

CONCLUSIONES DEL TALLER DE TRABAJO REALIZADO POR LA ASOCIACION DE MUJERES JURISTAS THEMIS EL DIA 17 DE NOVIEMBRE DE 2004, SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACION Y DIVORCIO

La Asociación de Mujeres Juristas Themis, ante la propuesta de Anteproyecto de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, celebró el día 17 de noviembre de 2004 una jornada de exposición, reflexión y debate de dicho Anteproyecto, habiendo llegado a las conclusiones siguientes:

1.- LA REALIDAD ACTUAL EN CUANTO A LAS RELACIONES DE GÉNERO.-

Los datos obrantes en “Las Mujeres en Cifras” del Instituto de la Mujer, son ilustrativos de las escasas modificaciones que han experimentado en los últimos 20 años los roles masculino y femenino en el ámbito de la familia.

En el apartado titulado “el tiempo según el sexo” del citado trabajo, en el año 2001 las mujeres destinaban al trabajo doméstico 7 horas 22 minutos mientras los hombres destinaban 3 horas y 10 minutos. Las excedencias por cuidado de los hijos en el año 2003 ascendieron a un total de 13.879, de las que 13.377 corresponden a las madres y 502 a los padres.

En el año 2003 los permisos por maternidad -paternidad ascendieron a 239.858 disfrutados por las madres y 3.762 por los padres.

En el tercer trimestre del año 2004, las familias monoparentales separadas judicialmente de un total de 202.800, 179.500 están encabezadas por mujeres y sólo 23.300 por hombres.

Respecto al trabajo no remunerado, el estudio sobre el impacto del mismo en el PIB de Catalunya, encargado por el Institut Català de la Dona para el año 2001, evidencia que las mujeres destinan al trabajo doméstico 45,48 horas semanales mientras los hombres le destinan 6,23 horas semanales. En cuanto al trabajo no remunerado, las mujeres destinan 1541 horas anuales y los hombres 285 horas al año.

Con estos someros datos se evidencia con meridiana claridad que la mujer sigue asumiendo la reproducción social (trabajo doméstico, atención y cuidado de menores y personas dependientes), mientras que el hombre, en el mejor de los casos, presta una insuficiente ayuda.

El modelo de familia, supuesto y respaldado por las políticas de trabajo y bienestar, es decir, el modelo de familia normal es el que gira en torno a la figura de un trabajador que provee económicamente y de una figura femenina que se encarga del cuidado (en ese trabajo se incluye el de hacer de

intermediaria entre los recursos públicos y privados, escasos, y las necesidades de cada uno de los miembros de la familia) de las tareas domésticas y de los hijos, en resumen, las políticas laborales, sociales, etc.. tienden a configurar una familia con reparto de las obligaciones y responsabilidades.

2.- REALIDAD Y DESIGUALDAD JURIDICA.-

Si el Gobierno, en la Exposición de Motivos en la Ley Integral contra la Violencia de Género, ha puesto de manifiesto la desigualdad en las relaciones de poder entre mujeres y hombres y la invisibilidad en que aquellas siguen encontrándose, consecuentemente tendrá que adecuar el Ordenamiento Civil a esta realidad, para que se produzca la deseada visibilización, máxime cuando se da la oportunidad de modificación del Código Civil en lo que respecta a la regulación de la separación y el divorcio, siendo la materia de familia el escenario donde se produce la más sangrante de estas desigualdades.

La libertad y la igualdad entre hombres y mujeres necesita de su plasmación exacta en nuestros textos normativos. El CC sigue con vestigios de una sociedad basada en el desequilibrio de poder entre mujeres y hombres, por tanto antes de afrontar la reforma sobre la disolución del matrimonio, es importante proceder a esta depuración, por lo que supone en el imaginario colectivo de perpetuación de los roles tradicionales femeninos y masculinos.

Pueden destacarse, entre otros, los siguientes:

Artículos 66 y 67.- Es imprescindible la modificación de estos artículos en los que el hombre al contraer matrimonio se convierte en marido pasando así a un status diferente de autoridad y representación, de poder en suma, y la mujer sigue siendo mujer (no es por azar que no se hayan utilizado los términos esposo y esposa). Atendiendo a la próxima reforma de la ley del matrimonio, donde serán posible matrimonios de personas del mismo sexo, tales expresiones deben desaparecer, manteniendo el término cónyuge.

Artículo 68.- Sería oportuno concretar más los deberes de los cónyuges, adicionando como obligaciones el compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

Artículo 108.- Es causa de discriminación indirecta la diferenciación entre filiación matrimonial y no matrimonial, por lo que proponemos que la única diferenciación en la filiación sea por naturaleza o adopción. Es de señalar que el antecedente lo encontramos en La Ley de Registro Civil de la República de 1931.

Artículo 109 .- La reforma de 1999 que posibilitaba a los progenitores elegir el orden de los apellidos, ha resultado inoperante dada la realidad familiar y social existente en nuestro país y el peso de la tradición. Es mucho más equitativo y

racional que los hijos e hijas siguieran la genealogía según el sexo, es decir, si es una niña el primer apellido sería el de la madre y si es un niño el del padre. Con esta medida el padre no perdería nada ya que, con la legislación vigente, la hija no transmite su apellido y las mujeres ganarían en genealogía e igualdad.

El título VIII “De las Relaciones Paterno Filiales” presupone que el padre es el cabeza de familia y toma las decisiones en interés de la misma, invisibilizando a la madre.

Artículos 116 a 119 .- El juego de presunciones de matrimonialidad de los hijos fruto de una relación no matrimonial, nacidos constante matrimonio es contraria al derecho fundamental a la libertad de las personas.

En cuanto al término PATRIA POTESTAD hace referencia primero al padre y segundo al poder sobre el menor, aunque la doctrina habla de una función dual de ambos progenitores, la norma nuevamente invisibiliza a la madre, por lo que sería más adecuado el término **FUNCION TUTIVA** que hace referencia al cuidado y atención de los hijos e hijas.

Artículo 154 .- En el último párrafo se refiere a la posibilidad de corregir moderada y razonablemente a los hijos e hijas. Esta expresión posibilita la violencia física y psíquica contra los menores, por lo que debería prohibirse absolutamente cualquier de agresión física y psíquica a los y las hijas.

Artículos 1094, 1555.2 y 1903. Todos estos artículos se refieren a “*la diligencia de un buen padre de familia*”. Continúa apareciendo el sujeto ideal de tráfico jurídico masculino y buen padre de familia. No se corresponde con la realidad social el mantener esta expresión.

Finalmente, en los casos de hijos e hijas reconocidos por un solo progenitor, actualmente es obligatorio la inscripción de un nombre propio masculino en la partida de nacimiento, debería cesar la obligatoriedad y ser opcional.

Esta muestra en el articulado del Código Civil, evidencian la desigualdad jurídica de la mujer, lo que afecta a su estatuto de ciudadana.

3.- DERECHO COMPARADO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA.

Del estudio de los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno Europeo (Francia, Escocia, Grecia, Inglaterra y Gales, Luxemburgo, Portugal, Suecia e Italia), se constata que tienen establecida la “*Responsabilidad Parental*” concepto que equivale en nuestro ordenamiento Jurídico a la “*Patria Potestad*”.

La “*custodia compartida*”, es decir la tenencia y cuidado de los hijos de forma estable por periodos iguales, sólo está prevista en Francia, Suecia, Inglaterra y Luxemburgo, pero siempre contemplada como una petición conjunta de ambos progenitores y **nunca como imposición judicial.**

En los Ordenamientos Jurídicos en que se contempla esta posibilidad se prevé, que previamente a su otorgamiento, se analice por el Tribunal si la medida favorece o es beneficiosa para el hijo o hija (principio favor filii).

4.- ANALISIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY POR LAQUE SE MODIFICA EL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

4.1.- IMPOSIBILIDAD DE SUPRESIÓN DE LAS CAUSAS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO POR SER UN REQUISITO CONSTITUCIONAL.

No es posible suprimir la causalidad en la separación y el divorcio sin modificar el artículo 32 de la Constitución Española de 1978. Igual que este artículo regula la plena igualdad jurídica entre cónyuges, establece que la ley regulará las causas de separación y disolución.

Consideramos que, efectivamente, la sociedad española no es la misma que cuando se introdujo el divorcio en nuestra legislación, por lo que carece de sentido hablar de criterios morales del cónyuge culpable.

Sin embargo, el derecho comparado y el sentido común ponen de manifiesto que si una persona desea romper su matrimonio, primero deberá intentar un consenso (como hacen la mayor parte de las personas que se separan en este país); si esto no es posible y las razones que creen tener es el incumplimiento por parte del otro cónyuge de los deberes del matrimonio, (respeto, ayuda y socorro mutuo y actuar en interés de la familia), tendrá causa justa que alegar para establecer los efectos de la separación o el divorcio (por ejemplo, una persona que quiere cesar la convivencia violenta, deberá ser tenida en cuenta esta causa para establecer los efectos). Finalmente si quién quiere separarse no está en ninguno de los dos supuestos anteriores, tiene que poder separarse o divorciarse asumiendo que con su decisión unilateral puede causar perjuicios al otro cónyuge quien tenía unas razonables expectativas de convivencia que pueden haber condicionado su situación laboral, geográfica o de residencia, social, económica, etc. En este caso, sin que se le niegue el derecho a separarse o divorciarse, igual que cuando una persona quiere resolver unilateralmente un contrato cuya resolución causa perjuicios, tendrá el deber de repararlos.

Desde la perspectiva del Derecho Civil el matrimonio es un contrato entre dos personas con capacidad de disponer, al que la jurisprudencia aplica con carácter subsidiario las normas generales relativas a las obligaciones y contratos, siendo los requisitos imprescindibles para la validez del matrimonio el consentimiento de las partes, el objeto del contrato y la causa de la obligación que se establece. Los contratos sin causa no producen efecto alguno. Si se suprimen todas las causas para la separación o el divorcio pierden su sentido los deberes y derechos de los cónyuges regulados en el propio Código Civil.

La regulación que se pretende en el Anteproyecto es contradictoria con la regulación de la promesa de matrimonio que establecen los artículos 42 y 43

del vigente Código Civil. La promesa de matrimonio no es reconocida como una obligación contractual frente al matrimonio que si se considera un contrato, y por ello no dará lugar a un derecho de realizar el matrimonio, sin embargo si se establecen consecuencias para su incumplimiento, que dará lugar al resarcimiento a la otra parte de los gastos realizados y las obligaciones contraídas ante el incumplimiento sin causa de la promesa.

4.2.- CON RELACIÓN A LA SUPRESIÓN DE LAS CAUSAS:

Desde la Asociación de Mujeres Juristas Themis, no se considera oportuno la posibilidad que establece el Anteproyecto de instar tanto la separación como el divorcio sin necesidad de alegar motivo alguno.

En los países de nuestro entorno cultural no existe una regulación similar a la propuesta que contiene el Anteproyecto.

Las causas tienen relación con los efectos, por lo que privar al Juez de estos elementos de juicio, incidirá en la adopción de las decisiones generando una indefensión e inseguridad jurídica.

La Asociación de Mujeres Juristas Themis propone una nueva redacción del artículo 82 que contemple dos posibilidades: a) el incumplimiento de los deberes inherentes al matrimonio y b) para quien no quiera alegar causa alguna, la no obligatoriedad de hacerlo, asumiendo las consecuencias de que la otra parte alegue y pruebe incumplimiento.

Y dado que el matrimonio es un contrato bilateral, cuyo cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes, el incumplimiento de los deberes inherentes al mismo deberá llevar aparejada una indemnización por daños y perjuicios, que también deberá regularse legalmente.

4.3.- INDEMNIZACION POR LOS PERJUICIOS CAUSADOS

La libertad y dignidad de las personas, proclamada como fundamento de esta modificación, no ha de estar sometida a tiempo alguno, tanto porque exista una causa específica o no por lo que la propuesta no se establece plazo perentorio para la solicitud de la separación o divorcio.

Con esta regulación desaparece la necesidad de alegar una causa de separación o de divorcio para cualquiera de los cónyuges, pero sí uno de los cónyuges considera y prueba que el otro ha incumplido las obligaciones que le impone el matrimonio podrá solicitar al Juzgado una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al otro, que deberá ser fijada por el Juzgado teniendo en cuenta, entre otras, las circunstancias establecidas. Esta indemnización es independiente de la pensión compensatoria que su fundamento es el desequilibrio económico de los cónyuges al momento de la separación.

La razonabilidad de la desaparición de la culpabilidad no excluye la existencia de responsabilidad por la ruptura no consensuada. En los procesos de separación y divorcio la Jurisprudencia aplica con criterios de subsidiariedad las normas del Código Civil sobre obligaciones y contratos.

La libertad y dignidad de las personas, proclamada como fundamento de esta modificación, no ha de estar sometida a tiempo alguno, tanto porque exista una causa específica o no por lo que la propuesta no se establece plazo perentorio para la solicitud de la separación o divorcio.

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

"Artículo 81.

Se decretará judicialmente la separación o el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro. A la demanda se acompañará propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno de los cónyuges.

Cuando la petición de separación y de divorcio de un solo cónyuge se realice por el incumplimiento del otro de los deberes y obligaciones establecidos en el Capítulo V del Título IV de este libro, dará lugar a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento. El cónyuge solicitará en la demanda o en la reconvencción que la resolución judicial acuerde la indemnización para el o la solicitante teniendo en cuenta, entre otras las siguientes circunstancias:

1º.- Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.

2º.- La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

3º.- La dedicación pasada y futura a la familia.

4º.- La contribución de cada cónyuge a las tareas y responsabilidades de la familia.

5º.- La pérdida eventual de oportunidades de formación, ocupación y ejercicio profesional o laboral, que haya repercutido en su status económico-laboral.

4.4.- EN CUANTO A LA FUNCIÓN TUTIVA SOBRE LOS Y LAS HIJAS (PATRIA POTESTAD)

En cuanto a la función tutiva (patria potestad) es imprescindible que se regulen detalladamente los motivos para la privación de la misma, en la que se tomarán como criterios: violencia a cualquier miembro de la familia que conviva con los hijos e hijas menores, alcoholismo, toxicomanías, alteraciones mentales, incumplimiento continuado del régimen de visitas, e impago de pensiones. La recuperación de la misma deberá estar sometida al cumplimiento acreditado de programas específicos en orden a la acreditación de la desaparición de la causa que motivó la privación. Siempre atendiendo al principio rector como es el interés del menor y en este sentido creemos imprescindible la inclusión de los factores a tener en cuenta por el Juzgado en cuanto a la conceptualización del interés del menor:

Para determinar **el interés del menor** deben considerarse las necesidades y circunstancias del menor, que como mínimo deberán incluir los siguientes indicadores:

- La atención a las necesidades físicas, emocionales y psicológicas del menor según la edad y el desarrollo del mismo.
- La consideración de qué progenitor ha cuidado y atendido mayoritariamente al menor desde su nacimiento.
- Habilidad que ha mostrado cada progenitor de cubrir las necesidades emocionales y físicas de los y las hijas.
- Planes para el cuidado de los y las hijas.
- La valoración de la influencia e impacto de la violencia física y psíquica a las y los hijos ejercida sobre cualquier miembro de la familia.

4.5.- GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

El Juez o la Jueza sólo podrán acordar la guarda y custodia compartida por ambos progenitores cuando los cónyuges lo soliciten de mutuo acuerdo en la propuesta de convenio regulador, y se den además, en interés de los menores, los siguientes requisitos:

- Que se valorará la edad de los menores.
- Que no se produzca la separación de los hermanos y hermanas.
- Que ninguno de los progenitores ejerza o hubiera ejercido violencia en el ámbito familiar.
- Que se fije una vivienda estable para los menores.
- Que se fije una pensión de alimentos a favor de los menores en caso de que no exista proporcionalidad entre los ingresos de los cónyuges.

C. Sarraceno (1992) dice que el Estado del bienestar tiende a estructurarse en torno a tres elementos independientes: familia-trabajo-sistema de seguridad social, y los dos últimos, a través de la participación con dedicación exclusiva en el mercado laboral oficial, se hace posible gracias al trabajo de cuidado llevado a cabo por alguien de la familia.

En definitiva, la custodia compartida se convierte de facto en una mayor posibilidad del padre divorciado sobre la vida de la madre, a través del control de los hijos, pero todavía falta que veamos cuál es el impacto que esto tiene en los menores que, no solo sufren lo inevitable, es decir, la separación de sus padres, sino que además pueden verse abocados a dejar su casa, su hábitat, sus relaciones e ir de la madre al padre y viceversa, con normas distintas de cada uno de ellos y siendo utilizados como transmisores.

El compartir cuidado y crianza de los hijos es todavía un horizonte que no puede hacerse realidad imponiéndose a la hora de la ruptura contenciosa, cuando con demasiada frecuencia esto no ha sucedido constante convivencia y cuando las estructuras, sobretodo económicas y asistenciales, no contemplan esa posibilidad en la realidad social.

4.6.- SUPRESIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO CIVIL:

El Anteproyecto en el último párrafo del artículo 81 del Código Civil introduce, con carácter imperativo, la necesidad de solicitar medidas provisionales, junto con la presentación de la demanda de separación o divorcio.

Proponemos su eliminación por su defectuosa técnica jurídica toda vez que permanece vigente el artículo 103 del Código Civil que regula la adopción de las medidas provisionales y, por tanto, carece de sentido introducir un nuevo párrafo contradictorio con el contenido del anterior artículo .

4.7.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL :

Proponemos el mantenimiento de su actual redacción ya que la introducción de los términos “vitalicia” y “temporal” en el texto del articulado dará lugar a una mayor conflictividad y generaría una grave inseguridad jurídica dado el contenido actual de los artículos 100 y 101 del Código Civil que establecen la posibilidad de modificar y/o extinguir la pensión compensatoria en diferentes supuestos.

Dado que, según resulta de un estudio realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis de 404 expedientes judiciales de separación o divorcio en Castilla La Mancha, tan solo en un 10% de los casos se establece pensión compensatoria , introducir la temporalidad tendría como consecuencia un empobrecimiento aún mayor de las mujeres y de los hijos e hijas que con ella convivan.

4.8.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 834 DEL CÓDIGO CIVIL:

Nos oponemos a la modificación introducida en la que se están reconociendo efectos a la ruptura de hecho, cuando la separación de hecho no produce efectos en ningún ámbito jurídico, por tanto privar al cónyuge viudo del usufructo del tercio destinado a mejora, en los supuestos de separación de hecho, supone una discriminación frente a la regulación contenida en nuestro ordenamiento jurídico, en relación con estas situaciones.

4.9.- DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA:

Debe ser modificada en el sentido de que la Ley sólo podrá ser de aplicación a los procesos que se inicien a partir de su entrada en vigor, ya que de mantener la redacción del anteproyecto generaría una evidente inseguridad jurídica y quiebra del principio general de irretroactividad de las Leyes.

4.10.- PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 99 DEL CÓDIGO CIVIL :

Se propone la modificación del artículo 99 del Código Civil estableciendo la posibilidad de que el Juez, a instancia de parte, establezca una pensión compensatoria a tanto alzado.