

“La Ley del Divorcio nos ha aportado a las mujeres la libertad”



Además de una extensísima trayectoria académica, Encarnación Roca es desde el 22 de marzo de 2017 vicepresidenta de Tribunal Constitucional. En 2005 se convirtió en la primera mujer magistrada en acceder a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, una etapa que define como la más feliz de su vida. Ha recibido numerosos premios y reconocimientos y es una de las figuras más influyentes en el Derecho de Familia a nivel nacional y comunitario. De pequeña soñaba con dedicarse a la música y a la historia del arte, pero decidió elegir el camino del derecho por consejo de sus padres. Una decisión que le ha llevado a forjar con pasión y dedicación un camino que ha marcado el de otras muchas mujeres que sueñan con seguir su es-tela. Pionera en una época en la que el oficio estaba regido por hombres, ha sabido ganarse el respeto de sus compañeros y establecer a fuerza de sentencia una jurisprudencia que ha mejorado la igualdad entre el hombre y la mujer y ha creado un mundo más justo para el Derecho de Familia, especialmente para los me-nores y discapacitados. Este mes de julio se cumplen cuarenta años desde que vio la luz la Ley del Divorcio. Una Ley que como define supuso la libertad para las mujeres. Acudimos a su encuentro para conversar con ella sobre lo que ha supuesto esta ley para nuestra sociedad.

Este mes de julio se cumple en España el 40 aniversario de la Ley del Divorcio de 1981. ¿Esta Ley era necesaria?, ¿podríamos estar ante uno de los mayores hitos conseguidos en

el Derecho de Familia de la historia reciente?

Si, era una ley absolutamente necesaria porque había muchos casos acumulados que no podían resolverse de otra manera que no fuera a través de un divorcio. Esta ley fue una de las primeras aprobadas durante la Democracia que no eran leyes orgánicas. Al comienzo de la Democracia una de las demandas más importantes que existían era resolver todos estos asuntos que se habían ido acumulando y además mantener un estado moderno en el sentido de que el matrimonio ya no era en ninguna parte del mundo algo para siempre.

Ese mismo año se dictaminó la primera sentencia de divorcio desde 1938, ¿recuerda cómo vivió y cómo se vivió judicialmente este momento?

Yo entonces no era juez pero recuerdo que entre los abogados se decía que había algunos jueces que no eran partidarios del divorcio. En ciudades como Madrid y Barcelona había un número importante de juzgados y se habían creado algunos especializados en derecho de familia, sin embargo algunos jueces eran contrarios al divorcio. Lo curioso es que estos jueces en vez de quedarse en sus respectivos juzgados no especializados entraron en juzgados de familia para boicotear la aplicación de esta ley y la verdad es que las sentencias de divorcio cayeron como agua de mayo.

En esa época la judicatura y el ámbito jurídico en general eran un sector mayoritariamente masculino, ¿eso provocó que hubiera más voces disconformes ante la entrada en vigor de esta Ley?

Lo que yo recuerdo es que no hubo demasiada polémica con la ley del divorcio, porque por lo menos lo que yo recuerdo en Barcelona, es que hubo algunas discrepancias tanto de los profesores Universitarios como de los abogados y jueces pero no fueron demasiadas porque había muchos problemas acumulados que por aquel entonces no podían tener una solución fácil y la única vía hasta la entrada en vigor de la Constitución Española era pedir la nulidad canónica una opción que entonces era muy complicada y sigue siéndolo todavía.

¿Considera que la Ley del Divorcio sirvió al principio para solucionar problemas familiares enquistados en el tiempo?

Totalmente, y claro como casi nadie se casaba por lo Civil porque entonces era muy complicado, tenías que alegar que habías apostatado para poder hacerlo. Si no constaba tu bautizo dentro de la religión católica entonces era más fácil pero si constaba te tenías que casar por la Iglesia y entonces la disolución de ese matrimonio era muy complicada porque solo podías utilizar o las sentencias de separación canónica que no te permitían volver a casarte o bien las sentencias de nulidad canónica que no todo el mundo estaba en condiciones de poder utilizar. Por tanto el divorcio para mí es un sistema democrático de resolver un conflicto muy complicado porque al tratar con los sentimientos de las personas es muy difícil de resolver.

¿Qué nos ha aportado a la sociedad la posibilidad de divorciarnos legalmente?, ¿y a las mujeres en concreto?

La Ley del Divorcio nos ha aportado a las mujeres la libertad. En aquella época regía lo que decía el Código Civil de la época. La madre tenía que pedir los alimentos al padre y había una serie de trámites administrativos en los que se necesitaba el permiso de los dos cónyuges porque en aquel momento se ejercía la patria potestad, como por ejemplo a la hora de tramitar un pasaporte. Aunque en 1975 se reformó el Código Civil eliminando la licencia marital, la patria potestad quedó inalterable y según la norma era el padre y en su defecto la madre

quien daba el permiso. Siempre te preguntaban por el padre cada vez que hacías trámites como por ejemplo cuando inscribías a tu hijo en el colegio. Era una situación muy surrealista.

La Ley del Divorcio de 1981 cuenta ya con cuatro décadas a sus espaldas. ¿Cree que hacen falta revisiones y modificaciones para adaptarla a los nuevos tiempos y a la diversidad de modelos de familia existentes hoy en día?

La gran reforma del régimen del divorcio se hizo en el 2005, y posteriormente en el año 2015 con la aparición del divorcio notarial que facilitaba el divorcio porque permitía declarar la propia voluntad ante el notario sin necesidad de contar con otro requisito. En el caso de los divorcios judiciales también dio facilidades la existencia del divorcio rápido que resolvía con más celeridad situaciones complicadas. No hay que olvidar que una parte importante de la violencia de género está producida por estas situaciones enquistadas que se producen incluso después del divorcio. Al final las reformas son siempre necesarias pero yo creo que en la legislación actual se deja un amplio margen de decisión al juez y esto aunque puede no ser popular es conveniente porque cada caso es diferente y se debe partir de unos principios que yo creo que son fundamentales como que el niño no deje de ver a su padre o a su madre, y que haya una relación normal entre los dos. Pero esto es muy fácil de decir y muy difícil de obtener. Un problema de este tipo no se arregla con una modificación en la ley si no con otros sistemas que ayudan a la convivencia como la mediación o la figura del protector parental del niño. El juez debe intervenir cuanto menos mejor porque un magistrado dicta sentencias y esto no siempre es lo mejor para este tipo de problemática tan delicada.

Según las últimas estadísticas del INE que datan de 2019, en caso de divorcio en el 58,1% de los casos se le atribuyen la guardia y custodia de los hijos a la madre frente al 4,1% que son concedidos al padre (el 37,5% restante corresponde a las custodias compartidas). ¿A qué obedece esta disparidad en los porcentajes?

Los porcentajes han aumentado muchísimo en los últimos tiempos. Hace diez años la guardia y custodia compartida no llegaba al 20%. Este aumento es debido seguramente a que también están incrementándose mucho los divorcios consensuados frente a los contenciosos. Algunas veces en la realidad no son demasiado voluntarios porque hay casos en los que los jueces buscan que los cónyuges se pongan de acuerdo y esto ha favorecido un aumento en el número de guardias y custodias compartidas.

Una de las quejas más reiteradas de los compañeros que se dedican al Derecho de Familia es la dilación en los informes psicosociales y la falta de medios con los que cuenta la justicia en general. ¿Comparte esta visión?, ¿cómo podemos atajar estos problemas?

Lo comparto absolutamente. Hay casos sobre todo en los juzgados que no son especializados en familia, en los que está produciéndose esta situación. Es necesario que haya juzgados especializados en esta materia en todas las ciudades que cuenten con un mínimo de habitantes. Es evidente que en un pueblo en el que solo hay un juez de primera instancia no pueda haber además un juzgado de familia. Pero se debería especializar la función del juez de familia porque se trata de un magistrado que es especialista no solo en derecho, si no en derecho y psicología porque aconseja y además actúa como consultor y asesor porque hay veces que las partes no confían en su propio abogado. Yo creo que al final todo está ligado y juzgados especializados comportan más servicios. Si en tu juzgado tienes todos estos servicios se gana en agilidad en los trámites.

Desde la pandemia del COVID fórmulas jurídicas como la mediación están ganando peso como una manera de dar solución a problemas agilizando los tiempos e incluso limando

conflictos. ¿Es partidaria de este tipo de iniciativas en el Derecho de Familia?

Yo siempre que tengo algún amigo que me pregunta por un problema le recomiendo que acuda a mediación. Lo que pasa es que la mediación tiene que ser acordada por las dos partes y si una de las partes no quiere es imposible hacer uso de este sistema. La mediación sirve tanto para llegar a acuerdos previos al divorcio como para solucionar problemas que se puedan plantear después de un divorcio sobre todo si hay hijos porque si hay problemas se pueden alargar hasta más o menos sus 25 años de edad. Hay que tener en cuenta que hoy en día se accede tarde al mundo laboral por-que la formación es mucho más larga y estos hijos no tendrán capacidad adquisitiva hasta que sean bastante más mayores que hace unos años. Esto es la realidad. En dudas habituales como la preparación de la comunión de un niño, el uso de su teléfono móvil, o el plan-tear apuntarle los veranos a estudiar inglés al extranjero, no habría que acudir ante un juez para encontrar soluciones, si no que la figura ideal serían los mediadores o el coordinador parental. Se trata de pequeños problemas habituales que no necesitan una sentencia y que tienen que tener muchas veces en cuenta criterios psicológicos, cuál es la situación económica de la familia, si tienen hermanos mayores o menores, es decir una serie de circunstancias que el juez por sí solo no puede saber. Este tipo de organismos intermedios son típicos de los países anglosajones y resuelven este tipo de problemas evitando que el juez tenga que dictar una sentencia. Creo que de la misma manera deberían ser fomentados en nuestro país.

La Ley 8/2015 de 22 de julio modificó el sistema de protección de la infancia y la adolescencia con el objetivo de proteger el interés del menor. Es usted una firme defensora de proteger y priorizar el bienestar de los menores y discapacitados ante el divorcio de sus padres. Varias sentencias suyas han sentado los pilares de la protección actual que tienen los menores frente al divorcio. ¿Queda aún mucho camino por recorrer en este aspecto?

Sí, queda todavía mucho camino por recorrer. Ayer estábamos ante una sentencia en la que se necesitaba proteger a un menor y no todas las opiniones estaban de acuerdo. Estamos acostumbrados, por lo menos en países como España, Francia o Italia, a trabajar con principios generales que impliquen o tengan como contenido básico la protección de los derechos fundamentales, y en general se tiene la idea de que los derechos fundamentales son cosa de los mayores de edad y esto no es así. Cuando uno nace es ya persona y las personas tienen derechos fundamentales. Por eso creo que las medidas de protección en base al interés del menor son fundamentales. A colegas abogados siempre les pregunto si reciben a los niños en sus despachos y su respuesta muchas veces es que no. Y es a los niños a los que tienen que preguntar cuando hay un problema con los padres porque muchos hablan muy claro. No hay que olvidar que el niño es el más perjudicado ante el divorcio de sus padres y los progenitores son mayores de edad. Y a los niños al final nadie les pregunta y son los principales perjudicados porque van a tener que convivir con padres que no viven juntos o que no solo no viven juntos si no que no se llevan bien. Además van a enfrentarse a toda una serie de problemas con las familias respectivas, con sus abuelos, con sus primos. Y van a tener problemas en el colegio. Por tanto las consecuencias del divorcio van a afectar directamente a los niños y no hablemos si además alguno de estos niños es discapacitado o se trata de un mayor discapacitado como hay algunos casos que he tenido que ver en el Tribunal Supremo. Yo siempre digo que como los niños no votan, no forman sindicatos y no se manifiestan por las calles, son los más perjudicados. Por tanto los jueces tienen que tener muy en cuenta el tema de la protección de los menores y están además obligados a ello.

¿En este sentido está entonces a favor de la figura del coordinador de parentalidad en la jurisdicción del derecho de familia?

Yo estoy siempre a favor de la presencia de figuras in-termedias entre el juez y los progenitores que hagan comprender a los padres que sus discusiones son su-yas pero que no las tienen que trasladar a los niños. El Derecho Australiano es muy moderno en este sentido. Australia y Nueva Zelanda tienen sistemas de intermedia-ción parental, servicios sociales que son conciliadores y están dedicados solo y exclusivamente a niños. En Esta-dos Unidos esta figura existe pero es más sancionadora. Para mí la existencia en este momento de este sistema de intermediación parental es absolutamente indispen-sable pero también puede tropezar con el problema de que los padres lo rechacen y si hay un solo progenitor que no quiere hacer uso de esta figura la guerra está montada. Es por ello que también sería necesaria una educación de los padres en la conciliación. Esto para mí también es indispensable.

¿Cómo se conjuga desde la judicatura la función de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” con la necesaria interpretación de las normas para dar respuesta a las exigencias y cambios de la sociedad?

Nosotros juzgamos según la ley vigente y si no lo hicié-ramos así estaríamos prevaricando. Es el legislador el que tiene que cambiar la sociedad pero también creo que el juez de familia está regido por principios gene-ales más que por reglas específicas. Por ejemplo en cuanto a la atribución del domicilio familiar no se trata de una cuestión regida por una elección si no que hay que obedecer a una ley que establece “al que tenga mayor necesidad, a los niños menores de edad en todo caso”. Y efectivamente hay que empezar protegiendo a los menores y si los niños no son menores de edad o no hay niños, hay que proteger al que tenga más ne-cesidad. Esto son reglas muy generales que hay que estudiar según cada caso en concreto. Por eso el juez aquí tiene más libertad de interpretar y puede ser más creativo siempre que no se salte la ley.

Usted ha defendido también un modelo de pacto continuado para proteger el interés del menor. ¿Qué beneficios tiene esta figura?

El pacto continuado existe por ejemplo para casos como cuando uno de los cónyuges vive con su pareja y tiene hijos. Pacto continuado no quiere decir que haya que estar continuamente firmando papeles ante las cir-cunstancias y decisiones que sobrevengan. El proble-ma es que si ya es difícil en la convivencia normal, en una no convivencia puede ser “la guerra de los Rose”. En muchas circunstancias debería ser así pero si tienes que confiar en la buena fe de dos personas que lo que quieren muchas veces es vengarse la una de la otra, a veces no puede ser posible.

En la actualidad además de una extensísima trayectoria acadé-mica usted es vicepresidenta de Tribunal Constitucional y ha sido también magistrada del Tribunal Supremo siendo la primera mujer en acceder a la sala civil. Ha recibi-do numerosos premios y recono-cimientos y es una de las figuras más influyentes en el Derecho de Familia a nivel nacional y comu-nitario. ¿Qué le queda todavía por hacer?

Me quedan por hacer muchas co-sas quizá no en el ámbito del dere-cho. En el ámbito del derecho de familia una amiga mía que es pe-nalista y yo, tenemos una idea que no se si conseguiremos acabar materializando, que es escribir un libro horizontal que trate asuntos penales en familia y asuntos civi-les, porque mi idea desde que en-tré en el Tribunal Supremo es que el sistema jurídico es un sistema y todo sirve para todo. El Derecho penal es una consecuencia de que se incumplen determinadas nor-mas civiles como por ejemplo el impago de alimentos. No hay un gap o una grieta entre uno y otro que no se pueda salvar. Esto nos lo ha ense-ñado la dedicación al Derecho Constitucional porque no tienes que saber de todo si no saber aplicar el siste-ma constitucional a todas las materias jurídicas. Esto a veces en España todavía no lo hemos asumido de una

manera segura. Las normas constitucionales están en todas partes y también las encontramos presentes por ejemplo en el Derecho Civil y muchas veces sirven para resolver problemas.

Mirando hacia atrás y haciendo un recorrido por toda su trayectoria, ¿de qué se siente más orgullosa?

Quizá me siento orgullosa de la libertad que he tenido de dedicarme a una parte del derecho que en aquella época estaba muy mal vista que era el Derecho Cata-lán y que estuvo a punto de costarme la cátedra, pero esta dedicación es algo de lo que me siento muy orgullosa. Otra cosa de la que me siento muy satisfecha es de haber entrado en el Tribunal Supremo. Para mí ha sido una época muy importante y la más agradable en mi vida.

Texto: *María Nieves Ruiz Ortega y Pilar Hernández López*

Fotografías: *Pilar Hernández López*