

LA NUEVA REGULACIÓN DEL DERECHO MATRIMONIAL ESPAÑOL: BASES Y PRINCIPIOS

Lorenzo PRATS ALBENTOSA

I. PREVIO: EL DESARROLLO DEL ESTADO SOCIAL COMO BASE DE LA NUEVA DELIMITACIÓN LEGAL DEL ARTÍCULO 32 CE

EL artículo 1 de nuestra Constitución comienza con una proclamación rotunda: «España es un Estado social y democrático de Derecho». Su interpretación gramatical permite concluir que esta declaración, formulada en presente, en el presente (rectius: en el pasado) de 1978, era poco menos que quimérica. Algo más de un cuarto de siglo ha hecho falta para que podamos decir que la expresión normativa concuerda «más» con la realidad de nuestra sociedad, que, desde luego, es «más» social y, sin duda, democrática que entonces, gracias, sin duda a la acción de dos vectores de fuerza: la Sociedad y los Poderes públicos.

Durante el tiempo transcurrido, ambos agentes han aprendido a interactuar a fin que los valores constitucionales se hayan desarrollado de forma progresiva, efectiva, y constante. Pero también han aprendido a entender que este objetivo no se alcanza de una vez y para siempre, pues nunca pueden entenderse absolutamente realizados, ya que la Sociedad se encuentra en un constante proceso crítico, pues no es estática, y que, por ello, exige de los Poderes que lleven a cabo acciones que tengan por objetivo acomodar y sincronizar los valores, principios y reglas a este constante proceso evolutivo.

Esta conducta obliga, por tanto, a los Poderes públicos a la observación constante de nuestra Sociedad, al modo en cómo se desarrolla, y cómo entiende que ha de desarrollarse la vida de los ciudadanos en ella con base en los principios de interrelación social e institucional previstos en la Constitución. Y, tras la observación, también obliga a los Poderes públicos a su contraste con tales principios y valores superiores, a fin de prever qué desarrollos normativos son precisos para que las demandas sociales se vean amparadas y atendidas en todo caso. De forma que éstas vayan sólo un paso por detrás de las mismas y, en ocasiones, incluso, uno por delante. Por ello ha de exigirse de los Poderes públicos que estén en una disposición que permita, de modo constante, adoptar las medidas precisas para que siempre se esté en grado de profundizar en la realización de España como un Estado social y democrático de Derecho.

La observación y análisis del tiempo transcurrido permite concluir que, durante los años pasados, los Poderes públicos se han aplicado (en ocasiones con energías redobladas) en el cumplimiento del mandato normativo que les constreñía a promover –desde entonces a este presente, y, desde éste, hacia el futuro– las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se inserta sean reales y efectivas; pero también a fin de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE).

En contraste con los postulados y mandatos constitucionales, las Leyes números 13 y 15 del año 2005 puede calificarse, de modo objetivo, como paradigmáticas, y ello porque tienen por sentido y objeto la eliminación de ámbitos sociales de marginación o exclusión. Lo que, en términos positivos, ha de valorarse como la extensión subjetiva de la base social destinataria de los valores y principios constitucionales. Pues son Leyes cuyo sentido es la eliminación de trabas en la conformación homogénea de nuestra sociedad; trabas, en cierta medida, invisibles por provenir de una conformación cultural del pasado, paradójicamente mantenida por la interpretación dada a normas aprobadas con posterioridad a 1978.

Por consecuencia de las referidas Leyes puede afirmarse que, en este momento, España es un Estado más social. Y ello porque el ejercicio de los derechos subjetivos previstos y nacidos al abrigo de la Constitución, puede ser realizado por un mayor número de ciudadanos. Y porque el sistema de derechos constitucionales conforma un ámbito en el que pueden desarrollarse de modo más libre y efectivo las personas como ciudadanos.

Un espacio o ámbito en el que los ciudadanos sienten que los Poderes públicos «están con ellos» o «junto a ellos», que actúan como sus «aliados» indiscutibles para la realización de sus objetivos individuales. Percepción que han de tener tanto más cuanto los propios Poderes públicos encuentran en la consecución de este fin la justificación y causa de su existencia: pues, en este sentido su causa es útil. Este ámbito es, desde luego, el del Estado que contiene una sociedad democrática, en la que, sin duda, y de presente, se realizan los valores esenciales e irrenunciables de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y en el que se encuentran las bases de su evolución futura.

En este sentido, ha de subrayarse que, con las citadas Leyes, se ha estimulado a los Poderes públicos a fin de que coadyuven con un mayor número de ciudadanos en su desarrollo como tales. Así, puede decirse que se ha extendido el ejercicio de los derechos civiles, pues se ha ampliado el número de sujetos a los que se considera con capacidad para ejercer tales derechos, ya que, de modo real, se les apoya en la realización del libre desarrollo de su personalidad, pues ni la ley, ni su interpretación, puede ser traba para el mismo, sino, y en todo caso, medio para coadyuvar en la consecución de tal fin.

En consecuencia, el Estado es el ámbito en el que los ciudadanos que lo conforman también se desarrollan como personas; es, por tanto, el ámbito adecuado en el que encuentran los elementos precisos para su desarrollo individual, que constituye el criterio principal que dirige esa evolución, siempre que, desde luego, sea conforme con los principios y valores constitucionales.

Por algunos sectores puede entenderse que estas acciones sólo tienden a la satisfacción de intereses minoritarios. Sin embargo, este no es el punto de vista más adecuado en el análisis, y por ello no puede compartirse. Sobre todo por que parte de una

premisa no conforme con nuestro Orden Constitucional: parte de un prejuicio, de una idea previa, sobre cuál ha de ser el modo en que los ciudadanos han de desarrollar su personalidad. Lo que implica, desde luego, que todas aquellas pretensiones de desarrollo contrarias al modelo meta-Constitucional, sean inadmisibles.

Desde esta perspectiva, los individuos que conforman la sociedad han de ser ahormados a tal modelo, que se califica como «normal», por medio de las Leyes que conforman tal «normalidad». Lo que implica que los Poderes públicos han de desempeñar un papel instrumental. Se convierten en instrumentos al servicio de la realización de tal modelo. Por ello, quien no participa del desarrollo de tal modelo, o bien ha ser reconducido por los Poderes públicos al mismo o, ante su resistencia, ante la voluntad de anteponer su desarrollo individual al modo «normal», verse abocado a la exclusión y marginación social.

Evidentemente, no es este el modo en que entiendo plausible la realización de una eficaz profundización en la vertiente social de nuestro Estado. En el que ha de procurarse que los ciudadanos desarrollen su personalidad de conformidad con sus decisiones, en todo caso respetuosas con los principios y valores constitucionales.

Es por ello que considero que en la realización de este objetivo fundamental, que consiste en la profundización en las bases del Estado social, las Leyes que han modificado el régimen jurídico del matrimonio son normas adecuadas a fin de superar dos ámbitos de marginalidad absolutamente contrarios con los Principios y Valores superiores de nuestro Ordenamiento.

Además, y en último lugar, ha de señalarse que los avances propiciados en este ámbito han colocado a España en la vanguardia mundial de la realización del Estado social, en modelo a seguir. Lo que vale tanto como decir que nuestra sociedad no sólo ha superado con creces el pasado, sino que ha asumido e interiorizado con profundidad los principios propios de un Estado social y democrático de Derecho y los ha llevado a la praxis. Sin duda porque, en buena medida, estos principios coinciden con los propios de la idiosincrasia de nuestra sociedad actual.

II. CONSTITUCIÓN Y CÓDIGO CIVIL

La Constitución de 1978 supuso una importante novedad en la historia de nuestro constitucionalismo respecto de la tradicional distribución de funciones y materias entre ella y el Código Civil, si bien con la relativa excepción de la de 1931.

La novedad consistió en la incorporación al Texto Fundamental de valores, principios y normas propios de las relaciones entre particulares, hasta ese momento reservados al Código Civil. Con indudable acierto se ha dicho que, como consecuencia de la primacía que así se atribuía a la Constitución sobre el Código, el Derecho privado quedaba entre este último (el Código Civil) y aquélla (la Constitución) (1).

La primacía de la Constitución respecto del Código Civil, comporta, desde luego, un necesario cambio en el modo de interpretarlo y razonar, pero también de

(1) GALAGANO, F., *El Diritto privato fra Codice e Costituzione*. Apreciación que probablemente pueda entenderse ya superada, pues el Derecho privado «está» en la Constitución, y se desarrolla por las Leyes conformes con sus principios y valores.

legislar: Desde entonces, la elaboración legislativa del derecho privado tiene su inicio y fundamento ineludible en los valores superiores del Ordenamiento Jurídico: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1); pero no sólo, pues también en la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, en tanto que constituyen el fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1).

No obstante, y por último, el desarrollo legislativo del Texto Constitucional también queda vinculado a aquellos principios objetivos previstos en él con carácter básico e ineludible, referidos a determinada institución o derecho.

Obviamente, los valores y principios enumerados no sólo orientan y vinculan la acción del legislador, sino también la de los Jueces y Tribunales, en tanto que a su competencia corresponde la interpretación y aplicación del Derecho (del Código, también), desde luego, de modo conforme con la Constitución.

Así pues, cuando la Ley civil desarrolle los derechos reconocidos por la Constitución debe propugnar que los ciudadanos hagan uso de su libertad; lo que implica tanto como fomentar el ejercicio de su autonomía, desde luego, de conformidad con los valores y principios superiores de nuestro Ordenamiento jurídico.

III. EL MATRIMONIO Y LOS SUJETOS DEL DERECHO A CONTRAERLO

1. *El derecho constitucional de los ciudadanos a contraer matrimonio (art. 32.1 CE)*

El apartado primero del artículo 32 de la Constitución contiene el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Es este un derecho que conforma el *status libertatis* de la persona, en tanto que le garantiza un ámbito de libertad y privacidad frente al Estado, y que por afectar directamente a ella –tanto desde la perspectiva de su identidad psicológica e intelectual como en un sentido físico y material– es un «derecho de la esfera personal» (2).

El desarrollo del estatuto jurídico de este derecho está previsto en los artículos 44 y siguientes del Código Civil. En este momento, interesa destacar de estos preceptos los relativos a los sujetos del derecho, y a la capacidad que les es exigida para su ejercicio.

Los sujetos de este derecho se identifican desde la Constitución como «el hombre» y «la mujer»; de lo que puede concluirse que el derecho se configura como un derecho individual de cada uno de ellos, como un derecho subjetivo (3). No obstante, su ejercicio unilateral carece de fuerza generadora de la relación jurídica matri-

(2) Así ESPÍN, E., «Los derechos fundamentales de la esfera personal», en *Derecho constitucional*, vol. 1, 3.ª ed. Valencia, 1997, pp. 201 y ss.

(3) PÉREZ TREMPES, P. «Las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales» en *Derecho constitucional*, vol. 1, 3.ª ed. Valencia, 1997, pp. 132 y ss. y 151 y ss. STC 25/1981. «Son derechos subjetivos (los derechos fundamentales), derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia».

monial, pues para ello es preciso el concurso de la voluntad conforme y con el mismo objeto de otra parte; por lo que en términos estrictos diremos que el matrimonio es una relación jurídica de carácter bilateral.

En esta relación, a diferencia de otras, el sexo de las partes tiene trascendencia, pues en su base existe un presupuesto de naturaleza afectiva, que surge de la atracción sexual, y que determina las conductas propias de los sujetos en ella.

Quizá la manifestación más singular de esta relación es la convivencia, que expresa la voluntad de las partes de compartir su vida, y a la que quedan anudadas el resto de las conductas que asumen los convivientes.

En determinados Ordenamientos jurídicos los sujetos de esta relación deben pertenecer, necesariamente, a sexos distintos, y ello por que se concibe la relación de modo finalista, en tanto que abocada a la procreación. Mientras que, en otros, esta finalidad no es contemplada ni tan siquiera como mera eventualidad, por lo que carece de sentido la exigencia relativa a la diferencia de sexo de las partes.

En estos últimos Sistemas, se manifiesta de modo evidente cómo es la *affectio*, en tanto que da sentido a la voluntad de convivir, la que determina el interés subjetivo estimado por el Ordenamiento como merecedor de tutela para reconocer, de un lado, al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio y, de otro, a las partes en la relación, en tanto que cónyuges, derechos entre sí. Pero también frente a los Poderes públicos, porque para éstos la relación jurídico matrimonial constituye un centro de imputación de derechos, que determina para los cónyuges, en tanto que partes en ella, un cierto *status*, un estado civil, que les permite exigir de los Poderes públicos determinada protección, que se concreta en un largo elenco de derechos, entre los que cabe destacar por su especial trascendencia los derechos sociales, aunque no sólo.

Con base en lo anterior, la configuración constitucional del derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio se realiza sin sujeción a restricción alguna. Su delimitación deberá ser realizada por la Ley que lo desarrolle, que, en caso alguno, podrá imponer a los sujetos del derecho una prohibición de ejercicio de carácter absoluto, aunque sí de carácter relativo.

Así, por ejemplo, adquiere plena justificación y legitimidad que un menor de edad no emancipado no pueda contraer matrimonio, pues cuando adquiera la mayoría de edad podrá ejercer su derecho; o que el casado no pueda contraer nuevo matrimonio mientras no esté disuelto el primero; o que los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción no puedan casarse, aunque si podrán hacerlo con cualquier otra persona.

Todas estas prohibiciones relativas, previstas expresamente por la Ley (arts. 46 y ss. CC), delimitan el ejercicio del derecho, en tanto que determinan con qué persona no puede contraerse matrimonio. Por tanto, sólo una previsión expresa de la Ley puede establecer una prohibición al ejercicio del derecho que tenga por consecuencia que el matrimonio no pueda celebrarse entre determinadas personas.

La Constitución no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tampoco se contiene esta prohibición en el Código Civil. La interpretación de la Ley ha sido la que ha sostenido la existencia de la prohibición. Y es por ello que la Ley 13/2005 expresa no sólo la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino también su plena eficacia.

Los motivos de la Ley 13/2005 se hallan en el más adecuado respeto a los valores superiores de nuestro Ordenamiento jurídico, que, a su vez, han de recibir el

más adecuado reflejo en la regulación de las normas que delimitan el *status* del ciudadano en una sociedad libre, pluralista y abierta.

Consiguientemente, la Ley pretende promover el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos (arts. 9.2 y 10.1 de la Constitución), preservar su libertad en lo que se refiere a la elección de las formas de convivencia (art. 1.1 de la Constitución) e instaurar un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna (art. 14 de la Constitución).

2. *El derecho constitucional a contraer matrimonio y sus garantías constitucionales*

El derecho a contraer matrimonio se configura en la Constitución como un derecho subjetivo no fundamental. Así resulta de su ubicación sistemática en la sección 2.^a, Capítulo II, del Título I. Este derecho, al igual que los contenidos en la misma sección, reciben una garantía reforzada, pues, de un lado, la delimitación de su contenido «no esencial» y, por consiguiente, de los derechos y deberes que configuran su estatuto jurídico, está reservado a la Ley de las Cortes Generales (reserva de Ley formal arts. 32 y 53.1 CE), lo que impide tanto que tal estatuto pueda ser regulado por entero por Decreto-Ley, o por disposición reglamentaria del Poder Ejecutivo, como que lo sea su contenido esencial o elementos esenciales de la materia; aun cuando no está vedado al Decreto-Ley el que regule algún aspecto de su régimen jurídico (4).

De otro lado, se establece una segunda garantía, que opera conteniendo la acción legislativa, pues delimita el que puede denominarse ámbito «normal» de aquello que puede ser objeto de regulación por la Ley. En este aspecto, la garantía comporta que la Ley no puede regular el que abstractamente se denomina como «contenido esencial» de estos derechos; lo que *a contrario* supone que la ley sólo puede ordenar el contenido «no esencial» de los mismos.

Desde luego, la interpretación de la locución es tarea que corresponde al Tribunal Constitucional, que la ha establecido desde la ya lejana en el tiempo, pero no por ello menos importante, STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8). En esta Sentencia se fijaron dos modos complementarios para dar lugar a la aproximación a esta «idea del contenido esencial», que pueden ser utilizados conjuntamente para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse. La trascendencia de esta resolución justifica su transcripción parcial, pues permite reflexionar sobre las bases constitucionales en las que se asienta la reforma operada por la Ley 13/2005.

El primero de esos modos es tratar de acudir a la «naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que intentar establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en derecho». Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento

(4) (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8; 60/1986, de 20 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 18 de octubre, FJ 6; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7; 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 4, 329/2005 de 15 de diciembre, FJ 9.)

legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo de tales modos consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

A la luz de esta interpretación del Tribunal Constitucional cabe comprender que las Cortes Generales, en ejercicio de su potestad legislativa, han regulado mediante dos Leyes el desarrollo de determinados aspectos del derecho constitucional a contraer matrimonio.

La primera de ellas, la Ley 13/2005, declara que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo sexo» (art. 44.2 CC), y lo hace de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, pues del mismo –en tanto que precepto que configura elementalmente este derecho subjetivo (del hombre y de la mujer) de carácter constitucional– no resulta ni diferencia de requisitos, ni de efectos según que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Así, cabe entender que si una Ley, al desarrollar el artículo 32 CE, estableciera distintos requisitos y efectos en función de que los contrayentes fueran del mismo o de diferente sexo, estaría configurando el derecho subjetivo de modo diverso a como lo hace la Constitución, que no establece diferencia de trato alguna; por lo que, consiguientemente, estaría franqueando el límite de lo constitucionalmente admisible. Conclusión a la que, con mayor razón, se ha de llegar igualmente cuando la Ley establezca requisitos más restrictivos para el ejercicio del derecho según que los contrayentes fueran del mismo o de distinto sexo, o efectos diversos para el matrimonio contraído entre homosexuales o heterosexuales.

Desde luego, la cuestión que subyace (y cuya solución positiva la Ley ha dado por supuesta) es si las personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio entre sí. Con base en las razones expresadas anteriormente, cabe concluir que el derecho subjetivo a contraer matrimonio se configura por la Constitución sin restricción alguna. Lo que impide que la Ley ordinaria establezca, so pena de inconstitucionalidad, una restricción genérica o relativamente absoluta a su ejercicio del tipo «las personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio entre sí». Sin embargo, no veda, como se ha señalado anteriormente (sub II,1) que el legislador pueda establecer restricciones a su ejercicio de carácter singular, del tipo «no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados» (art. 46.1.º CC) o «tampoco

pueden contraer matrimonio entre sí los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción» (47.1.º CC).

Como he señalado, la Ley 13/2005 no autoriza, ni permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. La norma, ante la falta de prohibición expresa contenida en la Constitución, parte de su validez. Y desde esta premisa puede advertirse cómo la duda relativa a la falta de conformidad de la Ley con la Constitución carece de fundamento. Y tanto más cuando la duda tiene por premisa un apriorismo conceptual, con base en el cual se pretende negar que el legislador actual pueda, en ejercicio normal de sus legítimos poderes constitucionales, delimitar en cada momento histórico el contenido de los derechos configurados constitucionalmente.

En este debate ya terció el Tribunal Constitucional, a propósito de las Leyes que, con base en el artículo 33 CE, delimitaron el contenido del derecho de propiedad (5).

De la interpretación dada por el Tribunal Constitucional puede concluirse, con relación a la Ley 13/2005, que el Legislador no ha vulnerado el límite del contenido esencial, a que se refiere el artículo 53.1 CE. Y ello porque esta regulación nueva no hace impracticable el derecho: así, quien podía casarse con antelación a la norma puede seguir haciéndolo; ni priva de protección a los intereses individuales inherentes al derecho delimitado y reconocido en el artículo 32 de la Constitución, pues la ley nueva en nada afecta a la protección de los intereses individuales de quienes estaban casados con antelación, ni la reduce para quienes contraigan matrimonio con posterioridad, pues mantiene idéntico grado de protección.

Tampoco puede entenderse que la nueva norma comporte una desnaturalización del derecho constitucional, de suerte que lo haga irreconocible. Puesto que el matrimonio celebrado con anterioridad a la norma seguirá celebrándose igualmente, ya que en nada varía pues, en todo caso, habrá de reunir los mismos requisitos y tendrá iguales efectos que con anterioridad. Y ello a pesar de que tras la Ley –o durante el trámite parlamentario de elaboración– se haya sostenido, por algunas Instituciones y autores, la esencialidad en el matrimonio de la heterosexualidad de los contrayentes con base en postulados conformes con nuestro Derecho preconstitucional, en el que el no podían contraer matrimonio civil «Los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable» (art. 83.3.º CC), pues la procreación se encontraba entre los fines esenciales de la institución matrimonial.

La Ley 30/1981 derogó el precepto transcrito y, por tanto, la prohibición del matrimonio por causa de impotencia; todo ello de conformidad con la Constitución, de cuyo artículo 32 no resulta que el derecho a contraer matrimonio esté preordenado a la realización de tal fin para el que la heterosexualidad era, en otra época, naturalmente ineludible.

(5) *Vid.* STS 37/87, de 26 de marzo, FJ 2.

IV. LA REGULACIÓN DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO

1. El párrafo segundo del artículo 32 de la Constitución contiene una reserva de ley formal referida a la regulación de las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Este mandato fue cumplido mediante la Ley 30/1981, de 7 de julio, que bien puede decirse es la Ley de matrimonio civil de la democracia. Su trascendencia no puede dejar de subrayarse en este momento, pues mediante ella fue objeto de desarrollo el sistema matrimonial instaurado por la Constitución, que es de matrimonio civil obligatorio con forma civil o religiosa facultativa; pero no sólo, pues en ella se contenía el desarrollo de los valores y principios constitucionales en la vertebración del estatuto jurídico matrimonial, así como un tratamiento conjunto de las «crisis matrimoniales», en el que se contemplaba el divorcio como nueva causa de disolución del matrimonio.

La inclusión en el Código civil del divorcio, en tanto que causa de disolución del matrimonio no contemplada expresamente por la Constitución, exigió una decisión política de indudable trascendencia. Desde luego, tal decisión no quedó exenta de la confrontación —y de su superación mediante el necesario consenso— entre las fuerzas políticas entre sí, y entre éstas y los colectivos y grupos sociales defensores de la indisolubilidad del matrimonio. Consiguientemente, el resultado fue una Ley con un profundo arraigo coyuntural, a la que el paso del tiempo ha ido poniendo en contradicción con una sociedad que, en este ámbito de relaciones, ha experimentado un avance más que notable.

Este proceso paulatino de «desengache social» de la norma ya había sido advertido por el Legislador en los últimos años, y fueron presentadas diversas proposiciones de Ley que propiciaban su actualización por determinados Grupos Parlamentarios, distintos, desde luego, del que ostentaba la mayoría absoluta en la Cámara baja, y, quizá por ello, desestimadas. Sin duda, la demora en la reforma de la Ley ha tenido por efecto que queden en evidencia las distorsiones provocadas por ella y, desde luego, ha dado oportunidad a que la ciudadanía haya expresado su rechazo hacia ella y sus consecuencias.

Las anteriores razones, y las que a continuación se expresarán, dan explicación respecto de por qué el Gobierno presentó como Proyecto de Ley la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que respecta a los preceptos que regulan la separación y el divorcio.

La reforma operada por la Ley 15/2005 pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento, tenga su más adecuado reflejo en el derecho a contraer matrimonio y en su contenido contrario: el de disolver la relación jurídico-matrimonial creada por su ejercicio.

El reconocimiento por la Constitución de este derecho posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del que los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. Por ello el artículo 32 CE configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales, y previene que su desarrollo se realice mediante ley, que contendrá el régimen de la relación jurídica, y que en todo caso deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE y arts. 42-107 CC y concordantes).

Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge; por ello, la reforma tiene por objeto principal la regulación del ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial por causa de divorcio.

Y, por lo que respecta a su regulación, se ha considerado que el ejercicio por uno de los consortes de su derecho a no continuar casado sólo puede hacerse depender de la manifestación del fin de esa voluntad expresada en la demanda, y, que, desde luego, no puede someterse, ni dejarse en suspenso su realización al paso de un lapso de tiempo, previo e ineludible, de separación; que en el fondo no hace más que dudar de la capacidad del ciudadano de decidir por sí mismo aquello que en cada momento le conviene, así como su trascendencia.

En consonancia con lo anterior, la separación y el divorcio se conciben como dos opciones a las que las partes pueden decidir acudir a fin de dar solución a las vicisitudes de su vida en común; de esta forma, tanto la continuación de la convivencia, como la vigencia de la misma, se hace depender de la voluntad de cada uno de ellos.

Así, basta con que uno de los cónyuges no desee su continuación para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos procesales.

Lo que, además, es conforme con el respeto a la voluntad de las partes tanto en el inicio de la relación, –pues es precisa la expresión del consentimiento libre, consciente y no viciado para la celebración del matrimonio–, como a lo largo de su vigencia.

Por consiguiente, basta la expresión de la voluntad de uno de ellos ante el Juez de no continuar casado, para que la relación jurídica se disuelva por efecto de la sentencia, sin que quepa interponer entre su decisión y el fin de la relación jurídica otros motivos, o un interés ajeno al de las partes, pues no puede identificarse un interés del Estado en la relación jurídico-matrimonial distinto de aquel que las partes tengan en la misma.

Conforme a lo dicho hasta ahora la premisa central de la Ley 15/2005 lo constituye el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares. Lo que, en primer término, implica admitir la facultad de los cónyuges de optar, en atención a sus intereses, entre solicitar la separación o, directamente, el divorcio.

Además, el pleno respeto a su libertad supone reconocerles la posibilidad de decidir bien respecto de la suspensión de la convivencia o de la disolución de la misma, y también comporta mantener que cada una de estas decisiones pueda ser adoptada tanto conjuntamente por ambos, como sólo por uno de ellos.

De este modo resulta patente cómo esta relación jurídica de duración requiere la voluntad conforme de ambas partes en su mantenimiento, y cómo basta la voluntad contraria de una de ellas para que la relación cese, o entre en esa situación, jurídicamente exclusiva de la relación matrimonial, que se denomina separación.

La Ley sólo establece una leve restricción al ejercicio procesal por los cónyuges de su facultad de optar, en tanto que impide que pueda ser presentada y admitida la demanda de separación o divorcio, tanto de mutuo acuerdo como a instancia de uno solo de los cónyuges, mientras no hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

No obstante, esta restricción no es absoluta, puesto que no opera cuando el demandante alegue en la demanda, y pruebe en su momento, que existe riesgo para su vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad o indemnidad sexual, o riesgo para los hijos que convivan en el domicilio familiar de sufrir lesión respecto de los mismos bienes jurídicos protegidos.

En consecuencia, la alegación y demostración de la concurrencia de este riesgo, cuyo origen, obviamente, ha de encontrarse en la conducta del demandado, permite que la demanda pueda ser interpuesta en cualquier momento posterior a la celebración del matrimonio, y sin que haya de esperarse al trascurso del breve plazo de tres meses.

Una de las novedades principales de la Ley, que sigue al principio constantemente referido de fortalecimiento de la libertad de los cónyuges, es la que implica la desvinculación del divorcio respecto de la separación.

Según la Ley anterior, la separación de los cónyuges, bien de hecho o judicial, era requisito ineludible para la disolución del matrimonio por causa de divorcio. Esta exigencia no hacía más que expresar una idea subyacente: la disolución del vínculo no puede ser más que el resultado de una voluntad tanto expresada por las partes, como también vivida, es decir, no contradicha mediante su conducta durante un lapso dilatado de tiempo. En relación inmediata con este criterio se encontraba el sentido de la previsión normativa de la reconciliación tras la separación.

La necesidad de exteriorizar mediante la conducta el carácter irreversible de la disolución, se encontraba justificada con una concreta predisposición favorable de la Ley respecto del mantenimiento de la relación jurídica, proveniente del momento histórico-legislativo inmediatamente anterior.

La nueva regulación supera de modo definitivo esa modalización del ejercicio por los particulares de su derecho a solicitar el divorcio. De modo que esta solicitud podrá formularse directamente, lo que, materialmente, evitará la situación vivida al amparo de la Ley derogada que, en muchos casos, suponía un doble procedimiento, con las consecuencias de todo orden que ello comportaba.

Así pues, se admite la disolución del matrimonio por causa de divorcio, y sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial. Lo que, aparte de las razones de fondo anteriormente expuestas, comporta en el plano material un importante ahorro de costes a las partes, tanto económicos, como, sobre todo, personales; pero no sólo a ellas, pues también al Estado, en tanto que es previsible una notable disminución de procesos, y la consiguiente asunción de sus costes, tanto de gestión, como de personal.

Por último, que la Ley subraye que la voluntad individual es suficiente para que se decrete por el Juez la separación o el divorcio, no hace inútil mantener la posibilidad, ya admitida en la ley anterior, de que ambos cónyuges soliciten conjuntamente la separación o el divorcio. Es más, este es el modo más conforme con el propio espíritu de la Ley de acceder a ellas.

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

2. *Los efectos de la sentencia de separación, divorcio o nulidad*

La sentencia, que acoja las pretensiones bien de separación o de divorcio, deberá contener una serie de pronunciamientos relativos a los efectos que ésta produzca en las relaciones patrimoniales entre los esposos y, en su caso, en las paterno-filiales.

También, y respecto de este ámbito, el Proyecto manifiesta el principio de fortalecimiento de la autonomía de los cónyuges, haciendo preciso que el demandante haga propuesta de las medidas que hayan de regular los referidos efectos de la sentencia.

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

Consiguientemente, la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible que las partes hayan alcanzado una posición común, o para cuando el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o para uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. En estos casos el Juez deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas.

V. **LOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS**

Esta reforma legislativa también se ha ocupado de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados.

Su sentido es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa a pesar de la separación o el divorcio (art. 92 CC), y que la nueva situación les exige, incluso, mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.

De este modo, se pretende reforzar la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, así como sobre la guarda y custodia de los hijos menores.

En este sentido, se contempla expresamente que puedan acordar en la propuesta de Convenio regulador que el ejercicio de la patria potestad se atribuya exclusivamente a uno de ellos, que cada uno de los progenitores la ejerza en parte, o que las ejerzan ambos conjuntamente, según el principio fundamental en esta materia contenido en el artículo 156 CC.

También podrán acordar en la propuesta de Convenio la modalidad de ejercicio de la guarda y custodia de los hijos; por lo que se refiere a este extremo, se hace expresa en la ley una modalidad no referida hasta ahora en ella, pero conocida y decidida crecientemente por los Tribunales bajo la denominación de guarda y custodia compartida, con base en la disposición contenida en el artículo 159 CC.

No obstante lo anterior, los acuerdos de los cónyuges contenidos en la propuesta de Convenio regulador relativos al régimen de ejercicio de las responsabilidades

parentales y guarda de los menores han de ser objeto de informe por el Ministerio Fiscal, a fin de que reciban la necesaria aprobación judicial (*ex art. 777.7 LEC*).

En consecuencia, ninguna medida propuesta en ellos podrá ser objeto de aprobación si se estima contraria al interés de los hijos, en tanto que son titulares de un interés especialmente acreedor de amparo. Es por ello que la decisión judicial relativa al régimen de guarda deberá estar rodeada de las lógicas cautelas y, sobre todo, cuando sólo solicite la guarda y custodia compartida uno solo de los cónyuges.

Tal y como se ha expuesto con anterioridad, en aquellos procesos incoados a instancia de uno sólo de los cónyuges, el demandante deberá hacer propuesta de las medidas a las que se habrán de sujetar los efectos de la separación o divorcio solicitado.

Consiguientemente, el demandante podrá realizar la oportuna petición relativa al régimen de ejercicio de la patria potestad y de guarda y custodia. En este caso la Ley ha innovado respecto del Derecho precedente, pues regula con más cuidado el procedimiento de decisión, delimita el poder del Juez al impedir que pueda acordarla en determinados casos, y previene la necesaria práctica de determinados medios de prueba a fin de que la motivación de la resolución del Juez sea suficiente al objeto de garantizar que con ella se realizará el interés superior del menor.

VI. LA MEDIACIÓN COMO SOLUCIÓN NO JURISDICCIONAL DE CONFLICTOS FAMILIARES

1. *Introducción*

Una de las novedades que merece ser resaltada de la Ley 15/2005 ha sido la de dar acogida a la mediación en sus disposiciones finales (6).

Sin duda, la novedad de la referencia proviene de la decisión de la Ley del Estado de admitir que los conflictos entre cónyuges, o de los padres en el ejercicio de la patria potestad, pueden llegar a superarse también mediante un procedimiento que no implica actividad jurisdiccional.

Esta innovación da noticia de la posible cabida en el Estado de Derecho de un ámbito de resolución de controversias en el que necesariamente no haya de intervenir uno de sus órganos. Y, así mismo, da noticia de que con su admisión no se niega al Estado, ni se pretende que éste deje de cumplir una de las funciones que justifican su existencia ante la ciudadanía. Pues el hecho de que se reconozca que los

(6) Debe recordarse que el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros, y que fue remitido a la Mesa del Congreso, no contenía referencia alguna –ni si quiera nominal– a la mediación, y que la referencia a ésta fue introducida por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados durante el desarrollo del procedimiento parlamentario de elaboración de la Ley, y como consecuencia de las enmiendas presentadas al texto del Proyecto.

En este sentido, cabe señalar que cinco grupos parlamentarios habían presentado enmiendas al Proyecto cuyo objeto era la mediación. Si bien, cada una de ellas tenía diverso contenido y concepción respecto de la trascendencia que debía atribuirse a la mediación como mecanismo alternativo a la solución jurisdiccional de los conflictos familiares.

ciudadanos no sólo pueden, sino que, incluso, deben intentar solventar sus diferencias antes de recurrir a tales órganos fortalece a la sociedad y, por ende, también al Estado. Es más, de este modo se resalta la función de estos órganos, en tanto que el recurso a éstos se configura como la última vía de solución: aquella a la que cabe acudir cuando todas las demás han resultado inútiles.

En comparación con la experiencia vivida en épocas pasadas, el hecho de que este notable cambio de perspectiva se haya promovido, en primer término, desde las Instituciones de la Unión Europea, y en segundo término, por los poderes legislativos de cada uno de los Estados miembros, puede parecer paradójico (¿se desviste el Estado de sus prerrogativas?). Sin embargo, no es este el punto de vista adecuado: son los propios Estados los que han comprendido que la ineficiencia de sus sistemas de Administración de Justicia acaba deslegitimando al propio Estado.

En otros términos: se ha llegado al convencimiento de que el Estado recupera crédito ante el cuerpo social disminuyendo su protagonismo en el ámbito de la resolución de ciertas controversias.

Lo que, desde luego, no implica que deje de ostentar la titularidad de tales funciones, ni que, por tanto, vaya a dejar de atender la demanda de tutela judicial que pueda serle dirigida.

Este cambio sí implica, no obstante, una diversa conducta de los ciudadanos en el modo de ejercer su derecho a la tutela judicial. Pues éstos, antes que acudir en primera instancia a los órganos del Estado, deben poder intentar o, incluso, en ocasiones, agotar, otras vías previas, o alternativas al recurso a la Administración de Justicia.

Entre estas vías previas se presenta como fundamental la que supone el fortalecimiento de nuevo de la aptitud y habilidad del ser humano, en tanto que ser *crítico*, para superar sus conflictos, y que se ha venido a denominar como «mediación».

Desde luego, esta nueva tendencia no implica —ha de insistirse— necesariamente la pérdida de control por el Estado de estos procesos. Así se comprende, al menos en parte, la creciente legislación en nuestro país en materia de mediación, y la especial atención que en ella se dispensa a la que se denomina «persona mediadora», así como a los Centros de mediación.

El vocablo utilizado para designar este procedimiento alternativo de resolución de conflictos, es, cuando menos, equívoco, y ello porque la primera idea que sugiere es la de solución por medio o a través de la intervención de alguien. Sin embargo, no es así. El mediador en el proceso de mediación no tiene más función que la de asistir o ayudar a las partes en su intento de superar por sí mismas y del mejor modo la situación conflictiva en la que se encuentran.

De esta forma, y en primer término, las partes enfrentadas se relacionarán a fin de mejorar su comunicación, pues así deben procurar hallar por sí mismas la salida a su disputa. Para este objeto pueden valerse del auxilio de un tercero, cuya función en absoluto se justifica *porque* deba darles una solución, ni *porque* deba lograr que se avengan, o porque el procedimiento de mediación deba finalizar con el acuerdo. Al contrario, el adecuado cumplimiento de su menester debe alejarse de esa «tentación».

El mediador no debe sentir como un «fracaso» profesional que las partes no solucionen sus diferencias a pesar de su intervención. Esto será lo más frecuente.

Es suficiente para justificar su función que se hayan servido de las herramientas que puso a su disposición, y que así hayan intentado mejorar su comunicación.

Desde luego, para un jurista, formado en el modo de solución jurisdiccional de controversias, la mediación no sirve para el fin. El conflicto no llega a resolverse de un modo inmediato. La observación es cierta, pero no es crítica, pues la mediación no sirve *inmediatamente* a ese fin. Como he señalado, pretende la mejora de la comunicación entre los enfrentados y, sobre todo, con relación a la cuestión que les distancia.

Es verdad que este es un objetivo que, con toda probabilidad, no se alcance con una sola sesión de mediación. Es cierto que, además, exige que las partes tengan una especial disposición, y que, según el tipo de problema, y con carácter previo, hayan debido seguir terapias de carácter psicológico o de otra índole. Es igualmente verdad que el tiempo que puede invertirse en todo este procedimiento es largo. Pero ¿cuánto tiempo tarda la Administración de Justicia en dar una sentencia firme?

Además, si eventualmente el procedimiento seguido tiene por efecto que las partes mejoren su comunicación, y ello les conduce a la superación de sus diferencias, en la medida en que ellas lo hayan logrado, el grado de compromiso mutuo alcanzado y de satisfacción les llevará a cumplir los acuerdos a los que hayan llegado sin más, así como a perfeccionar el modo en que se relacionarán en el futuro, y en el que mejorarán sus relaciones.

Así, la mediación habrá cumplido su función, al procurar el conocimiento de las personas, y fomentado su comunicación, pues les habrá permitido «entenderse» y, en suma, convivir de un modo, tendencialmente, menos «conflictivo».

A fin de ponderar la trascendencia de la introducción de la mediación por la Ley 15/2005, resulta especialmente interesante a este respecto comprobar cómo en la Recomendación (98) de 21 de enero de 1998 del Consejo de Ministros de la Unión Europea se reconocen, en su punto 5, las características específicas de los conflictos familiares que hacen aconsejable para su solución el recurso a la mediación.

Esta Recomendación, y los efectos que ha producido en las leyes de nuestro Estado, sugieren las siguientes reflexiones:

Con carácter general, entre las relaciones humanas, aquellas que tienen lugar en el grupo familiar presentan un perfil matizadamente especial y, desde luego, también sus crisis abocan a un conflicto concreto (por una cuestión en el desarrollo normal de la convivencia), o a un conflicto «masivo» (caso de ruptura o cese efectivo de la convivencia), que conduce a la separación de la pareja y a la necesaria superación, en algunos casos (el mayor número de ellos), de un sentimiento de frustración personal por la no realización de un proyecto vital concebido bajo ciertos presupuestos subjetivos (p. ej.: indisolubilidad de la relación afectivo/personal, necesaria descendencia, materialización de ciertos roles o patrones de conducta personales/familiares aprendidos, concepto individual de deber de fidelidad, etc.), y al consiguiente «replanteamiento» del *modus vivendi* subsiguiente, que no corresponde al modelo aprendido, y que, inevitablemente, puede dar lugar a episodios de rechazo de diversa intensidad emocional.

La superación de este sentimiento que he denominado (seguro que impropriamente) de frustración personal, y la consiguiente asunción del cambio vital futuro, se convierte, a mi modo de ver, en el momento más importante de este *iter*. Y, desde luego, que se produzca o no, no es materia propia, o de competencia, de los Jueces

y Tribunales. Es algo previo a su eventual intervención, pues «lo sentimental» no es materia jurisdiccional.

En otros términos: permitir que las partes «utilicen el proceso como *campo de batalla*», o que los jueces intervengan antes de la superación del «momento crítico», asegura no sólo una creciente conflictividad entre ellas, sino también la ineficacia (absoluta o relativa) de los esfuerzos de la Administración de Justicia.

Asegura, en términos generales, más enfrentamientos judiciales entre ellas con motivo de cualquier excusa (desde la hora «exacta» de recogida o retorno de los hijos al domicilio del progenitor custodio, o la periódica, y constante, petición de modificación de medidas con base en leves alteraciones del *status quo*, hasta motivos más graves: inicio de manifestaciones crecientes de agresividad personal, y no sólo verbal, episodios de indeseable violencia familiar), que, en buena medida, no serán más que expresión indirecta del mantenimiento del «bloqueo» o reacción emocional ante su situación.

Es evidente que estas reflexiones conducen a otra, cual es la necesaria acomodación del régimen jurídico de las crisis familiares, en consonancia con la evolución de la posición del Derecho respecto de la familia.

Esta tarea se ha llevado a cabo de modo importante, pero no global, por medio de la Ley 15/2005, y de la que ha de destacarse el respeto a la decisión de los cónyuges en lo relativo a la separación matrimonial o el divorcio, desvistiendo a la relación conyugal de restos de otra concepción del matrimonio que anuda a éste la realización de intereses o fines metasubjetivos.

A este objeto ha de ponderarse la oportunidad de la norma nueva y sus efectos en la deseable reducción de la notable litigiosidad existente en el ámbito de las relaciones familiares y que, además, debería procurar evitar una paradoja: que las medidas adoptadas por el Juez en estos procesos familiares, como consecuencia de la falta de acuerdo de las partes, acrecienten el conflicto ya existente entre ellas, o incluso den lugar a nuevos litigios, que, en buena medida, pueden encontrar su motivación en el rechazo a la decisión judicial por no compartida.

Rechazo que, obviamente, se manifiesta tras la firmeza de la sentencia y, por tanto, durante la etapa más compleja, en la que el nivel de comunicación se reduce y en la que la lejanía entre las partes se impone como efecto reflejo de la resolución. Cuando, sin embargo, debiera ser al contrario: una vez superada la lógica tensión asociada a la decisión de no continuar con la convivencia en pareja, y con independencia de los motivos, el esfuerzo debiera concentrarse en superar las dificultades de comunicación, en adoptar las decisiones más racionales relativas al modo en que se relacionarán a partir de ese momento y en cumplirlas de aquella forma que redunde en beneficio no sólo común sino eventualmente y, sobre todo, de los descendientes menores bajo su potestad.

En este ámbito la realización por el Derecho de su fin último se resiente, y es por ello que el recurso a la mediación pretende dar lugar a una corrección importante de esa deriva. Así, la mediación puede ofrecer una vía a través de la cual las partes lleguen a determinar del mejor modo el contenido de los pactos que conformen la propuesta de convenio regulador, y tiendan a proponer al Juez las medidas a adoptar incluso en los casos de separación o divorcio solicitados a instancias de uno solo de los esposos.

Además, debe comprenderse que las vicisitudes que durante la ejecución de los acuerdos/medidas pueden presentarse podrán ser salvadas de mejor modo antes

que por recurso al procedimiento judicial para su cumplimiento coactivo o para la modificación de las medidas, a través de la mediación. Desde luego, sin que el recurso a la mediación entorpezca o dificulte más allá de lo tolerable el derecho fundamental a recabar tutela judicial efectiva.

2. *La incidencia de la mediación tras la Ley 15/2005*

Las referencias a la mediación se contienen en la disposición final primera de la Ley, en concreto en sus apartados tercero y sexto, así como en la disposición final tercera.

Por medio de la disposición final primera, 1,3 se introduce una nueva regla (la 7.^a) en el artículo 770 de la LEC, en la que se contempla expresamente que la solicitud de suspensión del curso de los procedimientos de separación o divorcio, de medidas relativas a sus efectos, o el relativo a la patria potestad, puede tener como motivo la decisión de ambas partes de intentar solucionar sus diferencias acudiendo a mediación.

En todo caso, la solicitud de suspensión del proceso fundada en este motivo no tiene un tratamiento procesal que se aparte del previsto con carácter general en el artículo 19.4 de la LEC. La única especialidad que la Ley introduce es la relativa a la posibilidad de expresar el motivo: que se solicita la suspensión para someterse a mediación.

Por su parte, en el apartado 6.º de la disposición final primera se modifica el párrafo segundo del artículo 777 de la LEC a fin de admitir que en los procesos de separación o divorcio que se tramiten de común acuerdo, las partes que hayan seguido un procedimiento de mediación a fin de llegar a convenirse respecto de todos los extremos legales del Convenio regulador, puedan acompañar con la demanda el Acta final de la mediación en la que se contengan los referidos compromisos.

Por último, en la disposición final tercera se manda al Gobierno que presente a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación. El cumplimiento de este deber no se somete a término, lo que no ha de ser motivo de crítica, sino de alabanza, por lo que de prudencia contiene, y ello por que se conocen los textos ya elaborados por la UE en esta materia (7), así como los trabajos que están desarrollándose en la Comisión y el Parlamento europeo, que tienen por objeto la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM(2004) 718 final], así como las modificaciones que ha realizado a esta Propuesta el Consejo UE el 25 de abril de 2005.

Es por ello que el cumplimiento del deber podría entenderse lógicamente condicionado a la eventual aprobación de la Directiva, e incluso interpretarse que el término final coincidirá con el de trasposición de la misma al Derecho español.

No obstante, no considero que lo anterior implique que el cumplimiento por el Gobierno de este mandato dependa directamente de la aprobación de la Directiva.

(7) (Resolución del Consejo de 21 de enero de 1998, el Libro verde de 2002 [COM(2002)196, de 19 de abril] y la Resolución del Parlamento europeo de 21 de febrero de 2003)

Y ello porque, en primer lugar, no resulta directamente del texto de la disposición final y, en segundo lugar, por que si bien lo deseable sería que el Proyecto de Ley se presentase tras la aprobación de la Directiva e implicase su trasposición al Derecho interno, el paso de un plazo razonable de tiempo, así como la eventual e indeseable convicción de que no tendrá lugar su aprobación en ese tiempo, debería llevar al Gobierno a cumplir con el mandato.

Para este caso, la disposición refiere los principios básicos sobre los que deberá articularse esta regulación, que coinciden con los formulados en la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1998, y que son los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad.

Además, la Ley del Estado no podrá desconocer las Leyes de las CCAA que hasta ese momento se hayan aprobado, por lo que deberá procurar el adecuado engarce con éstas, y su respeto; pero también el de los servicios de mediación creados por las CCAA; lo que no puede ser de otro modo, si bien ha de interpretarse que la expresión de la disposición final reconoce que la función que implica la prestación del servicio al ciudadano no le corresponde al Estado.

Desde luego, puede criticarse al Legislador por no haber dedicado más preceptos a la mediación en esta Ley y con más intensidad material. Sin embargo, ésta sería una crítica excesiva, pues la Ley 15/2005 no tiene por objeto la regulación de la mediación y sí (como entiendo que ha hecho) contemplar cómo puede incidir –y ser útil– la mediación en los procesos de separación y divorcio y de medidas reguladoras de sus efectos. Esto es lo que ha hecho, aparte de anunciar que habrá una Ley estatal de mediación, y por ambas cosas, entiendo que se ha de elogiar al Legislador porque haya tenido esta iniciativa, que ha supuesto una novedad aportada por esta nueva Ley.