

La "non nata" cláusula de dureza en el divorcio español*

Por G. GARCIA CANTERO

SUMARIO: 1. Introducción.—2. El *iter* parlamentario de un artículo fantasma.
3. La cláusula de dureza en el Derecho comparado: A) Derecho inglés. B) Derecho holandés. C) Derecho belga. D) Derecho francés. E) Derecho de Alemania Federal. F) A modo de conclusiones.—4. Consecuencias previsibles de la desaparición de la cláusula en nuestro ordenamiento: A) Referencia a los daños del divorcio en general. B) Los daños de especial o excepcional gravedad. C) ¿Inconstitucionalidad de la Ley en este punto?

1. INTRODUCCION

He escogido un tema de Derecho de Familia para mi primera lección. Varias razones me han impulsado a ello. En primer lugar, para seguir la tradición de los buenos familiaristas que desde hace bastantes años ha producido la Facultad de Zaragoza (sin ánimo exhaustivo, citaré a los profesores Martín-Ballesteros y Costea, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Delgado Echeverría y Rivero Hernández). En segundo lugar, por la actualidad que en nuestro ordenamiento jurídico posee la Ley de 7 de julio de 1981, reformadora en profundidad del título IV libro I del C. c. En tercer lugar, por tratarse de un campo al que desde hace algunos años vengo, modestamente, dedicando atención preferente en mis preocupaciones investigadoras.

Me he fijado además en un aspecto de la legislación divorcista que normalmente no será tratado en los futuros Manuales sobre el nuevo Derecho de Familia, por la elemental razón de que se trata de una institución *non nata*, que si bien figuraba en el inicial Proyecto del Gobierno, quedó abortada en las sucesivas discusiones parlamentarias. Y así como, en el sistema derogado, bien pudo sostenerse por nuestra doctrina que el divorcio era la «institución desconocida» en el ordenamiento español, en adelante podrá afirmarse que la «cláusula de dureza» será paralelamente una «insti-

* Reproduce, sin modificaciones, la *prima lectio* de su autor en la Universidad de Zaragoza, pronunciada el 23 de octubre de 1981.

tución desconocida» en nuestro ordenamiento divorcista, dato que, eventualmente, puede llegar a suponer dificultades a la hora de que las sentencias españolas de divorcio sean reconocidas por algunos Tribunales extranjeros.

Trataré, a continuación, de seguir el *iter* parlamentario del un tanto fantasmal artículo 87, investigando luego la función que cumple la cláusula de dureza en los ordenamientos extranjeros que la tienen reconocida, para concluir sobre las consecuencias que puede acarrear su desaparición de nuestra normativa divorcista.

2. EL «ITER» PARLAMENTARIO DE UN ARTICULO FANTASMA

En el Proyecto del Gobierno publicado en el «B. O. de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, para la modificación del Título IV, Libro I del C. c. se incluía un artículo 87 con el siguiente texto:

«Excepcionalmente, el Juez podrá denegar el divorcio cuando se pruebe que ocasiona a los hijos o al otro cónyuge perjuicios de especial gravedad a los que deberá referirse la sentencia».

Se trataba de instaurar así en nuestro ordenamiento matrimonial una cláusula de dureza de corte clásico, cuyo ámbito de aplicación se deducía con bastante claridad de su propia literalidad. En primer lugar sólo actuaría excepcionalmente, lo que obligaría a una interpretación restrictiva. Era, en segundo término, facultativa para el Juez, encomendada a su prudente arbitrio, autorizándole a denegar el divorcio, no ya en presencia de cualesquiera perjuicios, sino únicamente cuando fuesen de *especial* gravedad, con lo que se reiteraba su carácter excepcional. En tercer lugar, no se limitaban los perjuicios a los de índole patrimonial, sino que abarcaban también los de naturaleza moral o espiritual, no valorables pecuniariamente. Por último, los daños a tener en cuenta podían afectar indistintamente tanto al otro cónyuge como a los hijos comunes, y, por supuesto, tenían que ser probados y hacerse constar en la sentencia. Se trataba de una cláusula de dureza moderadamente amplia, que no llegaba a abarcar la protección integral de los hijos —constitucionalmente asegurada en el art. 39— aunque, de alguna manera, sí podía decirse inspirada en dicho precepto. Por otra parte, era curioso constatar que la corta E. de M. que acompaña al P. G. guardaba silencio expreso sobre este punto.

Pero este artículo, en apariencia inocente, pensado para una aplicación excepcional y poco frecuente, que alguien calificó de medio de aquietar los escrúpulos de conciencia de algunos diputados poco conformes con la amplitud dada al divorcio en el P. G., suscitó la atención de la mayoría de los Grupos Parlamentarios, presentándose gran número de enmiendas encaminadas, las unas, a ampliar su ámbito de aplicación, y las otras, a eliminarlo o restringirlo.

Sin entrar en un estudio pormenorizado de todas ellas, puede

ser paradigmática la situación producida dentro del propio partido gobernante, cuando la diputada Carmela García-Moreno propuso su supresión, y el diputado señor Díaz-Pinés, no sólo su conservación, sino su ampliación.

Para la citada diputada de U. C. D., en otros preceptos del P. G. aparecían conjugados como intereses jurídicos prioritariamente relevantes los principios del *favor matrimonii*, *favor familiae* y *favor prolis*, por lo cual el Juez no debe actuar como defensor del vínculo, en incompetente e incongruente remisión a la normativa procesal canónica de esta figura *sui generis*, resultando, además, el Ministerio Fiscal, en último caso, su figura homóloga en el ordenamiento procesal civil.

Para el diputado señor Díaz-Pinés, el mencionado artículo 87 debía conservarse suprimiendo el adverbio «excepcionalmente», pues el carácter restrictivo ya viene indicado más tarde al hablar de «perjuicios de especial gravedad», de modo que, de otra suerte, la norma vendría a convertirse en letra muerta. Por otra parte, este enmendante proponía la adición de un segundo párrafo del siguiente tenor: «El Juez designará en todos los procedimientos de divorcio, un defensor de la familia, cargo que podría recaer en el otro cónyuge, cuando sea uno de los cónyuges el demandante, o en cualquier miembro de la familia de distinta rama. Cuando el divorcio sea pedido por ambos cónyuges, o por uno sólo de ellos con el consentimiento del otro, el cargo de defensor deberá recaer en personas no pertenecientes a la familia». Se fundamentaba esta enmienda de adición por analogía con el cargo de defensor de los menores cuando éstos tienen intereses contrapuestos con los de su padre o de su madre, teniendo en cuenta que, en caso de divorcio, los intereses de la familia pueden experimentar un serio quebranto, y la situación de indefensión y desamparo en que pueden quedar los hijos no emancipados, e incluso uno de los cónyuges. Concluía el enmendante que la protección integral de los hijos y de las madres parece requerir imperativamente que, en los casos de divorcio, sea el propio Estado quien arbitre recursos jurídicos eficaces para asegurar dicha protección.

La Ponencia del Congreso llegó a una solución transaccional, rechazando las enmiendas propuestas por Coalición Democrática, Grupo Comunista, señor Casañó Salido de U. C. D., Minoría Catalana, señor Díaz-Pinés de U. C. D., Grupo Andalucista, Grupo Vasco, Socialistas de Cataluña, Grupo Socialista y señor Bandrés del Grupo Mixto, y propuso la siguiente redacción para el artículo 87:

«Cuando el divorcio se funde en el cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82.6 y 86.4 de este Código, el Juez, a petición del otro cónyuge, podrá denegar el divorcio si se acredita que causa perjuicio de extraordinaria gravedad a los hijos menores o incapacitados o al cónyuge habida cuenta de su edad, estado de salud o la duración del matrimonio, supuestos en los que deberá fundarse la sentencia. No podrá dene-

garse el divorcio por esta causa cuando el cese efectivo de la convivencia hubiere durado más de siete años».

Como toda solución transaccional, la propuesta de la Ponencia del Congreso se situaba a mitad de camino, pero no ya entre quienes pedían su ampliación, sino entre el texto del P. G. y quienes solicitaban su supresión (algunos diputados del propio Gobierno, entonces en el poder, que hacían causa común con los partidos de izquierda en este punto, anticipando lo que iba a ocurrir en el ulterior proceso). Se reduce, en consecuencia, el ámbito de aplicación de la cláusula de dureza, que será aplicable, no ya a todos los casos de divorcio basado en el cese efectivo de la convivencia conyugal, sino a aquéllos en los que ha durado aquélla un mínimo de cinco años y un máximo de siete. Se refuerza la excepcionalidad de su aplicación al exigirse que el perjuicio sea de *extraordinaria* gravedad, y no sólo de *especial* gravedad. Por otra parte, se mencionan expresamente a los hijos incapacitados y los motivos de perjuicio para el cónyuge. Por último, la discrecionalidad judicial está recortada al requerirse la instancia del otro cónyuge.

El texto no se modificará a su paso por la Comisión del Congreso, pero en el pleno de este último se suprime el artículo 87 en virtud de votación secreta que arrojó el siguiente resultado: 236 diputados presentes: 108 votos a favor de su mantenimiento y 121 que votan en contra, habiendo además siete abstenciones. Como dice la edición oficial del Ministerio de Justicia de la Ley de Divorcio (nota 4 de la pág. 35), la supresión de este artículo trae como consecuencia que el Juez, una vez concurren las causas de divorcio, no podrá denegarlo aplicando la llamada cláusula de dureza. Se ha logrado (con la fuga de votos de U. C. D. hacia las posiciones mantenidas por la izquierda parlamentaria), el divorcio automático en todos los casos.

Las enmiendas en el Senado encaminadas a restablecer el artículo 87, no habían de prosperar, y después de la definitiva aprobación por el Congreso del nuevo Tít. IV, Libro I, del C. c., el vacío dejado por el artículo 87 es ocupado por el artículo 86 bis, que fue introducido en el seno de la Ponencia del Congreso, y cuya finalidad —¡oh paradoja de la vida parlamentaria!— no es ni la defensa de la familia, ni la protección de los hijos o del cónyuge indefenso, sino la de facilitar al máximo la obtención del divorcio por cese de la convivencia, mediante la ficción legal de que, aunque de hecho haya convivencia, se reputa que no la haya a efectos de obtener la ruptura legal del vínculo.

Por ello he titulado este apartado de mi lección «*iter* parlamentario de un artículo fantasma de la ley de Divorcio». Aunque el moderno legislador no suele estar excesivamente preocupado por cuestiones de *elegantia iuris*, hay que alabar el no haber dejado pasar al «B. O. E.» un artículo con ese feo aditamento *bis*, aunque ello haya sido a costa de haber sacrificado el último

resto de preocupación moral que quedaba en la normativa divorcista.

3. LA CLAUSULA DE DUREZA EN EL DERECHO COMPARADO

Sabido es que no hay un único sistema de divorcio, sino una pluralidad de modalidades del mismo que obedecen a distinto fundamento. Es verdad que frente a los sistemas matrimoniales indisolubilizistas suelen oponerse, como un todo, los sistemas divorcistas. Ello es cierto en el sentido de que admitir, o no, la indisolubilidad jurídica de la unión conyugal da lugar a que el matrimonio regulado sea otro o distinto. Pero no impide que dentro del panorama divorcista quepa distinguir las siguientes líneas directrices: legislaciones que fundamentan el divorcio en la violación grave de los deberes conyugales (divorcio culpable, o divorcio sanción), y legislaciones que lo basan en la ruptura irreparable de la vida común (divorcio objetivo o divorcio-remedio). En las primeras el divorcio sólo puede ser solicitado por el cónyuge inocente, quien tiene a su cargo demostrar la culpabilidad del otro; por el contrario, las causas objetivas de divorcio pueden invocarse por cualquiera de los cónyuges —incluso por aquel que dio causa a la ruptura— y no requieren demostrar la culpa. Las últimas reformas legislativas se orientan hacia el divorcio objetivo, unas veces con exclusividad (como parece pretenderlo nuestro legislador), otras manteniendo simultáneamente el divorcio *par faute*, como ha hecho Francia en 1975. Una tercera modalidad, el divorcio por mutuo consentimiento, suele adicionarse a las causas objetivas, y aún utilizarse como presunción de ruptura irreparable de la vida matrimonial, como lo hace la reforma de Alemania Federal de 1977.

En este panorama divorcista, que sucintamente he descrito, se comprende fácilmente que la llamada cláusula de dureza haya sido de reciente aparición. Inicialmente la cláusula permite al Juez moderar o atenuar la situación del cónyuge o de los hijos gravemente perjudicados por un abusivo ejercicio del derecho a obtener el divorcio. En los sistemas basados en el divorcio culpable tal situación difícilmente podrá darse, pues sólo la víctima está legitimada para pedirlo, y es lógico imaginar que no lo hará si va a resultar perjudicada gravemente con la sentencia; en cuanto al culpable, el Juez ha de valorar su conducta y si se demuestra su responsabilidad en la ruptura, difícilmente podrá alegar que la misma va a perjudicarlo gravemente, pues será lógica consecuencia de sus propios actos. En cambio, en el divorcio objetivo nada impide a quien con su proceder consciente y deliberado causó la ruptura del matrimonio, acudir al Juez para obtener el divorcio; entonces los legisladores, como extremo remedio para evitar flagrantes injusticias, han inventado la cláusula de dureza que viene a ser el último refugio del criterio moral en

materia de divorcio. Por estas razones dicha cláusula comienza a aparecer —a excepción de Alemania— en las legislaciones de Europa occidental, a fines de los años sesenta, coincidiendo con las reformas que van implantando el divorcio por causas objetivas.

En un grupo aparte habría que situar a las legislaciones de los países socialistas, casi siempre inspiradas en el sistema del *divorce-faillite* o divorcio quiebra, pero en las que el principio de protección de la familia tiene aplicaciones concretas y no es una mera declaración programática sin real contenido. Sirva de modelo el artículo 56 del Código polaco de la familia de 1964:

«1. Cuando se manifiesta entre los cónyuges una desunión completa y duradera cada uno de ellos puede pedir al Juez la disolución del matrimonio por divorcio.

2. Sin embargo, pese a existir una desunión completa y duradera, el divorcio no será admisible cuando, como consecuencia del mismo, sufra daño el interés de los hijos menores comunes, o cuando por otras razones el divorcio sea contrario a las reglas de la vida social.»

No conozco ninguna legislación del mundo occidental en la que se autorice al Juez a denegar el divorcio pura y simplemente por ser dañoso a los hijos menores. Ciertamente se trata de un objetivo o aspiración en la que parece coincidir el pueblo español, ya que en el Informe Foessa del año 1975 se daba cuenta del resultado de una amplia encuesta en la que el 85 por 100 de las respuestas se manifestaban en contra del divorcio habiendo hijos menores de edad. Con todo, no cabe ocultar que la legislación de los países socialistas introduce un factor distorsionante en las decisiones judiciales en materia familiar, ya que bajo el *standard* de conducta de las «reglas de la vida social» se ocultan los criterios de la ética marxista. Introducción de la política en el *Ius Familiae*, a todas luces inaceptable.

Por todo ello voy a limitarme a estudiar la cláusula de dureza en las legislaciones occidentales, siguiendo un orden cronológico de publicación de las respectivas leyes de divorcio vigentes.

A) *Derecho inglés*. El *Divorce Reform Act* de 22 octubre 1969, cuyas disposiciones han sido posteriormente recogidas en el *Matrimonial Causes Act* de 23 mayo 1973, reforma en profundidad el derecho de divorcio, y considera como única causa de ruptura legal del vínculo la *irretrievable breakdown of marriage*, la ruptura irremediable de la comunidad conyugal. Esta norma se modaliza a continuación, limitándose su alcance, al exigirse que concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) El adulterio del demandado y el hecho de que el actor considera intolerable vivir con él.

b) La conducta del demandado que hace razonablemente imposible el mantenimiento de la vida conyugal.

c) El abandono del actor por el demandado por un período mínimo de dos años.

d) La separación de hecho por un período mínimo de dos años cuando el demandado consiente en el divorcio.

e) La separación de hecho de los cónyuges por una duración superior a cinco años.

En resumen: la única causa de divorcio viene así a descomponerse en cinco tipos que la ley considera presunciones de ruptura, frente a los cuales cabe la prueba en contrario, demostrando que el matrimonio no ha fracasado de modo irremediable.

Ahora bien, el artículo 4.º de la Ley de 1969, que ha pasado a ser el 5.º de la de 1973, contiene la siguiente «cláusula de salvaguardia»: «El demandado frente a quien se pide el divorcio con base en una separación de más de cinco años de duración, puede oponerse a la acción ejercitada alegando que la disolución del matrimonio le causaría un grave perjuicio financiero o de otra clase, y que sería dañoso en cualquier caso disolver el matrimonio». El *Lord Justice Stephanson* ha afirmado que la finalidad perseguida por la ley con esta cláusula de dureza ha sido esencialmente la protección de las mujeres demandadas, particularmente cuando han alcanzado cierta edad, contra la pérdida de seguridad que supone el divorcio, especialmente la de carácter económico.

Obsérvese que el legislador no tiene en cuenta el posible perjuicio para los hijos, y que la cláusula no se aplica a todo caso de divorcio, sino únicamente al basado en la separación de hecho prolongada por más de cinco años.

B) *Derecho holandés*. La Ley holandesa de 6 de mayo 1971, incorporada al Libro I del C. c., también ha modificado sustancialmente el derecho de divorcio, siguiendo en gran parte las huellas del derecho inglés. En efecto, se suprimen todas las causas de divorcio basadas en la culpa y se las reemplaza por una causa única, a saber, la duradera desunión del matrimonio. Se presume esta última si ambos cónyuges solicitan el divorcio de común acuerdo, siempre que presenten al Juez un proyecto de convenio sobre la guarda de los hijos y la liquidación de sus relaciones económicas. Pero si la demanda se presenta sólo por uno de los cónyuges, hay que demostrar la desunión conyugal duradera.

Ahora bien, el divorcio unilateralmente solicitado tiene dos importantes limitaciones. Según el artículo 152 del C. c., si hay oposición a la demanda, el juez debe rechazar ésta si se demuestra que la desunión duradera es imputable, de modo preponderante, al cónyuge actor. No cabe duda que así, la idea de culpabilidad que el legislador había pretendido eliminar radicalmente, vuelve indirectamente a reaparecer. La otra limitación consiste precisamente en la cláusula de dureza que regula el artículo 153, según el cual si el divorcio tiene como consecuencia, sea la pérdida total, sea la reducción notable de prestaciones que por causa de la muerte del actor han de ser pagadas al superviviente, y que éste se opone a la demanda por tal motivo, no puede estimarse la misma sin que se ponga remedio equitativamente a tal situación, según las circunstancias del caso. Como la norma contempla prin-

cialmente pensiones o prestaciones de seguros de vida, de carácter voluntario, algún autor destaca que esta cláusula de dureza viene a sancionar al *bonus pater familias* que se ha preocupado de asegurar a su familia contra el infortunio, mientras que no afecta al negligente o descuidado. En todo caso, hay que destacar la visión estrechamente materialista del legislador que únicamente contempla el daño patrimonial, con olvido del no patrimonial, y con total preterición del interés de los hijos, como ya se ha notado respecto del derecho inglés.

C) *Derecho belga*. Tradicionalmente en este país la legislación divorcista, basada en la culpa, era bastante restrictiva. Aunque se admitía el divorcio por mutuo consentimiento, el procedimiento era lento (obligación de reiterar la demanda hasta cuatro veces consecutivas) y costoso (obligación de transmitir la mitad de sus bienes a los hijos), y tenía limitaciones de edad y de duración del matrimonio (no podía intentarse contra una mujer que hubiera cumplido cuarenta y cinco años, ni cuando el matrimonio hubiera durado veinte). Estas restricciones han sido eliminadas por leyes de 1969 y de 1972. Además otra ley de 1.º julio 1974 ha introducido el divorcio con base en la separación de hecho que haya durado diez años, aunque tal separación sea achacable a la locura o enfermedad mental. Ahora bien, no se trata de una causa automática de divorcio, sino que el Tribunal conserva un control sobre el carácter irremediable de la desunión de los cónyuges, y también para evitar que el divorcio agrave de manera notable la situación material de los hijos menores. Se trata, por tanto, de una cláusula de dureza únicamente aplicable al divorcio por separación de diez años, en la que no se tiene en cuenta el perjuicio para el cónyuge demandado, sino únicamente el daño material para los hijos menores. Su alcance es por tanto bastante limitado, aunque contemple intereses preteridos en las legislaciones inglesa y holandesa.

D) *Derecho francés*. Varias razones aconsejan prestar alguna mayor atención a la reforma francesa de divorcio operada por Ley de 11 julio 1975. En primer lugar el evidente influjo que en general la doctrina y legislación de este país han venido ejerciendo sobre las nuestras —aunque, acaso, algo atenuado durante los últimos tiempos—. En segundo lugar, la parcial inspiración de nuestra Ley de 7 julio 1981, en la francesa, en puntos tales como el divorcio por mutuo consentimiento y las consecuencias patrimoniales del divorcio (prestación compensatoria o por desequilibrio económico). En tercer lugar, la circunstancia de que la experiencia divorcista francesa es más que secular y podría ser razonable aprovechar sus lecciones en este punto.

La reforma de 1975 ha sido precedida de numerosos estudios previos, encuestas y sondeos de opinión, así como de datos estadísticos serios y fiables. Ante todo, si bien Francia figura entre los países con índice medio de divorcialidad, se observa a partir

de 1960 un crecimiento continuo que se ha intensificado después de 1975.

Así, de unos 32.000 divorcios en 1963, se ha pasado a 37.500 en 1969, a 45.000 en 1972, a casi 63.500 en 1976, a 77.700 en 1977, a más de 82.000 en 1978, y alrededor de 89.000 en 1979. Se han triplicado, por tanto, en menos de veinte años.

La tasa de nupcialidad, por el contrario, va progresivamente disminuyendo: de 374.000 matrimonios en 1976, ha pasado a 340.000 en 1979. El 10 por 100 en un cuatrienio.

Las líneas fundamentales de la reforma respecto a las causas de divorcio, son las siguientes:

1.º Reintroducción del divorcio por mutuo consentimiento, que ya existió entre 1804 y 1814, y que puede adoptar dos formas: divorcio por demanda conjunta, y demanda presentada por un cónyuge y aceptada por el otro. Constituye el divorcio más simplificado, pues sólo exige presentar un proyecto de acuerdo sobre los hijos y los bienes, sin que el juez tenga que comprobar las causas o motivos de la ruptura. Durante los años de vigencia de la nueva ley ha representado el 25 por 100 del total de divorcios.

2.º El divorcio por ruptura de la vida común, que constituye la innovación más espectacular de la Ley de 1975, y también la más debatida en la opinión pública y en el Parlamento. Engloba dos casos: la separación de hecho por más de seis años, y la alteración profunda de las facultades mentales de uno de los cónyuges que ha producido una separación efectiva por igual período.

Pese a todo, estadísticamente esta causa de divorcio no ha tenido, hasta ahora, demasiada relevancia en Francia: 3,5 por 100 del total de divorcios en 1976 y 2 por 100 en 1979; y,

3.º Conservación del divorcio por culpa, con algunas reformas técnicas. El legislador lo ha justificado *par souci de réalisme*, en lo que ha acertado pues en 1979 esta causa de divorcio representaba el 60 por 100 del total de sentencias pronunciadas, aunque se observa cierto descenso en las estadísticas.

Como la *clause de dureté* tiene relación con el divorcio por ruptura de la vida común, bueno será que conozcamos la normativa respectiva:

Dice el artículo 237 que un cónyuge puede pedir el divorcio, en razón de una ruptura prolongada de la vida común, cuando los cónyuges viven separados de hecho por más de seis años.

También procede, según el artículo 238, cuando las facultades mentales del cónyuge se encuentran, desde hace seis años, tan gravemente alteradas que entre los cónyuges ya no existe ninguna comunidad de vida, y según las previsiones más razonables, tampoco podrá reconstruirse en el futuro. Pero el juez puede rechazar de oficio esta demanda si el divorcio corre el riesgo de tener consecuencias demasiado graves sobre la enfermedad del cónyuge.

A las consecuencias financieras de este divorcio atiende el artículo 239: El cónyuge que pide el divorcio por ruptura de la

vida común debe soportar todas las cargas que no deriven de él. En su demanda debe precisar los medios con los que cumplirá sus obligaciones respecto de su cónyuge y de los hijos.

La cláusula de dureza se regula, con carácter general, en el artículo 240: «El juez rechazará la demanda si el otro cónyuge prueba que el divorcio tendrá, ya sea para él, teniendo en cuenta principalmente de su edad y de la duración del matrimonio, ya sea para los hijos, consecuencias materiales o morales de excepcional dureza. Puede también rechazarla de oficio en el caso previsto en el artículo 238 (divorcio por enfermedad mental)».

A juicio del profesor Rieg, de Strasbourg, en verdad el legislador ha tenido muy mala conciencia admitiendo el divorcio por ruptura de la vida común, lo que explica el marco restrictivo en que lo ha encerrado así como ciertas reglas disuasorias que representan frenos a esta forma de divorcio. En todo caso, hay que señalar que los debates parlamentarios fueron muy movidos, preconizando algunos la expresión «gravedad» en lugar de «dureza» y que esta última fuese calificada sólo de «très grande» y no de «exceptionnelle». Se prefirió, sin embargo, hablar de dureza por tratarse de un término nuevo y carente de significación especial, y para evitar resucitar la noción de culpa que hubiera podido evocar la noción de gravedad.

Doctrinalmente parece prevalecer una interpretación más bien restrictiva de esta *clause de dureté*, delimitando bien su ámbito, pues no se refiere al pasado (la situación de separación de hecho o de abandono) sino al futuro, al postdivorcio. Viene a justificarse su introducción para evitar que el divorcio por ruptura de la vida común, llegue a transformarse en una forma de repudio unilateral, sin causa ni razón suficiente.

Aunque limitada sólo a un tipo de divorcio, es amplia en su concepción pues abarca en principio tanto los daños materiales como morales, tanto los perjuicios a los hijos como al otro cónyuge.

Observa, sin embargo, Groslière que este tipo de divorcio deja subsistente el deber de alimentos, de aquí que, a su juicio, los perjuicios materiales pocas veces serán invocables. Por ello estima que encontrará su mejor aplicación en el plano de las consecuencias morales; así, cabe pensar que el choque psicológico del divorcio será difícilmente soportable para el cónyuge abandonado o, al menos, el sentimiento de que la consagración oficial de la ruptura priva definitivamente al cónyuge abandonado de la posibilidad de una reconciliación. En relación con los hijos señala el mismo autor que aunque el deber de alimentos subsiste, el choque moral puede ser todavía más intenso que respecto al cónyuge y que será preciso tomar en consideración las consecuencias que el divorcio y, acaso, el nuevo matrimonio de los padres, pueden tener en los hijos. Concluye, sin embargo, que tal cláusula debe tener una aplicación muy limitada. Constituye, sin duda, un contrapeso indispensable de la libertad de divorciarse otorgada al otro

cónyuge invocando su propio abandono del hogar, pero no debe admitirse con demasiada frecuencia para no vaciar de contenido el texto legal.

En la práctica, no obstante, parece que los Tribunales están haciendo una relativamente abundante aplicación de esta cláusula, pues los demandados la invocan casi siempre. He aquí algunos ejemplos concretos: El Tribunal de Gran Instancia de Aix-en-Provence estimó de dureza excepcional el divorcio después de treinta años de matrimonio cuando la esposa está enferma, carece de recursos y no ejerce una profesión (s. de 18 nov. 1976); el propio Tribunal lo estimó también cuando el divorcio privaría a la mujer del disfrute de un régimen de pensiones de retiro (s. de 25 noviembre 1976); el Tribunal de Gran Instancia de Compiègne la estimó asimismo cuando el matrimonio ha durado cincuenta y seis años, la mujer tiene setenta y ocho, y su estado de salud es precario, dispone de escasos recursos y tendría que refugiarse en un asilo (s. de 25 octubre 1976); el Tribunal de Gran Instancia de Nantes la apreció también en el caso de una mujer atacada de depresión mental evolutiva, que correría el riesgo de una seria agravación de su estado de salud si se pronunciase el divorcio (s. de 18 de octubre 1977).

E) *Derecho de Alemania Federal*. No es este el momento de exponer la evolución de la legislación divorcista en Alemania Federal. Baste decir que el BGB de 1900 se basaba fundamentalmente en la culpa. La ley hitleriana de 1938, extendida a Austria después del *Anschluss*, introdujo una causa objetiva de divorcio autorizándolo después de tres años de vida separada cuando el restablecimiento de la vida en común no podía hacerse debido a una profunda e irremediable desunión de los cónyuges. El sistema se mantuvo sustancialmente con la Ley de 1946 del Consejo Interaliado de control. En 1967 se iniciaron los trabajos preparatorios para reformar la legislación sobre divorcio, que tras muchas alternativas han cristalizado en la Ley de 14 junio 1976, que ha entrado en vigor el 1.º enero 1977. La nueva Ley afecta a las causas y a las consecuencias patrimoniales del divorcio. Aquí únicamente me ocuparé del primer aspecto. Siguiendo a los sistemas inglés y holandés, se establece con carácter general que el matrimonio se disuelve cuando ha fracasado, es decir, cuando ha terminado la comunidad de vida y no puede esperarse que los cónyuges la restablezcan. A continuación la Ley establece varias presunciones absolutas de fracaso matrimonial: 1.º Si la separación dura más de un año y ambos cónyuges solicitan el divorcio, o lo pide uno con el asentimiento del otro. 2.º Cuando los cónyuges viven separados desde hace tres años. En este caso, dice Beitzke, que la demanda puede presentarse por quien abandonó el hogar unilateralmente o por quien con su conducta culposa ocasionó la quiebra del matrimonio.

Ahora bien, en tal hipótesis funciona la *Härteklausele* o cláusula de dureza del parágrafo 1.568: «El matrimonio no debe di-

solverse, aunque haya fracaso, si y por todo el tiempo que la conservación del matrimonio sea excepcionalmente necesaria por razones particulares en interés de los hijos menores nacidos del matrimonio; y también para el demandado que se opone al divorcio, en razón de circunstancias excepcionales de tal dureza que la conservación del matrimonio, aún considerando los intereses del actor, se impone excepcionalmente. Esta cláusula no es aplicable cuando los cónyuges viven separados más de cinco años».

A diferencia de lo ocurrido en Francia, parece que en Alemania Federal los Tribunales se resisten a hacer aplicación de esta cláusula, siendo la doctrina partidaria de una interpretación restrictiva. En la Exposición de Motivos del texto legal se ponían los ejemplos del cónyuge abandonado durante una grave enfermedad en una época en que la fortuna le había sido particularmente adversa; o bien cuando la destrucción sistemática, unilateral y voluntaria del matrimonio por uno de los cónyuges conduce a circunstancias extraordinarias cuya dureza sea agravada por el divorcio. Se piensa, en todo caso, que el Gobierno Federal con tal cláusula ha querido dar satisfacción a una parte de la opinión pública preocupada en evitar las repudiaciones puras y simples, aunque se ha esforzado también por restringir al máximo los obstáculos legales al divorcio.

F) *A modo de conclusiones.*

Como conclusión de esta incursión por el Derecho comparado, cabe afirmar que la cláusula de dureza no se aplica en todos los casos de divorcio, sino preferentemente en el basado en la separación de hecho prolongada, y contempla, sea el perjuicio del otro cónyuge, sea sólo el de los hijos, o el de ambos; y unas veces toma en cuenta sólo los daños patrimoniales, y otras la totalidad de los que el divorcio ocasiona a una persona.

Dado su carácter más bien excepcional (aunque en algunos países los Tribunales parecen hacer una interpretación amplia de la cláusula) entiendo que su significación es más bien simbólica, como último homenaje a la norma moral que descalificaría de modo absoluto el repudio unilateral.

Ahora bien, por lo que hace a España, cabe afirmar que su introducción en un país hasta ahora ininterrumpidamente vinculado al régimen indisolubilista (salvo el breve paréntesis 1932-38), hubiera parecido una medida de prudencia aceptarla para dar alguna satisfacción a amplios sectores de la sociedad radicalmente opuestos al divorcio, al par que así se atribuía a los jueces un recurso legal para impedir demandas exorbitantes.

4. CONSECUENCIAS PREVISIBLES DE LA DESAPARICION DE LA CLAUSULA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

¿Qué consecuencias comporta la desaparición de la «cláusula de dureza» del texto definitivo de la ley de 7 de julio de 1981, popularmente denominada «Ley de divorcio»?

Por de pronto, que nuestro legislador ha decidido soberanamente que el divorcio español va a ser absolutamente inocuo, aséptico, indoloro, suprimiendo «por decreto» —*proprie, ex lege*— la posibilidad de que, en algunas hipótesis la sentencia de divorcio acarree consecuencias desfavorables, perjudiciales o dañosas, para el otro cónyuge o para los hijos. Una actitud semejante sólo puede calificarse *prima facie* de poco realista, de ser adoptada de espaldas a la realidad social, a la que, curiosamente, la E. de M. del Proyecto del Gobierno decía querer amoldarse.

A) Referencia a los daños del divorcio en general.

No hablemos ya de los daños del divorcio en sí mismo, en cuanto institución del Derecho de Familia. Dado que la experiencia española hasta ahora era de poca significación, bueno será apoyarse en las conclusiones de la doctrina extranjera, y en particular, en la de un país con experiencia más que secular de la ruptura legal del vínculo. En 1967 dos ilustres profesores franceses, Gabriel Marty, Doyen de la Universidad de Toulouse y Pierre Raynaud, de París, concluían: «Il semble bien qu'il n'y a vraiment d'autre moyen d'éviter les inconvénients du divorce que de le supprimer».

El catálogo de posibles daños del divorcio se ha hecho en varios idiomas. Me limitaré aquí a recordar que ni siquiera para ambos cónyuges en el caso de divorcio consensual la obtención de una sentencia favorable constituye siempre una verdadera liberación (aunque pueda serlo en algunos casos); psicológicamente el divorcio es un fracaso que hace correr a quien lo ha padecido el riesgo de sufrir un verdadero trauma: el trauma de no haber triunfado en algo verdaderamente importante, en el plano más íntimo de la propia existencia; trauma que, en casos extremos, puede no curarse nunca, y acompañar a los divorciados durante toda su vida, arrastrando para siempre el estigma del fracaso. No olvidemos, por otro lado, que con frecuencia el divorcio por mutuo consentimiento enmascara un divorcio «impuesto» o «forzado» que se acepta por la convicción de no tener otra salida. ¿Y qué decir del cónyuge que en ningún caso quiere divorciarse? ¿Cuál será su estado de ánimo ante las diversas causas del artículo 86 en las que, por ser el divorcio automático, no cabe oponerse eficazmente a la petición del otro? Hay una curiosa correlación entre el índice de divorcialidad y el de suicidios; los países con más elevado índice de suicidios (Hungría, Alemania Oriental, Che-

coslovaquia, Austria y Suiza) son también los que ostentan el índice de divorcialidad más elevado, y, paralelamente figuran en los últimos puestos aquellos en los que no había, o no hay, divorcio legal (Filipinas, Irlanda, España, Colombia).

Las consecuencias del divorcio para los hijos ha sido un tema frecuentemente tergiversado en el debate público sobre el divorcio, que ha precedido a la promulgación de la Ley de 7 de julio. Unánimes son los psiquiatras en sostener que cualquier desavenencia o perturbación de las relaciones conyugales afecta inmediatamente al equilibrio emocional de los hijos, especialmente en las etapas de su formación. En tal sentido, también la mera separación es dañosa para ellos. Dicho esto, parece claro que el divorcio supone siempre para los hijos un daño o mal agravado con relación al que produce la separación. Y aunque a veces se ha presentado un divorcio de «color de rosa» en el que los hijos del matrimonio encontrarían un nuevo padre o madre, complacientes y abnegados, que superarían al verdadero progenitor, resulta evidente que los hijos menores sufren siempre con el divorcio de sus padres, en mayor o menor medida, según su edad, sexo y circunstancias en que se produce la ruptura del matrimonio; y ello en razón a que la destrucción del hogar en que nacieron es ya definitiva, y que aunque la ley mantiene subsistentes las relaciones individuales con cada uno de sus progenitores, lo inevitable será que, con uno o con ambos, tales relaciones se debiliten y aun lleguen a desaparecer de hecho del todo. En adelante tales hijos integrarán una familia incompleta, lo que los sociólogos denominan «one parent family».

Resulta de lo anterior que, de ordinario, y por más que nuestro legislador pretenda desconocerlo, el «progresivo» divorcio entronizado por la ley de 1981 va a ser con frecuencia fuente productora de daños, perjuicios y consecuencias desfavorables, tanto para los cónyuges, como para los hijos.

B) *Los daños de especial o excepcional gravedad.*

Pero, aunque no se acepte lo dicho, debemos situarnos en el campo de aplicación de la llamada cláusula de dureza. No es difícil imaginar casos en los que una sentencia de divorcio puede, en concreto, originar daños de excepcional gravedad. Uno de los cónyuges está al borde de la demencia, sujeto a tratamiento psiquiátrico debido a que ha estado locamente enamorado de su consorte y empieza a descubrir que éste le ha traicionado; los médicos opinan que si se produce la ruptura legal, el riesgo de locura irreversible es inevitable. O bien, cuando uno de los cónyuges amenaza con suicidarse si el otro pide el divorcio, y hay indicios de que puede cumplir su amenaza. O el caso de que tienen un hijo minusválido, a quien la falta de ambos padres va a suponer la imposibilidad de seguir un tratamiento de rehabilitación. O cuando alguno de los hijos se encuentra en la crisis de la adolescencia y los expertos

dictaminan que la ruptura entre sus padres puede causarle un daño irreparable. Casos como éstos pueden encontrarse en los repertorios jurisprudenciales extranjeros, pudiendo multiplicarse si, además del daño moral, la ley toma en consideración el patrimonial o económico. No cabe duda que en la conducta del cónyuge que, sabedor de alguna de esas circunstancias, pide no obstante el divorcio, hay algo de radicalmente inmoral, de mala fe y abuso del derecho; se trata de una conducta que en otras ramas del Derecho civil están sancionada con la nulidad absoluta del acto. Pero si, a pesar de todo, la ley le autoriza a pedir y a obtener el divorcio, tal norma jurídica corre el gravísimo riesgo de quedar desvalorizada en la conciencia social.

Ocurre además que en el artículo 90 se contemple la posibilidad de que el convenio regulador, en su conjunto o en alguna de sus cláusulas, sea perjudicial, para el otro cónyuge o para los hijos, y en tal hipótesis se ordena al juez que deniegue su aprobación. Como se sabe, la nueva figura del convenio regulador es un requisito necesario que ha de acompañar a las demandas de separación y divorcio por mutuo consentimiento, y que también puede acompañar a las basadas en otras causas, ya que la ley fomenta el que los cónyuges resuelvan convencionalmente las consecuencias de los procesos matrimoniales. Fijémonos, sin embargo, que la intervención judicial no se da para denegar el divorcio si hay perjuicios de excepcional gravedad, sino únicamente para homologar el acuerdo o convenio conyugal que decide sobre la guarda de los hijos, el derecho de visita y de comunicación con sus padres, la disolución del régimen económico matrimonial o la pensión por desequilibrio económico. La citada norma es el claro reconocimiento de que, pese a la inocuidad *ex lege*, implícita en la derogación de la cláusula de dureza, la ruptura legal puede ser de hecho dañosa para los interesados.

Todo esto no hace sino acumular argumentos sobre lo que en otro lugar he denominado atipicidad de la ley de divorcio. La nueva ley, al prescindir de la culpa de modo radical y absoluto, ha roto la conexión con el fundamento ético de las normas jurídicas, tradicional en nuestro ordenamiento, y mucho más en el campo del *Ius Familiae*. Un sociólogo norteamericano, Jan Gorecki, ha puesto de relieve el contrasentido que supone prescindir del viejo aforismo romano: *Nemo turpitudinem suam allegans audiatur*.

C) ¿Inconstitucionalidad de la ley en este punto?

Además, la pretensión de establecer un divorcio indoloro, en contradicción como se ha visto con la propia normativa divorcista, choca abiertamente con el artículo 39.2 de la Constitución, que sienta el deber de todos los poderes públicos, y por tanto, también del legislativo y del judicial, de asegurar la protección integral de los hijos y de las madres. Sin embargo, en el derecho vigente

resulta evidente que el juez español no podrá en ningún caso denegar el divorcio aunque sea notorio que va a ocasionar a los hijos o a la esposa, no ya los perjuicios normales de todo divorcio, sino unos daños de excepcional gravedad, con profunda repercusión en el futuro desarrollo de la personalidad de aquéllos, o en la vida futura de ésta última.