mayo de 2005, núm. 14 (c)].

⁴ Se da nueva redacción al art. 20. 1º de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro civil, en relación con la inscripción de nacimiento en el Registro civil en supuestos de adopción internacional.

⁵ Se anuncia, así, la creación de un fondo de garantía de pensiones (Disposición adicional única de la Ley 15/2005) y la aprobación de una ley sobre mediación (Disposición final tercera de la Ley 15/2005).

II. Fundamento y finalidades de la reforma: el divorcio-opción. Su admisibilidad en el ordenamiento español

La eliminación del requisito de la causa en los procesos de separación y divorcio coadyuvará, lógicamente, a que se agilice el funcionamiento de la justicia, se alivie la carga de trabajo de los tribunales y se limiten los gastos para los justiciables, especialmente por lo que se refiere a la no necesidad de acudir a un doble procedimiento: la separación judicial previa seguida del divorcio.

Más allá de esta consecuencia, el propósito de la reforma es actualizar y mejorar el régimen de la separación y divorcio introducido por 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. Esta Ley vino a desarrollar lo previsto en el art. 32 de la Constitución Española (CE) y, superando el modelo de separación-sanción vigente hasta aquel momento, introdujo el llamado divorcio-remedio, conservando la separación como paso intermedio; de este modo, sin entrar a valorar la conducta culpable o no de los cónyuges, el divorcio se ofrecía como solución última de la crisis matrimonial, de ahí que se exigiese acreditar la violación grave y reiterada de los deberes conyugales y, como regla⁶, que los cónyuges perseverasen públicamente en su propósito de poner fin al matrimonio a través del mantenimiento de un periodo de cese de la convivencia conyugal más o menos largo, en función de las circunstancias concurrentes.

El transcurso de veinticinco años ha hecho considerar al legislador español la conveniencia de modificar el sistema de divorcio y separación. Como razones que apoyan esta decisión, la Ley 15/2005 menciona en su Exposición de Motivos el evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en la sociedad española y las carencias de esta regulación observadas en la práctica: así, en ocasiones, los plazos y requisitos establecidos para los procedimientos de separación o divorcio, antes que resolver la situación de crisis matrimonial han acabado agravándola, y aún se han dado casos en los que su duración ha llegado a ser superior a la de la propia convivencia conyugal.

⁶ La excepción la constituía el núm. 5 del art. 86 Cc., esto es, la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

En definitiva, se abandona el principio tradicional *favor matrimonii* como, por otra parte, venían haciendo los tribunales⁷. La nueva regulación de la separación y el divorcio puede contemplarse, así, como un intento de facilitar la opción por la ruptura matrimonial, pero, a mi juicio, sería más adecuado pensar que se abandona por parte del legislador la idea de que determinada regulación puede influir en la decisión de los cónyuges de continuar o poner fin a su matrimonio; se hablaría entonces de un divorcio-opción⁸, frente al divorcio-sanción y al divorcio-remedio. En este sentido, la presente reforma parece inscribirse en la reciente evolución del Derecho de familia que tiende a configurarse como un “Derecho a la carta”, esto es, tiende al establecimiento de distintos tipos de relaciones en cuyo contenido y consecuencias sería cada vez más determinante la elección individual antes que los valores tradicionales de la familia, al tiempo que el Estado -liberal y laico- adopta una posición neutral ante la opción de los individuos, no mostrando preferencias por una situación determinada⁹. En coherencia con esta perspectiva, se mantiene la separación judicial como figura autónoma,

⁷ La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 hace referencia a cómo los tribunales de justicia -sensibles a la evolución social- han evitado, de una parte, la inconveniencia de perpetuar el conflicto cuando en el curso del proceso se hacía patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio y, de otra, 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. Sin mencionarla, el legislador alude a la doctrina de la falta de *affectio maritalis* como causa de la separación judicial. Esta doctrina se basa en una aplicación flexible de las causas de separación y en el convencimiento de que no cabe imponer convivencias no deseadas; en otras palabras, el juez decide sobre los efectos de la separación o el divorcio, pero no debe decidir sobre la conveniencia o adecuación de la voluntad de separarse o divorciarse. Sobre la evolución de las decisiones judiciales, vid. M. L. ARCOS VIEIRA, *Desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*, Cuadernos de Aranzadi Civil, núm. 8, Elcano (Navarra), 2000, pp. 27 y ss. La autora, aun cuando se muestre partidaria de esta doctrina por la necesidad de dar salidas a situaciones personales indeseables, evitando la investigación sobre la veracidad de las acusaciones de los cónyuges, crítica el escaso rigor técnico mostrado en ocasiones por los órganos judiciales (*ibidem*, pp. 113 y ss.); rigor técnico y seguridad jurídica que constituirían otros tantos argumentos a favor de la reforma legislativa.

⁸ Otros autores proponen la denominación de sistema voluntarista [V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, dtor. V. GUILARTE, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 70]; no obstante, entiendo que recoge de modo más completo la filosofía de la reforma la expresión aquí empleada.

⁹ Vid. R. BAILEY-HARRIS / J. MASSON, “Family Law’s Future”, *British Legal Developments in the 21 st Century*, Ed. By D. Hayton, Oxford-Portland-Oregon, 2000, pp. 389-391.

reforzando el principio de libertad de los cónyuges que, por motivaciones religiosas o ideológicas, pueden ser contrarios al divorcio¹⁰.

Lo cierto es que existía una cierta demanda social de la reforma¹¹. El que se permitiese el acceso directo al divorcio era una aspiración compartida, de manera prácticamente unánime, por la magistratura, las asociaciones de abogados de familia y los propios interesados, cónyuges separados o en trámite de separación o divorcio¹². También contaba con un apoyo considerable la solicitud de eliminación de las causas de separación y divorcio y la introducción de la posibilidad de la separación o el divorcio por la voluntad de uno de los cónyuges. Al respecto, la doctrina de la falta de *affectio maritalis* como causa de separación, seguida por un buen número de decisiones judiciales, podría verse como un síntoma de la inadecuación

¹⁰ El mantenimiento de la separación podría entenderse, asimismo, como exigencia del art. 32 CE (Exposición de Motivos de la Ley 15/2005). En todo caso, ha de recordarse la posibilidad de solicitar el divorcio en la reconvencción frente a la solicitud de separación judicial (nueva redacción del art. 770 regla 2ª LEC).

¹¹ Vid. J. J. REYES URBANEJA, "Crisis familiar y derecho: necesidad de una profunda modificación del Código civil y de las normas procesales", *Revista de Derecho de Familia*, 2003, pp. 306-321; A. GARCÍA GÁRATE, "Hacia una reforma radical del Derecho matrimonial", *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, t. III, pp. 4617-4629. Sobre una doble perspectiva jurídica y sociológica, vid. *La Ley de divorcio en España. Criterios y propuestas de modificación*, J. Mª BALMACEDA RÍPERO y C. MANZANOS BILBAO (coords.), Dykinson, Madrid, 1999. Al respecto, se habían presentado en el Parlamento varias proposiciones de Ley de modificación del Código civil. Así, la Proposición de Ley de modificación del Código civil para posibilitar el acceso al procedimiento de divorcio sin necesidad de un previo proceso judicial de separación, presentada por el Grupo catalán el 2 de abril de 2004 [BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B: Proposiciones de ley, de 23 de abril de 2004, núm. 24-1, más tarde retirada (BOCG, Congreso de los Diputados, 29 de octubre de 2004, núm. 24-2)], que proponía una reforma puntual de los arts. 82 y 86 Cc. Con mayor alcance, el Grupo parlamentario mixto el 5 de abril de 2004 presentó una Proposición de Ley sobre modificación del Código civil en materia de separación y divorcio [BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B: Proposiciones de ley, de 23 de abril de 2004, núm. 52-1, posteriormente retirada (BOCG, Congreso de los Diputados, de 12 de julio de 2005, núm. B-52-2)] con la que se pretendía igualmente eliminar la separación como paso obligatorio previo al divorcio, al tiempo que se facilitaba la disolución por mutuo acuerdo y se contemplaba como causa de separación o divorcio la desaparición del afecto conyugal, desaparición que se entendería acreditada por la mera interposición de la demanda acompañada de cese efectivo de la convivencia conyugal.

¹² Las opiniones aquí reflejadas han sido tomadas del estudio realizado por C. MANZANOS BILBAO, "Visión de los diversos agentes implicados sobre la reforma de la ley del divorcio: una aproximación sistemática", en *La Ley del divorcio en España. Criterios y propuestas de modificación*, cit., pp. 15-45. Cfr. el panorama allí expuesto con J. Mª BALMACEDA RÍPERO, "Análisis para una reforma sustantiva y procesal de la separación y el divorcio conyugal", *ibidem*, pp. 47-52.

de las normas a la realidad social actual; de hecho, en no pocas ocasiones, estas decisiones aluden a la interpretación de las normas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3. 1º Cc.)¹³.

Este clima favorable a la reforma no ha evitado, sin embargo, la controversia suscitada por la supresión del sistema causal en la separación y el divorcio¹⁴. Las críticas, en buena parte de los casos ligadas también al rechazo a la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo (vid. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio), se han centrado en la defensa de la institución matrimonial. Como se verá a continuación, entiendo que tales críticas pueden ser superadas; lo que no obsta a la existencia de aspectos –en mi opinión– mejorables en el diseño del nuevo sistema.

Veamos, en primer lugar, las objeciones, comenzando por las dudas acerca de la constitucionalidad de la reforma.

2.1. El encaje constitucional de la separación y el divorcio sin causa

La Exposición de Motivos (EM) de la Ley 15/2005 concede que el art. 32 CE configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales para, a continuación, señalar que el objetivo perseguido con la reforma es ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Se habla así del ejercicio del derecho a no continuar casado, que no puede hacerse depender de otra causa que no sea la expresión de esa voluntad, en paralelo con los requisitos establecidos para contraer matrimonio (*ex art. 45 Cc. No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*). Por tanto, el fundamento último de la reforma se hace descansar en el principio de libertad; de modo que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el art. 10. 1º de la Constitución española, justificaría el reconocer mayor transcendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge (EM)¹⁵.

¹³ M. L. ARCOS VIEIRA, *op. cit.*, p. 119.

¹⁴ Cabe dudar, en todo caso, que éste sea el aspecto más controvertido de la reforma o, al menos, el que ha tenido mayor transcendencia mediática, así, en comparación con el establecimiento de la custodia compartida.

¹⁵ Vid. J. F. LÓPEZ AGUILAR, “Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, 3

Ahora bien, la Constitución no contempla el derecho al divorcio, menos al divorcio o separación por decisión unilateral, sino que se limita a dejar al legislador ordinario la determinación de las causas de separación y disolución. De esta remisión cabe colegir la admisibilidad constitucional del abandono del sistema causalista¹⁶, pero el contraste entre la dicción expresa del art. 32 CE y el nuevo régimen hace conveniente alguna reflexión adicional¹⁷.

Con toda probabilidad, la mención de las causas de disolución, en plural, parece indicar la voluntad del constituyente de dar cabida al divorcio en el ordenamiento español y, posiblemente también, se estaba pensando en una separación y un divorcio causales, tal como se reflejó en la Ley de 1981 de reforma del Código civil en materia de separación y divorcio. Ahora bien, ¿cuál es la interpretación que ha de darse hoy al precepto? Obsérvese que la Constitución menciona causas de disolución, esto es, causas de extinción de un matrimonio válido y esta cuestión no ha sido modificada (cfr. art. 85 Cc). No obstante, sigue en pie la mención constitucional de las causas de

de febrero de 2005, p. 4. Relacionado con la prevalencia otorgada a la autonomía de la voluntad para decidir sobre la continuidad o no del matrimonio y sobre las consecuencias de la separación o del divorcio [cfr. el impulso que parece querer darse a la responsabilidad compartida de los progenitores respecto de los hijos y la intención de fomentar el acuerdo entre los cónyuges en las crisis matrimoniales (nueva redacción del art. 771. 2º LEC)], parecía coherente que el legislador español acometiese la regulación de la mediación, al menos en el ámbito familiar. En el proyecto de Ley originario no se contemplaba, sin embargo, tal posibilidad, que fue introducida durante la tramitación parlamentaria. Esta falta de previsión inicial puede explicar, en cierta medida, el hecho de que la Ley 15/2005 se haya quedado a medio camino en el reconocimiento de la mediación familiar –concretamente, por lo que se refiere a su encaje procesal (la Ley 15/2005 hace referencia expresa a la mediación al introducir un nuevo apartado en el art. 770 LEC y al modificar el apartado 2º del art. 777 LEC)- y haya optado por remitir a un momento posterior la regulación de la materia en el ámbito estatal.

¹⁶ Esta es la postura del Informe del Consejo del Poder Judicial (disponible en <<http://www.poderjudicial.es/eversuite>>, fecha de publicación 31/12/2004, p. 8), de modo que el abandono del sistema causalista no entra en colisión con el art. 32.1º CE pues del mismo no se deduce un modelo concreto de regulación de las situaciones de crisis matrimonial (con cita del auto del Tribunal Constitucional 444/1983, de 4 de octubre, según el cual el derecho a la separación matrimonial por decisión unilateral de uno de los cónyuges no se encuentra formulado expresamente en la Constitución, sino que se remite en este punto a la regulación de la ley).

¹⁷ Como apunta E. J. RAMOS CHAPARRO ("Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio", *Actualidad Civil*, núm. 10, 2005 < http://authn.laley.net/ra_civic/2005/r10c_2005_af_1.html>), tras la reforma sólo se contemplan en el Código civil las causas de nulidad, por cierto, las únicas no mencionadas por el art. 32 CE.

separación. Parece absurda una interpretación según la cual, establecidas las causas de disolución, no sería necesario especificar causas de divorcio y sí en cambio causas de separación. En mi opinión, debe entenderse el art. 32 CE en relación con el fundamento de la solicitud de separación o divorcio; por tanto, causa no como motivo o razón para obrar sino como fundamento u origen. De modo que una causa, en cuanto fundamento de la solicitud de separación o divorcio, existe: la voluntad de separarse o divorciarse¹⁸.

2.2. El matrimonio como relación obligatoria

Superada la eventual objeción constitucional a la admisión de la reforma, se han suscitado todavía reparos de técnica jurídica desde la óptica del matrimonio como contrato; así, se dice, no puede considerarse contrato un vínculo del que sea posible desligarse por voluntad unilateral (*ex art. 1256 Cc.*)¹⁹.

Planteada la cuestión en estos términos, el matrimonio como un negocio jurídico contractual²⁰, ha de recordarse que se admite el desistimiento *ad nutum* en contratos, normalmente de duración indefinida, que implican una relación de confianza entre las partes; ¿por qué no admitirlo respecto del matrimonio, paradigma de relación personal basada en la confianza y el afecto?²¹.

¹⁸ Aun con reservas, E. J. RAMOS CHAPARRO (loc. cit.) reconoce la admisibilidad de tal argumentación jurídica; en la misma línea, V. GUILARTE GUTIÉRREZ, op. cit., p. 53.

¹⁹ Desde esta perspectiva, el Informe del Consejo del Poder Judicial (cit., p. 16) señala que, por rigor jurídico, es necesario mantener el sistema causalista pues "sería una aberración jurídica la cancelación unilateral de un contrato, por naturaleza sinalagmático, sin una causa justificativa". En la misma línea, se ha equiparado el divorcio no causal sin plazos al repudio (E. J. RAMOS CHAPARRO, loc. cit.), ya no consistente en rechazar a la mujer propia, sino -eliminada la discriminación por razón de sexo- en rechazar al otro cónyuge. No obstante, esta equiparación olvida, además de la necesaria intervención judicial, el matiz de que no se trata de rechazar al cónyuge, sino de querer poner fin al matrimonio, situación de ruptura de la que surgen, eventualmente, una serie de obligaciones respecto del cónyuge separado o ex cónyuge.

²⁰ Existe acuerdo en entender que el mayor margen reconocido a la autonomía de la voluntad de los cónyuges refuerza la concepción contractual del matrimonio (F. J. PASTOR VITA, "Una primera aproximación al Proyecto de Ley de reforma del Código civil en materia de separación y divorcio", *La Ley*, núm. 6236, 20 de abril, de 2005, disponible en <http://authn.laley.net/hdiario/2005/diario_0420.html>).

²¹ Vid. M. KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 60-61 y 143-144. Cfr. arts. 1705-1706 Cc. en materia de sociedad y 1732.1º y 1733 Cc. en materia de mandato.

En un intento de mantener el sistema causal se ha propuesto como opción más conveniente, en lugar de suprimir toda idea de motivo o causa objetiva, el simplificar el sistema de causas recogido en los arts. 82 y 86 Cc., incluso reducido a una cláusula genérica del tipo “incumplimiento de los deberes inherentes al matrimonio” o “ruptura efectiva de la convivencia” o “cese del afecto conyugal”; cláusula que por su flexibilidad no supondría un impedimento a la celeridad procesal, pero que cumpliría la función normativa de indicar la índole obligatoria del matrimonio²². Ahora bien, no parece advertirse gran diferencia entre la alegación de una causa genérica que no necesita ser probada o cuya exigencia de prueba es interpretada de forma laxa por los tribunales y el hecho de que se entienda implícita en la solicitud de separación o divorcio la existencia de dicha causa genérica (diferencias irreconciliables, ausencia o pérdida del afecto conyugal)²³.

Respecto de esta proximidad, resulta ilustrativa la evolución en las decisiones judiciales; así, la SAP Córdoba de 17 diciembre de 2004²⁴. La recurrente, doña Paloma, pretendía que se declarase como causa de separación matrimonial los malos tratos físicos o psíquicos del esposo, don Gerardo, motivo que mereció el rechazo de la Sala, “no sólo porque no aparecen acreditados con la suficiente claridad los referidos malos tratos, sino, fundamentalmente, por la falta de trascendencia de tal circunstancia, en la medida en que ninguna incidencia tienen hoy día las causas o motivos por los que se acuerda la resolución judicial de las crisis matrimoniales, como *de facto* vienen admitiendo los tribunales, de lo que el legislador se va a hacer eco en la futura reforma del Código Civil, donde, suprimiendo las causas de la separación y divorcio, pone el énfasis en la simple voluntad de una o de ambas partes para poner fin a la relación matrimonial”.

²² E. J. RAMOS CHAPARRO, loc. cit. Vid. la enmienda núm. 61 del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió y enmiendas núms. 76, 77 y 78 del Grupo Parlamentario Popular (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8, pp. 41-42 y 48-49).

²³ Así, la enmienda núm. 61, antes citada, proponía como causa de separación la voluntad unilateral de finalizar la convivencia por quiebra del necesario afecto marital para continuar en la misma, quiebra que se consideraría acreditada por el solo hecho de solicitar la separación. Vid. Sentencias de la Audiencia Provincial (SAP) de Córdoba de 23 de mayo de 1997, Sevilla de 14 de junio de 2003, Madrid de 18 de julio de 2003, Barcelona de 26 de marzo de 2004, mencionadas por F. J. PASTOR VITA, loc. cit., nota 4.

²⁴ JUR 2005\50573.

Pese a lo dicho, el carácter obligacional del matrimonio en relación con el nuevo sistema de separación y divorcio sí plantea alguna duda. Concretamente, por lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales.

La reforma del régimen de la separación y el divorcio operada por la Ley 15/2005 no sólo mantiene los derechos y obligaciones de los cónyuges (arts. 66-68 Cc.) -a los que alude también el propio art. 32 CE dejando su determinación al legislador ordinario-, sino que incorpora una nueva mención en el art. 68 al disponer que los cónyuges deberán compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y de otras personas dependientes a su cargo²⁵. El régimen de separación y divorcio vigente hasta el momento, permitía atribuir un significado jurídico a estos deberes, pues, si bien su cumplimiento no podía ser exigido coactivamente, su incumplimiento llevaba aparejada una consecuencia jurídica: se contemplaba como causa de separación o divorcio (cfr. antigua redacción del art. 82. 1ª y art. 86 Cc.)²⁶.

Eliminada la alegación de causa para la obtención de la separación o el divorcio cabe preguntarse por la eficacia jurídica de las obligaciones de los cónyuges ¿quedan reducidas a meras exhortaciones de contenido moral? Se llegaría así a la paradójica conclusión de que la ruptura de la promesa de matrimonio (art. 43 Cc.) tendría mayor contenido jurídico que el incumplimiento de los deberes asumidos con consentimiento matrimonial (cfr. art. 58 en relación con los arts. 66 a 68 Cc.)²⁷.

De manera expresa, el art. 855.1º Cc. señala que serán justas causas para desheredar al cónyuge el haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales. Ciertamente, la posibilidad de desheredar al cónyuge ve disminuida su transcendencia en la medida en que basta la separación de hecho para apartarlo íntegramente de la sucesión (vid. nueva redacción de los arts. 834 y 945 Cc.); no obstante tal posibilidad existe y dota de alcance

²⁵ La modificación fue introducida como consecuencia de la enmienda núm. 37 del Grupo Parlamentario Vasco, que se justificaba para proclamar la igualdad en aspectos considerados responsabilidad exclusiva o preferente de la mujer (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8, p. 32).

²⁶ Vid. V. GUILARTE GUTIÉRREZ (op. cit., pp. 30-31) también respecto de la identificación de estos deberes con la causa del negocio matrimonial.

²⁷ Vid. E. J. RAMOS CHAPARRO, loc. cit.

jurídico a estos deberes, en especial, al ponerla en relación con el derecho de alimentos y la ineficacia de las donaciones por razón de matrimonio. En efecto, según el art. 152.4º Cc. cesará la obligación de alimentos cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación²⁸. En el mismo sentido parece que ha de interpretarse el art. 1343 Cc. que, inexplicablemente, no ha sido modificado por la Ley 15/2005²⁹.

Ahora bien, ¿el incumplimiento de los deberes conyugales deja de tener toda transcendencia a efectos de separación o divorcio? Piénsese en el supuesto antes reseñado de la SAP de Córdoba.

El informe del Consejo del Poder Judicial, crítico con la reforma emprendida por la Ley 15/2005, señalaba que resulta imprescindible mantener las causas jurídicas legitimadoras de la separación y del divorcio para la salvaguarda de los hijos y la protección del cónyuge víctima de la conducta del otro cónyuge, no como un examen de culpabilidad moral, pero sí de responsabilidad jurídica, de modo que el incumplimiento de los deberes conyugales debería dar derecho al otro cónyuge a obtener cierta reparación³⁰. Discrepo de la opinión del Consejo en la medida en que parece olvidar que, a partir de 1981, al desaparecer la separación culposa, la concurrencia de una causa de separación o divorcio imputable a una de las partes no genera automáticamente distintas consecuencias³¹; antes bien, el régimen de separación y divorcio es único, sin perjuicio de la valoración

²⁸ Vid, sobre la obligación de alimentos de los cónyuges separados de hecho, M^a P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 70-74. Ha de aclararse, sin embargo, que la pérdida de alimentos no es recíproca, sino que alcanza sólo al cónyuge incumplidor; vid. también respecto del derecho de alimentos entre cónyuges judicialmente separados, *ibidem* p. 111 y nota 245.

²⁹ Este precepto se refiere como causa de revocación no sólo al supuesto de que el donatario incurra en causa de desheredación (donaciones por razón de matrimonio otorgadas por los contrayentes), sino también que le sean imputables al donatario los hechos que causaron la separación o el divorcio, según la sentencia. De acuerdo con el sistema vigente, no podrá ser la sentencia que decida la separación y el divorcio, y no resulta claro cómo entender, a efectos de revocación de las donaciones, la causa de la separación y el divorcio. ¿Pueden seguir aplicándose el elenco de causas recogido en los antiguos artículos 82 y 86?

³⁰ Cit. pp. 15-16; vid. también *ibidem* p. 22.

³¹ Las reminiscencias que quedaban del sistema de separación culposa en el Código se hacen desaparecer ahora con la reforma introducida por la Ley 15/2005 (cfr. nueva redacción del art. 834 Cc.).

de las circunstancias concurrentes a la hora de determinar los efectos de la crisis matrimonial en el caso concreto. En cambio, sí me parece muy sugerente la alusión que hace a la responsabilidad jurídica derivada del incumplimiento de los deberes conyugales. Permítaseme insistir, no se trata de considerar la infracción de dichos deberes como condicionante de la separación o del divorcio, sino a efectos de resarcir los eventuales daños y perjuicios derivados de su incumplimiento. La falta de previsión del legislador hace difícil encontrar fundamento jurídico a dicha pretensión³², con la salvedad –quizá– del deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes que podría tener encaje en el art. 97 núm 4º (dedicación pasada y futura a la familia), con el consiguiente reflejo en el cálculo de la pensión compensatoria.

III.- El nuevo régimen de la separación y el divorcio

De acuerdo con el régimen vigente hasta ahora, cabía decretar judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio (cfr. art. 49 Cc.), bien a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro y una vez transcurrido el primer año del matrimonio, bien a petición de uno de los cónyuges cuando el otro estuviese incurso en causa legal de separación (art. 81. Cc. en la redacción dada por la Ley de 1981 y art. 82 Cc., ahora sin contenido conforme al artículo tres de la Ley 15/2005). A su vez, el divorcio requería en todo caso la concurrencia de alguna de las causas contempladas en el art. 86 Cc. La única diferencia entre el divorcio solicitado por ambos cónyuges -o por uno de ellos con el consentimiento del otro- y el divorcio no consensual radicaba en que, en el primer caso, debía acompañarse a la demanda la propuesta de convenio regulador de sus efectos (art. 86 último párrafo Cc en la redacción dada por la Ley de 1981; respecto de la separación consensual vid. el antiguo art. 81. 1º Cc.; cfr. arts. 90 y 103 Cc). Recuérdese, además, que, salvo en la hipótesis contemplada en el art. 86.5º Cc.- condena por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes-, al divorcio debía

³² Cfr. la enmienda núm. 35 del Grupo parlamentario mixto que proponía que el incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales se recogiese expresamente como criterio a tener en cuenta a la hora de fijar la pensión compensatoria, sin pretender por ello introducir el divorcio-sanción (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8, pp. 30-31).

preceder un periodo de separación –judicial o de hecho– de los cónyuges más o menos largo en función de las circunstancias concurrentes.

La nueva redacción de los arts. 81 y 86 Cc. elimina la necesidad de alegar y probar la concurrencia de alguna de estas causas para que tenga lugar la separación o el divorcio, al tiempo que permite acudir directamente a este último sin necesidad de acreditar un previo periodo de separación judicial o de hecho. No obstante, se mantiene la separación –judicial– como procedimiento independiente y alternativo al divorcio³³, igualándose sus requisitos.

La demanda de separación o divorcio ha de ir acompañada de la propuesta de convenio regulador en el caso de solicitud de mutuo acuerdo o de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, o bien de propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación o el divorcio en el caso de separación o divorcio no consensual (nueva redacción de los arts. 81 y 86 Cc.). La intervención judicial se reserva para cuando haya sido imposible el pacto o el contenido de las propuestas fuese lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados o uno de los cónyuges: sólo en estos casos cabe la imposición de medidas por la autoridad judicial.

Expuestas las líneas maestras de la reforma, merece la pena profundizar en algunos aspectos controvertidos.

3.1. *El plazo de tres meses*

Conforme a la regulación del Cc. anteriormente vigente, se requería el transcurso al menos de un año desde el matrimonio para interponer la demanda de separación a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro (art. 81.1º Cc. en la redacción dada por la Ley 1981; respecto del divorcio, cfr. art. 86.1º, ahora modificado); en cambio, en la separación contenciosa no se establecía plazo alguno. En la actualidad desaparece el plazo de un año y es sustituido por el de tres meses que ha

³³ Vid. la nueva redacción dada por la Ley 15/2005 a la regla 2ª del art. 770 que admite la reconvencción cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio; cuando el cónyuge demandado de separación o nulidad pretenda el divorcio, o cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación. Por tanto, es perfectamente posible que se inicie el procedimiento de separación y se convierta en un procedimiento de divorcio por la sola voluntad del cónyuge demandado de separación.

de observarse para la separación y el divorcio tanto en los supuestos de mutuo acuerdo como en los de voluntad unilateral, salvo cuando, en este último caso, se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

Llama la atención, en primer lugar, que la regulación actual exija un periodo de duración mínima del matrimonio en todos los supuestos, lo que resulta poco coherente a propósito de la Disposición transitoria única de la Ley 15/2005³⁴. Piénsese en un matrimonio en que uno de los cónyuges, nada más llegar de la luna de miel, decide interponer demanda de separación en contra de la voluntad del otro cónyuge al descubrir, v. gr., que le es infiel. Al tratarse de una separación contenciosa no estaba sujeta a un plazo de duración mínima del matrimonio; iniciada la tramitación del procedimiento, entra en vigor la Ley 15/2005 sin que hayan transcurrido el plazo mínimo de tres meses para interponer la acción a contar desde la fecha de celebración del matrimonio. Según la dicción literal de la disposición transitoria, no podría el cónyuge demandante acogerse a lo establecido en ella y solicitar directamente el divorcio, salvo que acredite alguno de los riesgos a que se refiere el actual art. 81. 2º.

En todo caso, este requisito choca con la filosofía de la reforma que pretende dejar en manos de los individuos la toma de decisiones sobre su esfera personal, sin interferencia alguna del Estado³⁵. A su vez, podría pensarse en que se reintroduce por esta vía el sistema causalista y los problemas que lo acompañan, fundamentalmente, problemas de prueba, de modo que podríamos hablar de una separación o divorcio no causal después de los tres primeros meses de matrimonio y causal dentro de ese

³⁴ Conforme a la disposición transitoria única, apartado 2, lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 15/2005 en cuanto a las causas de separación y divorcio y en cuanto al plazo mínimo para interponer la acción a contar desde la fecha de celebración del matrimonio, será de aplicación a los procesos que estén tramitándose en el momento de su entrada en vigor; a este efecto, se otorgará a las partes un plazo común extraordinario de cinco días para que soliciten el divorcio.

³⁵ Cfr. la enmienda núm. 61 de Convergencia i Unió que abogaba por la supresión de los tres meses en el caso de separación contenciosa (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8, p. 41). Sobre la crítica respecto del establecimiento de este plazo como periodo de reflexión, vid. V. GUILARTE GUTIÉRREZ, op. cit., p. 58-60.

periodo³⁶. Esta opinión me parece excesiva, pues no es un requisito para la separación o el divorcio, sino sólo para la admisión de la demanda antes del transcurso del plazo de tres meses; no obstante, sí genera cierta inseguridad jurídica al no determinar cómo ha de acreditarse la concurrencia de alguno de estos hechos -¿bastaría la mera existencia de indicios?- o cuándo hay que entender que existe ese riesgo. En el anteproyecto elevado al Consejo de Ministros en septiembre de 2004 se señalaba que no sería preciso el transcurso del plazo de tres meses para la interposición de la demanda cuando el interés del otro cónyuge o el de los hijos exija la suspensión de la convivencia, entendiéndose que ese interés concurriría en los casos de denuncia por malos tratos. Hay que tener en cuenta que, si nos encontramos en un supuesto de violencia de género, se ve afectada, además, la competencia judicial³⁷.

3.2. El cese efectivo de la convivencia conyugal

La eliminación de las causas de separación y de divorcio, sin que sea necesario para acceder a éste, en ningún caso, previa separación judicial, refuerza la paulatina aproximación entre separación judicial y separación de hecho, aproximación que se inició al suprimirse la necesidad de declarar un culpable y al contemplar como causa de divorcio la separación de hecho.

La circunstancia de que no se considere la separación -judicial o de hecho- como paso previo necesario para la solicitud del divorcio explicaría que se deje sin contenido el art. 87 Cc. (artículo seis de la ley 15/2005), sobre determinación de la situación de cese de la convivencia conyugal. Este precepto tampoco resulta ya relevante a efectos de la reconciliación, que exige tanto en los supuestos de separación como de divorcio declaración expresa de ambos cónyuges³⁸. No obstante, la previsión del art. 87

³⁶ Vid. el Informe del Consejo General del Poder Judicial, cit., p. 18. En el mismo sentido se muestran contrarios al establecimiento del plazo de tres meses, A. CAÑETE QUESADA, "El anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio", *La Ley*, núm. 6140, 2 de diciembre de 2004 (<http://authn.laley.net/hdiario/2004/diario_1202_doc1.html>) y F. J. PASTOR VITA, loc. cit.

³⁷ Vid. art. 44 (sobre competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer) y art. 57 (pérdida de la competencia objetiva de los tribunales civiles cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer) de la Ley orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

³⁸ Valora positivamente su supresión V. GUILARTE GUTIÉRREZ, op. cit., p. 97.

podría seguir teniendo interés a otros efectos como criterio que permitiese determinar el cese efectivo de la convivencia conyugal que da lugar a la situación de separación de hecho, situación fáctica a la que se reconocen importantes consecuencias jurídicas³⁹, acentuadas ahora en materia sucesoria al equipararse la separación judicial y la separación de hecho como causa de pérdida de la condición de legitimario del cónyuge viudo (nuevo art. 834 Cc.) y de llamado en la sucesión intestada (nuevo art. 945 Cc.)⁴⁰.

3.3. La reconciliación

Pese al cambio introducido en el régimen de separación y divorcio, se ha mantenido la posibilidad de los cónyuges de dejar sin efecto la separación judicial o desistir del procedimiento de divorcio iniciado en virtud de su reconciliación (cfr. la nueva redacción del art. 835 Cc.). Al respecto se ha modificado el art. 82 apartado 1º Cc.⁴¹ para exigir ahora que ambos cónyuges por separado pongan la reconciliación en conocimiento del juez. No se justifica la introducción de este requisito que parece responder a un cierto recelo por parte del legislador hacia la reconciliación y a la intención de otorgarle una mayor garantía de autenticidad y libertad, de modo que la

³⁹ Además de destruir la presunción de paternidad (art. 116 Cc.), se considera a efectos de adquisición de la nacionalidad española por residencia (art. 22 Cc.), custodia de los hijos (arts. 156 y 159), nombramiento de tutor (art. 234, 2º Cc.), atribución de la representación del ausente (art. 184), administración de los bienes gananciales (art. 1388 Cc.).

⁴⁰ Con anterioridad, el art. 834 se refería genéricamente a cónyuge separado y el art. 945 sólo contemplaba como causa de exclusión del llamamiento del cónyuge viudo la separación de hecho por mutuo acuerdo que constase fehacientemente. Sobre los problemas de interpretación generados por estos preceptos y en general sobre la interrelación entre crisis matrimonial y sucesión *mortis causa*, vid. T. F. TORRES GARCÍA, "Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio", *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, Valladolid, 2004, pp. 9-34; y M. PÉREZ ESCOLAR, *El Cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, Madrid, Dykinson, 2003; específicamente sobre la separación de hecho, vid. A. C. FERREIRA DE SOUSA LEAL, *A legítima do cónyuge sobrevivente (Estudo comparado hispano-portugués)*, Almedina, 2004, pp. 220-227 y, manteniendo una posición distinta, Mª P. GARCÍA RUBIO, "Prólogo", *A legítima do cónyuge sobrevivente...*, cit., pp. 18-19. Sobre la influencia de la crisis matrimonial en las disposiciones testamentarias vid. A. VAQUER ALOY, "Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y pensión compensatoria", *ADC*, 2003, pp. 67-100.

⁴¹ Según el art. 84 apartado 1º Cc., en la redacción dada por la Ley 30/1981, la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del juez que entienda o haya entendido en el litigio.

declaración de reconciliación corresponda a la voluntad real de ambos cónyuges. Ahora bien, ello no parece conceder al juez facultades de indagación sobre la realidad de esa reconciliación⁴², sino que el órgano jurisdiccional debe seguir limitándose a recibir tal manifestación.

En cualquier caso, llama la atención que el legislador haya dejado sin modificar el art. 88 Cc., según el cual, la acción de divorcio se extingue por la reconciliación de los cónyuges que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda. En efecto, parecería aconsejable adoptar las mismas cautelas en uno y otro caso⁴³.

3.4. *La pensión compensatoria y el fondo de garantía de pensiones*

El régimen hasta ahora vigente permitía la separación y el divorcio de mutuo acuerdo, sin necesidad de acreditar ninguna causa justificativa y transcurrido el plazo de tiempo legalmente previsto, si bien el acuerdo debía extenderse no sólo al hecho de la separación o del divorcio, sino también a sus consecuencias. Por tanto, admitidos la separación y el divorcio por la mera voluntad unilateral de uno de los cónyuges, la litigiosidad se concentrará en las consecuencias de esa separación o divorcio⁴⁴, así sobre la pensión compensatoria.

La Ley 15/2005 ha introducido cambios puntuales en la redacción del art. 97 Cc.: se reconoce expresamente la posibilidad de limitar temporalmente la pensión o su conversión en una prestación única⁴⁵; se insiste en la prevalencia de la voluntad de las partes y se introduce un nuevo apartado

⁴² Cfr. la enmienda núm. 28 del Grupo Parlamentario Mixto que proponía una nueva redacción del art. 84 Cc. en cuya virtud el juez podría exigir que se demostrase de forma fehaciente la reconciliación y que ésta hubiese sido consentida libremente por ambos cónyuges (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8, p. 29).

⁴³ Al respecto, V. GUILARTE GUTIÉRREZ (op. cit., p. 79) defiende la aplicación de los mismos requisitos del nuevo art. 84 por razón de interpretación sistemática.

⁴⁴ Al respecto, F. J. PASTOR VITA (loc. cit.) propone la autonomía procesal de la declaración de separación o divorcio y la adopción de las medidas derivadas de la crisis matrimonial, cuestiones estas últimas que podrían determinarse en ejecución de sentencia cuando tal determinación no se hubiera llevado a cabo ya en la sentencia.

⁴⁵ En el anteproyecto se hacía referencia a pensión vitalicia; el Informe del Consejo del Poder Judicial propuso sustituir el término por la referencia "por tiempo indefinido" (cit., p. 22).

que reconoce de manera explícita el carácter abierto o no exhaustivo de las circunstancias a tener en cuenta por el juez a la hora de fijar la pensión compensatoria en relación con su cuantía y condiciones.

Si atendemos al primer y al último de los aspectos señalados, cabe calificar la reforma de intrascendente⁴⁶. Ya la anterior redacción del art. 97 dejaba claro el carácter no exhaustivo del elenco de circunstancias mencionadas, al advertir que el juez debería tener en cuenta "entre otras", las allí contempladas. Respecto de la determinación de las condiciones de la pensión compensatoria, existía al respecto cierto consenso doctrinal y jurisprudencial⁴⁷. Por tanto, sin perjuicio de reconocer la conveniencia del reconocimiento expreso de distintas modalidades de esta prestación compensatoria, el aspecto más relevante de la reforma residiría en la doble mención a los acuerdos de los cónyuges, si bien la ambigüedad de su formulación hace que, en último término, esta relevancia dependa de la interpretación que hagan los tribunales en la práctica.

En la redacción actual del precepto, a falta de acuerdo entre los cónyuges –ésta es la novedad–, el Juez determinará el importe de la pensión compensatoria teniendo en cuenta, entre otras circunstancias y en primer lugar, los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. Parece lógico concluir que el legislador contempla dos tipos de acuerdos relativos a la pensión compensatoria: los contenidos en el convenio regulador (vid. art. 92 Cc.) que prevalecen sobre cualquier otro y a los que deberá estar el juez salvo que fueran gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, y acuerdos alcanzados con anterioridad al inicio del proceso o, incluso, previos a la crisis matrimonial, que serán simplemente tenidos en cuenta por el juez -sin estar vinculado por ellos- junto con otras circunstancias concurrentes⁴⁸. Si entre este segundo tipo de acuerdos contamos los alcanzados

⁴⁶ En este sentido, C. LASARTE ÁLVAREZ, "Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, 3 de febrero de 2005, p. 11.

⁴⁷ Vid. A. L. CABEZUELO ARENAS, *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código civil (Estudio jurisprudencial y doctrinal)*, Pamplona, 2002. Cfr. art. 86 Código de familia de Cataluña. No obstante, hay autores que destacan la trascendencia de la reforma en esta materia, al reforzarse su carácter no asistencial (A. CAÑETE QUESADA, loc. cit., y F. J. PASTOR VITA loc cit.).

⁴⁸ A propósito de la eficacia *inter partes* de estos acuerdos a falta de aprobación judicial, vid. A. NIETO ALONSO, "El convenio regulador en la separación y el divorcio consensuales", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 17, 2202, pp. 47-51.

como consecuencia de la mediación extrajudicial, encontramos respuesta a una de las dudas que surgen respecto del reconocimiento de la mediación familiar en la Ley 15/2005: ese acuerdo alcanzado en la mediación pero no ratificado por los cónyuges en el convenio regulador no vincularía al juez, lo cual se compadece mal con el respeto a los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea que proclama la disposición final tercera de la Ley 15/2005⁴⁹.

Igualmente podría pensarse que la doble referencia a los acuerdos entre los cónyuges, en la línea de mayor flexibilidad y reconocimiento de la autonomía de la voluntad que se desprende de toda la reforma, vendría a despejar las dudas sobre la admisibilidad de pactos previos a la crisis matrimonial relativos a la pensión compensatoria⁵⁰; si esto es así, hubiera sido conveniente una mayor claridad del legislador al respecto⁵¹, al tiempo que no se ve razón para limitar la admisibilidad de este tipo de pactos a los que tengan por objeto la pensión compensatoria.

Por su parte, la Disposición adicional única de la Ley 15/2005 prevé la creación de un fondo de garantía de pensiones al señalar que “El Estado

⁴⁹ La Comisión de las Comunidades Europeas en la Exposición de Motivos (apartado 1, p. 3) de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles SEC(2004) 1314 [Bruselas, 22.10.2004 COM (2004) 718 final], subraya la necesidad de asegurar una relación dinámica entre la mediación y el proceso judicial, pues las incertidumbres relativas a la interacción entre la mediación y el proceso civil podrían hacer a las partes decantarse por un proceso civil tradicional, aunque la mediación fuera la forma más conveniente de resolución de litigios en el caso concreto. Cfr. la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, R (98) 1, de de 21 enero 1998, sobre mediación familiar (Boletín de Información Ministerio de Justicia, de 1 de mayo de 2001, núm. 1892), apartado IV: *El estatuto de los acuerdos de mediación. Los Estados facilitarán la aprobación de los acuerdos de mediación por la autoridad judicial u otra autoridad competente cuando las partes lo soliciten y facilitarán los mecanismos de ejecución de estos acuerdos de conformidad con la legislación nacional.*

⁵⁰ En este sentido, parece pronunciarse F. J. PASTOR VITA (loc. cit.). Al respecto, la doctrina española en los últimos años se ha venido mostrando favorable a este tipo de acuerdos, también sobre el pacto de renuncia anticipada a la pensión compensatoria. Vid M^a P. GARCÍA RUBIO, “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil”, ADC, 2003, pp. 1653-1673.

⁵¹ Cfr. A. CAÑETE QUESADA (loc. cit.), quien a propósito del anteproyecto, deduce la existencia de una imposición legal y la consiguiente limitación de la autonomía de la voluntad. En cambio, para C. MARTÍNEZ ESCRIBANO (*Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio...*, cit., pp. 200-202), la nueva redacción acentúa el juego de la autonomía de la voluntad de los cónyuges y el carácter dispositivo de la compensación.

garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos”.

Hasta el momento, al abordar el problema del impago de las pensiones en el ámbito familiar, el legislador español se había decantado por la adopción de medidas penales (vid. art. 227 Código penal). Ahora bien, la represión penal puede asegurar el castigo del incumplidor, pero no el efectivo pago de las cantidades adeudadas, que suele constituir la principal preocupación de las víctimas. En este sentido, la previsión de un fondo de garantía sí parece un mecanismo adecuado para lograr este propósito, sobre la base de la solidaridad social⁵². Ahora bien, el cambio de orientación no es una novedad de la Ley 15/2005, sino que se hallaba ya recogida en la Ley orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (vid. Disposición adicional decimonovena), reiteración que hace perfectamente prescindible la mención de la Disposición adicional única de la Ley 15/2005.

Asimismo resulta criticable la indefinición sobre cómo se articulará este sistema de garantía y el hecho de que no se establezca ninguna previsión sobre el comienzo de su operatividad; no obstante, desde la perspectiva técnico-jurídica, la principal objeción hace referencia a la delimitación del ámbito de aplicación del precepto. Aunque en su rúbrica alude a pensiones, en general, la garantía de pago se ciñe a los alimentos reconocidos a favor de los hijos e hijas menores de edad. Olvida el legislador que existen otras personas eventualmente acreedoras del derecho de alimentos (cfr. arts. 143-144 Cc.) y aún ciñéndonos al ámbito de familia nuclear y teniendo presente como hipótesis la crisis matrimonial, conviene recordar que el derecho de alimentos se reconoce también a los hijos mayores de edad (cfr. art. 93 párrafo 2º Cc. en relación con los 152.3º y 5º Cc.) y, eventualmente, al otro cónyuge en los supuestos de separación (vid. arts. 90 D y 143.1º Cc.)⁵³. Por otro lado, quedarían fuera del sistema de cobertura otro tipo de

⁵² Vid. E. ARROYO I AMAYUELAS (“Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿públicos o privados?”, RDP, 2004, pp. 209-234), quien defiende la puesta en práctica de mecanismos de derecho privado para tal fin.

⁵³ M^a P. GARCÍA RUBIO., op. cit., pp. 102 y ss.

pensiones no alimenticias, como es el caso de la pensión compensatoria (arts. 90 F y 97 Cc.).

En definitiva, resulta mucho más amplio el ámbito de aplicación de la protección penal (cfr. además del art. 227 Cp antes citado, el art. 226 Cp relativo al abandono de familia) que el del proyectado Fondo de garantía de pensiones⁵⁴.

IV. Valoración crítica de la reforma

Como se ha venido poniendo de manifiesto hasta el momento, la oportunidad y conveniencia de la reforma del régimen de la separación y el divorcio en España no debe ser óbice para señalar importantes lagunas y defectos de técnica jurídica en la Ley 15/2005. En efecto, comparto la opinión de que, a día de hoy, resulta necesaria una actualización del Derecho de familia; no obstante, a la vista del resultado alcanzado, cabe pensar que sería conveniente una tramitación más reposada y meditada de la Ley que, además de evitar incoherencias y olvidos, abordase en profundidad el régimen de la separación y el divorcio, y tratase otras cuestiones relacionadas no tenidas en cuenta, como una eventual reforma de los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar⁵⁵.

Igualmente y desde la perspectiva de técnica jurídica, resulta criticable la utilización de una ley para asumir obligaciones por parte del Estado sin concretar su contenido o el comienzo de su exigibilidad (cf. Disposición adicional única) o para adelantar el programa de actuaciones del Gobierno, de nuevo sin establecer un calendario (cf. Disposición final tercera). No parece que la mera mención en sede legislativa, sin mayor concreción, aporte un plus de exigibilidad o firmeza a lo que es un compromiso de acción gubernativa, al tiempo que desvaloriza el papel de la norma legal, convertida en norma meramente programática.

⁵⁴ Cfr. la Ley del País Vasco 4/2005, de 18 febrero, de igualdad de mujeres y hombres [BO País Vasco 2 marzo 2005, núm. 42] art. 45. *Inclusión social*.

⁵⁵ Vid. el Informe del Consejo del Poder Judicial (cit., p. 21), en cuya opinión, en relación a la vivienda familiar sería oportuna dar una nueva redacción a los artículos 96 y 103.2º Cc. para ponerlos en concordancia con la nueva regulación de la custodia compartida.