

LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES EN LA ACTUAL REGULACIÓN DE LOS PROCESOS MATRIMONIALES

M^a SONIA CALAZA LÓPEZ*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. OBJETO PROCESAL: 1. Causas de separación. 2. Causas de divorcio. A) *Cese efectivo de la convivencia conyugal sometido a plazo.* B) *Condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.*- III. LEGITIMACIÓN.- IV. COMPETENCIA. V. PROCEDIMIENTO: 1. Contradictorio. 2. Consensual.- VI. EFECTOS DE LA SENTENCIA.- VII. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 30/1981, de 7 de julio ha venido a regular, con la integración de ciertas normas en el Código civil, la disolución del matrimonio por divorcio, hasta la regulación en la LEC 1/2000, de Enjuiciamiento civil, de los procesos matrimoniales.

Los preceptos 769 a 778 de la LEC regulan los procesos matrimoniales y la Disposición derogatoria única de dicha Ley procesal civil, en el apartado segundo, subapartado décimo, deroga las disposiciones adicionales primera a novena de 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. La regulación material del matrimonio, contenida en el Título IV del Código civil (preceptos 42 a 107) ha quedado, ello no obstante, exenta de modificación alguna, pese a contener, como se evaluará a lo largo de este estudio, normas de derecho procesal que debieran haber sido incluidas y, en determinados casos, a mi juicio, modificadas, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

* Profesora Doctora de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Secretaria General adjunta de la Facultad de Derecho de la UNED.

II. OBJETO DEL PROCESO

La disolución del matrimonio se halla regulada en el capítulo VIII del Título IV del Libro I del Código civil (preceptos 85 a 89). Así, en un primer momento, la separación se producirá por voluntad de ambos cónyuges o de uno con o, en su caso, sin el consentimiento del otro. En ambos casos se produce la separación real que precederá, según su duración y en determinadas circunstancias, a la separación legal.

1. Causas de separación

El artículo 81.1 del Código civil establece que se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código.

Las peticiones de separación de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro no plantean problema alguno habida cuenta de que su admisión, por parte del Juez, no se halla condicionada a la prueba del incumplimiento de concretos deberes conyugales, sino sólo al requisito, de cuestionable constitucionalidad, consistente en el transcurso de un plazo de convivencia matrimonial.

El artículo 81.2 del Código civil señala que se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en causa legal de separación.

Así, parece razonable distinguir, entre las causas de separación recogidas en el precepto 82 del Código civil, las imputables a una de las partes, de aquellas otras consistentes únicamente en el transcurso de cierto plazo temporal. De entre las primeras, merecen especial mención las atinentes, de un lado, a *cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales* y, de otro, a *cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que conviven en el hogar familiar*, puesto que del tenor literal de dichas premisas no puede extraerse, ni tan siquiera si se acomete una interpretación amplia, que una violación leve o esporádica pueda ser integrada en esta causa de separación. Las se-

gundas nunca debieron haber sido reguladas en una Ley material puesto que, al igual que acontece con las «causas» de divorcio, se han configurado, en el Código Civil, verdaderos «plazos procesales» como «causas» de separación que constituyen un obstáculo irracional al acceso a la Justicia, vulnerando, en consecuencia, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

2. Causas de divorcio

El artículo 85 dispone que el matrimonio se disuelve, sea cual fuere el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Las causas de divorcio recogidas en el precepto 86 del Código civil, parecen abarcar todos los supuestos en los que se produce una ruptura de la convivencia conyugal, sin llegar a concretar, ello no obstante, los motivos de dicha ruptura, si bien el cese de la convivencia conyugal habrá de pasar necesariamente, de no mediar consentimiento de ambos cónyuges, por las causas de separación y se halla sometido, aún en este último supuesto, a largos plazos de falta de convivencia que dificultan enormemente la definitiva ruptura del vínculo conyugal.

Asimismo, entre las «causas» de divorcio del artículo 86 del Código civil se pueden distinguir, en atención al criterio de la convivencia conyugal, las cuatro primeras, respecto de las cuales queda establecida la exigencia de su cese prolongado en el tiempo, de la quinta, en la que dicho cese de la convivencia no resulta imprescindible.

El establecimiento de un plazo para ejercitar una acción constituye un obstáculo irrazonable para el acceso a los tribunales, que podría, en ciertos casos, incluso, vulnerar el artículo 24 CE.

Nuestra vigente legislación matrimonial contiene, en materia de divorcio, una presunción implícita de inmadurez de los cónyuges al tiempo de disolver su matrimonio, habida cuenta de que no basta con su sola voluntad, como ocurre en la generalidad de los negocios¹, sino que se torna imprescindible superar

¹. Evidentemente existen otros actos jurídicos de importancia capital en la vida de las personas que no han sido objeto de similar tratamiento paternalista. Así, en modo alguno resultaría admisible la exigencia de un período de reflexión y de la consiguiente prolongación de una determinada situación fáctica durante un concreto período de tiempo para la venta de un inmueble, el consentimiento para someterse a una operación médica o, en fin, la reclamación o impugnación de la filiación.

una serie de obstáculos temporales a través de la prolongación en el tiempo de un matrimonio, probablemente, no deseado.

El injustificado sometimiento a plazo de la acción responde, probablemente, entre otras múltiples razones, a cuestiones de índole religiosa, que conceptúan la separación y el divorcio como situaciones dañinas y tratan de preservar la pureza de la institución del matrimonio a costa de la libertad individual del hombre y la mujer. Esta santidad del matrimonio parece, a todas luces, contraria a la libertad religiosa y moral en el ámbito civil, puesto que viene a imponer una determinada moral con carácter imperativo.

En todo caso, el régimen indisoluble del matrimonio canónico se mantiene gracias a que siempre queda abierta la vía civil, pues parece evidente que el número de matrimonios canónicos disminuiría considerablemente si, respetando debidamente la católica institución, los matrimonios canónicos, tras la ley del divorcio, fueran también indisolubles civilmente.

La dificultad de la disolución del vínculo matrimonial podría, incluso, constituir uno de los motores que desincentiva, en la actualidad, el acceso al matrimonio, puesto que, al complicar excesivamente la salida de esta situación, numerosas parejas, retrasan el matrimonio, cuando no lo rechazan. Así, resulta evidente y constituye un hecho empírico que no precisa de mayores demostraciones científicas que la simple observancia de la realidad social, el que, en la práctica totalidad de las sociedades occidentales, ha aumentado y continúa aumentando progresivamente el número de familias de hecho y de parejas que viven en régimen de cohabitación, al propio tiempo que ha venido, paralelamente, disminuyendo el número de personas que optan por el matrimonio, todo ello sin entrar en los elevados índices de fracaso matrimonial reconducido al divorcio, que tal vez se hallen relacionados o, de alguna manera, influyan en la elección de un status civil u otro.

El pretendido «interés público» de la institución matrimonial se ha extendido hasta límites que, claramente, sobrepasan derechos irrenunciables, como lo son la libertad, la intimidad y la dignidad de las personas. Esta obligada adaptación de los particulares a las rígidas reglas del matrimonio ha tenido, por toda consecuencia, la deserción de la institución y la proliferación de inseguras situaciones de hecho, lógicamente preferibles frente a una regulación irrespetuosa con la voluntad de las partes. La doctrina iusprivatística, por su parte, respetuosa ante la concepción tradicional del matrimonio, no afronta críticamente los principios y fundamentos de esta institución en la que la autonomía de la voluntad es claramente residual.

Asimismo, tal y como ya hemos anticipado, la tutela judicial se halla gravemente afectada, pues la exigencia de un plazo para accionar ante los tribunales

es ciertamente insólita en nuestro ordenamiento. Por su cuestionable constitucionalidad no se establece de una forma directa, sino disfrazándolo de presupuesto material para ejercitar la acción, como «causa de divorcio».

Por otra parte, de las dificultades y obstáculos, eventualmente impuestos a los cónyuges, tanto por parte de los Jueces, en una interpretación rígida de la letra de la normativa matrimonial – de cuestionable constitucionalidad – como por parte de los Abogados, en su labor de asesoramiento técnico y, desde luego, por la de los demás profesionales del Derecho que vengan obligados a actuar en el proceso, tan sólo pueden desprenderse consecuencias negativas puesto que, tal y como ha advertido la doctrina², constituye una auténtica obligación, para estos profesionales, la de ayudar a los cónyuges, a desunirse, con el mínimo de traumas y frustraciones que pudieran traer como secuelas la agresividad, el resentimiento o, incluso, la desintegración de su personalidad.

A. Cese efectivo de la convivencia conyugal sometido a plazo

En el supuesto del primer apartado del artículo 86³, la causa de divorcio parece ser el cese de la convivencia por cierto tiempo. Aún cuando la convivencia es, en efecto, una obligación, pues un matrimonio que no convive incumple el deber del artículo 68, según el cual «los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente», parece, ello no obstante, que el requisito para ejercitar la acción de divorcio constituye nada menos que la provocación y prolongación de una situación ilícita, contrario a la buena fe y a los propios actos, cual es incumplir el deber de convivencia.

El apartado segundo del artículo 86 del Código civil contiene una regulación todavía más confusa⁴, pues el transcurso de un año, en este segundo su-

². MUÑOZ SABATÉ, L., *El proceso matrimonial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p.13.

³. El precepto 86.1º del Código civil establece, como primera causa de divorcio, *el cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde el momento de la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido una año desde la celebración del matrimonio.*

⁴. El precepto 86.2º del Código Civil establece, como segunda causa de divorcio, *el cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.*

puesto, deviene, igualmente, ineludible, si bien, a pesar del espíritu del texto, parece desprenderse del tenor literal de dicho precepto que, si el particular no quiere correr el riesgo de una sentencia desestimatoria en el proceso de divorcio, habrá de intentar prolongar el proceso de separación al menos un año, de tal suerte que la norma podría, desde luego, incitar a los cónyuges, si no a vulnerar, sí, al menos a pervertir el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Así, pues, si un particular desea divorciarse y su supuesto de hecho encaja en esta premisa legal, habrá de sacrificar su derecho a una justicia rápida.

El tercer apartado del artículo 86 del Código civil⁵ establece, paralelamente, dos años de espera para ejercer dos derechos constitucionales, cuales son el divorcio (art.32.2 CE) y el derecho a obtener una tutela judicial efectiva, (art.24.1), plazo éste que constituye, desde luego, un tiempo de espera que parecería implantable en relación con la tutela judicial de cualquier otro derecho. En el caso del divorcio también parece inaceptable, si bien la necesidad u oportunidad de dicho transcurso temporal previo al ejercicio de acción ha venido siendo asimilado como algo normal, de un lado, por tratarse de una cuestión que, en su tiempo, no estuvo exenta de cierta polémica religiosa y, de otro, porque dicho presupuesto, en puridad procesal, aparece configurado, en el Código civil, como un presupuesto material, bajo la errónea denominación de «causa de divorcio».

El cuarto apartado del artículo 86⁶, que establece el plazo de cinco años como límite temporal de acceso a los tribunales para entablar una demanda de divorcio, parece arbitrario puesto que constituye, de un lado, a mayores, un presupuesto residual para aquellos casos en los que no se ha conseguido el ejercicio de la acción por las vías anteriores y supone, de otro, una quiebra del artículo 24 (tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de las personas), del artículo 32 (derecho a contraer matrimonio y a la regulación legal de las causas de separación y disolución), del artículo 16 (libertad ideológica, religiosa y de culto, sin más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley) y

⁵. El precepto 86.3º del Código Civil establece, como causa de divorcio, *el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos y b) Cuando quién pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.*

⁶. El precepto 86.4º establece, como causa de divorcio, *el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos, cinco años a petición de cualquiera de los cónyuges.*

del artículo 10.1º (dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes y libre desarrollo de la personalidad).

B. Condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

La quinta causa de divorcio, regulada en el precepto 86.5º del Código civil, consistente en la *condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes*, no puede ser más rocambolesca. En efecto, no basta con que un cónyuge atente contra la integridad física, sexual, moral o patrimonial del otro cónyuge, siendo necesario, para gozar del privilegio del 86.5, que exonera de los plazos, que dicho cónyuge atente contra la vida del otro cónyuge, ascendientes o descendientes, y claro está, que no tenga éxito. La extensión de esta solución a delitos de menor gravedad podría, desde luego, comportar una incitación a tipos criminales entre cónyuges que verían, de este modo, facilitado su acceso al divorcio.

Así, la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes constituye la única causa que justifica la exoneración de la exigencia legal consistente en que la convivencia se prolongue durante unos determinados plazos. La existencia, por lo demás, de estos plazos, previos al libre acceso a los tribunales para instar el divorcio, no protege derecho específico alguno, ni de los cónyuges, ni de sus descendientes o ascendientes.

La única posibilidad legítima de restricción de los derechos que pertenecen a una persona es, según ha argumentado con notable acierto STUART MILL⁷, la protección de otras personas, puesto que el propio bien, físico o moral, de un individuo no constituye justificación suficiente para privarle de su libertad de acción. En este sentido, nadie puede ser obligado justificadamente, según ha señalado este autor, a realizar o no realizar determinados actos porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo puesto que el individuo es soberano sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu.

⁷ Vid., STUART MILL, J., quien afirma un principio en virtud del cual «el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás», en su obra *Sobre la libertad*, Alianza Editorial. 4ª reimpresión, Madrid, 2001, pág. 68.

Aún cuando se ha pretendido instaurar un sistema no «culpabilístico», parece que dicha opción legislativa no se ha conseguido y, en consecuencia, al igual que acontece en ciertos estados miembros de EEUU⁸, se ha instaurado un sistema de divorcio amparado en la culpa, habida cuenta de que aquel sujeto que pretenda divorciarse parece, a todas luces, culpable de ello, si tomamos en consideración que existen causas de justificación, tan extremas como la contemplada en el precepto 86.5 (atentado contra la vida del otro cónyuge, ascendientes o descendientes), de donde se infiere, con claridad, que no basta con atentar contra la libertad o la integridad física o moral del cónyuge, siendo absolutamente imprescindible atentar contra su vida, de tal suerte que el cónyuge, a modo de ejemplo, sometido a malos tratos habrá de esperar largos plazos para divorciarse, pues nuestro Código civil atiende antes al incentivo de la reconciliación, que a la disolución, siendo lamentablemente de todos sabido, de un lado, que los malos tratos, tanto producidos en el seno del matrimonio, como en cualquier otro ámbito, son, en la inmensa mayoría de los casos, habituales y no aislados y, de otro, que la violencia de género, conforme a las estadísticas más recientes, se acentúa, especialmente, durante la tramitación de los procedimientos tendentes a la disolución matrimonial.

En conclusión, esta concepción del divorcio, cuya regulación en el Código civil viene inspirada en el principio de «divorcio-sanción»⁹ debiera ser revisada, puesto que el divorcio no constituye delito alguno y, por tanto, parece lo más razonable descender a la sencilla consideración de que el matrimonio o/ y el divorcio son opciones respetables de vida, que deben ser mantenidas tan sólo en tanto en cuanto medie la libre voluntad de las partes.

Así, pues, ni tan siquiera parecería oportuno, en el momento actual, mantener que las causas de separación y las causas de divorcio debieran unificarse en aras de la consecución de un único proceso en el que pudiese llevarse a cabo la separación y el divorcio en una única sentencia, por razones de economía procesal y de respeto a las garantías constitucionales de los particulares, especialmente en los supuestos de mutuo acuerdo, que debieran, por los demás, re-

⁸. Para un estudio pormenorizado de las recientes Leyes de divorcio de Lousiana, Arizona y Arkansas, en las que se instauran los *covenant marriages*, caracterizados por constituir un modelo de matrimonio basado en una relación entre un hombre y una mujer para toda la vida y cuya ruptura legal tan sólo procederá en caso de total y completa violación del compromiso matrimonial, se remite al lector al trabajo de CAÑIVANO, M.A., «El *covenant marriage* como alternativa a las *no-fault divorce laws*: una reflexión sobre la permanencia del vínculo matrimonial», *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp.166 a 181.

⁹. Vid., CALAZA LÓPEZ, S., «La justificación de los plazos procesales en las causas de divorcio», *IURIS*, abril, 2004.

conducirse a expedientes de Jurisdicción Voluntaria, sino que, incluso, cabría mantener que dichas causas debieran abolirse.

El respeto a la autonomía de la voluntad, cuando menos, de uno de los cónyuges (ya fuere de separarse, ya de disolver definitivamente el vínculo matrimonial) debiera constituir razón o, de utilizar la terminología del Código civil, «causa» suficiente para que prosperase dicha acción de separación y/o, en su caso, de divorcio. Los problemas atinentes a la custodia de los hijos, la atribución de la vivienda familiar o cualesquiera otras cuestiones jurídicas, objeto de contradicción entre las partes legitimadas en el proceso podrían solucionarse conjuntamente en procesos específicos, pues no se encuentra razón alguna para que esta manifestación de la autonomía privada se halle supeditada a fiscalización, debiendo bastar la documentación y oportuna publicación registral.

Asimismo, el hombre y la mujer, como es sabido, tienen derecho a contraer matrimonio (art.44), siempre y cuando haya consentimiento matrimonial (art.45), con las excepciones oportunamente reguladas en el propio Código civil, de tal suerte que si dicho Código no contempla causa alguna para contraer matrimonio más allá del consentimiento de los futuros cónyuges, no se entiende por qué no habrá de aplicarse esta misma libre voluntad para disolver dicho matrimonio.

No parece, pues, lógico que hayan de regularse plazos de separación y divorcio, ni mucho menos que dichos plazos procesales se oculten bajo la apariencia de requisitos materiales, siendo regulados en una Ley material y no en la Ley Procesal, ni, por supuesto, parece razonable su duración. Así, pues, la existencia de los plazos de divorcio atenta contra la tutela judicial efectiva, habida cuenta de que obstaculiza claramente el acceso a los tribunales sin que exista ningún fundamento en la protección de intereses de los cónyuges o de los hijos.

III. LEGITIMACIÓN

Los cónyuges ostentan la legitimación activa y pasiva en el proceso. Así, cabe la posibilidad de que un cónyuge demande al otro o, en su caso, de que ambos cónyuges presenten, de común acuerdo, la solicitud.

El Ministerio Fiscal se halla, paralelamente, legitimado, para tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relati-

vos al estado civil, asumiendo o, en su caso, promoviendo la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos.

IV. COMPETENCIA

La competencia objetiva para conocer de los procesos matrimoniales se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia o, en aquellas poblaciones donde se hubieren creado Juzgados de Familia, a dichos órganos especializados.

La competencia funcional para conocer de las resoluciones definitivas dictadas por dichos Juzgados de Familia o, en su caso, de Primera Instancia, corresponde, en apelación, a la Audiencia Provincial y, provisionalmente hasta la reforma de la LOPJ, corresponde al Tribunal Supremo, el conocimiento del recurso por infracción procesal, cuando le venga atribuido el recurso de casación o al Tribunal Superior de Justicia, si el recurso se funda, exclusivamente o de manera conjunta a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, cuyo Estatuto de Autonomía tuviese prevista dicha atribución.

La competencia territorial corresponde al Juzgado de Familia o de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de que los cónyuges residan en distintos partidos judiciales, corresponde al Juzgado del último domicilio del matrimonio o al de la residencia del demandado, a elección del demandante o de los cónyuges que solicitan la separación o el divorcio de mutuo acuerdo. Los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante y, si tampoco pudiese determinarse así la competencia, corresponderá ésta al Tribunal del domicilio del actor.

V. PROCEDIMIENTO

El procedimiento de separación y divorcio contradictorio o contencioso, regulado en el precepto 770 de la LEC, se sustanciará por los trámites del juicio verbal con determinadas especialidades y el procedimiento de separación y divorcio consensual, esto es, el solicitado de común acuerdo por ambos cónyuges o, en su caso, por uno con el consentimiento del otro se regirá por los trámites del precepto 777 de la LEC, que, en puridad, como veremos, debiera constituir, ante la total ausencia de controversia y la paralela posibilidad de

transformación de dicho procedimiento en contencioso, de suscitarse a lo largo del mismo la referida controversia¹⁰, un acto de jurisdicción voluntaria.

El Ministerio de Justicia ha evaluado, recientemente, la posibilidad de aplicación de la regulación de los juicios rápidos, instaurados en el proceso penal en el año 2002, a determinados asuntos civiles, así, entre otros, a las separaciones matrimoniales, medida ésta cuya principal virtualidad reside en la imprescindible celeridad que también ha de presidir nuestro proceso civil, pues la duración de la tramitación se verá, aproximadamente, reducida de siete a dos meses. La adopción de esta extensión normativa resulta, ciertamente, plausible, si bien su futura implantación, ello no obstante, no vendrá a solventar, lamentablemente, la extremada duración de los largos plazos procesales previos, contenidos en la Ley material, bajo la muy cuestionable denominación de «causas», al comienzo de la, al fin acelerada, tramitación de estos procesos de disolución del vínculo matrimonial.

1. Contradictorio

Las demandas de separación y divorcio no solicitadas de mutuo acuerdo, ni por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro se sustanciarán por los trámites del juicio verbal con ciertas especialidades.

La demanda de separación y divorcio contradictorio habrá de presentarse con acompañamiento de los documentos a que se refiere el precepto 770.1º de la LEC (certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las inscripciones de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho), además de los documentos procesales y los relativos al fondo del asunto que deban de acompañarse, con carácter general, a la demanda y a la contestación a la demanda, que, como se verá, aún cuando en el proceso verbal es oral, dicha regla general sufre una excepción, precisamente, en la materia que nos ocupa.

Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial¹¹, el actor deberá aportar, asimismo los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declara-

¹⁰ Vid., en este sentido, GÓMEZ COLOMER, J.L., «Derecho Jurisdiccional», II, Proceso Civil, Ed. Tirant lo Blanch, 11ª ed. Valencia, 2002, p. 735.

¹¹ Para un estudio pormenorizado en relación con las medidas provisionales, se remite al lector a la obra de CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Medidas provisionales en la nulidad, separación y divorcio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

La reconvencción será propuesta, en su caso, por el cónyuge demandado, en la contestación a la demanda y sólo se admitirá, según previene la segunda especialidad contemplada en el precepto 770, cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la separación o divorcio, o cuando dicho cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieren sido solicitadas en la demanda y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio.

Esta regla impuesta a la reconvencción supone una excepción al momento preclusivo establecido con carácter general para la fijación definitiva del objeto del proceso, que no es otro que el de la contestación a la demanda, puesto que la premisa contenida en el precepto en curso de análisis impone la prohibición de la *mutatio libelli* en el exacto momento en el que uno de los cónyuges ha dejado definitivamente instada su particular pretensión y, consiguientemente, ante cualquier desavenencia, por parte del otro cónyuge, que no atienda exactamente a las causas de separación y divorcio o, en su caso, a la adopción de medidas definitivas, no tendría más remedio que instar un segundo proceso matrimonial.

Las partes deberán concurrir, por sí mismas y con preceptiva asistencia de sus abogados respectivos, a la vista, bajo apercibimiento, según establece el precepto 770.3º, de que su incomparecencia sin justa causa podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.

Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista, se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el Tribunal podrá, asimismo, acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias exigidas por el Código civil (las cuestionables causas de separación y divorcio) para decretar la separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable.

En cualquier momento del proceso, como es natural, los cónyuges pueden llegar a un acuerdo a propósito de su separación o divorcio, en cuyo caso, concurriendo los requisitos de la petición de disolución de mutuo acuerdo o efectuada por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, el procedimiento contencioso se transformará automáticamente en un procedimiento consensual.

2. Consensual

Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el artículo 777 LEC.

Ello no obstante, estas peticiones de separación y divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro no tienen naturaleza contenciosa¹² y, en consecuencia, debieran regularse como actos de jurisdicción voluntaria¹³ ante los profesionales del Derecho con elevados conocimientos en la materia, que, en principio, son, alternativamente, tanto los Jueces, como los Notarios.

Así, pues, sería conveniente acometer una traslación del articulado de la LEC, en materia de procesos de separación y divorcio por mutuo acuerdo, a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, dado que el «proceso» supone, en sí mismo, una contradicción de voluntades, que no se da en los casos en los que los cónyuges deciden, de mutuo acuerdo, proceder a la separación y/o al divorcio.

La separación y divorcio presentados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, especialmente cuando no hay hijos cuyo interés tutela el Juez al condicionar la aprobación del convenio a que éste no les perjudique, podría perfectamente hacerse, alternativamente, a elección del justiciable, ante Juez o Notario, en un único acto de jurisdicción voluntaria¹⁴ no sujeta a plazo.

VI. EFECTOS DE LA SENTENCIA

La sentencia de separación produce, según dispone el artículo 83 del Código civil, la suspensión de la vida en común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad domésti-

¹² Vid., ENTRENA KLERR, C., *Matrimonio, separación y divorcio*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1982, pp.581 y ss.

¹³ En el sentido indicado y para un estudio pormenorizado en relación con la jurisdicción voluntaria, en general, se remite al lector a la obra de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.

¹⁴ Sin embargo, aún cuando, según MORENO CATENA, V., la ausencia de contradicción en el litigio ha dado lugar a un tratamiento procedimental asimilado a un acto de jurisdicción voluntaria, lo cierto es que la indisponibilidad del matrimonio exige la jurisdiccionalidad en el procedimiento y la inatacabilidad de la resolución, que pasa en autoridad de cosa juzgada, produciendo los mismos efectos que si hubiera recaído en el proceso contencioso, en *Derecho Procesal Civil*, Parte especial, Ed. Colex, 3ªed., Madrid, 2003, p.167.

ca. Los efectos procesales de esta sentencia de separación carecen, en verdad, de toda virtualidad, pues los cónyuges pueden, desde luego, vivir separados con antelación al momento en que se dicte.

Así, aún cuando los preceptos 68, 69 y 70 del Código civil establecen la obligación de los cónyuges, de vivir juntos, esta obligación no puede, en modo alguno, imponerse forzosamente, habida cuenta de que su incumplimiento carece de sanción jurídica alguna, más allá, curiosamente, de constituir una de las discutibles «causas» de separación y divorcio o, en su caso, de impedir la alegación de infidelidad (ex.art.82.1º.II del CC).

En este sentido, el Código Penal tan sólo tipifica el abandono de menores o incapaces, no estando, en consecuencia, el abandono de familia como tal, prohibido, aun cuando ningún precepto legal venga tampoco, como es lógico, a permitirlo.

Tan sólo cabría argüir, conforme la doctrina influenciada por el pensamiento liberal, que aquello que no se halle expresamente prohibido, está, al propio tiempo, permitido – ex.art. 5 de la *Declaration des Droits de l'homme et de le citoyen*: «todo lo que no está prohibido por la Ley, no puede ser impedido»-, si bien esta máxima parece suscitar amplias desconfianzas, ante la labor de creación normativa de nuestros legisladores, por lo que convendría, por razones de seguridad jurídica, regular la situación precedentemente descrita.

El otro efecto de la sentencia de separación, consistente en el cese de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, podría, perfectamente, sustituirse, como ocurre en general con los poderes, por su mera revocación.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Las «causas» de separación y divorcio debieran, en puridad, abolirse, si bien, consciente de la dificultad supuesta por la posibilidad de inmediata revisión total de nuestra normativa matrimonial, parece conveniente, cuando menos, afirmar que dichas «causas» deberían unificarse en aras de la consecución de un único proceso en el que pueda llevarse a efecto la separación y el divorcio, como es lógico, en una única sentencia, y ello, tanto por razones de celeridad, concentración y economía procesal, cuanto por la imprescindible concesión, a los particulares, de las garantías constitucionales que les han sido, injustificadamente, vetadas, especialmente en los supuestos de mutuo acuerdo.

No parece lógico, por lo demás, que hayan de regularse «plazos» previos a la interposición de las demandas de separación y divorcio, ni mucho menos

que dichos plazos vengan regulados en una Ley material y no en la Ley Procesal, resultando, a mayores, de todo punto irracional, su duración. La sola existencia de estos plazos procesales para presentar las referidas demandas atenta contra la tutela judicial efectiva, pues obstaculiza, claramente, el acceso a los tribunales, sin que exista ningún fundamento en la protección de intereses de los cónyuges o de los hijos, más allá de la pretendida protección de la institución matrimonial, y ello aún cuando, conforme a los propios principios morales que rigen dicha institución, resulte menester recordar que las leyes se hacen para los hombres y no a la inversa.

Finalmente, sin perjuicio de la laudable futura aplicación de la normativa de los juicios rápidos a la regulación matrimonial, que no influirá, por lo demás, en la duración de estos presupuestos procesales, configurados en la Ley material, como «causas» de separación y divorcio, resulta preciso, ello no obstante, destacar que, debido a la falta absoluta de contradicción, los procesos matrimoniales de mutuo acuerdo o entablados por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro debieran ser objeto de regulación expresa por la inminente Ley de Jurisdicción Voluntaria, dejando su resolución, bajo el conocimiento, alternativamente, de Jueces o Notarios, a elección de los justiciables.

BIBLIOGRAFÍA

- CALAZA LÓPEZ, S., “La justificación de los plazos procesales en las causas de divorcio”, IURIS, abril, 2004.
- CALDERÓN CUADRADO, M.P., “Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio”, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- CAÑIVANO, M.A., “El *covenant marriage* como alternativa a las *no-fault divorce laws*: una reflexión sobre la permanencia del vínculo matrimonial”, Revista de Derecho Privado, 2002, pp.166 a 181.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V., «Derecho Procesal Civil», Parte especial, Ed. Colex, 3ªed., Madrid, 2003.
- ENTRENA KLERR, C., «Matrimonio, separación y divorcio», Ed. Aranzadi, Pamplona, 1982.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La Jurisdicción Voluntaria», Ed. Civitas, Madrid, 2003.
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S., «Derecho Jurisdiccional», II, Proceso Civil, Ed. Tirant lo blanch, 11ª ed, Valencia, 2002.
- MUÑOZ SABATÉ, L., «El proceso matrimonial», Ed. Bosch, Barcelona, 1981.
- STUART MILL, J., «Sobre la libertad», Ciencia política, Alianza Editorial, 4ª reimpresión, Madrid, 2001.