

TRABAJO FIN DE MÁSTER

LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL EN ESPAÑA: SUBSISTENCIA Y FINALIDAD

Autor

Clemente Huguet Abío

Director

Prof. Dr. Javier Ferrer Ortiz

Faculta de Derecho de Zaragoza
2012

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	09
II. LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL.	13
1. <i>Indisolubilidad del matrimonio</i>	13
A. <i>Principio del “favor matrimonii”</i>	18
B. <i>El matrimonio y la vida matrimonial</i>	18
2. <i>Derecho a la separación</i>	20
A. <i>Sentido</i>	21
B. <i>Fines</i>	24
3. <i>Clases de separación de hecho</i>	25
A. <i>La separación de hecho en el ámbito civil</i>	26
a. <i>La separación de hecho convencional</i>	28
b. <i>La separación unilateral o sin acuerdo</i>	29
B. <i>La separación de hecho en el ámbito canónico: separación por autoridad propia</i>	30
4. <i>Otros remedios jurídicos diferentes a la separación</i>	30
III. LA SEPARACIÓN EN DERECHO CANÓNICO	33
1. <i>Regulación del CIC de 1917</i>	33

2. <i>Código de Derecho Canónico de 1983</i>	34
A. <i>Regulación</i>	35
B. <i>Causas de separación</i>	37
a. <i>Consideradas en general</i>	37
b. <i>El abandono malicioso</i>	41
C. <i>El adulterio en especial</i>	42
a. <i>Fundamento</i>	43
b. <i>Regulación en la historia</i>	43
c. <i>Requisitos</i>	44
d. <i>Causas enervantes del derecho de separación</i>	45
D. <i>Tramitación y procedimiento previsto para las causas canónicas de separación temporal</i>	46
 IV. LEGISLACIÓN CIVIL ESPAÑOLA SOBRE SEPARACIÓN	51
1. <i>Ley 30/1981, de 7 de julio de modificación del Código Civil</i>	52
A. <i>La separación</i>	53
B. <i>El divorcio</i>	55
2. <i>Ley 15/2005 de 8 de julio que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio</i>	56
A. <i>Consideraciones generales</i>	57
B. <i>Regulación de la separación en el Código Civil reformado en 2005</i>	64
C. <i>Efectos civiles de la separación matrimonial</i>	68
D. <i>Impulso a la mediación en procesos familiares</i>	79

V. LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL CANÓNICA EN ESPAÑA A PARTIR DEL ACUERDO SOBRE ASUNTOS JURÍDICOS DE 1979	83
1. <i>Regulación</i>	83
2. <i>Omisión en el Acuerdo de las causas de separación matrimonial..</i>	87
A. <i>Consentimiento tácito reconociendo efectos a la separación civil, porque eran coincidentes sus causas</i>	90
B. <i>La separación canónica no aborda los aspectos patrimoniales ni de filiación.</i>	92
3. <i>Licencia para acudir al fuero civil</i>	94
4. <i>Incidencia de las reformas del Código Civil</i>	97
A. <i>Quiebra de la “affectio maritalis” como causa de separación matrimonial</i>	97
B. <i>Primero antesala del divorcio y después divorcio sin separación civil previa</i>	102
VI. MEDIDAS A FAVOR DEL MATRIMONIO	111
1. <i>Medidas previas a las causas de separación</i>	112
A. <i>Mediación familiar</i>	113
B. <i>Punto de vista del Derecho Canónico</i>	115
2. <i>Reconciliación</i>	122
A. <i>Derecho Canónico</i>	123
B. <i>Derecho Civil</i>	124
VII. CONCLUSIONES	127
VIII. BIBLIOGRAFIA.....	143

ABREVIATURAS

CIC Código de Derecho Canónico

art. artículo

c. canon

Cc Código Civil

CP. Código Penal

CE. Constitución Española

LEC. Ley de Enjuiciamiento Civil

TC. Tribunal Constitucional

TS. Tribunal Supremo

Cfr. Confróntese

Vid. Véase

VVAA. Varios autores

p. página

TEDH. ... Tribunal Europeo de Derechos Humanos

I. INTRODUCCIÓN

El c. 1016 del Código de Derecho Canónico (en adelante CIC) de 1917, establecía que el matrimonio de los bautizados se regulaba por el Derecho Canónico, sin perjuicio de la competencia de la jurisdicción civil sobre los efectos meramente civiles de dicho matrimonio. Para quienes no profesaban la religión católica, el matrimonio se regía únicamente por lo que disponían las leyes civiles del Estado. El Concordato entre la Santa Sede y el Estado español de 1953 reconocía la competencia de los Tribunales Eclesiásticos en las causas de separación conyugal, junto a otras causas matrimoniales, y aseguraba la ejecución en cuanto a los efectos civiles de las sentencias de separación pronunciadas por los Tribunales Eclesiásticos. Esta reserva jurisdiccional encontraba su adecuada aplicación y complemento en los artículos vigentes del Código Civil y concordantes de la Ley procesal tras las Leyes reformadoras de 24 de abril de 1958.

Según los datos del Anuario Estadístico de la Iglesia, durante muchos años España, era con diferencia el país donde más separaciones se tramitaban en los Tribunales Eclesiásticos, hasta llegar a existir una gran saturación de trabajo en ellos. Desde el Acuerdo de la Santa Sede con el Estado español sobre asuntos jurídicos de 1979, que guarda silencio sobre el conocimiento de las causas de separación de los matrimonios canónicos (lo que implícitamente admitía la competencia de los órganos del Estado), en nuestro país se ha ido reduciendo drásticamente el número de separaciones seguidas ante los Tribunales Eclesiásticos, hasta llegar un momento en que han desaparecido de las estadísticas por su poca relevancia. En concreto, de 4.619 separaciones tramitadas en 1979, año de ratificación de dicho Acuerdo, se pasó a 2.763 separaciones en 1981 (reducción casi a la mitad), y

a tan sólo 20 tramitadas en toda España en 1988. En el Tribunal Interdiocesano de Zaragoza, la última causa de separación data de octubre de 1980.

El c. 1692-2 del CIC de 1983, al tratar de las causas de separación de los cónyuges, permite en cada caso, según lo exijan las circunstancias, el traspaso jurisdiccional al fuero civil. Es decisión del Obispo diocesano de residencia de los cónyuges, sin que suponga renuncia de la Iglesia a esta jurisdicción propia. Tal solución solo es posible en aquellos lugares en los que no tienen efectos civiles las decisiones eclesiásticas. La explicación de este canon puede hallarse en el hecho de que la Iglesia, en derecho concordado, ha reconocido más de una vez que el Estado ejerza su jurisdicción sobre las causas de separación de cónyuges. Es elocuente el hecho de que el año 1988 es el último en que en las estadísticas eclesiales aparece la separación matrimonial, con tan sólo 281 casos de separación en la Iglesia Universal.

Partiré del presupuesto de la indisolubilidad del matrimonio canónico y del derecho de los cónyuges a separarse en caso de adulterio o grave peligro espiritual o corporal para el otro cónyuge o los hijos. A esta regulación dedico una parte del trabajo, constatando en primer lugar la necesidad de acudir a la jurisdicción civil, para dotar a la separación matrimonial canónica de efectos civiles (básicamente de filiación y patrimoniales), y en segundo lugar, la similitud de las causas para solicitar la separación matrimonial, que contemplaban ambos ordenamientos.

En 1981 la legislación civil introduce el divorcio en España. La separación no sólo es un remedio jurídico a las crisis matrimoniales, sino que se convierte en paso previo para solicitarlo de acuerdo con dicha legislación. Será suficiente el transcurso de un año desde la sentencia de separación para solicitar el divorcio (artículo 81 del Código Civil). De esta forma las causas de separación se convierten en causas de divorcio. Paralelamente, las sentencias judiciales, también de las separaciones contenciosas, omiten entrar en las causas invocadas. Les basta con la

constatación de la quiebra de la *affectio maritalis*. Frente a esta realidad jurídica, no es de extrañar que la reforma de julio de 2005 del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, introduzcan en nuestra legislación la posibilidad de divorcio directamente, sin necesidad de separación previa, y tan sólo tres meses después de casados. Para ello basta con manifestar tal voluntad, sin necesidad de indicar las razones para tomar una decisión de tanta trascendencia.

No quedaría el análisis completo sin poner de manifiesto que muchos españoles desconocen que la separación matrimonial es una posibilidad que sigue plenamente vigente en nuestro ordenamiento. Se ha introducido lo que podríamos llamar una mentalidad divorcista. Es en los cursos prematrimoniales donde se debe insistir en la indisolubilidad del matrimonio, explicando muy bien que en algunos casos puede ser necesaria y aún conveniente la separación, pero no sin antes haber puesto todos los medios que posibiliten que la vida matrimonial pueda continuar.

Tras analizar la realidad social y constatar la existencia del problema, abordo la validez de la separación canónica para solucionar la crisis en el matrimonio, si no ha sido posible la reconciliación de los cónyuges, revisando si fuera preciso el contenido del c. 1692 CIC. La Iglesia, con sus Tribunales (desde la omisión en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado Español de 1979), no tiene ningún protagonismo en la separación matrimonial de los esposos, y por lo tanto no cumple su misión pastoral en un aspecto importante de la vida matrimonial. Por ello, conocedor de la dificultad de recuperar el ejercicio de la jurisdicción canónica en materia de separación matrimonial, propondré más por extenso en las conclusiones, la posibilidad de que a solicitud de uno de los cónyuges la causa de separación se suspenda en primera instancia y durante un plazo determinado, para dar lugar a la acción conciliadora de la Iglesia, a salvo la competencia de los Juzgados Civiles de Familia para acordar las medidas cautelares que estime convenientes.

II. LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL

El derecho a la separación no contradice en nada que el matrimonio sea para siempre, porque no se disuelve el vínculo (que es la esencia del matrimonio). Por eso, en este capítulo, hablare del alcance de esta institución y qué sentido tiene que sea admitida por la Iglesia. Se puede definir como la suspensión de los derechos y deberes conyugales, o sea, la ruptura de la comunidad de vida y la convivencia, permaneciendo el vínculo conyugal¹.

La posibilidad de separación ha estado prevista tanto en el derecho civil como en el derecho canónico. Ya en respuesta a las tesis protestantes, el Concilio de Trento afirma expresamente: “Si alguno dijere que yerra la Iglesia cuando decreta que puede darse por muchas causas la separación entre los cónyuges en cuanto al lecho o en cuanto a la habitación, por tiempo determinado o indeterminado, sea anatema”².

Pero con carácter previo, y para entender mejor la separación matrimonial, considero importante explicar porque el matrimonio es para toda la vida.

1. Indisolubilidad del matrimonio

El matrimonio es una institución jurídica que tiene su origen en la naturaleza del hombre. Es el núcleo donde se funda y conserva el resto de lazos que vertebran la familia. No es sólo un estado legal.

¹ Cfr. A. SARMIENTO, *El matrimonio cristiano*, Pamplona 1997, p. 239.

² Cfr. *Ibidem*, p. 340.

El amor conyugal tiende a la unión, y se opone a la separación de los cónyuges y a la disolución de esa unión³ La indisolubilidad del matrimonio sólo es comprensible por la existencia de un factor vinculante (dicho en términos jurídicos de una relación obligatoria). Cuestión distinta es como deba ser entendida esa vinculación, porque como puro hecho tan ruptura de la realidad social matrimonial es la disolución del vínculo como la separación perpetua, y sin embargo sus consecuencias y su tratamiento son muy diferentes⁴.

El matrimonio supone esencialmente un ligamen o vínculo permanente para toda la vida, que normalmente va acompañado de compartir lecho, mesa y habitación; y además, suele suponer cierta unidad por lo que respecta a los bienes y a las voluntades⁵. El cónyuge pasa a ser parte de uno mismo con la entrega y aceptación recíproca del otro.

Del matrimonio surgen unos derechos y obligaciones de la más diversa índole, unos se refieren a la persona del otro cónyuge y otros a la de los hijos (de fidelidad, de cuidado...). La dimensión de justicia en el matrimonio la dan los derechos y deberes de los cónyuges. Aunque el vínculo no puede disolverse por ninguna potestad ni en atención a causa alguna; el *ius in corpus* (quizá se entiende mejor si hablo de derecho a vivir juntos), se puede suspender en atención a causas determinadas, normalmente relacionadas con esos derechos y obligaciones. Por otro lado, el matrimonio no es sólo de la incumbencia de los contrayentes, y por lo tanto, no pueden llenar de contenido ese consentimiento sólo con lo que ellos quieran.

Cuando dos personas se casan, no saben qué avatares va sufrir en el futuro ese matrimonio, pero es normal que existan crisis con mayor o menor frecuencia. Entonces lo que deben tener claro los esposos, y lo que han de recordar en esos momentos es el pacto conyugal, el acto positivo de voluntad

³ Cfr. J. HERVADA, *Una Caro: Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona 2000, p. 111.

⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 96.

⁵ Cfr. A. BERNARDEZ, *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid 1961, p. 6.

que les llevó a entregarse al otro en cuerpo y alma en alianza irrevocable⁶. Es decir, en el matrimonio no se entregan determinadas prestaciones, sino sus personas. Y todo ello con una finalidad muy concreta, que es formar una familia entre los dos, vengan o no vengan los hijos. Por eso podemos asegurar que es mucho más que una simple sociedad. La fidelidad al vínculo es un elemento imprescindible para alcanzar los fines de la institución matrimonial, que son el bien de los cónyuges y la procreación y educación de los hijos.

El principio de la indisolubilidad del vínculo conyugal no es exclusivo del Derecho Canónico, como algunos pueden creer, sino que responde a una exigencia o dimensión de justicia derivada de la naturaleza misma del pacto matrimonial. Su fundamento hay que buscarlo en la dignidad de la naturaleza humana y su forma de amar. Ese amor se manifiesta en una donación de sí mismos, de entrega del uno al otro, para siempre. Sin embargo, en muchos Estados (España por ejemplo), pasando por alto la realidad humana, admiten el divorcio vincular. Parece como si no aceptaran, que cuando se trata de entrega o donación de personas, esta ha de ser irrevocable, porque una entrega sólo temporal, nace condicionada desde el primer momento⁷. El hombre puede elegir comprometerse para siempre, por ello negar la indisolubilidad del matrimonio, sería tanto como negar la libertad del hombre. Es normal en otros campos de la vida humana regidos por el Derecho, que las personas tomen una decisión de forma libre, que evite la necesidad de tomarlas constantemente. Y es que lo contrario crearía una gran inseguridad jurídica entre las partes contratantes. En campos más trascendentes, nadie puede dudar de la posibilidad de las personas de entregarse perpetuamente y en exclusividad. De esta forma, los casados tienen más fácil alcanzar sus fines. Este principio da seguridad a esa apuesta de futuro que supone casarse, e incluso, cuando no cabe otra salida que la separación, se hace compatible la solución de esa crisis de la pareja,

⁶ Cfr. J. ESCRIVÁ, *La separación conyugal: sentido y futuro*, en VVAA., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: Actas del x Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona 2000, p. 708.

⁷ Cfr. J. CARRERAS, *Comentario al Libro VII*, Los procesos del CIC, p. 1967.

con la permanencia del matrimonio. El saber que el compromiso que se va a contraer es irrevocable incita a la pareja a no aventurarse a la ligera en el matrimonio y les ayuda a superar las crisis que pondrá en peligro su unión⁸. Aunque no se casen con la perspectiva de divorciarse, quién tiene la posibilidad de una retirada o de volverse a casar de nuevo, no lucha con tanto empeño como quién no la contempla⁹.

El divorcio no es algo normal, sino una patología del matrimonio, que se comenzó a aceptar como mal menor en algunos ordenamientos, siempre de forma excepcional, y por causas motivadas, concretas y graves. Si en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se hizo referencia a la disolución del matrimonio fue motivada para defender la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio y en su disolución, frente a discriminaciones existentes en culturas diferentes a la occidental, que admiten el repudio o dan el derecho de divorciarse sólo al hombre. En ningún caso se reconoce un derecho al divorcio en dicha Declaración de Derechos Humanos¹⁰.

Ahondando en el tema de si está garantizado el derecho al divorcio, debemos considerar que en 1979 el TEDH estimó que, en determinados casos, existe un deber para el legislador nacional de hacer efectivo los derechos de los cónyuges: "...a solicitar una separación judicial. Con ello se reconoce el hecho de que la protección de su vida privada y familiar exige en ocasiones el que sean dispensados del deber de vivir juntos"¹¹.

Si nos atenemos a la jurisprudencia explícita sobre el divorcio, la conclusión es que no está reconocido un derecho al divorcio; al menos es lo que concluyó el Tribunal en el asunto Johnston y otros c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986: "El Tribunal, de acuerdo con la Comisión, reconoce que el

⁸ El Foro Español de la Familia planteó una iniciativa para que quienes vayan a contraer matrimonio puedan elegir en el Registro Civil entre el matrimonio "blindado" (en el que los cónyuges podrán separarse, pero sólo divorciarse en casos "muy graves" especificados por la ley) y el matrimonio exprés actual, en el que es posible divorciarse transcurridos tres meses desde el enlace.

⁹Cfr. J.G. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El matrimonio invertebrado*, en Documentos del Instituto de Ciencias para la familia, Madrid 2012, p. 107.

¹⁰ Cfr. *Ibidem.*, pp.68-78.

¹¹ Asunto Airey c. Irlanda, de 9 de octubre de 1979 [TEDH 1979, 3]).

sentido ordinario de las palabras -derecho de casarse- es claro: se refieren al nacimiento de las relaciones conyugales y no a su disolución. Además, están en un contexto que se remite expresamente a las -leyes nacionales-; incluso si, como sostienen los demandantes, se puede considerar la prohibición del divorcio como una limitación de la capacidad para contraer matrimonio, en una sociedad en que impera el principio de la monogamia...Entiende el Tribunal que los trabajos preparatorios no manifiestan ninguna intención de incluir en el artículo 12 cualquier garantía del derecho a la disolución del matrimonio por medio del divorcio. Los demandantes insisten mucho en la evolución social acaecida después de la redacción del Convenio y especialmente en el considerable aumento, en su opinión, del número de rupturas matrimoniales. Es cierto que hay que interpretar el Convenio y sus Protocolos teniendo en cuenta las circunstancias actuales, pero el Tribunal no puede deducir de este Instrumento, por medio de una interpretación evolutiva, un derecho que no se incluyó al principio. Así sucede especialmente cuando, como en el caso presente, la omisión fue intencionada”¹². No obstante la rotundidad de este pronunciamiento, es bastante probable que hoy no se produjera el mismo resultado, primero porque las legislaciones nacionales han venido reconociendo el derecho al divorcio, y luego por la propia evolución de la jurisprudencia del Tribunal en este ámbito¹³.

Por todo ello, a nadie debe extrañar que dentro de la misión de la Iglesia, se defienda el principio de indisolubilidad del matrimonio¹⁴, y que sea el fundamento de toda su pastoral para afrontar las crisis matrimoniales¹⁵.

¹² Recopilación de los trabajos preparatorios, vol. 1, p. 268.

¹³ Cfr. M.A. PRESNO LINERA, *La garantía europea de los derechos a casarse y a fundar una familia*, en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 7/2007, pp. 11 y 12.

¹⁴ Como subrayo Pío XII en un discurso a la Rota Romana en 1941, el matrimonio rato (sacramentalidad) y consumado es indisoluble por Derecho Divino y no puede ser disuelto por ninguna potestad humana (si no confluyen los dos elementos es posible su disolución, a través del ejercicio por el Romano Pontífice de su potestad vicaria), en cambio los otros matrimonios aún siendo intrínsecamente indisolubles, si se dan ciertos presupuestos necesarios, pueden ser disueltos, no solamente en virtud del privilegio paulino, sino también por el Romano Pontífice en virtud de su potestad ministerial.

¹⁵ Cfr. J. CARRERAS, *Comentario al Libro VII*, Los procesos del CIC, p. 1968.

Anteriormente he afirmado que el matrimonio debe ser protegido por el Ordenamiento Jurídico. Pues bien, uno de las formas de hacerlo es con la aplicación del principio que menciono a continuación.

A. Principio del “favor matrimonii”

El matrimonio goza del favor del derecho (c. 1060). Este principio fija un criterio por el que se considera válido al matrimonio celebrado mientras no se pruebe lo contrario; o se establece una presunción legal por la que queda libre de la carga de la prueba quien afirma su validez debiendo aportar las pruebas quien afirma la nulidad¹⁶.

Detrás de este principio está la protección de los derechos y deberes de los cónyuges, que han entrado en juego por el consentimiento de los esposos manifestado libremente. Es la principal cautela jurídica para que el matrimonio válido¹⁷ no quede sometido al evento posterior del fraude de ley, del cambio de voluntad de los que lo contrajeron; ni quede expuesto al riesgo de los deseos del egoísmo humano¹⁸.

B. El matrimonio y la vida matrimonial

El consorcio de toda la vida significa la comunidad plena e íntima, espiritual y corporal, que se realiza y expresa sobre todo a través del hecho de la cohabitación. El derecho de vivir juntos proporciona al matrimonio las condiciones propicias para la realización de los fines del matrimonio (mutua ayuda entre los esposos y procreación y educación de los hijos). Aunque existen matrimonios que por diferentes circunstancias no viven juntos, aunque estén bien avenidos (como puede ser trabajar una temporada en otra ciudad u otro país), no cabe duda que cuando un hombre y una mujer se

¹⁶ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

¹⁷ El c. 1055-2 establece: “Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento”.

¹⁸ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

casan lo hacen para crear una familia, donde van a poder cumplir con esos derechos y deberes mutuos a los que antes me he referido. Es por ello, que cabe afirmar que se trata de mucho más que un mero estar, sin preocuparse del otro. La pareja puede dar compañía y alegrías, pero también exigir sacrificio.

Su realización no es fácil, especialmente si tenemos en cuenta la complejidad de intereses que entran en juego: individuales, familiares, sociales, económicos, espirituales, etc. Por eso, aunque el matrimonio en sí mismo sea irrevocable, la vida matrimonial puede llegar a ser insoportable. Por eso está previsto como último de los remedios, la separación¹⁹.

Prados analiza el voto particular de colaboradores y consultores del CIC de 1917, y señala que alguno de ellos explica que no puede renunciarse a las obligaciones derivadas del matrimonio, ya sean las surgidas frente a los cónyuges, ya sean las que les obligan frente a los hijos, ni de forma unilateral ni de mutuo acuerdo. Más aún, muchas de esas obligaciones no pueden ponerse por obra de modo perfecto si los esposos no viven vida en común²⁰.

El legislador del nuevo Código no enumera los derechos-deberes esenciales del matrimonio que expresan la naturaleza del vínculo, dejando su concreción a la doctrina y a la jurisprudencia²¹. Desde el Concilio Vaticano II se observa entre los autores una tendencia a aceptar el derecho-deber de la convivencia conyugal como propio de la esencia del matrimonio. Pero la doctrina acepta mayoritariamente que sólo el *ius in corpus* es esencial para el vínculo matrimonial, y otros elementos, incluida la cohabitación, sólo perfeccionan el matrimonio. Esta división ofrece unas ventajas muy considerables al tratar de la separación matrimonial: permite distinguir un matrimonio de otras formas de relación entre un varón y una mujer; subraya lo específico del matrimonio; permite distinguir entre la

¹⁹ Cfr. *Ibidem*.

²⁰ Cfr. L. A. PRADOS, *La separación de los cónyuges en el iter redaccional de la codificación de 1917*, Roma 2003, p. 41.

²¹ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

disolución del matrimonio y la separación de los esposos, y explica la validez de los matrimonios que no tienen vida en común.

No puedo poner en duda que lo perfecto es una comunidad de vida y amor, donde el acto conyugal esté abierto a la vida y al fomento del amor entre los esposos, pero la separación, establecida jurídicamente, no atenta contra esos derechos-deberes, ya que tan sólo quedan en suspenso. A la inversa, existen matrimonios sin vida matrimonial, aunque no vivan separados. Esta variedad de formas, fundada en la riqueza y diversidad de las personas que la construyen no puede ser suficientemente apreciada por las disposiciones de derecho que son esquemáticas y generales.

2. Derecho a la separación

Debo partir de la base de algo a lo que ya me he referido al tratar de la indisolubilidad, y es que entre bautizados el matrimonio rato y consumado²² no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte²³. Otra cosa es el deber de cohabitación que gravita sobre ambos cónyuges, que necesita de la posibilidad de poner fin a la convivencia matrimonial cuando existe justa causa. El fundamento del derecho de separación es, por tanto, la existencia de comportamientos del otro cónyuge gravemente lesivos de los principios informadores de la vida matrimonial.

²² Con el término rato se hace referencia al matrimonio sacramental; mientras que rato y consumado hace referencia al matrimonio sacramental, cuando los cónyuges han realizado el acto conyugal (cfr. C. 1.061).

²³ A tenor de c. 1.143, 1: “El matrimonio contraído por dos personas no bautizadas se disuelve por el privilegio paulino a favor de la fe de la parte que ha recibido el bautismo, por el mismo hecho de que ésta contraiga un nuevo matrimonio, con tal que la parte no bautizada se separe”. Y añade el mismo precepto legal en su parágrafo 2: “Se considera que la parte no bautizada se separa, si no quiere cohabitar con la parte bautizada, o cohabitar pacíficamente sin ofensa del Creador, a no ser que ésta, después de recibir el bautismo le hubiera dado un motivo justo para separarse”.

Por otro lado el c. 1.148 regula en su parágrafo 1: “Al recibir el bautismo en la Iglesia Católica un no bautizado que tenga simultáneamente varias mujeres tampoco bautizadas, si le resulta duro permanecer con la primera de ellas, puede quedarse con una de las otras, apartando de sí a las demás. Lo mismo vale para la mujer no bautizada que tenga simultáneamente varios maridos no bautizados”.

La separación de los esposos con permanencia del vínculo matrimonial puede ser legítima en ciertos casos previstos por el Derecho Canónico²⁴. No es que la Iglesia imponga la separación, sólo la autoriza. Supone el ejercicio de un *ius separandi*, que otorga el ordenamiento a favor de uno de los cónyuges²⁵. La convivencia puede suspenderse en situaciones críticas graves y difícilmente enmendables cuando media una de las causas legales, cuando la convivencia es intolerable, o cuando hay reacciones de repulsa en uno o en ambos cónyuges²⁶. La separación es un mal menor para evitar otro mayor (cabe la separación personal cuando la vida en común sea contraproducente para alguno de ellos). Dura hasta que cese la causa o los esposos se reconcilien.

La Iglesia siempre intenta salvar el bien del matrimonio y de la familia; y en la mayoría de los casos este bien está vinculado a la continuación de la convivencia matrimonial. Y sólo cuando es imposible salvar la vida en común o su continuación resulta peligrosa se puede acudir a la separación. Y esto, no porque no exista el derecho a separarse, sino porque con ella se hace muy difícil el cumplimiento de los deberes conyugales, además de poner en riesgo de uniones fuera del matrimonio a los cónyuges, o hacer que los hijos queden más desprotegidos.

Por último, debo decir que para que exista el derecho de separación no es causa suficiente la existencia de causa legítima, sino que es necesaria la intervención de autoridad.

A. Sentido

La separación conyugal presupone que permanece el vínculo conyugal, pero, por causas justas previstas por el derecho, como remedio a graves daños o riesgos del cónyuge o de los hijos, o por causa de adulterio, se suspenden ciertos derechos y deberes conyugales, sobre todo los referentes a

²⁴ Cfr. VVAA., *Catecismo de la Iglesia Católica*, 1999 (Punto 2383).

²⁵ Cfr. A. BERNARDEZ, *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid 1961, p. 599.

²⁶ Cfr. C.1151 CIC.

la convivencia conyugal²⁷. En caso de que la comunidad en vez de ser ayuda, ocasione estragos, la tutela de los derechos fundamentales de la persona requiere la separación para evitar un mal serio para el alma o para el cuerpo, irreparable de otra manera.

Es una institución de Derecho de Familia que surge para poner remedio a aquellas situaciones de crisis matrimonial, pretendiendo mediante la suspensión del deber de cohabitación entre los cónyuges solucionar dicho conflicto, protegiendo en todo caso dicho matrimonio. No es ningún contrasentido, porque estar distanciados puede favorecer la reflexión, posibilitando la reanudación de la convivencia una vez reconciliados. En ningún caso debería ser considerada como la antesala del divorcio²⁸.

La separación siempre es a petición de los cónyuges, dado la naturaleza personalísima de la acción que se ejercita, o sea, que ni siquiera los herederos del cónyuge pueden seguir en el ejercicio de la acción de separación iniciada por su causante.

El CIC diferencia entre separación perpetua y temporal, según el consorte inocente tenga derecho a separarse de por vida o sólo mientras dure la causa que justificó la separación. Únicamente el adulterio es causa de separación perpetua, porque supone negar al cónyuge como tal. El derecho a la separación perpetua por causa de adulterio protege directamente la específica dignidad esponsal del cónyuge inocente defraudado en la fidelidad. Hay quién resume lo anterior señalando que el adulterio atenta contra el otro en cuanto es cónyuge, y las otras causas en cuanto es persona²⁹.

Algunos autores se han planteado si es necesario que exista peligrosidad en la convivencia conyugal, o es necesario, además, que exista

²⁷ Cfr. D. CENALMOR-J. MIRAS. *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho Canónico*, Pamplona 2004, p. 479.

²⁸ Cfr. J. SABATER, *Derechos y deberes de los seglares en la vida social de la Iglesia*, Barcelona 1954, p. 669.

²⁹ Cfr. D. CENALMOR-J. MIRAS, *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho Canónico*, Pamplona 2004, p. 479.

también culpabilidad en el cónyuge. La mayoría entiende que basta el peligro sin culpa, para que no exista el deber de vivir juntos. En ocasiones no vivir juntos puede ser un deber (piénsese en una enfermedad contagiosa grave, por ejemplo)³⁰. Otros, en cambio, consideran que en esos momentos de dificultad es cuando debe manifestarse la mutua ayuda en toda su extensión. De ello se deriva que para que proceda la separación es necesaria la culpabilidad ³¹. De esa misma opinión es Hervada, cuando afirma que procede la separación que suspende los derechos y deberes conyugales y el fin de la mutua ayuda, si la situación contraria a la vida conyugal es culpable, porque sólo la culpa enerva el deber de la otra parte y el derecho propio. Asimismo cree que si el cónyuge que es causa del peligro se niega sin razón a no vivir juntos, tal conducta ya constituye una forma de culpa ³². Las situaciones desgraciadas sin culpa, no sólo no son motivo de suspensión del derecho y deber de la comunidad de vida, entendida como solidaridad y participación de bienes, sino que representan casos en los que el fin de la mutua ayuda debe manifestarse en toda su extensión y hondura. La obligación se ha impuesto, no sólo para los tiempos favorables, sino también para las más duras y dolorosas circunstancias de la vida, cuando más falta hace ser ayudado.

Finalmente hay que explicar el fundamento particular del abandono malicioso. Realmente es un procedimiento de convertir la injusta separación de hecho y sin relevancia jurídica, en una separación de derecho.

Al estudiar las clases de separación y las diferentes causas que las motivan, llego a la conclusión que todas están debidamente justificadas en motivos de entidad, y que en muchos casos es heroico decirle a un cónyuge que continúe viviendo con el otro, existiendo causa legal para separarse.

³⁰ Cfr. J. FORNES, *El Sacramento del Matrimonio*, en VVAA., *Manual de Derecho Canónico*, Pamplona 1988, p. 690.

³¹ Cfr. C. DE DIEGO, *Medidas Pastorales Previas en las causas de separación conyugal*, en *Ius Canonicum* XXV (1985), pp. 209-225.

³² Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

B. Fines

Las causas de separación temporal tan sólo afectan a la integridad formal del matrimonio, en el sentido de suspender estos derechos y obligaciones por la necesidad de proteger derechos más fundamentales que los implicados en la relación matrimonial, como pueden ser la vida o la salud. La mayor o menor duración de la separación temporal no depende de la mayor o menor gravedad de los hechos, sino del tiempo que se prevea que han de durar las circunstancias lesivas de los derechos personales del cónyuge inocente. La separación no tiene carácter de pena, sino también de remedio para evitar graves males del alma o del cuerpo. A menudo esta separación temporal se concederá por tiempo indefinido, dada la improbabilidad de que el peligro desaparezca.

Mención aparte merece la inmadurez afectiva, ya que puede ser causa de nulidad³³. Pero según sentencias de la Rota es curable en algunos casos. Mientras se cura o no, puede ser un camino aconsejado la separación canónica.

El Derecho Canónico admite únicamente la separación-remedio o sanción en caso de adulterio, mientras que otros sistemas tienen la separación-convenio (que recoge los acuerdos adoptados por las partes y que rigen el matrimonio mientras dure la separación). Para evitar mal entendidos, hay que subrayar que el objeto del remedio no es la institución del matrimonio, ésta permanece perfecta si es válida, sino las vicisitudes de la vida matrimonial concreta³⁴. A diferencia del divorcio, donde no hay posibilidad para el arreglo, la separación deja la puerta abierta a una posible solución de esa crisis matrimonial, y por lo tanto a la esperanza de vencer las dificultades y volver a convivir juntos.

³³ C. 1095 CIC.

³⁴ Cfr. W. LIPKA. *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

3. Clases de separación de hecho

De la sistematización de las diversas situaciones que pueden darse en la práctica quiero diferenciar la separación total y parcial. Relevancia social tiene la plena o total, perteneciendo la otra a la esfera de la intimidad conyugal. También puedo hablar de separación temporal y definitiva, consensual y causal. Todas ellas las trato más extensamente en el siguiente capítulo dedicado a la separación en Derecho Canónico. Pero antes me interesa desarrollar la diferencia entre la separación de hecho y de derecho, no sólo en el ámbito canónico.

Se puede definir la separación legal como aquella forma o fórmula de solución de la crisis matrimonial, cuya consecuencia inmediata está constituida por la suspensión de los derechos y deberes del matrimonio, sin que ello signifique que desaparezca. De lo anterior destaco dos notas esenciales que configuran la separación matrimonial, como son:

a) Permanece el vínculo matrimonial, y por lo tanto los cónyuges no pueden casarse de nuevo³⁵.

b) El matrimonio continuará en el tiempo y solamente quedará disuelto o acabado por las causas de disolución del vínculo, como son la muerte o declaración de fallecimiento, o por el divorcio (artículo 85 del Código Civil), o volverá a tener su plena eficacia a través de la reconciliación (artículo 84 del Código Civil)³⁶.

Pero no cabe duda que surge un nuevo estado civil del cónyuge, que pasa a estar casado-separado, y que no sólo le incumbe a él, sino a toda su familia. Más adelante explicare cómo no sólo afectan a la cohabitación, sino a una serie de efectos civiles en las relaciones interconyugales y paternofiliales.

Aparte de la separación legal, regulada en el Derecho Civil, se puede dar y se da la separación de hecho, aunque cada vez menos, por las

³⁵ Art. 46.3 Cc.: “No pueden contraer matrimonio los que estén ligados por el vínculo matrimonial”.

³⁶ Cfr. VVAA., *Tratado de Derecho de Familia*, Madrid 2005, pp. 88 y 89.

simplificaciones que supone la nueva normativa sobre la separación matrimonial. No debe entenderse cualquier alejamiento fáctico de los esposos, sino el realizado con la intención de suspender de modo definitivo la vida matrimonial. Viene a suponer una alteración de la vida familiar. El estado jurídico de separación contempla un derecho, cuando se dan los requisitos determinados legalmente. En cambio, la separación de hecho vulnera una obligación no disponible, porque el art. 68 Cc, establece que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Pero a veces, puede ser aconsejable la separación por un período de tiempo, incluso viviendo juntos. No siempre tiene relevancia social, ya que, como he dicho antes, pertenece a la esfera de la intimidad conyugal (de todos modos también produce efectos jurídicos como expongo más adelante).

A. La separación de hecho en el ámbito civil

Para que tenga lugar la separación es necesaria la presencia de una intención clara de separarse, pues en otro caso, será tan sólo un simple alejamiento, en el que persiste el deseo de volver cuanto antes al otro cónyuge, manteniendo los lazos afectivos.

La figura de la separación de hecho, nace de la decisión personal de los cónyuges y no se somete al conocimiento judicial. Pero, hoy por hoy, hay que decir que la separación de hecho puede producir, tanto en el ámbito personal como patrimonial, efectos de cierta trascendencia. Piénsese que entre otras cosas puede hacer cesar la presunción de paternidad del marido³⁷, y puede ocasionar el ejercicio de la patria potestad únicamente por el progenitor conviviente con los hijos³⁸. Aunque no cabe duda de que dada la sencillez que para una declaración judicial de separación establece la nueva Ley

³⁷ Artículo 116 Cc.

³⁸ Artículo 92 Cc.

15/2005, 8 de julio, la separación de hecho será una opción de libertad poco exigida³⁹.

El Tribunal Supremo, siguiendo un criterio con anterioridad repetidamente mantenido, entiende ineficaces los pactos de separación amistosa, si bien les atribuye alguna significación en el orden patrimonial⁴⁰. Insiste dicho Tribunal en que los pactos reguladores de la separación privada o no judicial del matrimonio son contrarios a las normas de la institución familiar e implican una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que el Código Civil impone, lo que origina que sus consecuencias no son jurídicamente protegibles; sin embargo, es permisible el convenio relacionado con los alimentos, que se refieren a la asistencia económica entre los cónyuges, aún vigente el vínculo matrimonial, por existir separación de hecho⁴¹. Otra sentencia de dicho Tribunal declaró literalmente: “No ataca a la moral ni a las buenas costumbres que la esposa, que después formuló demanda de separación por adulterio ante el Tribunal Eclesiástico contra su cónyuge, con anterioridad convenga con él una separación extrajudicial y resuelva provisionalmente sobre la custodia y cuidado de los hijos, sin afectar a los fines y esencia del vínculo conyugal”⁴². Por último, cito otra sentencia que afirma: “Por otra parte, rota la convivencia conyugal con una separación fáctica seria, prolongada y acreditada con el consentimiento de ambos cónyuges, no cabe considerar gananciales bienes adquiridos por uno sólo de los esposos sin contribución del otro”⁴³.

Para mayor claridad, dentro de la separación de hecho debo diferenciar la convencional, de la que se establece sin acuerdo.

³⁹ Cfr. I. SIERRA, *Matrimonio y crisis, Separación, Divorcio y Nulidad*, en VV.AA, *Tratado de Derecho de Familia*, Madrid 2005, p. 93.

⁴⁰ Sentencias de 17 de junio de 1949, 30 de septiembre de 1959, etc.

⁴¹ Sentencia de 25 de junio de 1987 del TS.

⁴² Sentencia de 31 de enero de 1985 del TS.

⁴³ Sentencia de 27 de enero de 1998 del TS.

a. *La separación de hecho convencional*

Es la acordada libremente por ambos cónyuges y que es plasmada en casi todas las ocasiones en escritura pública notarial. Ya dije antes que se ha puesto en duda la validez de dichos pactos, y que los mismos pudieran estar en desacuerdo con el Código Civil, que prohíbe los contratos con causa ilícita o las transacciones en materia matrimonial⁴⁴. Mayoritariamente los autores opinan que no pasa de ser una consideración teñida de falso puritanismo, cuando hoy, con base en la causa 1ª del art. 81Cc., los cónyuges de común acuerdo pueden solicitar al Juez la separación judicial y éste debe decretarla, sin necesidad de alegar ningún motivo y sin entrar en el fondo de la cuestión que lleva a los esposos a separarse⁴⁵. Otra cosa es que los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges⁴⁶.

También el TC tiene jurisprudencia sobre este tema, cuando dice: “La separación de hecho no hace desaparecer los deberes derivados de la relación conyugal ni otorga un omnímodo derecho de libertad a los cónyuges, que esta subsistencia de deberes es igual para uno y otro consorte y que uno y otro se injurian si antes de que se produzca la disolución del vínculo desarrollan comportamientos que signifiquen menosprecio o que lesionen otros bienes de la personalidad”⁴⁷.

En relación con los alimentos, la jurisprudencia emanada de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha establecido que no se pierde el derecho a alimentos en la separación de hecho libremente consentida⁴⁸.

⁴⁴ Arts. 1275 y 1814 del Cc.

⁴⁵ I. SIERRA GIL, *Matrimonio y crisis: Separación, Divorcio y Nulidad*, en VV.AA, Tratado de Derecho de Familia, Madrid 2005, p. 93.

⁴⁶ Recogido en el artículo 90 Cc.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1982.

⁴⁸ Entre todas la Sentencia de 25 de noviembre de 1985.

En cuanto a la patria potestad sobre los hijos, habrá de estarse a lo convenido (mencionábamos que cabe la posibilidad que la ejerza sólo el cónyuge con quién convivan), y con carácter subsidiario en caso de falta de acuerdo en este aspecto, se hará lo que se decida judicialmente, siempre con intervención del Ministerio Fiscal en defensa y representación de los hijos menores de edad, previa instancia de algún cónyuge o de los dos⁴⁹.

Los demás efectos de la separación de hecho convencional y establecidos en diversos preceptos del Código Civil son los siguientes:

- El cónyuge que al morir su consorte estuviera separado de él por mutuo acuerdo que conste fehacientemente no tiene derecho al llamamiento del art. 944 cuando fallezca abintestato⁵⁰.

- Es causa para pedir judicialmente la extinción de la sociedad de gananciales, el llevar un cónyuge separado de hecho del otro por más de un año de mutuo acuerdo⁵¹.

b. La separación de hecho unilateral o sin acuerdo

Es ésta una situación imposible de ser regulada legalmente y que incluso puede tener consecuencias penales⁵². Sin embargo, esa situación puede tener efectos colaterales, que afectan al matrimonio, por ejemplo que continúa la sociedad de gananciales o que interrumpe la presunción de paternidad del marido de los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y pasado el plazo de 300 días siguientes a la separación de hecho de los cónyuges⁵³.

En todo caso, esta situación de hecho no extingue o aminora la obligación de prestar alimentos, y así lo tiene declarado la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando en ella se proclama que

⁴⁹ Artículo 92 Cc.

⁵⁰ Art. 495 del Cc.

⁵¹ Art. 1393-3º del Cc.

⁵² Artículos 226 y siguientes del CP que regulan el delito de abandono de familia.

⁵³ Arts. 1368 y 116 del Cc

“ningún precepto condiciona la exigibilidad de la deuda de alimentos de los cónyuges al cumplimiento del deber de vivir juntos”⁵⁴.

B. La separación de hecho en el ámbito canónico: separación por autoridad propia

El Derecho Canónico trataba de evitar las rupturas de mutuo consentimiento⁵⁵. Pero también debo considerar el noble fin de no exacerbar más los ánimos de los esposos y terminar de arruinar las bases de la familia. No se trata que las partes renuncien a alguno de sus derechos como con la transacción, sino todo lo contrario, se pretende defender los derechos de ambas partes, de paso que pueden expresar sus sentimientos. Además, la petición conjunta tiene fuerza probatoria⁵⁶.

Es posible que, ante una grave dificultad de la vida en común, los cónyuges decidan de común acuerdo separarse por un tiempo para no llegar a la ruptura de la convivencia. En el caso de que resulte imposible evitar la ruptura de la convivencia, la separación consensual puede ser a veces la mejor manera de resolver los problemas inmediatos de los cónyuges: prescinde del enfrentamiento y de las acusaciones recíprocas, respeta la intimidad de la vida matrimonial, no genera tanto estrés y tantos costes. Su objetivo principal es vencer el problema, y no al otro cónyuge; por lo tanto no genera un ganador a costa de un perdedor. Por otra parte, los propios esposos muestran la voluntad de llegar a una solución que les permita salir de la crisis de la mejor manera posible⁵⁷.

4. Otros remedios jurídicos diferentes a la separación

Hay que subrayar que los remedios jurídicos dependen de las causas que provocan la crisis o la patología matrimonial. Si las causas son

⁵⁴ La Sentencia de 25 de noviembre de 1982

⁵⁵ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en “*Ius Canonicum*” XLI (2001), pp. 501-548.

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*.

anteriores al matrimonio, por existencia por ejemplo de impedimentos o vicios del consentimiento, cabe la posibilidad de que ese matrimonio sea declarado nulo, si uno o ambos esposos presentan demanda de nulidad ante el Tribunal Eclesiástico competente⁵⁸. Cuando la causa de los problemas tenga su origen en la vida matrimonial, o surjan después de haber contraído matrimonio, el Derecho Canónico prevé la separación por tiempo determinado o indeterminado⁵⁹. Dicha clasificación ya está presente en el Concilio de Trento. El Derecho Canónico ha establecido la posibilidad de declarar nulo un matrimonio que se acredite que lo sea. Si no es nulo, y existen problemas que imposibiliten o dificultan la convivencia, establece la posibilidad que vivan separados; pero sin perder de vista que el matrimonio es un sacramento, y que lo que Dios ha unido no lo puede separar el hombre⁶⁰. La nulidad se diferencia de la disolución y la separación en que se produce en virtud de causas coetáneas a la celebración del matrimonio. La realidad es que son diferentes nulidad y separación en contenido, carácter y efectos. La nulidad del matrimonio indica que el vínculo conyugal no ha surgido nunca, no existe, ni en consecuencia los derechos y deberes conyugales, lo que se declara tras un proceso de nulidad del matrimonio. En el caso de la separación conyugal, sí que ha existido y existe el vínculo conyugal, pero los derechos y deberes quedan en suspenso. No se pierden en ningún momento⁶¹.

La disolución del matrimonio y la separación tienen en común que ambas surgen de causas sobrevenidas a la celebración del matrimonio. Y se diferencian en que mientras la disolución supone la extinción del vínculo, la separación sólo origina la suspensión, no la desaparición del conjunto de derechos y obligaciones que dimanen del vínculo. Sin embargo las personas acuden a uno u otro procedimiento ante el fracaso de su relación familiar.

⁵⁸ El c. 1671 y siguientes del CIC regula los procesos matrimoniales.

⁵⁹ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

⁶⁰ Cfr. Sagrada Biblia (Mt 19,1-12)

⁶¹ Cfr. J. FORNES. *El Sacramento del Matrimonio*, en VVAA., *Manual de Derecho Canónico*, Pamplona 1988, p. 688.

Vista la separación de hecho, a continuación voy a desarrollar más extensamente la separación legal, tanto la separación contemplada en el Código de Derecho Canónico como la regulada en el Código Civil español, para posteriormente aclarar la solución práctica a la confluencia de ambos ordenamientos que se desprende del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado Español de 1979.

III. LA SEPARACIÓN EN DERECHO CANÓNICO

Es una institución típica del Derecho Canónico, que surge con el cristianismo, y supone un claro contraste con la regulación romana del matrimonio. No se trata de una pérdida del derecho subjetivo, sino de una suspensión de su eficacia a causa de una circunstancia extrínseca que impide su despliegue. Si por alguna razón desaparece la causa legítima de separación, reaparecen los derechos-deberes de los cónyuges⁶².

Siendo esencial a los fines de este trabajo la actual regulación, expondré brevemente las causas reguladas en el anterior CIC.

1. Regulación del CIC de 1917

Este Código habla de separación de lecho, mesa y habitación.

Salvo justa causa, los cónyuges deben vivir juntos⁶³, pero el Código admitía la separación perpetua por causa de adulterio, con las excepciones recogidas en el c. 1129-1⁶⁴. Ya en aquel momento se contemplaban las excepciones que han llegado hasta nuestros días, como son que consienta en el adulterio, haya dado motivo para que se produzca, lo perdone o incluso lo ha cometido también.

Cabe la posibilidad de perdón, y existe una presunción de cuando se entiende que se ha dado, recogida en el apartado siguiente del mismo

⁶² Cfr. J. FORNES. *Derecho Matrimonial Canónico*., Pamplona 1990, pp. 196-197.

⁶³ C 1128: “Los cónyuges deben hacer en común vida conyugal, si no hay una causa justa que los excuse”.

⁶⁴ El c. 1129-1 establece: “Por el adulterio de uno de los cónyuges, puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper, aun para siempre, la vida común, a no ser que él haya consentido en el crimen, o haya dado motivo para él, o lo haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido”.

canon⁶⁵. Sólo es una posibilidad, porque no existe obligación de admitir al nuevo cónyuge, según regula el c.1130⁶⁶.

Las causas de separación quedan detalladas en el c.1131⁶⁷. Comienza tratando de enumerar los supuestos, pero ante tarea tan ardua, y después de haber citado algunos con carácter ejemplificativo, opta por emplear una formula general y habla de otras cosas semejantes.

Tras la separación, el c. 1132 regulaba qué pasaba con los hijos habidos en el matrimonio⁶⁸. Destaca la preocupación por su formación católica.

2. Código de Derecho Canónico de 1983

Este Código ya no habla de “lecho, mesa y habitación” como hacía el anterior, sino de los derechos y obligaciones derivados del vínculo conyugal. El derecho de la separación se dirige de forma inmediata al deber de cohabitación, y sólo de forma secundaria a la obligación del débito conyugal⁶⁹.

⁶⁵ El c. 1129-2 indica: “Hay condonación tácita si el cónyuge inocente, después de tener certeza del crimen de adulterio, convivió espontáneamente con el otro cónyuge con afecto marital; se presume la condonación si en el plazo de seis meses no apartó de sí al cónyuge adúltero, ni lo abandonó, ni lo acusó en forma legítima”.

⁶⁶ El c. 1130 regula: “El cónyuge inocente, una vez que se ha separado legítimamente, ya sea por sentencia del juez o por autoridad propia, jamás tiene obligación alguna de admitir de nuevo al cónyuge adúltero al consorcio de vida; pero puede admitirlo o llamarlo, a no ser que, consintiéndolo él, haya abrazado un estado contrario al matrimonio”.

⁶⁷ Canon 1131, 1: “Si uno de los cónyuges da su nombre a una secta acatólica; si educa acatólicamente los hijos; si lleva una vida de vituperio o de ignominia; si es causa de grave peligro para el alma o para el cuerpo del otro; si con sus servicios hace la vida en común demasiado difícil, esto y otras cosas semejantes son todas ellas causas legítimas para que el otro cónyuge pueda separarse con autorización del Ordinario local, y hasta por autoridad propia, si le constan con certeza y hay peligro en la tardanza”.

2.- “En todos estos casos, al cesar la causa de la separación, debe restaurarse la comunión de vida; pero si la separación fue decretada por el Ordinario para un tiempo determinado o indeterminado, el cónyuge inocente no está obligado a ello, a no ser que medie un decreto del Ordinario o que haya pasado el tiempo”.

⁶⁸ Canon 1132: “Verificada la separación, los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente, y si uno de los cónyuges es acatólico, al lado del cónyuge católico, a no ser que en uno y otro caso haya el Ordinario decretado otra cosa, atendiendo al bien de los mismos hijos y dejando siempre a salvo su educación católica”.

⁶⁹ Cfr. BERNARDEZ CANTON, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 1966, p. 263.

A. Regulación

El Código de Derecho Canónico, dentro del Libro IV (De la función de santificar de la Iglesia), y en concreto al tratar el Matrimonio, contiene los cánones que se refieren a la separación permaneciendo el vínculo. Es interesante observar que cuando regula la separación, este Código, al igual que el de 1917, recuerda la obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos⁷⁰. Así el c. 1151 regula el derecho-deber de convivencia de los cónyuges, a salvo causa legítima para separarse⁷¹. Las causas justas de la separación son el adulterio, el grave detrimento corporal o espiritual del cónyuge o de los hijos y el abandono malicioso. Se establecen tipos genéricos, en lugar de detallar las causas como hacía el CIC del 17.

El c. 1152-1 recomienda en caso de adulterio el perdón, teniendo en cuenta la caridad y el bien de la propia familia. Da la posibilidad de separarse al cónyuge “engañado” si no perdona; salvo que la parte inocente haya sido causa del mismo, hubiera consentido o hubiera cometido también adulterio. Regula el apartado segundo de este artículo la condonación tácita, cuando pasados seis meses desde el conocimiento del adulterio, continúa la vida marital. Por último en el tercer apartado se establece la obligación del cónyuge inocente, que no ha perdonado, de demandar la separación, y la

⁷⁰ En el mismo sentido el art. 68 del Código Civil, establece que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente

⁷¹ El c. 1151 establece: “Los cónyuges tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal a no ser que les excuse una causa legítima”.

autoridad eclesiástica debe intentar que perdone⁷². Importa destacar el estilo pastoral, tendente a mover al cónyuge ofendido a no separarse⁷³.

El c. 1153-1 desglosa las causas de separación temporal, que no son otras que grave peligro corporal o espiritual para el cónyuge o los hijos, o que la vida en común sea demasiado dura. Necesita del permiso del Ordinario, salvo peligro por la tardanza, que da derecho a separarse por autoridad propia⁷⁴. Aunque ya lo mencione en este trabajo al hablar del derecho a la separación, creo que merece la pena volver a detenerse en la causa de poner en grave peligro la vida corporal del otro cónyuge, y en concreto si debe ser culpable o no el origen del mal⁷⁵. Aunque no lo hubiera tratado la doctrina (lo ha hecho por extenso), debo abordar esta cuestión, porque cuando una persona se casa con otra, lo hace en la riqueza y en la pobreza, en la salud y en la enfermedad; luego precisamente, ante el cónyuge enfermo -sin culpa- se debe extremar la caridad, y no abandonarle en esas circunstancias tan difíciles. Para algún autor, como Fornes, si sólo hay peligrosidad, pero no culpabilidad, puede proceder que no vivan juntos, pero no la suspensión de derechos y deberes en que consiste básicamente la

⁷² El c. 1152 indica: 1-“Aunque se recomienda encarecidamente que el cónyuge, movido por la caridad cristiana y teniendo presente el bien de la familia, no niegue el perdón a la comparte adúltera ni interrumpa la vida matrimonial, si a pesar de todo no perdonase expresa o tácitamente esa culpa, tiene derecho a romper la convivencia conyugal, a no ser que hubiera consentido en el adulterio, o hubiera sido causa del mismo, o él también hubiera cometido adulterio”.

2- “Hay condonación tácita si el cónyuge inocente, después de haberse cerciorado del adulterio, prosigue espontáneamente en el trato marital con el otro cónyuge; la condonación se presume si durante seis meses continúa la convivencia conyugal, sin haber recurrido a la autoridad eclesiástica o civil”.

3- “Si el cónyuge inocente interrumpe por su propia voluntad la convivencia conyugal, debe proponer en el plazo de seis meses causa de separación ante la autoridad eclesiástica competente, la cual, ponderando todas las circunstancias, ha de considerar si es posible mover al cónyuge inocente a que perdone la culpa y no se separe para siempre”.

⁷³ Cfr. J. HERVADA, *Comentario al c. 1152 del Código de Derecho Canónico*, Pamplona 1983, p. 697.

⁷⁴ El c. 1153-1 regula: “Si uno de los cónyuges pone en grave peligro espiritual o corporal al otro o a la prole, o de otro modo hace demasiado dura la vida en común, proporciona al otro un motivo legítimo para separarse, con autorización del Ordinario del lugar y, si la demora implica un peligro, también por autoridad propia. 2- Al cesar la causa de la separación, se ha de restablecer siempre la convivencia conyugal, a no ser que la autoridad eclesiástica determine otra cosa”.

⁷⁵ Piénsese en una persona contagiada por el sida.

separación matrimonial, y se tendrá en cuenta la posibilidad de atención personal cuando sea posible y convenga⁷⁶.

El c.1154 expresa la inquietud de quienes redactaron el Código porque no les falte nada a los hijos de matrimonios separados⁷⁷, aunque entiende que son unos efectos que corresponden a la jurisdicción civil. De todas formas habría mucho que matizar, porque por lo menos se podría garantizar que a esos niños, cualquiera que sea el progenitor al que se le atribuya la guarda y custodia, se les va a dar una educación católica (como por ejemplo se exige a la hora de contraer matrimonio una persona católica con otra que no lo es).

Por último, el c.1155 admite y alaba al cónyuge inocente que renuncia al derecho a separarse⁷⁸.

B. Causas de separación

El origen está en la jurisprudencia que pretende poner remedio a las situaciones anómalas por las que atraviesa el matrimonio, frente al encasillamiento normativo de principios de siglo.

a. Consideradas en general

Para algunos autores como Navarro Valls, al reiterar el derecho-deber de los cónyuges de mantener la convivencia conyugal a no ser que les excuse una causa legítima⁷⁹, puede hablarse solo (dejando aparte la separación de hecho), de una separación por causas determinadas, prescindiendo de la separación convencional o consensual (que incluiría la separación por el ingreso en religión de uno o de ambos cónyuges o la promoción del varón a las ordenes sagradas). Exige el consentimiento del consorte y la aprobación

⁷⁶ Cfr. J. FORNES. *Derecho Matrimonial Canónico*., Pamplona 1990, pp. 196-197.

⁷⁷ El c. 1154 establece: “Realizada la separación de los cónyuges, hay que proveer siempre de modo oportuno a la debida sustentación y educación de los hijos”.

⁷⁸ El c. 1155 regula: “El cónyuge inocente puede admitir de nuevo al otro a la vida conyugal, y es de alabar que así lo haga; y, en ese caso, renuncia al derecho de separarse”.

⁷⁹ C. 1151.

de la Santa Sede⁸⁰. La mayoría de la doctrina se muestra unánime a la hora de aceptar como lícita la separación convencional privada, por breve espacio de tiempo, por motivos sobrenaturales o meramente materiales. Entre los motivos sobrenaturales se encuentran el deseo de vivir una vida más perfecta, dedicarse a la oración, siempre que se excluya el peligro de incontinencia. Como motivos materiales se suelen alegar la necesidad de buscar recursos económicos, cursar estudios en otro país o localidad, etc.

La enumeración de las causas de separación temporal en el actual CIC no es exhaustiva sino ejemplarizadora o demostrativa. En lugar de detallar estas causas, como hacía el Código anterior⁸¹, el derecho actual establece los tipos genéricos, no hay *numerus clausus*. El nuevo CIC enumera dos causas de separación que han de ser imputables a uno de los cónyuges para que el otro tenga motivo para separarse legítimamente. Por una parte si uno de los cónyuges pone en grave peligro espiritual o corporal al otro o a la prole; por otra si uno de los cónyuges hace demasiado dura la vida en común⁸². En ambas situaciones, un cónyuge está proporcionando al otro un motivo legítimo para separarse. Para ello es preciso la autorización del Ordinario del lugar y, si la demora implica un peligro, también por autoridad propia.

En el matrimonio, además de los derechos y deberes conyugales en sentido estricto, existen los principios informadores de la vida matrimonial, o sea, las directrices generales del comportamiento de los cónyuges.

Para Hervada⁸³, estos principios son:

- 1) los cónyuges deben guardarse fidelidad
- 2) debe tenderse al mutuo perfeccionamiento material o corporal
- 3) debe tenderse al mutuo perfeccionamiento espiritual
- 4) los cónyuges deben vivir juntos

⁸⁰ Cfr. M.L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *Las Causas de separación matrimonial en el derecho comparado y en el derecho español*, Madrid 2002, p. 108.

⁸¹ C. 1131 CIC de 1917.

⁸² C. 1153-1.

⁸³ Cfr. J. HERVADA, *Comentario al c. 1152 del Código de Derecho Canónico*, Pamplona 1983, p. 696.

5) debe tenderse al bien espiritual y corporal de los hijos habidos.

Pues bien, son causas de separación aquellas conductas que lesionan gravemente alguno de esos cinco principios. Por consiguiente lo son: el adulterio, grave detrimento corporal o espiritual del cónyuge o de los hijos, y el abandono malicioso, que luego tratare más por extenso. No es posible hacer una relación exhaustiva del proceder de los cónyuges que motive el estado de peligro o de dureza de la convivencia, porque las causas de separación previstas en el Código, no responden a acciones concretas y bien delimitadas de los cónyuges. El Código se limita a establecer dos causas situacionales, en las que se atiende o al estado de peligro creado por la conducta de un cónyuge o a que éste hace demasiado dura la vida en común, situaciones de peligro y de dureza en la convivencia que responden como hemos dicho a una “tipicidad en blanco” que ha de integrarse con la valoración de actitudes y comportamientos de uno o ambos cónyuges como causantes de esos estados de peligro o de dificultad intolerable de la convivencia. Se trata de dos causas generales, subjetivas en su producción y objetivas en su eficacia, que tratan de poner remedio a las crisis conyugales. No aparece en el canon transcrito un propósito sancionador, sino que la ley acude en socorro de los cónyuges para que, si no es posible poner fin amistosamente a dichas tensiones conyugales, se evite el peligro y la dureza extrema de la convivencia⁸⁴.

El fundamento de la separación temporal consiste en la incompatibilidad que puede existir entre el cumplimiento del deber de la comunidad y el ejercicio de otros derechos superiores. Se da cuando la comunidad de vida, lejos de ser un medio de perfección y de desarrollo de la personalidad humana, se convierte en un factor nocivo para el bien físico o espiritual de los cónyuges⁸⁵. Por grave peligro para el espíritu o para el alma se ha venido entendiendo la inducción positiva y continua al pecado grave, de cualquier naturaleza que sea (en especial contra la fe, la religión o la

⁸⁴ Cfr. M.L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *Las Causas de separación matrimonial en el derecho comparado y en el derecho español*, Madrid 2002, p. 117.

⁸⁵ Cfr. BERNARDEZ CANTON, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 1966, p. 263.

moral conyugal, solicitando por ejemplo en este último caso actos de sodomía o el onanismo, en los que es ilícita todo tipo de cooperación, incluso la pasiva⁸⁶. Por lo que respecta al grave peligro corporal, la manifestación más grave de esta figura se da cuando un cónyuge ha atentado contra la vida del otro o lo ha amenazado seriamente de muerte.

Existen otras dos situaciones de las que no puedo dejar de referirme al tratar del grave peligro corporal como causa de separación:

1) Las enfermedades contagiosas. A veces será suficiente para evitar el contagio la continencia conyugal. Pero si el contagiado se niega a observar las medidas profilácticas o curativas al efecto, y exige la prestación del debito, procederá la separación como única forma de defensa.

2) Por último, la demencia. No basta con simples molestias para el cónyuge sano, porque ese precisamente cuando más ayuda precisa el enfermo. Si existe locura, no es posible el internamiento y el cónyuge sano o los hijos corren serio peligro para su vida, cabe la separación⁸⁷.

Diferentes son las manifestaciones de dureza, maltrato o desconsideración, que suponen una grave dificultad en la vida en común, y se conocen con el nombre de sevicias. Pueden ser físicas, cuando existe maltrato de obra, fruto de conducta cruel del cónyuge; o morales, injurias que lesionan la dignidad o sentimientos del cónyuge ofendido. Para que proceda la separación deben ser graves, de tal forma que hagan la vida en común demasiado dura, frecuentes o habituales, y la separación es el único medio para evitarlas⁸⁸.

Atendiendo a la distinción entre separación perpetua y separación temporal, el adulterio es la única causa de separación perpetua (por ese motivo lo desarrollare especialmente), mientras que las demás causas que el CIC enuncia sin detallar, puedan dar lugar sólo a la separación temporal. La diferencia, como ya he señalado anteriormente, estriba en la injusticia

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 269.

⁸⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 269-270.

⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 270.

que supone el adulterio como atentado al deber de fidelidad que deben de guardarse los cónyuges. El adulterio viola las obligaciones más específicamente matrimoniales, y por eso, es el más grave incumplimiento del matrimonio. Las otras causas atentan más bien a la comunidad de vida, porque la hacen peligrosa para uno de los consortes. En el adulterio la doctrina y la jurisprudencia establecen el principio que no hay obligación de cumplir los deberes para quien ha desconocido los suyos. A partir de ahí tiene poco sentido la comunidad de vida, si bien el inocente retiene por así decir el derecho a reanudar la vida conyugal⁸⁹. En las otras causas sin embargo, al cesar la causa de separación, se ha de restablecer siempre la convivencia conyugal, a no ser que la autoridad eclesiástica determine otra cosa, porque la separación temporal dura mientras permanece la causa. La separación temporal, actualmente, no sanciona, sino que intenta remediar situaciones extremas de crisis conyugal. Por eso hablo de separación-remedio y no de separación-sanción. Por supuesto que no remedia la institución matrimonial, que padece en su integridad con la separación autorizada, sino la situación de peligro o de dramático sufrimiento en que estuvieran inmersos los cónyuges y, a veces, los hijos. También aquí, como en la intolerancia, se trata de evitar males peores que podrían derivarse de persistir aquellas anómalas situaciones⁹⁰.

b. El abandono malicioso

No quedaría completo este apartado de las causas de separación sin una consideración especial del abandono malicioso. Unánimemente se ha considerado como causa autónoma de separación, aunque no esté tipificada en el CIC. Con la reforma del Código, se podía haber incluido; sin embargo no se ha hecho, y no por desconocimiento, ya que la separación de hecho ya existe en caso de abandono. Quizá la causa está en el destacado tono pastoral del nuevo Código, lo que indujo al legislador a insistir en el

⁸⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 262.

⁹⁰ Cfr. M.L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *Las Causas de separación matrimonial en el derecho comparado y en el derecho español*, Madrid 2002, p. 117.

mantenimiento de la convivencia matrimonial. Además posiblemente el legislador ha tenido en cuenta que ya es una causa contemplada en la legislación civil, que es el foro donde efectivamente se tramitan las separaciones.

Por su parte, la jurisprudencia Rotal enuncia y señala los requisitos del abandono malicioso: se produce cuando uno de los cónyuges se separa o aparta de su lado al otro con el ánimo de desconocer las obligaciones conyugales sin justa causa. Por tanto, los requisitos para que exista abandono malicioso son:

1º Separación de hecho de los cónyuges, bien apartándose del domicilio conyugal, bien no admitiendo en él la presencia del otro.

2º Que cuando se trate de apartamiento, éste tenga como fin el incumplimiento de los deberes conyugales, y no el ánimo de ausentarse temporalmente para cumplir con una finalidad lícita y razonable, como estudios o trabajo, como ya he tenido oportunidad de exponer anteriormente.

3º Que esta decisión unilateral de romper la comunidad conyugal no esté motivada por alguna de las causas que otorgan al cónyuge inocente el derecho a la separación⁹¹.

A través del abandono malicioso se convierte la separación de hecho, injusta por parte de uno de los esposos, en separación jurídica por causa justa. Se trata de un incumplimiento claro de deber conyugal.

C. El adulterio en especial

Por adulterio se entiende toda relación sexual completa entre persona casada y otra ajena al matrimonio⁹². Es indiferente que sea cometido por el varón como por la mujer, y tiene lugar tanto si el cómplice en el adulterio es casado o soltero. Basta la mera unión carnal, incluso practicada una sola

⁹¹ C. 1153-1.

⁹² Diccionario Jurídico de Colex.

vez⁹³. Atenta gravemente a la fidelidad conyugal, y por ello faculta al cónyuge inocente a separarse a perpetuidad⁹⁴. Presupone este canon, para que la relación sexual sea completa, que se trate de hombre y mujer, junto a otros requisitos que deben darse, para que exista el derecho a separarse para siempre y no estemos hablando de un verdadero repudio. Incluso están previstas en el c. 1152 las causas que enervan ese derecho a separarse. Considero que es el único supuesto, donde el Ordenamiento Canónico admite la separación no sólo como remedio sino también como sanción, precisamente por el carácter de perpetuidad.

a. Fundamento

El adulterio supone un grave atentado a la fidelidad conyugal. Siendo el acto conyugal el modo como los cónyuges consuman el matrimonio, el adulterio supone un atentado directo contra el cónyuge inocente, equivaliendo a negarle como cónyuge⁹⁵. Se equipara el adulterio del hombre y de la mujer. Dice el Catecismo de la Iglesia Católica que el adulterio es una injusticia, y el que lo comete, al violar la promesa dada u quebrantar los derechos del otro, pierde a su vez todos sus derechos conyugales⁹⁶.

b. Regulación en la historia

La separación perpetua por adulterio se recoge ya en el Nuevo Testamento⁹⁷. El Concilio de Trento permitió la separación conyugal por la propia autoridad de los cónyuges en el supuesto de adulterio de uno de

⁹³ Cfr. BERNARDEZ CANTON, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 1966, p. 264.

⁹⁴ C. 1152.

⁹⁵ Cfr. M.L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *Las Causas de separación matrimonial en el derecho comparado y en el derecho español*, Madrid 2002, p. 113.

⁹⁶ Cfr. CEC 2381.

⁹⁷ San Pablo, sobre todo en la *Primera Carta a los Corintios* (I Cor. VII, 10-11): “Más a los casados ordeno, no yo, sino el Señor, que la mujer no se separe de su marido y caso que llegue a separarse que no piense en otro casamiento o que haga las paces con el marido, y el marido no desoiga a su mujer”.

ellos⁹⁸. El Código de 1917 también lo admitía⁹⁹, a no ser que el cónyuge inocente haya consentido en el crimen, dado motivo para él, condonado expresa o tácitamente al cónyuge adúltero, o él mismo haya también cometido adulterio. En el mismo sentido se expresa el Código de 1983, que señala que el adulterio es grave atentado contra la fidelidad conyugal y que faculta al cónyuge inocente a separarse para siempre¹⁰⁰. El Código y el Derecho histórico han resaltado con esa perpetuidad la especial gravedad del adulterio como causa de separación.

c. Requisitos

Debo diferenciarlo con el repudio del Antiguo Testamento, y para ello, la Rota Romana¹⁰¹ establece los siguientes presupuestos:

1.- Consumado: Actos necesarios para la generación de la prole (es decir cópula, aunque sin necesidad de que se tengan hijos). Se define el adulterio como ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge¹⁰². No otros actos lujuriosos, ni tampoco el deseo (entiendo que se excluya el deseo por la dificultad de prueba, pero no excluiría otros actos lujuriosos, porque nadie puede negar la evidente ofensa que se produce al otro cónyuge). La jurisprudencia y la doctrina canónica equiparan el adulterio, con las relaciones eróticas con personas del mismo sexo (homosexuales) y con seres irracionales (bestialidad)¹⁰³.

2.- Culpable: Queda dentro del campo de la intención. Es decir, sabe que lo está cometiendo. Si se desconoce la permanencia de este vínculo (por

⁹⁸ Tras su definición de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, aún en el caso de adulterio.

⁹⁹ C. 1129.

¹⁰⁰ C. 1152-1.

¹⁰¹ Entre otras la Sentencia de la Rota Romana de 13 de mayo de 1932.

¹⁰² Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

¹⁰³ Cfr. BERNARDEZ CANTON, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 1966, p. 265.

ejemplo, porque cree que ha muerto el cónyuge anterior), o bien se realiza el acto adulterino coaccionado, no existe propiamente hablando adulterio¹⁰⁴.

3.- Certeza moral: Dado que la prueba directa es muy difícil de conseguir, operan las presunciones como quedar embarazada en ausencia del marido.

d. Causas enervantes del derecho de separación

1.- El asentimiento del adulterio: Se entiende que de alguna forma está participando en el mismo, y por lo tanto ya no se puede sentir injuriado. Quiero diferenciar el consentimiento expreso y el tácito que se da cuando, teniendo conocimiento de la intención adulterina de la otra parte, no la impide, pudiendo fácilmente impedirlo sin incomodidad grave. Basta que muestre disconformidad o lo repruebe sin que se le exijan actos positivos para impedirlo. Lógicamente se exige que tenga el debido conocimiento, que puede verse afectado por cualquier error. Son irrelevantes las causas que tenga para consentir. Es válido fingir ignorarlo, para buscar testigos e intentar sorprenderlo.

2.- La provocación del adulterio: No puede pedir la separación por adulterio el cónyuge que hubiera dado causa al mismo. Ejemplo de causa directa, cuando se prostituye a la esposa. Y de causa indirecta cuando se abandona, se priva de alimentos o se niega el débito conyugal.

3.- La condonación del adulterio: Perdón de la parte ofendida, muchas veces por motivos cristianos. La Iglesia aplaude la conducta generosa del cónyuge que perdona.

Lo puede aconsejar el bien de los hijos y de la familia. Puede ser de forma expresa y tácitamente a través de:

- a) El trato familiar y la participación en actos sociales juntos.
(No la simple convivencia en el propio hogar).

¹⁰⁴ Cfr. *Ibidem*

- b) Las expresiones típicas de cariño, como besos y abrazos.
- c) La realización de los actos conyugales.

Se presume si en seis meses no lo apartó de sí, lo abandonó o desde que lo acusó ante la autoridad eclesiástica o civil¹⁰⁵ (desde que tuvo conocimiento y estuvo en libertad para adoptar las medidas que le concede el Derecho, no desde que se comete). Debe ser espontáneo, no por coacción. Es irrelevante la aceptación del perdón por parte del adúltero. El perdón no afecta a las posibles infidelidades que se produzcan después del perdón.

4.- La compensación de adulterios: No procede la separación si los dos cónyuges son culpables del mismo delito, salvo que lo provoque para evitarlo. Por el contrario, la condonación del adulterio no impide la compensación, si el cónyuge inocente que condono el adulterio incurre después en el mismo delito (la doctrina no es unánime, sin embargo puede sostenerse invocando como razón última el “favor matrimonii”)¹⁰⁶.

D. Tramitación y procedimiento previsto para las causas canónicas de separación temporal

El Código de Derecho Canónico lo regula en el Libro VII (De los Procesos), dentro del Capítulo II (De las causas de separación de los cónyuges): El c.1692-1¹⁰⁷ establece dos diferentes posibilidades: Decreto del Obispo o Sentencia del Juez competente. En ambas ha de establecerse lo que proceda sobre la educación y sustento de la prole. El decreto es recurrible. Ofrece la ventaja de evitar el posible escándalo judicial, y permite al Obispo ejercer de modo directo su autoridad, para tratar de encontrar una solución pastoral adecuada, que en algunos casos evite la separación. Además la solución administrativa pretende arreglar cuanto antes los problemas del

¹⁰⁵ C. 1152-2.

¹⁰⁶ Cfr. BERNARDEZ CANTON, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 1966, p. 267.

¹⁰⁷ El c. 1692-1 indica: “Salvo que para un lugar determinado se haya provisto legítimamente de otro modo, la separación personal de los cónyuges bautizados puede decidirse por decreto del Obispo diocesano, o por sentencia del juez, de acuerdo con los cánones que siguen”.

matrimonio, para protección de los cónyuges o de los hijos. Por último, algunos comentarios del Código de Derecho Canónico señalan que al haberse extendido la mentalidad divorcista, la necesidad de solicitar autorización del Obispo diocesano es cautela obligada, que evitará promover procesos cuyas sentencias infrinjan preceptos de derecho divino, con daño para los cónyuges y peligro de escándalo para los demás¹⁰⁸. El segundo apartado del mismo canon prevé que el propio Obispo pueda dar licencia a los cónyuges para acudir al fuero civil, en caso que la decisión de la autoridad eclesiástica no produzca efectos civiles, o que la sentencia civil no sea contraria al derecho divino¹⁰⁹. Incluso el tercer y último apartado del c. 1692 indica que si la causa trata sólo de efectos civiles, que procure el juez que desde el primer momento vayan al fuero civil¹¹⁰.

El c.1693 da prioridad al proceso oral, si no se solicita el contencioso ordinario¹¹¹. El segundo apartado del mismo canon indica que si se ha seguido el proceso contencioso ordinario y hay apelación, el tribunal de segunda instancia procederá, con las debidas proporciones, de acuerdo con el c. 1682-2¹¹². La separación por adulterio debe tramitarse judicialmente. Las demás causas, por trámite administrativo (a no ser que el Ordinario determine otra cosa de oficio o a petición de partes). El c.1964, al referirse a la competencia del tribunal, regula que debe observarse lo dispuesto en las normas establecidas para las causas de nulidad matrimonial¹¹³. El c.1695

¹⁰⁸ Cfr. L. MADERO, *Comentario al c. 1692 del Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1983, p. 1013.

¹⁰⁹ El c. 1692-2 regula: “Donde la decisión eclesiástica no produzca efectos civiles, o si se prevé que la sentencia civil no será contraria al derecho divino, el Obispo de la diócesis de residencia de los cónyuges, atendiendo a circunstancias peculiares, podrá conceder licencia para acudir al fuero civil”.

¹¹⁰ El c. 1692-3 establece: “Si la causa versa también sobre los efectos meramente civiles del matrimonio, procure el juez que, cumpliendo lo prescrito en el § 2, la causa se lleve desde el primer momento al fuero civil”.

¹¹¹ El c. 1693 indica: “Si una de las partes o el promotor de justicia no solicitan el proceso contencioso ordinario, se seguirá el proceso contencioso oral”.

¹¹² C. 1682-2: “Si la sentencia en favor de la nulidad se ha dictado en primera instancia, el tribunal de apelación, vistas las observaciones del defensor del vínculo y, si las hay, también las de las partes, debe, mediante decreto, o confirmar la decisión sin demora o admitir la causa para que esta sea examinada con trámite ordinario en la nueva instancia”.

¹¹³ C. 1673.

pide al juez que utilice los medios pastorales a su alcance¹¹⁴. Por ejemplo deberá apreciar por las circunstancias del caso, si puede obtener una conciliación previa. Por último el CIC¹¹⁵ establece que las causas de separación de los cónyuges también afectan al bien público y, por tanto, en ellas debe intervenir siempre el promotor de justicia, de acuerdo con el c. 1433¹¹⁶.

Por lo tanto puedo resumir que la separación de derecho, en sus modalidades de perpetua y temporal, se pronuncia mediante la oportuna resolución recaída en el proceso correspondiente, bien siguiéndose la vía judicial, bien la administrativa. En estos procesos ha de probarse la concurrencia de alguna de las causas previstas por el Código, ya el adulterio, ya una situación de peligro o de dificultad de la vida en común. Ni la prolongada separación de hecho, ni el mutuo acuerdo de las partes constituyen por sí solos causas de separación, que por el contrario, son las causas que más abundan en las legislaciones civiles para fundar la separación y el divorcio. No se admite por el Derecho Canónico la separación judicial, ni tampoco la administrativa, en virtud de acuerdo de separación entre los cónyuges. El Código exige que concurra una causa real y explicitada de separación y no basta la causa formal y oculta del convenio de separación. Choca directamente con la realidad de la mayor parte de demandas de separación, que con formulas de estilo más o menos similares, dicen que la convivencia se ha hecho inviable por motivos o causas que no son el caso exponer.

Por otro lado, la separación de Derecho requiere un proceso judicial o administrativo, que ha de concluir mediante sentencia o decreto, que no homologa, sino que pronuncia la separación fundada en alguna de las causas establecidas por el Código y debidamente probada. Cuestión diferente es que

¹¹⁴ C. 1695: “Antes de aceptar una causa y siempre que haya esperanza de éxito, el juez debe emplear medios pastorales para que los cónyuges se reconcilien y sean inducidos a restablecer la comunidad conyugal”.

¹¹⁵ C. 1696.

¹¹⁶ El c. 1433 regula: “En aquellas causas que requieran la presencia del promotor de justicia o del defensor del vínculo, si no han sido citados son nulos los actos, salvo que, no obstante, se hagan presentes de hecho o, al menos, hayan podido cumplir su misión antes de la sentencia, mediante el examen de las actas”.

el proceso administrativo de separación pueda simplificarse y agilizarse si la separación se solicita por ambos cónyuges conjuntamente y de mutuo acuerdo, pero alegando justa causa, pues podría atribuirse a dicho acuerdo cierta fuerza probatoria y bastaría corroborar la ruptura de la comunidad matrimonial¹¹⁷. En los casos en que los esposos han llegado ya a un acuerdo previo es preferible que se aplique el procedimiento administrativo. Si lo acordado respeta la igualdad de las partes y no se opone al Derecho Canónico, es mejor respetar la voluntad de las partes y no entrometer toda la maquinaria procesal que rara vez es un medio adecuado para la solución de los conflictos matrimoniales. Quiero recordar que el matrimonio, la comunidad de vida y amor, dispone de mecanismos de autodefensa. La separación consensual con una activa participación de ambos esposos, puede ser un buen medio de autodefensa para el futuro del matrimonio. La previa separación consensual, basada en una de las causas legales, facilita y abrevia el procedimiento y no provoca nuevas discordias. Hay que reconocer que este tipo de intervención de la autoridad eclesiástica es mejor que la emisión de la licencia para acudir al fuero civil. Aquí se trata de lo ya acordado; la causa y lo convenido quedan muy claros, y además hay certeza de que la separación civil homologará el estatuto matrimonial y familiar que la autoridad eclesiástica tiene la ocasión de estudiar y revisar en el acuerdo presentado cuando los esposos acudan a ella. Parece también que hay más posibilidades de reconciliación de los cónyuges ya que puede haber mediación simultáneamente¹¹⁸.

Para su pleno reconocimiento debe intervenir la autoridad civil y ser inscrita en el registro. El procedimiento de separación consensual normalmente es simple y otorga plenos efectos civiles a lo convenido en el acuerdo.

¹¹⁷ Cfr. M.L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *Las Causas de separación matrimonial en el derecho comparado y en el derecho español*, Madrid 2002, pp. 123 y 124.

¹¹⁸ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

IV. LEGISLACIÓN CIVIL ESPAÑOLA SOBRE SEPARACIÓN

Examinada la específica regulación relativa a la separación en el Derecho Canónico, me centrare ahora en lo legislado con posterioridad al Acuerdo de 1979, y en concreto las dos modificaciones más significativas ocurridas en Derecho matrimonial, como son la introducción del divorcio con la Ley 30/1981, de 7 de julio de modificación del Código Civil, donde la separación tantas veces sólo es paso previo; y la reforma de la Ley 15/2005 de 8 de julio que modifica el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, donde las causas de separación quedan definitivamente sin contenido, sin que sea necesario separarse para obtener el divorcio.

Con anterioridad a estas dos importantes reformas, baste decir que el artículo 80 Cc., en su redacción operada por la Ley de 24 de abril de 1958 de reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil establecía que: “el conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos, sobre dispensa del matrimonio rato y no consumado y sobre uso y aplicación del Privilegio Paulino, corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil”¹¹⁹. En consonancia con este precepto, y en lo relativo a la eficacia civil, me remito al artículo 82 Cc., que quedó tras la reforma del año 1958¹²⁰.

¹¹⁹ Art. 80 del Cc. tras la reforma del 58.

¹²⁰ Art. 82 del Cc.: “La jurisdicción civil promoverá la inscripción y ejecutará en todo lo demás relativo a efectos civiles, las resoluciones y sentencias firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica, sobre nulidad o separación de matrimonio canónico y sobre dispensa de matrimonio rato no consumado y sobre aplicación del Privilegio Paulino. La

1. Ley 30/1981, de 7 de julio de modificación del Código Civil

Hasta el año 1981 en España, salvo durante la Segunda República¹²¹, el matrimonio civil era de uno, con una y para siempre, recogiendo las dos propiedades esenciales del matrimonio: unidad e indisolubilidad. A partir del año 81 es como si la regulación del matrimonio se centrará en las crisis del mismo, regulando detalladamente el divorcio, que introduce. Sólo permanece la unidad. Afecta también a los matrimonios canónicos (incluso los contraídos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley)¹²². Esta reforma del Código Civil modificó la regulación del matrimonio, así como el procedimiento de las causas de nulidad, separación y divorcio, de conformidad con los entonces nuevos principios. Claramente superó la separación sanción aunque sin descartarla, admitiendo la separación consensuada y aproximándose así a la separación remedio¹²³.

Importante novedad de la reforma de 1981 fue la creación del convenio regulador, como primaria fuente normativa para ordenar la situación creada por la crisis matrimonial¹²⁴. Esa posible actuación de la autonomía de la voluntad hace que se hable de la privatización del matrimonio, en cuanto que se atribuye a la iniciativa privada la fijación de las medidas que deben o pueden adoptarse durante la tramitación de los pleitos matrimoniales y de los efectos que la sentencia estimatoria debe producir junto al pronunciamiento principal de nulidad, separación o divorcio. Los acuerdos de los cónyuges serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. También

ejecución se llevará a cabo en virtud de comunicación canónica de las sentencias o resoluciones, o a instancia de quién tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio”.

¹²¹ La Ley de 2 de marzo de 1932 de Divorcio-derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939-exigía la concurrencia de causa (art. 3º) o bien el acuerdo de ambos cónyuges (art. 2º), sin necesidad de separación previa. El tiempo mínimo para instar el divorcio de mutuo acuerdo era de dos años.

¹²² Disposición Transitoria 2ª de la Ley 3º/1981, de 7 de julio de modificación del Código Civil.

¹²³ Cfr. VV.AA (Coordina G. SUÁREZ PERTIERRA), *Derecho matrimonial comparado*, Valencia 2005, p. 185.

¹²⁴ Artículo 90 Cc, del Código Civil vigente hasta la reforma de 2005.

concorre la intervención del Juez cuando el acuerdo ha sido omitido¹²⁵. En las causas civiles, siempre que pueda afectar a hijos menores de edad, debe intervenir en su interés el Ministerio Fiscal. Al afectar al bien público es materia indisponible, y no cabe someterse a transacción o convenio arbitral. Ahora bien, entiendo que éste negocio jurídico bilateral en que consiste el convenio regulador, la autonomía privada esta constreñida por limitaciones de contenido ético, atendidas la causa y la función del acuerdo.

Dicha Ley pretendía promover y proteger la dignidad de los cónyuges y sus derechos, además de procurar que mediante el matrimonio se favoreciera el libre desarrollo de la personalidad de ambos. Con esa finalidad la ley habría de tener en consideración que el derecho a contraer matrimonio se configuraba como un derecho constitucional, cuyo ejercicio no podía afectar ni, desde luego, menoscabar la posición jurídica de ninguno de los esposos en el matrimonio, y que, por último, daba lugar a una relación jurídica disoluble, por las causas que la ley dispusiera¹²⁶.

A. La separación

Centrándome en que lugar dejo esa reforma de 1981 la separación matrimonial, quiero insistir que a diferencia de la nulidad y del divorcio mantiene el vínculo existente entre los cónyuges y provoca únicamente “la suspensión de la vida en común de los casados (artículo 83 CC). Tiene lugar mediante sentencia judicial, si bien también tiene relevancia normativa la separación de hecho.

La separación no suele durar largo tiempo. Suele ser una situación transitoria con vistas bien a una reconciliación o bien para divorciarse, que es lo más frecuente, dado que alguno o ambos cónyuges deciden contraer nuevo matrimonio. No obstante hay casos en que la separación dura toda la vida, bien porque los cónyuges deciden vivir en solitario o convivir en una situación de pareja de hecho.

¹²⁵ Artículo 91 Cc, del Código Civil vigente hasta la reforma de 2005.

¹²⁶ Exposición de Motivos de la Ley 30/1981, de 7 de julio de modificación del Cc.

La separación legal es la que encuentra su fundamento en los supuestos que el Código Civil considera aptos para que la misma sea decretada judicialmente. Las circunstancias que el Código Civil determina se concentran en una separación por mutuo acuerdo o bien en la relación de causas enumeradas en el artículo 82 del Código Civil. La separación de mutuo acuerdo (separación consensual) estaba prevista en el apartado primero del artículo 81: “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año de matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código”¹²⁷.

Cumplidos los requisitos señalados en el apartado primero del artículo 81, el juez, quien carece de facultades para entrar a valorar la conveniencia o inconveniencia de la separación, decretará la separación, homologando el acuerdo de los propios interesados en el que resuelven los problemas de la ruptura de la convivencia. Los cónyuges, truncado el proyecto de vida en común, no tienen que alegar ante el juez la causa que les lleva a adoptar la decisión de demandar la separación, puesto que cuentan con libertad para decidir acerca de su vida.

La separación causal presupone que la declaración judicial de separación se insta por uno sólo de los cónyuges ante el hecho de que el otro se encuentra “incurso en causa legal de separación” (apartado segundo del artículo 81), sin que ello suponga referirse a la culpabilidad en la separación de uno de los cónyuges. En siete apartados (*numerus clausus*) el artículo 82 enumera las causas de separación o supuestos de hecho en que ha incurrido el cónyuge y que se concretan en: violación de los deberes conyugales (art. 82.1º), vulneración de los deberes paternos (art. 82.2º), la condena penal (art.82.3º), los trastornos de la conducta personal (art. 82.4º), el cese efectivo

¹²⁷ El artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 regula las peticiones de separación y divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

de la convivencia conyugal durante seis meses (separación de hecho) libremente consentido (art.82.5º), simplemente durante tres años (art.82.6º), así como la separación de hecho presupuesto de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3º, 4º y 5º del art. 86 del Código Civil (art. 82.7º).

B. El divorcio

Aunque el trabajo trata de la separación no puedo dejar de referirme al divorcio introducido por esta ley. Según el artículo 85 del Código Civil, el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. Por tanto, el divorcio provoca la ineficacia del matrimonio válido y eficaz. Los cónyuges ponen fin a su matrimonio a través de un procedimiento judicial y la correspondiente sentencia. La mera voluntad de los cónyuges no basta para producir la disolución del matrimonio, sino que se requiere en todo caso que el divorcio sea declarado por una sentencia judicial y que la iniciativa de los cónyuges se asiente en una de las causas de divorcio legalmente establecidas en el artículo 86 del Código Civil, las cuales se fundan en el hecho de que el cese efectivo de la convivencia conyugal, bien porque se da por frustrado el matrimonio (divorcio remedio), bien porque se han contravenido los deberes conyugales (divorcio sanción), o bien cabe hablar de un divorcio de mutuo acuerdo cuando se ha instado por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

El derogado artículo 86 enumeraba en cinco apartados las circunstancias o hechos a los que se otorga relevancia suficiente para admitir la demanda de divorcio. Una referencia común a todos ellos (con excepción del apartado quinto, condena penal en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes), es el cese efectivo de la convivencia conyugal y el establecimiento de un determinado plazo temporal para cada una de las causas que se desgranaban, in crescendo,

desde un año a los cinco años ininterrumpidos. Por ende, no cabe instar el divorcio de forma inmediata ni siquiera en el caso de los cónyuges estén decididos a ello inmediatamente después de celebrado el matrimonio o pasado un periodo temporal breve respecto de la celebración¹²⁸.

La admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio constituyó el núcleo de la reforma operada por la ley, con un tenso proceso en su admisión y en la determinación de las causas. Por lo menos en esta ley, el divorcio se concebía tras un período de separación y cuando la reconciliación ya no era factible.

2. Ley 15/2005 de 8 de julio que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Esta Ley introduce una importante y radical modificación ante la situación de crisis matrimonial, aunque de conformidad con el artículo 32 de la Constitución¹²⁹, se mantiene la separación judicial como figura autónoma para aquellos casos en que los cónyuges no quieran divorciarse, pero sin necesidad de invocar causa alguna. Quizá lo más destacable de la Ley es que se puede solicitar el divorcio sin separación previa, y tan sólo tres meses después de casarse¹³⁰. Bien pensado, se limita a culminar el proceso iniciado en 1981, cuando se sustituyó el elemento esencial del matrimonio por el contrario de la disolubilidad obligatoria del vínculo. Ya se había introducido la mentalidad divorcista donde el matrimonio es entendido como un negocio exclusivamente privado dependiente de la voluntad del individuo para su inicio y perduración, y el divorcio como derecho de la persona derivado de su libertad. No creo que sea descabellado relacionarlo con la introducción del

¹²⁸ Cfr. A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la ley 15/2005, de 8 de julio*, Anales de Derecho, n° 23, 2005, pp. 130-132.

¹²⁹ Artículo 32.2 de la CE: “La ley regulará 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”.

¹³⁰ Artículo 86 Cc.: “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”.

matrimonio homosexual en la Ley 13/2005, si pensamos en la inestabilidad de estas parejas, y que si acceden al matrimonio se debía también facilitar su disolución sin pasar por la separación previa¹³¹.

Todas las recientes reformas de la institución matrimonial legal se han apoyado, como uno de los motivos invocados, en la necesidad de dar una respuesta jurídica a la creciente y demanda social de nuevos modelos. En cambio, los números posteriores desmienten esa necesidad, que se había fundamentado en datos estadísticos falsos para justificar motivos puramente ideológicos¹³² Atenta contra todo principio de estabilidad. No se puede convertir el derecho en un fenómeno cambiante según el devenir histórico, porque se relativiza la ciencia jurídica. Ha provocado un espectacular aumento de los divorcios en nuestra sociedad, por cuanto predispone al divorcio, dada la disponibilidad absoluta para los cónyuges.

A. Consideraciones generales

Con carácter previo, me ha parecido interesante dejar constancia en este trabajo de los argumentos esgrimidos por los diferentes grupos parlamentarios¹³³ a la hora de debatir sobre el Proyecto de Ley por el que se modifico el Código Civil en materia de Separación y Divorcio. Para ello he buscado los Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados, tanto de la Comisión de Justicia reunida el miércoles, 6 de abril de 2005 que abordo este asunto, como del Pleno del 21 de abril de 2005 para su aprobación¹³⁴.

1) Grupo Catalán Convergència i Unió (Señora Pígem I Palmés):

Alaba la supresión del carácter obligatorio de tener que pasar por dos procedimientos, uno primero de separación y otro posterior de divorcio, por

¹³¹ Cfr. J.G. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El matrimonio invertebrado*, en Documentos del Instituto de Ciencias para la familia, Madrid 2012, pp.29-34.

¹³² Cfr. *Ibidem*, pp. 84-85.

¹³³ Es un resumen de las intervenciones, aunque he seleccionado sólo algunos de los ponentes, y de ellos, lo que me ha parecido de mayor interés por el tema desarrollado en el presente trabajo.

¹³⁴ Ambas con N° de expediente 121/000016.

el encarecimiento económico que supone y por otros costes sobre todo psicológicos. Dice coincidir con el proyecto al suprimir la necesidad de acreditar las causas de separación, porque puede dar lugar a que puedan dictarse sentencias denegatorias de la misma en aquellos casos en que las causas invocadas no puedan ser acreditadas. Sin embargo en sede contenciosa ve conveniente explicitar cuál es la causa por la que se solicita la separación, para ilustrar al juzgador acerca de la realidad de cada familia concreta, y poder adoptar más atinadamente los efectos de la separación. Por eso llega a proponer dos tipos genéricos de causas: la vulneración de los deberes entre los cónyuges o con respecto a los hijos comunes o de cualquiera de ellos y la voluntad de cesar en la convivencia. A continuación precisa que no se trata de culpas sino de causas, y que no debe haber ningún automatismo entre las causas de separación y la determinación de los efectos de la misma. Por último, concluye poniendo de manifiesto la incongruencia que a su entender supone dar prioridad a los particulares para decidir la permanencia en la vida conyugal y, por el contrario, en los procedimientos contenciosos se alarga la situación hoy vigente, en la que no hay ningún plazo antes de solicitar la separación, a tres meses en los que no se puede solicitar la misma.

2) Grupo Parlamentario Popular (Señora Carmen Matador de Matos):

También este Grupo ha valorado desde el primer momento de forma muy positiva la supresión de trámites para acceder al divorcio, como era la separación previa (incluso lo llevaban en su programa electoral). Son partidarios de mantener un esquema causal reducido a dos causas, como son cualquier situación que implique ruptura de la convivencia familiar de forma que su continuación sea perjudicial para cualquiera de los cónyuges o sus hijos, o cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar. Lo justifica en que de esta manera el juez para adoptar correctamente determinadas decisiones, especialmente las que están relacionadas con el

interés de los hijos, como son las visitas, la guardia o la patria potestad. Valoran positivamente que se mantenga la separación para aquellos casos en que las partes quieran optar por la separación previa al divorcio.

3) Grupo Parlamentario Socialista (Señora Couto Rivas):

Paradójicamente dice aceptar la preocupación de CiU acerca del plazo en relación con los procesos contenciosos, pero no creen que su mantenimiento vaya a crear mayores problemas. En cuanto a las causas afirma que el espíritu de este proyecto es mantener la libertad de las partes, y que les basta la manifestación de la voluntad de querer poner fin a la convivencia. Resulta chocante que exponga que el juez no tiene por qué tener conocimiento de la situación familiar de ese matrimonio, salvo cuando no sea posible el mutuo acuerdo, porque tendrá que dar una motivación para poder regular los efectos de la separación o del divorcio.

(Señor Don Julio Villarrubia Mediavilla):

Alude a la exposición de motivos que recoge como desarrollo de los derechos y libertades de las personas este proyecto de ley, que cuadra con la supresión de las causas para que pueda decretarse la separación o el divorcio, y que supone poner la libertad como bien superior del ordenamiento jurídico, abandonándose la idea de sanción y dándose la máxima relevancia a la libertad de las personas. Afirma que igual que a nadie se le exigió decir por qué se quería casar, a nadie se le tiene que exigir dar explicaciones de por qué no quiere seguir en esa unión matrimonial. Respecto a los efectos derivados de la separación o divorcio ve la necesidad de debatir con todos los argumentos probatorios que cada parte considere oportunos. Se refiere a la supresión de los plazos previos manteniendo, exclusivamente con carácter general, el transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio, como otro pilar de la reforma, aunque reconoce que no tiene justificación, dicen mantenerlo porque les parece razonablemente corto. Para ellos el tercer pilar es que desaparece la

necesidad de la separación previa para poder acceder al divorcio. Esgrime las ventajas de agilidad, abreviar procedimientos y abaratar costes.

(El señor Ministro de Justicia. López Aguilar):

Cree que la regulación anterior lejos de resolver los problemas los agrava. Asegura que con esta iniciativa legislativa, se pretende simplificar, agilizar y reforzar el ámbito de libertad y autonomía de la voluntad con que se entra o se sale de la relación jurídica matrimonial. Equipara la existencia de causas con culpables, y por eso se suprimen. Desaparece la separación previa por lo que supone de dilatación dolorosa, y que obligaba a gastar más dinero.

4) Bloque Nacionalista Galego (El señor Rodríguez Sánchez):

Destaca que la convivencia dentro del matrimonio es una cuestión que debe estar sometida exclusivamente al criterio de voluntad y de libertad, evitando el divorcio sanción al no tener que alegar causas.

5) Coalición Canaria (El señor Mardones Sevilla):

Elogia la evolución que supone esta ley.

6) Grupo Parlamentario Vasco (Señora Uría Etxebarría).

Reconoce que con la regulación de 1981 se consiguió la igualdad, pero que faltaba la libertad como valor dentro de las relaciones de pareja. Valora positivamente que se reserve la intervención judicial para aquellos casos en los que no es posible el mero acuerdo de la pareja respecto de su ruptura.

7) Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana de Catalunya (Señora Bonás Pahisa):

Equipara el derecho a contraer matrimonio con el derecho a la disolución del vínculo cuando una o ambas partes lo desean.

8) Grupo Mixto (Señor Rodríguez Sánchez):

Pretende hacer un resumen de la legislación en esta materia, destacando la lucha por la igualdad jurídica de la mujer, después por aceptar el divorcio y dar un paso adelante basándolo fundamentalmente en la voluntad de los cónyuges, y por último, que la institución no sea excluyente con las personas por su orientación sexual.

9) Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (Señora García Suárez):

Para ellos en el fondo la anterior regulación no dejaba de ser una ley que configuraba un modelo de separación-sanción. Creen que en estos momentos no se puede mantener una ley que obligue a dar unas razones, a buscar un responsable o un culpable.

Llama la atención como todos los grupos parlamentarios están de acuerdo en el avance que supone esta ley, y de la necesidad de aprobarla. La separación y el divorcio se conciben como una opción a la que los cónyuges pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida matrimonial en común. Supuestamente quiere reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos, e incluso más tarde la reconciliación¹³⁵. En la Exposición de Motivos de esta Ley señala

¹³⁵ Artículo 84 Cc: “La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.

como una de sus finalidades u objetivo que la libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. Incluso el legislador llega a invocar que los ciudadanos puedan desarrollar su personalidad (recordemos que ya eran invocados los mismos argumentos en la Exposición de Motivos de la Ley 30/81, de 7 de julio de modificación del Código Civil); cuando es todo lo contrario. Como señala algún autor supone errar en el enfoque, en cuanto varía el sujeto al servicio del desarrollo de cuya personalidad se encuentra primordialmente la familia, que son los hijos, cuanto identifican ese libre desarrollo de la personalidad con el interés o deseo subjetivo de cualquiera de los componentes de la familia¹³⁶. La libre voluntad del individuo prima sobre cualquier otro vínculo, también de los libremente adquiridos con anterioridad. Si se protege cualquier contrato normal, por imperativo de la seguridad jurídica, que se caracterizan por la necesidad de cumplir lo pactado, más debería protegerse el matrimonio, que no es tan sólo un mero contrato entre dos personas. Además la posibilidad de divorcio unilateral y sin causa difumina la voluntad de casarse¹³⁷. Ciertamente ninguna relación interpersonal admite parangón posible con la que se deriva del negocio matrimonial, pues ninguna de ellas comprende íntegramente a la persona en la totalidad de sus dimensiones como lo hace, o pretende hacerlo, la relación que se deriva del matrimonio. Y esta reflexión lleva a muchos a estar de acuerdo y a explicar el propósito del legislador de 2005 cuando declara que “el matrimonio será, ha de ser, lo que los propios cónyuges quieran que sea”, ubicando en los propios contrayentes la garantía misma del instituto matrimonial, de manera que cuando ambos o uno de ellos constata la quiebra de la unión, la respuesta legal no puede

Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique”

¹³⁶ Cfr. C. MARTINEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, en “Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia”, (Nº 21), Ediciones Rialp, Madrid 1996, p. 105.

¹³⁷ Algunos estados norteamericanos (Arkansas, Luisiana y Arizona) han introducido el *covenant marriage*, una alianza que representa un compromiso mucho mayor que un contrato de matrimonio ordinario. Así, bajo este compromiso formal los contrayentes se comprometen a seguir casados de por vida y la salida del matrimonio está restringida a casos extremos (maltrato, infidelidad, comisión de delito), lo que fortalece la señal enviada al otro contrayente. Así, las parejas pueden optar por el matrimonio “sencillo”, o bien por la versión “reforzada” del mismo.

ser otra que, lejos de demorarla o recomponerla, la de certificarla jurídicamente, consagrando legislativamente, de este modo, un criterio que, realmente, ya se encontraba jurisprudencialmente admitido. Pero no cabe duda que la reforma suprime las causas de separación y de divorcio, provocando, como consecuencia indiscutible un sensible debilitamiento del vínculo conyugal, que pone en tela de juicio la eficacia del consentimiento matrimonial. Y así, a partir del momento de la celebración del matrimonio, lo relevante ya no es el consentimiento sino, mejor, la voluntad individual de cada cónyuge de persistir y permanecer en la relación. La situación se observa con mayor nitidez en el supuesto de divorcio decretado a instancia de solo uno de los cónyuges, pues en este caso, la voluntad contraria del otro no va a poder frenar ni suspender el efecto de la disolución vincular, ya que la filosofía de la reforma es la misma tanto si el matrimonio se disuelve a instancia de ambos cónyuges como de uno solo de ellos, pues lo que cuenta de manera efectiva es la voluntad individual de cada uno de los cónyuges, elemento al que el legislador ha concedido una trascendencia decisiva en orden a la producción del esencial efecto disolutivo del vínculo, de tal manera que su sola existencia resulta suficiente en orden a la obtención de la separación o la disolución por divorcio.

Como he señalado, el incumplimiento de los deberes recíprocos derivados del matrimonio ya no va a tener relevancia a los efectos de la separación o el divorcio, por cuanto que en la Ley 15/2005, de 8 de julio, el cese de la convivencia y la ruptura del vínculo queda al arbitrio de la voluntad de los cónyuges, lo que permite considerar cuáles son las consecuencias que en la actualidad se derivan del incumplimiento de los deberes conyugales recíprocos a que se refieren los arts. 67 y 68 Cc¹³⁸. Cabe pensar que dichos artículos no integran auténticas obligaciones jurídicas, por cuanto que no son coercibles. A pesar de ello, el incumplimiento de los

¹³⁸ Artículo 67 Cc: “Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”

Artículo 68 Cc: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

deberes conyugales continúa teniendo relevancia en otros ámbitos del Derecho Civil, singularmente en el Derecho de Sucesiones en cuyo ámbito, el incumplimiento grave o reiterado constituye justa causa para desheredar (art. 855.1 del Cc), pudiendo también en algún supuesto concreto constituir causa de indignidad (art. 756, apartados 2º y 3º del Cc). Por su parte, la observancia del deber de convivencia resulta relevante a los efectos de determinar la cuantía de la pensión compensatoria en la separación o el divorcio (art. 97.6ª del Cc), permitiendo al cónyuge de buena fe conseguir una indemnización en los supuestos de nulidad matrimonial (art. 98 del Cc).

B. Regulación de la separación en el Código Civil reformado en 2005

Voy a establecer las siguientes clases de separación matrimonial: Separación consensual a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, y la separación unilateral que exige la petición de uno sólo de los cónyuges, según redacción dada por el artículo 81 del Cc¹³⁹. El demandado no puede oponerse a la petición por motivos materiales, y el juez no puede rechazar la petición. La separación consensual puede tramitarse asumiendo la defensa de la causa un solo abogado, o logrando el mutuo acuerdo con dos abogados que defiendan a cada uno de los cónyuges. Junto con la demanda deben presentar el convenio regulador de su separación, para ser homologado por el juez por medio de la sentencia judicial. En caso de problemas en la puesta en práctica del convenio, el abogado de ambos no podrá actuar en otro proceso para exigirle el cumplimiento a uno de ellos. Su actuación suele limitarse a intentar mediar

¹³⁹ Artículo 81 Cc.-“Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio”:

1º.- “A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código”.

2º.- “A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos que convivan con ambos.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”.

y suavizar asperezas entre ambas partes. Para prestar el consentimiento a la demanda de separación de uno de los cónyuges, no se necesita ir asistido por letrado.

Con la nueva legislación no es necesario pasar previamente por la separación, para pedir el divorcio. Basta con el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio. Con este sólo requisito, que no será necesario cuando exista riesgo físico o psíquico para el cónyuge demandante o los hijos que convivan con ellos, uno sólo de los esposos puede demandar la separación judicial, indicando las medidas que proponga para vivir separados¹⁴⁰.

Otra modificación importante es que ya no es necesario invocar las causas de la separación, por lo que el antiguo artículo 82 Cc, ha quedado sin contenido, y sin sentido el compromiso inicial de las partes. En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 se afirma expresamente que el “derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud”. Es decir, la causa es la voluntad de separarse. Podemos resumirlo en que si surge el matrimonio con el consentimiento entre dos personas, concluye con la manifestación realizada por uno de los cónyuges de que ya no mantienen ese consentimiento (divorcio), o de que lo mantienen pero sujeto a la separación¹⁴¹.

Se parece mucho a las uniones libres. Anteriormente existía una relación jurídica de la que se derivaban derechos y deberes. Consentían en comprometerse para siempre, cosa que no ocurre en las uniones de hecho. Es como si volviéramos al concepto de matrimonio del Derecho Romano en la época clásica. Se debilita el vínculo. Sólo existe un hecho jurídico. El consentimiento debe ser continuado. Este tema de la desaparición de la

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Cfr. A. DOMINGUEZ, *La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio*, en “Anales de Derecho. Universidad de Murcia”, (Nº 23), 2005, p. 134.

“affectio maritalis” lo abordare más adelante al estudiar como las reformas del Derecho Civil han afectado al Acuerdo Jurídico entre la Santa Sede y el Estado Español de 1979.

En cuanto a los efectos de la sentencia de separación, son los normales de suspender la vida común, y cesar la posibilidad de vincular bienes del otro en el ejercicio de la potestad doméstica¹⁴².

La reconciliación termina el procedimiento, y deja sin efecto lo que se hubiera resuelto. Parece lógica la obligación de ambos cónyuges de ponerla en conocimiento del juez que entienda o haya entendido en el litigio¹⁴³. Aunque parece obvio, esa obligación de poner la reconciliación en conocimiento del juez, se establece únicamente cuando como mínimo se haya incoado el proceso de separación.

La reforma española es más amplia que las llevadas a cabo en otros países de la Unión Europea¹⁴⁴. Es una norma que ha cambiado de forma radical el marco jurídico preexistente. La Exposición de Motivos de la Ley justifica su objetivo en el libre desarrollo de la personalidad¹⁴⁵, dando más importancia a la voluntad del cónyuge que desea separarse o divorciarse, sin que para conseguirlo tenga que demostrar causa alguna, en la creencia que

¹⁴² Artículo 83 Cc.

¹⁴³ Artículo 84 Cc.

¹⁴⁴ Cfr. En este sentido F. J. FORCADA, *Las últimas reformas legales en España sobre el derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio*, en “Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres”, en adelante “*Aequalitas*”, (Nº 17), pp.27-37: “Sobre el divorcio por mutuo consenso decir que algunos países exigen un previo periodo de separación de hecho, caso de seis meses en Austria, seis meses o un año según el caso en Dinamarca, cinco años en Chipre, dos años en Bélgica y cuatro años en Irlanda por citar algunos ejemplos. La causa consistente en la apreciación de una ruptura irreparable del matrimonio, aún en ausencia de culpa en algunos casos, existe como causa única de divorcio en República Checa, Alemania, Hungría, Italia, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia, Holanda y Reino Unido, y existe en otros países junto a otras causas. El divorcio basado en la culpa como causa se regula en Bélgica, Francia, Luxemburgo, Austria, Portugal, Dinamarca, Chipre y Lituania. En el caso del Reino Unido no se regula el divorcio culpa, pero situaciones de adulterio, comportamiento irrazonable y abandono, pueden integrar la causa de ruptura irreparable del matrimonio. La previa separación de hecho es causa autónoma de divorcio en países como Bélgica, Francia, Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Chipre, Letonia y Lituania. Finalmente, en el caso de España, Suecia y Finlandia, no se requiere ya causa alguna para la concurrencia del divorcio y sí solo el transcurso de determinado lapso temporal, según el caso”.

¹⁴⁵ El artículo 10-1 de la CE regula: “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 son fundamento del orden político y de la paz social”.

a nadie se le puede obligar en contra de su voluntad a seguir cumpliendo los deberes del matrimonio, a los que la otra parte tiene derecho.

No se entiende bien por qué se ha fijado de forma objetiva el plazo de tres meses, y no el de dos o cuatro por ejemplo. No tiene justificación legislativa ni está fundamentado. En cualquier caso no es un plazo de reflexión suficiente, ni de esta manera se refuerza la libertad de los cónyuges, antes bien los deja desprotegidos y con dudas a la hora de casarse quienes pretenden hacerlo para siempre, tal y como establece el matrimonio canónico. Además quién decide separarse o divorciarse con una decisión unilateral, sin que exista causa que lo justifique, puede causar perjuicios al otro cónyuge, quién tenía unas razonables expectativas de convivencia que pueden haber condicionado su situación laboral o de residencia, sólo por poner dos ejemplos (no hablo de daños morales). Entiendo que en ese caso como toda resolución que causa perjuicios, tendrá el deber de repararlos. Me parece conveniente recordar que nadie cuestiona la posibilidad de no cumplir la promesa de matrimonio, y sin embargo surge el deber de indemnizar por los daños que la misma produzca. No debe olvidarse que el fundamento de la pensión compensatoria es muy diferente, pues se trata de compensar un desequilibrio en la situación económica de ambos esposos, en aquellos casos en que la ruptura implica para uno de ellos un empeoramiento respecto a su situación durante la vigencia del matrimonio¹⁴⁶

La separación conyugal queda para aquellos cónyuges que vean en ella una salida a sus desavenencias personales y que pretendan el mantenimiento del vínculo matrimonial bajo sus inherentes efectos, quizá pensando en la reconciliación¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Cfr. A. DOMINGUEZ, *La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho Civil*, en “Revista Jurídica de Castilla y León”, (Nº 13), Agosto 2007, pp. 68-73.

¹⁴⁷ Cfr. A. SANCHEZ HERNANDEZ, *La separación conyugal: sentido y futuro*, en VVAA., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: Actas del X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona 2000, p. 708.

C. Efectos civiles de la separación matrimonial

Como resulta fácilmente apreciable, en lo referente al convenio regulador la reforma no ha sido especialmente amplia ni profunda, si bien pone de manifiesto que el legislador continúa prefiriendo que sean los cónyuges, que no la Ley, quienes determinen las consecuencias de su separación y divorcio a través de un acuerdo que deberán someter a su posterior aprobación judicial.

El convenio regulador deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos, que paso a enumerar en su esencia¹⁴⁸:

A) Lógicamente al cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, determinando el ejercicio de la misma, así como el régimen de comunicaciones y visitas del cónyuge no custodio.

B) Sin olvidar, si existen problemas, el régimen de visitas y comunicación con los abuelos, teniendo en cuenta, siempre el interés de los nietos¹⁴⁹.

C) La atribución del uso de la vivienda y también del ajuar familiar.

D) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos (sin olvidar sus bases de actualización y garantías).

E) La liquidación del régimen económico matrimonial.

F) La pensión compensatoria de un cónyuge al otro, conforme al artículo 97 del Cc.

Los acuerdos deben ser aprobados judicialmente. Lógicamente el juez no los aprobará si fueran perjudiciales para los hijos o alguno de los esposos. Una vez aprobados se pueden exigir por la vía de apremio judicial. Las medidas fijadas por el juez en defecto de acuerdo, o las convenidas por las partes se pueden modificar cuando se alteren sustancialmente las

¹⁴⁸ Art. 90 Cc.

¹⁴⁹ Redactado conforme Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del CC. y de la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (B.O.E. 22 de noviembre de 2003).

circunstancias¹⁵⁰. Termina el artículo 90 del Código Civil regulando que el Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio. El artículo 91 del Cc también prevé la posibilidad que las partes no alcancen un acuerdo, y sea el juez quien deba establecer las medidas que regirán en caso de nulidad, separación o divorcio.

Siguen los derechos y obligaciones de los padres con los hijos habidos, por el hecho de ser padres. El artículo 92 del Cc ahonda en la protección de los hijos, adoptando las medidas necesarias para que sean oídos si es conveniente, privando de la patria potestad si existe causa para ello. Permite que los padres puedan acordar en el convenio regulador o el juez pueda decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. En la propuesta de convenio regulador o a instancia de uno de los padres, podrá solicitarse que el juez, previo informe del Ministerio Fiscal, decida en interés exclusivo de los hijos, valorando la relación que los padres mantengan entre sí, tras oír a los mayores de doce años y, si lo considera preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, que la guarda de estos sea ejercida por uno de ellos o conjuntamente¹⁵¹. Se establece una importante salvedad y es que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Es de alabar el sentido común que demuestra la Ley cuando pide que se intente no separar

¹⁵⁰ El art. 91 del Cc. establece lo siguiente: “En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o, en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.

¹⁵¹ En septiembre de 2010 entro en vigor la “Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”. Fue la primera ley que regulaba el régimen compartido de la custodia sobre los hijos, en caso de separación o ruptura de los padres.

a los hermanos. Para tomar estas decisiones muchas veces el juez deberá recabar dictamen de un facultativo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”¹⁵². Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos¹⁵³. No olvida el Código Civil en el artículo 94¹⁵⁴, el derecho del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

El artículo 95 Cc establece la disolución del régimen económico matrimonial, y el siguiente artículo quién se queda en el uso de la vivienda familiar¹⁵⁵. Con respecto al régimen económico matrimonial, aunque perviva el matrimonio, parece lo más aconsejable que el régimen desde la separación matrimonial sea también el de separación de bienes. Es claro, que el supuesto de hecho de la regla que concede a cada uno de los cónyuges la posibilidad de vincular los bienes del otro en el ejercicio de la potestad doméstica, en determinadas circunstancias¹⁵⁶, descansa en la realidad de la convivencia, que desaparece cuando se decreta la separación.

¹⁵² Art. 93 Cc.

¹⁵³ Conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.

¹⁵⁴ El art. 94 del Cc. indica lo siguiente: “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.

¹⁵⁵ El art. 96 del Cc dispone: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”.

“Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”.

“No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

“Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

¹⁵⁶ Art. 1319 Cc

La pensión compensatoria la regula el artículo 97 Cc para el caso de desequilibrio económico, que empeore la situación anterior al matrimonio de uno de los cónyuges, que podrá ser temporal o indefinida, o prestación única. A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias (todas ellas extraídas de resoluciones judiciales anteriores)¹⁵⁷:

1ª.- Los acuerdos previos.

2ª.- La edad y salud.

3ª.- La cualificación profesional y las probabilidades de encontrar trabajo.

4ª.- Tiempo dedicado y que se dedicará a la familia.

5ª.- La colaboración con su trabajo en las actividades profesionales del otro cónyuge.

6ª.- La duración de la convivencia conyugal.

7ª.- La posible pérdida de un derecho de pensión.

8ª.- Medios económicos con que cuentan y las necesidades de uno y otro.

9ª.- Otras circunstancias relevantes.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad¹⁵⁸. Se da la posibilidad de sustitución por renta vitalicia u otras modalidades como usufructo de algún bien¹⁵⁹. Sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u

¹⁵⁷ Entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 17 de octubre de 2003, (Ponente Sr. Seoane Prado)

¹⁵⁸ Téngase en cuenta que en caso de nulidad se habla de indemnización en lugar de pensión compensatoria (art. 98 Cc).

¹⁵⁹ Artículo 99 Cc

otro cónyuge¹⁶⁰. Las causas de extinción vienen reguladas en el artículo 101¹⁶¹.

Por Ley, y sólo por admitir la demanda se producen los efectos siguientes¹⁶²:

1º.- Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2º.- Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil. (Es una formula normal en todas las demandas).

También era lógico que se establecieran las medidas a adoptar por el juez, a falta de mutuo acuerdo, y lo regula el artículo 103 del Código civil¹⁶³.

¹⁶⁰ Art. 100 Cc

¹⁶¹ Art. 101 del Cc regula: “El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”.

“El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”.

¹⁶² Art. 102 Cc

¹⁶³ El art. 103 del Cc establece: 1ª.- “Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez”.

2ª.- “Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”.

3ª.- “Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas, si procede, las litis expensas, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro”.

Prevé el artículo 104 Cc la solicitud de medidas previas, pidiendo los efectos y medidas regulados anteriormente. Sólo serán validos por un mes. Después de ese tiempo se debe presentar demanda ordinaria¹⁶⁴. Lo completan el artículo 105 y 106 regulando qué sucede con los efectos provisionalmente adoptados¹⁶⁵. De la lectura de estos artículos podemos concluir que el legislador ha tenido en cuenta:

a) La igualdad constitucional hombre y mujer. Antes los hijos menores siempre se daban a la guarda y custodia de la madre, salvo que la madre no pudiera hacerse cargo de ellos por diversos motivos como por ejemplo por estar en prisión, estar ejerciendo la prostitución, o tener problemas con el alcohol o las drogas.

b) Normalmente se fijan unos criterios actualizadores del valor de la moneda a tener en cuenta cada año para las pensiones compensatorias y de alimentos.

c) Las pensiones fijadas son modificables, si concurren modificaciones sustanciales de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para determinarlas (por ejemplo que uno de los cónyuges comience a trabajar o quede en el paro. También por volver a casarse y tener más hijos, porque se entiende que es un derecho de toda persona a rehacer su vida. Nunca por

“Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad”.

4ª.- “Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo”.

5ª.- “Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio”.

¹⁶⁴ Art. 104 Cc regula lo siguiente: “El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores”.

“Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente”.

¹⁶⁵ Art. 105 Cc es del siguiente tenor literal: “No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores”.

Art. 106 Cc indica: “Los efectos y medidas previstos en este Capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo”.

comprarse otro coche o una casa más grande, ya que se entiende que esas circunstancias son voluntarias y no alteran las obligaciones previamente contraídas).

d) La regulación de la vivienda familiar suele prescindir de quién sea el propietario de la misma, o de quién sea el titular del alquiler, protegiéndose al cónyuge más necesitado, y en todo caso a los hijos menores, y al cónyuge que se queda con su guarda y custodia.

e) La separación de cuerpos es facultativa, ya que puede darse el caso de sentencia de separación y que sigan viviendo sin reconciliación en la misma casa. (Por ejemplo en el supuesto que no tengan dinero suficiente para tener dos casas, ni siquiera de alquiler).

f) Lo normal es que estas medidas queden al arbitrio de los esposos, y sólo si no alcanzan un acuerdo, las decide el juez, con audiencia de los cónyuges.

El efecto personal más importante es la separación del deber de convivencia, aunque persiste el deber de fidelidad, por continuar el vínculo matrimonial, aunque no sea un deber jurídicamente exigible.

Quiero referirme más por extenso al deber de socorro mutuo, que para muchos deja de ser exigible por la separación en su dimensión personal (no patrimonial). Para otros permanecería ese deber, incluso la atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes.

Cabe preguntarse por el derecho de alimentos de los cónyuges separados. Aunque la Ley 15/2005 ha incidido directamente sólo en determinados preceptos del Cc y de la LEC, no hay duda de que el paso de un sistema causalista a otro sin causa en materia de separación y divorcio necesariamente repercute en otras parcelas del Derecho. Casi se puede afirmar que todas aquellas materias en las que se venía reconociendo alguna relevancia a la imputabilidad de la causa de separación o divorcio a uno de los cónyuges han quedado afectadas por la reforma. Una de estas materias es, sin duda, el derecho de alimentos. Con relación al cónyuge, el derecho de alimentos está directamente vinculado a la existencia de

matrimonio. En principio, de acuerdo con el art. 143 del Cc, los cónyuges están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el art. 142 del mismo Código. Sin embargo, en las situaciones normales de convivencia matrimonial entre los cónyuges, el deber de ayudarse y socorrerse mutuamente, recogido hoy en los arts. 67 y 68 del Cc, reemplaza a la estricta obligación alimenticia. Por ello cabe afirmar que la prestación de alimentos en cuanto tal queda incluida en el propio deber de contribuir a las cargas familiares del art. 1318 del Cc¹⁶⁶, que tiene un carácter mucho más amplio. Lógicamente la cuestión relativa a los alimentos adquiere mayor relevancia en los casos en que surja una crisis matrimonial. Actualmente parece fuera de toda duda la posibilidad de admitir la validez de los pactos sobre alimentos que se establecen en los convenios de separación de hecho, sin que para ello suponga ningún obstáculo el art. 1814 del Cc¹⁶⁷. Los problemas pueden aparecer en los casos de separación judicial durante la tramitación del procedimiento.

Parece claro que, una vez decretada la separación judicial, desaparece el deber de contribuir a las cargas del matrimonio, aunque, al mantenerse el vínculo y el deber de socorro mutuo del art. 68 del Cc, ambos esposos puedan reclamarse la correspondiente pensión alimenticia cuando acrediten la necesidad y los recursos suficientes del obligado, sobre la base de los arts. 142 y siguientes del Cc (circunstancia que no se produce evidentemente en los casos de divorcio y nulidad, en que se pierde la condición cónyuge). Previsiblemente los casos en que pueda producirse esta situación serán muy pocos ya que, siendo idénticos los presupuestos para plantear la demanda de separación o divorcio, tras la Ley 15/2005 se está optando mayoritariamente por solicitar el divorcio. No obstante, en la práctica son abundantes los casos en que, a través de la pensión del art. 97 del Cc, se está encubriendo una prestación alimenticia, o bien se evita que se dé el estado de necesidad necesario para reclamar alimentos. La pensión alimenticia entre cónyuges separados guarda una cierta relación de subsidiariedad con respecto a la

¹⁶⁶ Dentro de las Disposiciones Generales que desarrolla el régimen económico matrimonial.

¹⁶⁷ El artículo 1814 del Cc regula: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”.

pensión compensatoria. Primeramente se ha de probar si se da el supuesto de hecho de la pensión por desequilibrio, y sólo cuando no se da, o se renuncia a la pensión, o cuando ésta no es suficiente para satisfacer el mínimo vital necesario del cónyuge necesitado, entonces correspondería tomar en consideración el derecho de alimentos.

De alguna manera, la Ley 15/2005 ha afectado a esta situación pues, admitido en el nuevo art. 97 del Cc el carácter temporal de la pensión por desequilibrio (como ya habían hecho varias audiencias provinciales), en los casos de separación puede ocurrir que, una vez transcurrido el plazo para el que fue acordada aquélla, el cónyuge separado se encuentre en estado de necesidad y pueda reclamar a su cónyuge alimentos por la vía de los arts. 142 y siguientes del Cc. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, ya antes de la reforma, debía considerarse que la obligación de alimentos entre cónyuges separados era independiente de cualquier consideración en torno a la culpa o imputabilidad de la separación, dado que su único fundamento radicaba en el mantenimiento del “status” de cónyuge. Sin embargo, parte de la doctrina consideraba que cuando la separación legal viniera a significar una sanción a la conducta del cónyuge que incumple sus deberes, la obligación en cuanto tal podía perder ese carácter de reciprocidad y nacer sólo en beneficio del cónyuge “inocente”. Es indudable que hoy ya no cabe acoger este planteamiento al haber desaparecido todo vestigio de las causas de separación. Ocurre, sin embargo que se mantiene lo dispuesto en el art. 154.4 del CC, conforme al cual cesa la obligación de dar alimentos “cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”. Y el 855.1ª del CC considera como justas causas para desheredar al cónyuge el “haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales”. Si se considera que las causas de extinción de la obligación de alimentos funcionan también como causas que impiden el nacimiento del derecho a alimentos, resultaría que el incumplimiento de los deberes conyugales (irrelevante hoy a la hora de decretar judicialmente la separación) podría todavía tener como sanción la de privar a uno de los cónyuges separados del derecho de alimentos.

Si se admite que la obligación de alimentos se extingue por incumplimiento grave y reiterado de los deberes familiares, lo que procede es el juicio verbal (art. 250.1.8º de la LEC), donde no habría ningún problema para que se plantee ante el juez tal incumplimiento de los deberes conyugales, que es lo que enerva o impide el nacimiento de la obligación de alimentos. La Ley 15/2005 ha suprimido la posibilidad de utilizar esta vía como causa de separación o divorcio en los procesos matrimoniales, pero no ha plasmado la irrelevancia del incumplimiento de los deberes conyugales en todos los ámbitos, como ocurre en los casos de desheredación y del derecho de alimentos. Cuestión diferente es que se considere o no más coherente modificar la actual normativa para excluir en todo caso la obligación de alimentos entre cónyuges separados, o mantenerla pero ligándola a circunstancias que nada tengan que ver con la infracción de los deberes conyugales¹⁶⁸.

Con independencia de los efectos comunes de la nulidad y divorcio se producen otros efectos como:

- a) Decae la presunción de paternidad del marido¹⁶⁹.
- b) Normalmente determina el ejercicio individual de la patria potestad¹⁷⁰.
- c) Excluye el llamamiento a la sucesión intestada del cónyuge¹⁷¹.
- d) Es causa de que se revoquen por ingratitud las donaciones que un cónyuge haya hecho al otro, cuando la sentencia imputa al donatario la causa de separación¹⁷².
- f) Determina subsidiariamente que los hijos menores de siete años queden al cuidado de la madre¹⁷³.

¹⁶⁸ A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *La supresión de las causas de separación y divorcio en la ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho Civil*, Revista Jurídica de Castilla y León, N° 13, agosto de 2007, pp. 73-78.

¹⁶⁹ Artículo 116 del Código Civil.

¹⁷⁰ Artículo 156.5 del Código Civil.

¹⁷¹ Artículo 954 del mismo Código.

¹⁷² Artículo 1.343.3 del mismo cuerpo legal)

¹⁷³ Artículo 159 del Código Civil.

e) Posibilita la concesión judicial de la emancipación al hijo de los cónyuges separados¹⁷⁴.

El Código Civil regula exhaustivamente cómo afecta el fallecimiento de un cónyuge, cuando existe la separación¹⁷⁵.

Debo resaltar que lo normal en los convenios reguladores de la separación es la renuncia de los cónyuges a los derechos de viudedad (ya sea el usufructo viudal, como el derecho expectante de viudedad aragonés). Advierte la Dirección General de los Registros¹⁷⁶ que en el orden testamentario no está previsto, como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges, la revocación por ministerio de la ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos a favor del otro, a diferencia de lo regulado respecto de los poderes y consentimientos en los artículos 103 y 106 del Código Civil, y de lo dispuesto en el artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña¹⁷⁷.

¹⁷⁴ De la manera que determina el artículo 320, número 2º.

¹⁷⁵ Artículo 834.- “El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de este judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”.

Artículo 835.- “Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos”.

Artículo 837.- “No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia”.

Artículo 838.- “No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia”.

Artículo 839.- “Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge”.

Artículo 840.- “Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios”.

¹⁷⁶ Resolución de 26 de noviembre de 1998.

¹⁷⁷ Dice así el artículo 132.1 y 2: “La institución, el legado y demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge del testador se presumirán revocadas en los casos de nulidad., divorcio o separación judicial posteriores al otorgamiento y en los supuesto de separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio, o por consentimiento mutuo expresado formalmente

La disposición será eficaz si del contexto del testamento, codicilo o memoria testamentaria se desprende que el testado habría ordenado la disposición de última voluntad a favor del cónyuge incluso en los casos citados en el apartado anterior”.

En Aragón la regulación sobre el derecho de viudedad es del siguiente tenor¹⁷⁸:

1.- “Se extingue necesariamente con la disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte y por la declaración de su nulidad”.

2.- “Se extingue también por admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista. El derecho de viudedad nace de nuevo cuando el proceso finaliza en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria, se reconcilian los cónyuges separados, o así lo pactan éstos”.

3.- “Se extingue también cuando, al fallecer un cónyuge, incurre el supérstite en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 13 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, como causas de indignidad”¹⁷⁹.

D. Impulso a la mediación en procesos familiares

Una de las finalidades de la Ley 15/2005, de 8 de julio, sobre todo cuando en la Unión Europea, el Reglamento 2201/2003¹⁸⁰, en su artículo 55

¹⁷⁸ Artículo 94 de la Ley 2/2003 de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y viudedad de Aragón.

¹⁷⁹ Artículo 13.- Causas de indignidad.

“Son incapaces de suceder por causa de indignidad”:

- a) “Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes”.
- b) “El que fuere condenado por haber atentado contra la vida del causante, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, contra la vida del fiduciario o contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno”.
- c) “El que fuere condenado a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad familiar, tutela, guarda o acogimiento familiar, en las sucesiones de las personas sobre las que versará la pena y sus descendientes”.
- d) “El que fuere condenado por acusación o denuncia falsa contra el causante o el fiduciario, en relación con un delito para el cual la ley señale una pena grave”.
- e) “El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del causante, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio”.
- f) “El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias”.
- g) “El que por iguales medios impidiera a otro otorgar pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o revocar o modificar los que tuviese hechos, o suplantare, ocultare o alterare otros posteriores”.

¹⁸⁰ Reglamento (CE) n° 2.201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia

impone la cooperación de Autoridades Centrales para facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza. Declara en su Exposición de Motivos la Ley 15/2005 el establecimiento de la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con intervención de un mediador imparcial y neutral. A su vez introduce una nueva regla, la 7ª al artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite a las partes de común acuerdo la facultad de solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para someterse a mediación, existiendo el compromiso por parte del Gobierno en la disposición final tercera de la norma, de remitir un proyecto de Ley sobre mediación basada en los principios establecidos en la Unión Europea¹⁸¹ y, en todo caso, en los de voluntariedad, imparcialidad,

matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1.347/2000, Diario Oficial nº L 338 de 23-12-2003, pp. 1-29.

¹⁸¹ En la Unión Europea, la Comisión publicó el 19 de abril de 2002 un *Libro Verde* sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, incluido el derecho laboral y el relacionado con el consumidor. Quedaban excluidas del ámbito del Libro Verde las cuestiones relacionadas con los derechos no negociables y que interfieren con el orden público, como ciertas disposiciones del derecho de las personas y de familia, del derecho de la competencia y del relacionado con el consumidor. En materia de Derecho de Familia, el *Libro Verde* referenciado ya se planteaba aprovechar las iniciativas adoptadas en el ámbito del Derecho de Familia. Así recalca que en la cumbre de Viena de diciembre de 1998, los Jefes de Estado y de Gobierno aprobaron el plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre las disposiciones óptimas de aplicación de las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas al establecimiento de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. Entre las medidas que deberían adoptarse en los cinco años siguientes a la entrada en vigor del Tratado, la letra C) del apartado 41 de dicho plan de acción establece: “examinar la posibilidad de elaborar modelos de soluciones no judiciales de los conflictos, en particular por lo que se refiere a los conflictos familiares transnacionales. A este respecto, prever la mediación como medio de solucionar los conflictos familiares”.

Los responsables políticos han tomado conciencia del papel privilegiado que puede desempeñar la mediación en la resolución de los conflictos familiares de alcance transfronterizo, tanto si dichos conflictos se refieren a cuestiones vinculadas al ejercicio de la autoridad parental –derechos de custodia y de visita de los hijos– como a la división del patrimonio familiar o a la fijación de asignaciones para alimentos.

Las partes en conflicto podrían así recurrir a la mediación, tanto antes de pensar en recurrir a un tribunal como durante el procedimiento judicial y en la fase de aplicación de las decisiones de justicia. Se podía leer igualmente en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 2003, que la eficacia de la mediación en el Derecho de Familia está ya acreditada en varios países, por lo que deben fomentarse plenamente. Sería razonable que la propuesta del Reglamento Bruselas II bis, más

neutralidad y confidencialidad, y en el respeto a los servicios de mediación creados por la Comunidades Autónomas. Igualmente, la reforma modifica el apartado 2 el Art. 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir la aportación con el escrito inicial, del acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar.

Al margen de las normas reguladoras de la mediación familiar a nivel autonómico¹⁸², la actual reforma supone una gran oportunidad para que el Derecho español regule la mediación familiar, aprovechando la experiencia de muchos años de países de nuestro entorno y de algunas autonomías¹⁸³. A nivel internacional, se puede observar cómo el recurso a la mediación familiar en algunas legislaciones como la francesa y en muchas estadounidenses, puede incluso imponerse obligatoriamente por el juez a las partes en caso de desacuerdo de los cónyuges. Esta medida no se ha previsto en la reforma española¹⁸⁴.

favorable a esas prácticas, pudiera llegar a aplicarse. Por lo demás, se debería crear una red de organismos de mediación familiar en Europa reconocidos por las autoridades nacionales competentes Ministerios de Justicia o jurisdicciones estatales encargas de las cuestiones familiares. Por otra parte, la necesidad de tener en cuenta la dimensión humana de los conflictos familiares llevó al Consejo y a la Comisión a tomar iniciativas paralelas en Derecho de Familia. A este respecto, uno de los objetivos obvios de la propuesta de Reglamento Bruselas II bis es considerar la mediación como medio de solucionar estos conflictos.

¹⁸² Hasta la actualidad existen 13 Comunidades Autónomas del Estado Español que han aprobado y publicado sus respectivas leyes de Mediación Familiar: Ley 1/2001 de 15 de marzo de Mediación Familiar de Cataluña; Ley 4/2001 de 31 de mayo, Reguladora de Mediación Familiar de Galicia; Ley 7/2001 de 26 de noviembre, Reguladora de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana; Ley Canaria 15/2003, de 8 de abril de Mediación Familiar, reformada por la Ley 3/2005 de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar; Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León; Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Ley de la Comunidad de las Islas Baleares 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar; Ley del Principado de Asturias, 3/2007 de 23 de mayo; Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid, 1/2007, de 21 de febrero; Ley de Mediación Familiar del País Vasco, 1/2008, de 8 de febrero; Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiares la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón; Ley de Mediación Familiar de Cantabria, Ley 1/2011, de 28 de marzo.

¹⁸³ Lo ha llevado a cabo con la publicación del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹⁸⁴ Cfr. F. J. FORCADA, *Las últimas reformas legales en España sobre el derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio*, en “Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres”, en adelante *Aequalitas*”, (Nº 17), pp.27-37.

Ya que la violencia de género surge fundamentalmente en situaciones de crisis familiar, deben contemplarse, si lo que se pretende es la reducción de la litigiosidad, fórmulas de mediación compatibles con la inexcusable defensa de la mujer agredida, que tiendan a desactivar el aspecto contencioso del proceso de ruptura familiar en un marco de reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones a las partes, y siempre en casos que no puedan considerarse peligrosos o extremos.

V. LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL CANÓNICA EN ESPAÑA A PARTIR DEL ACUERDO SOBRE ASUNTOS JURÍDICOS DE 1979

1. Regulación

Antes de nada, y dado que previamente he desarrollado la normativa de la separación, tanto para el Derecho Canónico como para el Código Civil, considero importante determinar cuál es el rango jurídico de los tratados internacionales y la relevancia de las normas de Derecho Internacional en el ordenamiento español. No es una duda que nos despeje ni la CE ni el Cc. La doctrina y la jurisprudencia han dado la solución basándose en el artículo 96.1 de la CE¹⁸⁵ al establecer un procedimiento especial para derogar, modificar o suspender las disposiciones contenidas en los tratados internacionales, excluye que pueda realizarse por ley. De esta forma no queda duda sobre la supremacía de los tratados frente a las disposiciones internas que tengan rango inferior al constitucional, sean anteriores o posteriores al tratado, y los sitúan en la pirámide jurídica inmediatamente después de la Constitución, constituyendo un nuevo tipo de fuente del Derecho, distinto de la ley. También se ha llegado al mismo resultado estimando que el problema no es propiamente de jerarquía normativa, sino de competencia, por lo que si un convenio o tratado internacional abordan un tema ya no puede ser modificado, derogado o suspendido unilateralmente por un Estado. Rige el principio de la buena fe en la interpretación del

¹⁸⁵ Art. 96.1 CE: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

tratado¹⁸⁶, y por lo tanto tampoco cabe invocar disposiciones de Derecho interno para justificar su incumplimiento. Todo ello es aplicable al Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 y, en consecuencia, sus disposiciones no pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas, por una ley común, sino por el mutuo acuerdo de las partes contratantes o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional¹⁸⁷.

El Concordato español de 1953 reconocía la competencia de los Tribunales Eclesiásticos en las causas de separación conyugal, junto a otras causas matrimoniales, y aseguraba la ejecución en cuanto a los efectos civiles, de las sentencias de separación pronunciadas por los Tribunales Eclesiásticos, así como las medidas precautorias que debían adoptarse durante la tramitación de la causa¹⁸⁸. El sistema tradicional diferenciaba la separación según fuera la clase de matrimonio, remitiendo a los tribunales Eclesiásticos el conocimiento del proceso cuando se trataba de matrimonio contraído canónicamente, y a tal efecto disponía que el conocimiento de las causas de separación en este tipo de matrimonios, corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica conforme al procedimiento establecido por el Código de Derecho Canónico¹⁸⁹.

Aunque España es un país con un fuerte arraigo de la religión católica, que ha celebrado un Tratado con la Santa Sede sobre matrimonio canónico¹⁹⁰, el derecho matrimonial reformado, somete toda la disciplina sustantiva y procesal de la separación al ordenamiento del Estado. Si en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979 se contempla el régimen de la nulidad matrimonial y de la dispensa del matrimonio rato y no consumado, se mantuvo, en cambio, un llamativo silencio sobre la separación de los cónyuges, silencio que ha sido interpretado admitiendo la competencia de los órganos del Estado.

¹⁸⁶ Como principio general del derecho el principio de la buena fe en la interpretación de las leyes y costumbres es fuente del ordenamiento jurídico. (Artículo 1 Cc)

¹⁸⁷ Cfr. J. FERRER, *El matrimonio canónico en el ordenamiento*, Pamplona 1986, pp. 54-56.

¹⁸⁸ Cfr. A. BERNARDEZ, *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid 1961, pp. 630-631.

¹⁸⁹ Artículo 80 del Cc, según la redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958.

¹⁹⁰ Cfr. M. J. GUTIÉRREZ, *El matrimonio en los estados de la Unión Europea y la eficacia civil del matrimonio religioso*, Barcelona 2003, p. 145.

La doctrina y normas de la Iglesia sobre la inscripción en los Registros Civiles del Estado del matrimonio canónico celebrado válidamente han surgido ante la necesidad de evitar inútiles confrontaciones con las legislaciones estatales y para garantizar al matrimonio de sus fieles el reconocimiento de los efectos civiles del mismo, tales como la firmeza civil del vínculo, legitimidad de la unión, reconocimiento de los hijos, efectos patrimoniales y sociales, etc., que el estado concede al matrimonio civil¹⁹¹.

Las resoluciones eclesiásticas ya no son directamente aplicables como con el Concordato del 53. El Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano¹⁹², establece lo siguiente En primer lugar, que el Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio canónico. Se producen desde la celebración, pero es necesaria la inscripción del mismo, llevando la certificación eclesiástica al Registro Civil correspondiente. En segundo lugar, regula que los cónyuges podrán acudir a los tribunales Eclesiásticos para pedir la nulidad de su matrimonio; o solicitar del Romano Pontífice la decisión pontificia de matrimonio rato y no consumado. Posteriormente, para que dichas resoluciones tengan efectos civiles, se deberá demandar su eficacia civil ante el tribunal civil competente, que la declarará si lo considera ajustado al Derecho del Estado. En tercer lugar, la Iglesia aprovecha para recordar a los contrayentes la validez de las normas canónicas y el deber de respetar las propiedades esenciales del matrimonio¹⁹³. Por último, y para las causas pendientes ante los Tribunales

¹⁹¹ Cfr. F. R. AZNAR, *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado*. Estudios en Memoria Profesor P. Lombardía, Doctrina y normas de la Iglesia Católica sobre la inscripción civil del matrimonio canónico, Madrid 1989, p. 767.

¹⁹² B.O.E. de 15 de diciembre.

¹⁹³ Artículo VI regula literalmente lo siguiente:

1) “El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico.

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio”.

2) “Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas

Eclesiásticos, al entrar en vigor en España el Acuerdo indica que seguirán tramitándose ante ellos y las sentencias tendrán efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el artículo XXIV del Concordato de 1953¹⁹⁴.

En relación con el Concordato, el Código Civil establece que las resoluciones dictadas por los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹⁵. La Ley de Enjuiciamiento Civil establece que en las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales Eclesiásticos, sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, si no se pidiera la adopción o modificación de medidas, el Tribunal dará audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y resolverá por medio de auto lo que resulte procedente sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica. Queda por aclarar qué ocurre cuando en la demanda se hubiere solicitado la adopción o modificación de medidas, y entonces establece que se sustanciará la petición de eficacia civil de la resolución o decisión canónica conjuntamente con la relativa a las medidas, siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 775¹⁹⁶, determinado para la modificación de las medidas definitivas.

resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunas civil competente”.

3) “La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales”.

¹⁹⁴ Disposición Transitoria segunda.

¹⁹⁵ Artículo 80 Cc.

¹⁹⁶ Artículo 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/200, de 7 de Enero), sobre la eficacia civil de resoluciones de los Tribunales Eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado

2. *Omisión en el Acuerdo de las causas de separación matrimonial.*

Si la competencia de la Iglesia es exclusiva, el Estado es incompetente sobre el matrimonio de los bautizados, en atención al principio de libertad religiosa, que lleva a que los católicos se rijan por el Derecho Canónico en lo que al matrimonio se refiere. Eso no significa que no quepan remisiones a lo establecido por el Estado en su régimen matrimonial (por ejemplo en lo que atañe al impedimento de parentesco legal). Por ser remisión tiene valor para los bautizados lo dispuesto en la legislación civil, y por serlo permanece la posibilidad de su abrogación. Ni la Iglesia puede renunciar a su jurisdicción sobre el matrimonio (renuncia no es remisión), ni la remisión puede abarcar toda la materia matrimonial, porque hay aspectos que no son remisibles. Algo parecido puede decirse de la potestad judicial, ya que a veces la Iglesia ha concedido por vía concordataria que las causas de separación puedan ser juzgadas por los Tribunales del Estado. No hay precedentes en cambio de remisión de las causas de nulidad o del matrimonio rato y no consumado¹⁹⁷

El c. 1692, que exige el recurso a la vía judicial o administrativa canónica para decidir sobre la separación solicitada, deja a salvo lo que para un lugar determinado se haya provisto legítimamente de otro modo. Esta salvedad alude, sin lugar a dudas, a aquellos países en los que las causas pueden tramitarse ante la jurisdicción civil, por condición expresa o tácita de la Santa Sede, convenida en Concordatos u otra clase de acuerdos.

En la Iglesia Católica hay una tendencia (sin renunciar a la competencia propia de este ordenamiento que la Iglesia tiene por Derecho propio, no por concesión de autoridades civiles), a encomendar a la jurisdicción civil el conocimiento de las causas de separación¹⁹⁸. En el caso de España, la afirmación de la competencia estatal exclusiva en la materia ha sido consecuencia de la reserva de ley contenida en el artículo 32, párrafo 2º, de la Constitución¹⁹⁹. Por otra parte, el Acuerdo Jurídico con la Santa

¹⁹⁷ Cfr. J. HERVADA, *Una Caro: Escritos sobre el matrimonio, Pamplona 2000*, p. 216.

¹⁹⁸ C. 1692 CIC.

¹⁹⁹ Art. 32-2: “La Ley regulará 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”.

Sede de 3 de enero de 1979 atribuyó tan sólo a los Tribunales Eclesiásticos las resoluciones sobre nulidad y lo referente a la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado (artículo VI, apartado 2), sin hacer mención de las causas de separación en los matrimonios canónicos, con lo que implícitamente admitió la competencia de los órganos del Estado. Así lo entendió el R.D. Ley de 29 de diciembre de 1979²⁰⁰.

La diferencia es clara frente al sistema tradicional. Antes se remitía el conocimiento de las separaciones del matrimonio canónico a los tribunales Eclesiásticos y actualmente es difícil encontrar decisiones jurisprudenciales canónicas sobre esta materia²⁰¹, como consecuencia del silencio en el Acuerdo con la Santa Sede, al no haberse pactado los efectos jurídicos de la decisiones eclesiásticas sobre separación matrimonial²⁰².

Establece el Código Civil de una manera programática que se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio²⁰³. El Tribunal Supremo, de acuerdo con el principio de exclusividad jurisdiccional recogido en el artículo 117, párrafo 3, de la Constitución, entiende que será el Juez civil quien, con plenas facultades, habrá de decidir en materia de separación matrimonial, cuyo conocimiento ha quedado sustraído a los Tribunales Eclesiásticos (Sentencias de 15 de febrero de 1983 y 23 de noviembre de 1987). En parecidos términos se pronunció el Tribunal Constitucional (Sentencia de 26 de enero de 1981). Pero también ha resuelto el Tribunal Constitucional que, obtenida la nulidad del matrimonio canónico por sentencia de la jurisdicción eclesiástica, de la que se llevó constancia al Registro Civil, de acuerdo con el Concordato de 1953 y la legislación vigente antes de la reforma del Código

²⁰⁰ Cuyo preámbulo declaró que “por virtud de los Acuerdos desaparece la competencia hasta hoy atribuida a los Tribunales Eclesiásticos”, y en su parte normativa dispuso el trámite a seguir en los procesos de separación conyugal “cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio”.

²⁰¹ Cfr. M.L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *Las Causas de separación matrimonial en el derecho comparado y en el derecho español*, Madrid 2002, pp. 123 y 124.

²⁰² Cfr. VV.AA (Coordina G. SUÁREZ PERTIERRA), *Derecho matrimonial comparado*, Valencia. 2005, p. 185.

²⁰³ Art. 81 Cc.

de 1981, no podrá pretenderse luego por uno de los cónyuges el divorcio ante la jurisdicción estatal (Sentencia de 13 de enero de 1997)²⁰⁴.

Es el momento de tener en cuenta la Doctrina del TC, cuando establece: “En la legalidad actual carecen los Tribunales Eclesiásticos de facultades para que sus resoluciones produzcan efectos civiles en los casos de procesos canónicos de separación. Desde la vigencia del Acuerdo con la Santa Sede (que lleva fecha de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre), sólo las separaciones decididas por los Jueces estatales producen los efectos en el orden jurídico civil, a salvo la transitoriedad contemplada en el ap. 2ª de las transitorias del Acuerdo. Con anterioridad se reconocía una jurisdicción eclesiástica, según lo dispuesto en los artículos 80 a 82 del Código Civil, acomodadas al artículo XXIV del Concordato con la Santa Sede, en orden a las causas de separación y la producción de efectos civiles, lo que no impidió que algunas interpretaciones (recordemos aquí las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1966 y 26 de enero de 1974 y el auto de la misma Sala de fecha 4 de octubre de 1971), permitieran sostener que el Juez es el que determina y regula las consecuencias civiles de la separación, resolviendo con jurisdicción propia, según la legislación civil. Entre la legalidad actual y la regida por los artículos 80 al 82 del Código Civil y el artículo XXIV del Concordato, se ha producido un hecho capital, cual es la Constitución, vigente desde el 29 de diciembre de 1978, que proclama, a los efectos que importan en este proceso, la aconfesionalidad (artículo 16.3), y la exclusividad jurisdiccional (artículo 117.3), principios desde los que tenemos que interpretar las aludidas normas. Desde el acuerdo con la Santa Sede que hemos dicho, los procesos de separación matrimonial, para que produzcan efectos civiles, tendrán que seguirse ante los jueces ordinarios, siguiendo lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución Española y el artículo 51 del a Ley de Enjuiciamiento Civil. Se ha incorporado con ello España a lo que era un hecho general, bien por la vía expresa de lo

²⁰⁴ Cfr. DE CASTRO, *Contestaciones de Derecho Civil al Programa de Judicatura* (Tomo II), Madrid 2000, pp. 447 y 448.

concordado, bien por el contenido implícito respecto a las causas canónicas, acabando con la singularidad que, en este punto, significaba nuestro sistema. Es común ahora que todos los procesos de separación, referidos a los dos tipos o formas del matrimonio, están atribuidos a la jurisdicción estatal, aunque, ciertamente, los casados canónicamente podrán acudir a la Autoridad Eclesiástica para obtener la separación canónica, si bien sin efectos civiles, y sí intraeclesiales”²⁰⁵.

En definitiva la Iglesia se ha autolimitado en la práctica su competencia para juzgar de las causas de separación. Hoy de las causas de separación conocen los tribunales civiles. Al no tener la Iglesia conocimiento de las causas de separación, desaparece en gran medida la posibilidad de acción pastoral directa sobre los fieles. Lo cual puede suponer la pérdida de un medio jurídico de protección y defensa de la dignidad y verdad de la vida conyugal y familiar²⁰⁶.

Las razones que llevaron a esta situación son las siguientes:

A. Consentimiento tácito reconociendo efectos a la separación civil, porque eran coincidentes sus causas

Está recogido en el apartado segundo del c.1692-2 del CIC, al permitir al Obispo de la Diócesis de residencia de los cónyuges acudir al fuero civil, si se prevé que la sentencia civil no será contraria al derecho divino²⁰⁷. Hay que pensar, que si la Iglesia ha cedido, por la vía del Concordato, la jurisdicción en las causas de separación al fuero civil, es porque las legislaciones sobre separación de cónyuges de estos Estados, cesionarios de la Jurisdicción, muestran una conformidad esencial, en esta materia, con las

²⁰⁵ Sentencia de 26 de enero de 1981 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, número 1/1981.

²⁰⁶ Cfr. J. ESCRIVÁ, *La separación conyugal: sentido y futuro*, en VV.AA, *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: Actas del x Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona 2000, p. 730.

²⁰⁷ El c. 1692-2 establece: “Donde la decisión eclesiástica no produzca efectos civiles, o si se prevé que la sentencia civil no será contraria al derecho divino, el Obispo de la diócesis de residencia de los cónyuges, atendiendo a circunstancias peculiares, podrá conceder licencia para acudir al fuero civil”.

exigencias del derecho divino, natural o positivo²⁰⁸. Sin embargo no siempre las legislaciones civiles se rigen en estos temas por esas exigencias, sino en razones de conveniencia o utilidad, como ocurría con el antiguo artículo 82 del Cc., hoy sin contenido, por la reforma dada por la Ley 15/2005 de 8 de julio que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio²⁰⁹.

Actualmente, y para ser coherente con las disposiciones del CIC, el Obispo diocesano de la residencia de los cónyuges, sólo debería dar la licencia a esos cónyuges para acudir al fuero civil en atención a las circunstancias peculiares que se den en el caso y sólo cuando tenga garantías de que la sentencia civil que se dicte no será contraria al derecho divino. En esta materia de separación, y en España en particular, no quedó garantizada la conservación del régimen jurídico de separación a la firma del Concordato, ya que se han dado cambios legislativos internos o reformas que contradicen de algún modo el derecho divino, como cuando establece la reforma del Código Civil del año 81 que se admite el divorcio tras un periodo de separación. Por lo tanto puedo concluir que las cosas no están igual que cuando se pactaron, por modificación de la legislación base para los Acuerdos Iglesia-Estado. Si en aquel momento podía tener sentido por economía procesal y por funcionar con similares criterios, actualmente no es

²⁰⁸ Cfr. C. DE DIEGO, *Medidas Pastorales Previas en las causas de separación conyugal*, en *Ius Canonicum* XXV (1985).

²⁰⁹ Artículo 82 Cc. Son causas de separación:

1ª “El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue”.

2ª “Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar”.

3ª “La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años”.

4ª “El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia”.

5ª “El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en Derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento”.

6ª “El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años”.

7ª “Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3º, 4º y 5º del artículo 86”.

el caso, y creo que la jerarquía eclesiástica debe replantearse su competencia.

B. La separación canónica no aborda los aspectos patrimoniales ni de filiación

La separación conyugal en cuanto régimen excepcional de la vida matrimonial, lleva consigo una alteración o modificación de la situación normal de convivencia matrimonial. Afecta a las relaciones conyugales de los esposos, y las paternofiliales, con los hijos fruto de ese matrimonio. Por eso la separación también se refiere básicamente a estos dos efectos²¹⁰.

Ni siquiera cuando se tramitaban separaciones en los Tribunales Eclesiásticos, se regulaban los efectos civiles del matrimonio. Aunque las separaciones de hecho canónicas producen efectos en el fuero de la conciencia, no los tienen de carácter civil, ya que éstos se encuentran reservados, según el Código Civil, a las demandas y sentencias judiciales (no a las separaciones por la propia autoridad de los cónyuges)²¹¹. El derecho a separarse los cónyuges, no es suficiente, por la inseguridad jurídica que crea sobre las nuevas obligaciones y derechos.

El Derecho Canónico, que no se mezcla en lo referente a los efectos civiles del matrimonio, remitiendo su regulación a tales ordenamientos, sólo se ocupa de establecer la separación para proteger al inocente de aquellos peligros graves en que pudiera verse envuelto. No es que exista una ausencia absoluta de regulación. Por ejemplo, dado que la separación supone suspensión de la vida en común, establece el CIC que ya que lo normal es que el matrimonio tenga un domicilio familiar común, en caso de separación, puedan tener domicilios diferentes²¹². Ciertamente no corresponde a las sentencias de separación canónica determinar cómo pasan a regularse las

²¹⁰ Cfr. A. BERNARDEZ, *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid 1961, p. 599.

²¹¹ Doctrina recogida y reiterada por la Resolución General de los Registros de 1 de julio de 1943.

²¹² C. 104 CIC.

relaciones paterno filiales; en definitiva quién va a tener la patria potestad, y si la desempeñan ambos, si la guardia y custodia de los hijos la va a tener uno sólo de los cónyuges, o va a ser compartida, ni puede establecer pensiones alimenticias, o derechos de visita. Basta con leer algunas sentencias que decretan la nulidad canónica de un matrimonio con hijos, para percatarse que no dejan pasar la oportunidad de exhortar a los esposos a atender, cuidar y educar a los hijos, actuando como padres dispuestos a superar todo lo que impida seguir ejerciendo su responsabilidad de tales. En otras sentencias se llega a amonestar a ambas partes, sobre la grave obligación que tienen respecto a los hijos, en orden al sustento y educación de los mismos²¹³. En el mismo sentido el TS, cuando dice que la separación de los cónyuges no exime a los padres de las obligaciones para con los hijos (artículo 92 del Código Civil), de manera que el incumplimiento de estos deberes puede dar lugar a la privación de la patria potestad²¹⁴. La separación produce el cese del deber de convivencia que la ley impone a los cónyuges, suspendiendo los efectos del matrimonio y trasciende al régimen económico del consorcio y de la relación paterno-filial. Ambos progenitores deben percibir que su responsabilidad con los hijos engendrados continúa, e incluso se les exige un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la patria potestad²¹⁵. Cabe la guardia y custodia compartida. Si los hijos quedan con uno sólo de los padres, en beneficio del menor y del progenitor que no conviva con sus hijos, deberán hacer todo lo posible para que exista relación fluida.

En definitiva puedo concluir este apartado diciendo que el CIC establece que el matrimonio de los católicos, aunque esté bautizado uno solo de los contrayentes, se rige no sólo por el derecho divino, sino también por el canónico²¹⁶. Reafirma la jurisdicción exclusiva de la Iglesia sobre el matrimonio canónico, salvo los efectos meramente civiles que son

²¹³ C. 1689 CIC.

²¹⁴ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1999.

²¹⁵ Es de las pocas ideas con las que estoy de acuerdo de la Exposición de Motivos de la última reforma del Código Civil.

²¹⁶ C. 1059 CIC.

competencia de la potestad civil. En buena técnica jurídica, el ordenamiento estatal debe reconocer el matrimonio canónico, no como una mera forma de contraer, sino como un sistema matrimonial con fuerza propia. El llamado sistema de matrimonio civil obligatorio, al desconocer la jurisdicción de la Iglesia, supone el desconocimiento de un ordenamiento jurídico primario -el canónico-, postura inaceptable desde el punto de vista jurídico.²¹⁷ Aunque si la separación versa sobre efectos civiles solamente, debe remitirse la causa desde el inicio al fuero secular²¹⁸.

3. Licencia para acudir al fuero civil

Previamente a analizar los cánones 1672 y 1692 del Código de Derecho Canónico, quiero resaltar que este cuerpo legal establece que las causas matrimoniales de los bautizados corresponden al juez eclesiástico por derecho propio²¹⁹. Por su parte el canon citado en primer lugar señala que: “Las causas sobre los efectos meramente civiles del matrimonio pertenecen al juez civil, a no ser que el derecho particular establezca que tales causas puedan ser tratadas y decididas por el juez eclesiástico cuando se planteen de manera incidental y accesoria”²²⁰.

Por efectos civiles ya hemos dicho que se han de entender sobre todo los patrimoniales (uso del domicilio familiar, liquidación del régimen económico, pensión compensatoria en su caso...), y de filiación (guardia y custodia, régimen de visitas, pensión de alimentos...). La Iglesia acepta la sentencia civil, con el convenio regulador de la separación, si no es contraria a derecho divino. Los ordenamientos estatales que reconocen eficacia civil a la sentencia canónica de nulidad del matrimonio se reservan la jurisdicción sobre los efectos civiles de las causas de nulidad. De hecho a la hora de plantear la demanda para el reconocimiento de los efectos civiles, puede

²¹⁷ Cfr. J. HERVADA, *Comentarios al c. 1059 del Código de Derecho Canónico*, Pamplona 1983, p. 630.

²¹⁸ C. 1692-3 CIC.

²¹⁹ C. 1671.

²²⁰ C. 1672.

hacerse con solicitud de modificación de dichos efectos, o dejándolos como están, si hubiera separación o divorcio previo en el ámbito civil.

La interpretación contextual de dicho c. 1672, y sobre todo puesto en relación con el correlativo c. 1692-3, es que hace referencia exclusiva a las causas para declarar la nulidad del matrimonio. Pero en el CIC del 17 el artículo correlativo servía para todas las causas matrimoniales. Según dicho principio, estas causas correspondían al juez estatal, sin que la Iglesia perdiera la propia jurisdicción, cuyo ejercicio sólo suspendía por motivos de economía procesal y de buenas relaciones con los Estados²²¹.

Ya he explicado que las causas canónicas de separación de los cónyuges no poseen efectos civiles, salvo alguna puntual excepción. Pero dada la evidente importancia pastoral de la separación, el CIC exige la intervención de la Iglesia, aunque acepte la decisión civil: la Iglesia no se “desentiende” de cada una de estas causas, en las que está presente el bien público eclesiástico²²². Por este motivo, la remisión a los tribunales civiles presupone la conformidad de la legislación civil con el derecho divino, la adecuada atención pastoral a esos cónyuges y el respeto del derecho de los fieles a dirigirse a la autoridad eclesiástica²²³, aunque en la práctica no es así.

Sin renunciar la Iglesia a esta jurisdicción propia, permite en cada caso, según lo exijan las circunstancias, por decisión del Obispo diocesano, el traspaso jurisdiccional al fuero civil. Tal solución sólo es posible en aquellos lugares en los que no tienen efectos civiles la decisión eclesiástica²²⁴. Menor importancia, por el contrario, tiene la disposición del c. 1692-3²²⁵, puesto que ya el c. 1672 atribuye la jurisdicción, con carácter general, cuando se trata de causas matrimoniales sobre efectos meramente civiles. La jurisdicción de

²²¹ Cfr. J. LLOBELL., Comentario al Libro VII, Los procesos del CIC, p. 1835.

²²² C. 1696 CIC.

²²³ Cfr. J. LLOBELL., Comentario al Libro VII, Los procesos del CIC, p. 1835.

²²⁴ El c. 1692-2 regula: “Donde la decisión eclesiástica no produzca efectos civiles, o si se prevé que la sentencia civil no será contraria al derecho divino, el Obispo de la diócesis de residencia de los cónyuges, atendiendo a circunstancias peculiares, podrá conceder licencia para acudir al fuero civil”.

²²⁵ El c. 1692-3 establece: “Si la causa versa también sobre los efectos meramente civiles del matrimonio, procure el juez que, cumpliendo lo prescrito en el § 2, la causa se lleve desde el primer momento al fuero civil”.

esta norma canónica del c. 1692-2, recogida en el Código de Derecho Canónico de 1983, puede hallarse en el hecho de que la Iglesia, en Derecho concordado, ha reconocido más de una vez que el Estado ejerza su jurisdicción sobre las causas de separación de cónyuges²²⁶. La licencia, al tener que anteceder a la incoación del proceso civil de separación de los cónyuges bautizados, es la ocasión propicia para que el Obispo diocesano, por sí o en quien delegue, ejercite previamente el poder pastoral que al Juez eclesiástico atribuye el c. 1695²²⁷. Ésta es función pastoral, específica, a la vez que derivación concreta de la recomendación general que se prescribe en el c. 1446²²⁸ para evitar en lo posible los litigios en el pueblo de Dios, máxime cuando de estos litigios pueden derivar hechos difícilmente reparables tanto para el matrimonio como para el resto de la familia. La coherencia jurídica del ordenamiento canónico reclama esta mediación pastoral cerca de los cónyuges, cuando en un tema litigioso que, por propia naturaleza, pertenece a la jurisdicción de la Iglesia, ésta cede que se juzgue en el fuero civil. Gracias a la exigencia jurídica para el fiel de acudir previamente en solicitud de la licencia, la Iglesia tendrá la posibilidad de ejercer su función pastoral.

Cierto que cuando exista Concordato en el que se cediera tal jurisdicción, por no existir la necesidad de acudir a la solicitud de la licencia regulada por el c. 1692-2, se hará más difícil realizar esa mediación pastoral, por no llevar ésta consigo una exigencia jurídica. Es deseable, que los Obispos diocesanos recomienden a los cónyuges bautizados la conveniencia

²²⁶ El año 1929 con Italia, y el año 1973 con Colombia.

²²⁷ El c. 1695 establece: “Antes de aceptar una causa y siempre que haya esperanza de éxito, el juez debe emplear medios pastorales para que los cónyuges se reconcilien y sean inducidos a restablecer la comunidad conyugal”.

²²⁸ El c. 1446 regula: 1. “Todos los fieles, y en primer lugar los Obispos, han de procurar con diligencia que, sin perjuicio de la justicia, se eviten en lo posible los litigios en el pueblo de Dios y se arreglen pacíficamente cuanto antes”.

2. “Al comenzar el litigio, y en cualquier otro momento, siempre que abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes, para que procuren de mutuo acuerdo buscar una solución equitativa a su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr este fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadoras”.

3. “Pero cuando el litigio versa sobre el bien particular de las partes, considere el juez si puede concluirse útilmente por transacción o por juicio arbitral de acuerdo con los cánones 1717-1720”.

de acudir a la Jurisdicción eclesiástica como medida previa a la presentación de la demanda de separación conyugal en fuero civil en todo caso, exista o no Concordato, si la decisión eclesiástica carece de efectos civiles. Así no se perdería en ningún evento la posibilidad de llevar a cabo la misión pastoral de avenencia que el Código canónico prescribe²²⁹. Y tal recomendación debe hacerse efectiva a los abogados con principios concordes con la antropología cristiana, para los clientes que reciban en sus despachos. De este modo se garantizaría de alguna manera que la acción pastoral de la Iglesia, en pro de la paz de los cónyuges, pueda llevarse a cabo; pues, en otro caso, parece que la Iglesia se desinteresa de la suerte que corra el matrimonio de los bautizados cuando se ha remitido, por el Concordato, a la Jurisdicción civil del Estado, en materia de separación conyugal. Esta atribución jurisdiccional no puede eximir a la Iglesia de sus deberes pastorales²³⁰.

4. Incidencia de las reformas del Código Civil

Antes de adentrarnos en un análisis de lo acontecido en los últimos años a raíz de las reformas del Código Civil ya expuestas, quiero recordar que la reforma del 81 trajo consigo la quiebra de la *affectio maritalis* como causa de separación matrimonial y que, en muchos casos, la separación tan sólo fue una antesala del divorcio. Dada la importancia que tuvieron en la regulación actual, voy a explicarlos con más detalle.

A. Quiebra de la “affectio maritales” como causa de separación matrimonial

Antiguamente la *affectio maritalis* no se daba sólo en el consentimiento inicial, sino que se debía mantener a lo largo de todo el matrimonio, por lo

²²⁹ Cfr. En el mismo sentido, C. DE DIEGO, *Medidas Pastorales Previas en las causas de separación conyugal*, en *Ius Canonicum* XXV (1985).

²³⁰ Cfr. *Ibidem*.

que si cesaba, parece que se justifica la separación y el divorcio, porque ya no permanece esa voluntad de estar unidos en el matrimonio²³¹.

Antes de la reforma de 1981 la separación se basaba en criterios culpabilísticos y constituía una sanción frente a la conducta irregular o atentatoria a la normal convivencia de los esposos por parte de uno de ellos. Ahora parece superada esa idea de separación sancionadora, dando paso a la llamada separación remedio.

La quiebra de la *affectio maritalis* se presentaba antes de la última reforma del Código Civil.²³², como una causa nueva y distinta de las contempladas en el Código. En los argumentos esgrimidos por las numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales²³³, se reconducía en su integridad al incumplimiento de los deberes conyugales, y se encontraba subsumida en dicho incumplimiento. Incluso entre las sentencias que no concedían la separación por esta causa, se fundamentaban en que no había quedado acreditado el incumplimiento de los deberes conyugales. Ciertamente, en la jurisprudencia se había llegado ya a aludir a la desaparición de la “*affectio maritalis*” como expresión genérica de la ausencia de voluntad de cumplir los deberes conyugales. Puede afirmarse, incluso, que en los últimos años se había venido dictando una jurisprudencia muy similar por la mayor parte de Audiencias Provinciales sobre dicha desaparición de la “*affectio maritalis*” como causa de separación, interpretación que puede encontrar acomodo en las SSTs de 14 de julio de 1982 (RJ 1982, 4286) y 11 de febrero de 1985 (RJ 1985, 542), en las que se propugnaba una interpretación del art. 82.1 del Cc más amplia y flexible, utilizando como criterio interpretativo el art. 3 del Cc²³⁴.

²³¹ *Vid.* Propio de la configuración jurídica del Derecho Romano.

²³² Ley 15/2005 de 8 de julio que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

²³³ Por citar otras audiencias: A.P. de Navarra de 13 de junio de 1994 y A.P. de Teruel de 13 de julio de 1995.

²³⁴ Artículo 3.1 del Cc: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

Una muestra cercana de lo afirmado podemos encontrarla en la SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 21 de julio de 2004²³⁵. En el caso enjuiciado, aunque se considera que la actora no ha probado suficientemente determinados hechos, se afirma que “lo que sí se evidencia es la ausencia clara de una “*affectio maritalis*” como consecuencia de las vejaciones que denuncia y que lleva a una imposibilidad de la convivencia, a una desafección y por tanto a una imposibilidad de que vuelvan a vivir juntos; llevan separados de hecho más de siete meses, lo que constituye base suficiente para encuadrar la misma en la causa 1.ª del art. 82 del CC (“cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales”). Constatada por ello la falta de afecto marital por ambos cónyuges, con quiebra del mutuo respeto, y sin que sea necesaria declaración culpable de uno de los cónyuges ni una valoración moral de su conducta, como es criterio ya conocido de nuestro Tribunal Supremo, para incardinar la situación antes descrita en la causa de separación mencionada sin el necesario transcurso de un año por violación grave de los deberes conyugales”.

Más clara es, si cabe, la SAP de Valladolid (Sección 1ª), de 19 de enero de 2004²³⁶. Frente a la argumentación de no concurrir ninguna de las causas de separación que se mencionan en el art. 82 del CC se afirma lo siguiente:“(...) la Sala no comparte el criterio del apelante: partiendo de la pérdida por parte de la esposa (cuando menos de la “*affectio maritalis*”), existe el hecho admitido por las partes de que desde hace dos años hacen vida en habitaciones separadas. Pues bien, resultando ya de por sí contrario a cualquier lógica humana imponer una convivencia no deseada a una persona, con la última situación descrita no cabe duda que se está produciendo una violación al menos reiterada de los deberes conyugales, entre los que se encuentra, según el art. 68 del CC, los de vivir juntos..., que mal puede entenderse cumplido en la situación descrita, porque los términos indicados no pueden ser interpretados de una forma absoluta y total. Por otro lado, y para contestar a la petición subsidiaria que se articula

²³⁵ La Ley: Juris: 1914008/2004.

²³⁶ Act. Civ. BD492383/2004.

en este motivo, es claro que tal solicitud (declaración de culpabilidad de la esposa) no puede admitirse porque, en primer lugar, se trata de una alegación deducida “ex novo” en este momento procesal; pero es que, además, la actual regulación de las crisis matrimoniales introducida en el Cc por la Ley 30/1981, de 7 de junio, ha establecido un sistema de superación de los antecedentes criterios de culpabilidad o inocencia en cuanto determinantes no solo de las causas por las que podría declararse la separación o el divorcio, sino también de los efectos complementarios del nuevo estado civil, como lo demuestra el hecho de que se introduzcan en la nueva regulación una serie de causas no culposas y que se admita la suspensión o disolución del vínculo por mutuo acuerdo. Y de cualquier forma, careciendo de todo tipo de consecuencias una declaración en el sentido que pretende la parte apelante, carece de relevancia, interés o necesidad, la petición que se formula”²³⁷.

A la vista de ello, algunos creen que nos encontrábamos ante una labor creativa del Derecho por parte de los jueces²³⁸. La jurisprudencia menor centra la importancia del matrimonio, no tanto en su constitución y el consentimiento prestado, sino en la relación jurídica que surge, es decir, en el contenido mismo del matrimonio como relación interpersonal.

Con la reforma del 81 no cambió la formulación textual de los derechos y deberes interconyugales, pero parecía que existía un nuevo entendimiento de los mismos, traducido de alguna manera en una ampliación de los contenidos, quizá englobada en “...y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales”²³⁹. No deja de ser significativo que cuando la separación se decretaba por infidelidad, malos tratos u abandono del hogar, no se invocaba la desaparición de la *affectio maritalis*; sencillamente porque lo que entonces aparecía en primer plano son esas

²³⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, *La supresión de las causas de separación y divorcio en la ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho Civil*, Revista Jurídica de Castilla y León, N° 13, agosto de 2007, pp. 61-62.

²³⁸ Cfr. S. CARRION, *Sobre la pretendida autonomía de la quiebra de affectio maritalis como causa de separación matrimonial*, Diario La Ley, Número 6063, 16 de Julio 2004.

²³⁹ Causa 1ª del art. 82 del Cc. de 1981.

causas enumeradas²⁴⁰. Es decir, se aludiría a esa quiebra en aquellas otras conductas o comportamientos que, aún no estando tipificados expresamente, permitían constatar el deterioro del matrimonio.

Todo va íntimamente unido a lo que se espera del matrimonio en la actualidad: un compartir las vivencias respetando la independencia de vida de ambos, estar pendiente del otro,...Casi, casi, puedo concluir que lo que se echa en falta en ese matrimonio sea el amor, que es conveniente que exista, pero no necesario para la existencia del matrimonio. No extraña que se haya llegado a este extremo, desde el momento que se admite la separación por mutuo acuerdo. Con esto entro en el terreno de los sentimientos, difícilmente controlables para el derecho y de muy imprecisa delimitación. Se puede hablar de una falta de interés por el otro cónyuge. Parece claro que tal “falta de interés” podría resultar perfectamente compatible con el mantenimiento de la vida conyugal bajo el mismo techo, la abstención de cada uno de los cónyuges a mantener relaciones sexuales con terceros o, lo que es lo mismo, con el cumplimiento del deber de fidelidad, el trato considerado o respetuoso entre aquéllos, incluso con el cumplimiento del deber de socorro (traducido, por ejemplo, en la disponibilidad de un cónyuge hacia el otro por cuanto se refiere a proporcionar a éste los recursos que precise para su subsistencia, alojamiento, vestido, etc.). Se podría, así, llegar a una conclusión a lo que parece segura y, de algún modo, aludida ya con anterioridad: la de que la “falta de interés” sería compatible con el cumplimiento u observancia “formal” del contenido normativo del Cc. Quedaría clara la falta de *affectio* como causa de separación independiente. Se está, en definitiva, ante un modo distinto de entender el matrimonio y la convivencia que surge de aquél. Y cuando entre los cónyuges, en la vida matrimonial, se produce o acontece la situación descrita (de modo grave o reiterado), se aboca a un incumplimiento de deberes conyugales que el legislador de la reforma del 81 consideraba causa suficiente para instar la separación. Obvio es entonces concluir que el “interés” de un cónyuge por el

²⁴⁰ Cfr. S. CARRION, *Sobre la pretendida autonomía de la quiebra de affectio maritalis como causa de separación matrimonial*, Diario La Ley, Número 6063, 16 de Julio 2004.

otro, es un deber matrimonial recíprocamente exigible, y sancionable jurídicamente²⁴¹.

No sorprende, llegados a este punto, la última reforma del año 2005, sus modificaciones y su intento de justificación. En su Exposición de Motivos²⁴², se señala: “Se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución²⁴³, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado ni puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”. La separación decretada judicialmente es causa de que se revoquen por ingratitud las donaciones que un cónyuge haya hecho al otro, cuando la sentencia imputa al donatario la causa de separación²⁴⁴. Con la nueva política legislativa, al no tener en consideración las causas reales de la separación, deja de tener sentido esta norma. Este es otro argumento de peso para pensar que no es del todo justo no tener en cuenta las causas de separación.

B. Primero antesala del divorcio y después divorcio sin separación civil previa

La Constitución Española establece en su artículo 32 que:

“1.- El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

²⁴¹ Cfr. *Ibidem*.

²⁴² Ley 15/2005 de 8 de julio que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

²⁴³ Art. 10.1 de La Constitución Española: “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 son fundamento del orden político y de la paz social”.

²⁴⁴ Artículo 1.343.3 del Código Civil.

2.- “La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

De conformidad con ese artículo de la Constitución, se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución del matrimonio. Pero en muchos casos la separación (salvo en el ámbito del Derecho Canónico), viene a constituirse en antecámara o preludeo del divorcio por decisión del legislador, desde el momento en que con la reforma de 1981 venían a considerarla prácticamente como condición necesaria para obtenerlo²⁴⁵. En algunas reformas legislativas, se ha ido acentuando lo que podría llamarse separación consensual con efecto divorcista diferido, es decir al pasar un tiempo es seguro que sólo va a servir para pedir el divorcio. Por eso en este proceso la reconciliación era algo posible pero extraordinario.

La separación puede cumplir objetivos distintos según la concepción matrimonial que inspira el ordenamiento que la regule. Así, la separación civil solía ser el inicio de la ruptura matrimonial. En cambio la separación canónica se configura como un remedio a una situación que pone en peligro la comunidad conyugal. Pero, pasado el peligro, desaparece el derecho de los cónyuges a dicha separación debiendo restablecerse la convivencia (salvo que la autoridad eclesiástica determina otra cosa, o que la causa de separación sea el adulterio, que queda a disposición del cónyuge inocente)²⁴⁶.

La función práctica de la separación civil es doble: por una parte se nos presenta como remedio legal para las crisis de la convivencia matrimonial, como un mal menor; y, por otra, como antesala del divorcio. La primera modalidad tiene rasgos similares a la canónica, por ser transitoria y permitir a los esposos reflexionar sobre la decisión tomada e incluso reanudar la convivencia. La segunda modalidad de la separación, común

²⁴⁵ Cfr. VV.AA (Coordina G. SUÁREZ PERTIERRA), *Derecho matrimonial comparado*, Valencia. 2005, p. 186.

²⁴⁶ Cfr. J. LANDETE, *Aspectos generales sobre la mediación y el mediador*, (Revista internautica de práctica jurídica), Valencia 1999, pp. 4 y 5.

para los ordenamientos civiles, es un paso previo para el divorcio vincular²⁴⁷. En definitiva, los sistemas civiles elaborados por el legislativo respondiendo a la demanda social, regulan el divorcio y sus efectos jurídicos; en consecuencia, la separación, la nulidad y las causas canónicas de disolución se transforman en insignificantes satélites del divorcio²⁴⁸.

Por todo lo dicho no es de extrañar que la regulación de la disolución del matrimonio queda alterada por la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio²⁴⁹. No es que no siga existiendo la separación matrimonial, como posible solución a las crisis matrimoniales, sino que para que se decrete judicialmente el divorcio no es necesaria la separación matrimonial previa, tal y como se desprende del artículo 86 del Cc. Basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio 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. Se llega a defender el ahorro de costes que supone no pasar por la separación previa para divorciarse; cuando de todos es conocido el empobrecimiento que supone para las personas y para la sociedad estas crisis matrimoniales. Si en

²⁴⁷ Cfr. J. ESCRIVÁ, *La separación conyugal: sentido y futuro*, en VV.AA, *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: Actas del x Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona 2000, p. 731.

²⁴⁸ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

²⁴⁹ Art. 85. “El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”.

Art. 86. “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”.

Art. 87. (Suprimido)

Art. 88. “La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda”.

“La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio”.

Art. 89. “La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil”.

momentos de una gran tasa de desempleo España pudo soportarlo, es precisamente por el apoyo que desde la familia se daba a sus miembros.

Es decir, para la interposición de la demanda tanto de separación como de divorcio sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos que se deriven. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se modifica también por la Ley 15/2005 de 8 de julio, en lo que afecta a la reconvencción²⁵⁰. Los casados actualmente en España, incluso demandando la separación, se ven expuestos a que sin existencia de causa real, y en tan sólo tres meses, se disuelva su matrimonio, lo que crea una gran inseguridad, que bajo ningún concepto puede beneficiar a la familia. Por otro lado, la última reforma del año 2005 ha propiciado que, al no ser necesaria la separación previa al divorcio, en muchos casos los cónyuges desconozcan la posibilidad de acudir a la separación, para intentar remediar la crisis de su matrimonio.

En opinión de García Cantero²⁵¹, la idea que quiso difundirse en la sociedad española de un proceso matrimonial rápido, sin trabas innecesarias, con eliminación de la conciliación previa que podía dilatar aquel y la supresión del recurso de casación (con riesgo sin embargo de crear cincuenta doctrinas legales sobre el divorcio), casaba mal con la posibilidad de reconciliación conyugal y parecía más bien corresponder a la necesidad de resolver situaciones transitorias (ese millón de matrimonios que, se decía,

²⁵⁰ Uno. La regla 2ª del artículo 770 queda redactada del siguiente modo:

“La reconvencción se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispondrá de 10 días para contestarla”.

“Sólo se admitirá la reconvencción”:

a) “Cuando se funde en alguna de las causas que pueden dar lugar a la nulidad del matrimonio”.

b) “Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio”.

c) “Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación”.

d) “Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio”.

²⁵¹ Cfr. G. GARCÍA CANTERO. Prólogo en I. TENA, *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid 2000, pp.13-14.

anhelaban una vía jurídica para resolver irreversibles crisis conyugales). Sin embargo hace tiempo que esa bolsa de matrimonios en crisis ha desaparecido (probablemente en el primer quinquenio o, a lo sumo, en el primer decenio de vigencia de la Ley, según muestran las estadísticas). Así las cosas constata dicho autor que ahora no se divorcian las parejas casadas antes de 1981 sino matrimonios jóvenes, a veces con pocos meses de vida en común; el índice de separaciones y divorcios crece rápidamente, y algunos auguran que en pocos años alcanzaremos a los países nórdicos o a los Estados Unidos (un matrimonio de cada dos terminará en ruptura legal).

Las encuestas no engañan, y ya tenemos estudios a cinco años de la entrada en vigor de la Ley²⁵²:

En el año 2010 se produjeron 110.321 disoluciones de matrimonios²⁵³, un 3,9% más que en 2009.

Por tipo de disolución matrimonial, se produjeron 102.933 divorcios (un 4,7% más que en el año anterior) y 7.248 separaciones (un 5,6% menos). Además, hubo 140 nulidades, un 10,2% más que en 2009.

Los divorcios representaron el 93,3% de las rupturas matrimoniales en el año 2010, frente al 6,6% de las separaciones y el 0,1% de las nulidades. De esta forma, se consolida la tendencia al alza de los divorcios en el global de las disoluciones matrimoniales.

²⁵² INE: Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios Año 2010. (Se elabora a partir de la información facilitada por los Juzgados de Primera Instancia, Primera Instancia e Instrucción y de Violencia sobre la Mujer, relativa a los procesos de disolución del vínculo matrimonial).

A partir del 1 de enero de 2007, con el fin de mejorar la calidad de la información y la oportunidad de la estadística, se ha implantado un nuevo sistema de recogida continua de información mediante un cuestionario electrónico a través de la página Web del Punto Neutro Judicial.

Se solicita información sobre datos del matrimonio (fecha de celebración y número de hijos menores de edad), datos de los cónyuges (fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad y estado civil al contraer el actual matrimonio), fecha de la demanda, fecha de la sentencia, demandante, existencia de separación legal previa y fallo (tipo de fallo y asignación de la pensión compensatoria, pensión alimenticia y custodia).

Se presentan resultados a nivel nacional, autonómico y provincial que permiten analizar la disolución del vínculo matrimonial teniendo en cuenta distintos aspectos, como la edad, sexo y nacionalidad de los cónyuges, la duración del matrimonio y las características del fallo.

²⁵³ Con el término disolución incluye separaciones, divorcios y nulidades.

En el año 2010 se produjeron 245 rupturas de matrimonios homosexuales. De esta cifra, 137 fueron entre hombres y 108 entre mujeres.

El 67,7% de las disoluciones matrimoniales en el año 2010 fueron de mutuo acuerdo, frente a los 64,6% registradas el año anterior.

Del total de divorcios, el 67,4% fueron de mutuo acuerdo y el 32,6% no consensuados. Por su parte, el 70,7% de las separaciones fueron de mutuo acuerdo y el 29,3% contenciosas.

Ambas cifras suponen un crecimiento, en términos relativos, de las rupturas consensuadas respecto al año anterior, ya que en 2009 el 64,4% de los divorcios y el 67,6% de las separaciones fueron de mutuo acuerdo.

En el 13,3% de los divorcios hubo separación previa, frente al 17,1% del año anterior.

El mayor número de rupturas tuvo lugar en la franja de edad entre 40 y 49 años, tanto en hombres como en mujeres.

La edad media de las mujeres en el momento de la disolución matrimonial fue de 42,0 años (41,7 años en los divorcios, 46,1 en las separaciones y 37,6 en las nulidades). En el caso de los hombres, la edad media fue de 44,6 años (44,3 años en los divorcios, 48,6 en las separaciones y 41,3 en las nulidades).

Dichas edades medias fueron ligeramente superiores a las registradas en 2009 (41,9 para las mujeres y 44,4 años para los hombres).

El 86,2% de las disoluciones matrimoniales registradas en 2010 tuvo lugar entre cónyuges de nacionalidad española. En el 8,9% uno de los cónyuges fue extranjero y en el 4,9% ambos cónyuges eran extranjeros.

Respecto al año anterior se aprecia un ligero aumento en términos relativos, tanto de las disoluciones en las que ambos cónyuges fueron extranjeros (4,4% en 2009), como de aquellas en las que al menos uno de los cónyuges era extranjero (8,4%).

La duración media de los matrimonios disueltos en el año 2010 fue de 15,5 años, cifra ligeramente inferior a la observada en 2009.

Los matrimonios disueltos por divorcio tuvieron una duración media de 15,2 años, las rupturas por separación de 20,2 años y los anulados de 7,0 años.

Tres de cada diez divorcios se produjeron después de 20 años de matrimonio y dos de cada diez en uniones que duraron entre seis y 10 años.

En el caso de las separaciones, el 45,5% de los matrimonios tuvo una duración superior a 20 años y el 15,8% entre seis y 10 años.

Atendiendo al estado civil de los cónyuges cuando contrajeron el matrimonio que se disuelve, la mayoría eran solteros. En el caso de los varones, el 5,9% eran divorciados y el 0,7% viudos. Entre las mujeres, el 5,0% eran divorciadas y el 0,4% viudas.

El 42,9% de los matrimonios disueltos en el año 2010 no tenían hijos, frente al 46,4% del año anterior.

El 48,5% tenían solo hijos menores de edad, el 3,8% solo hijos mayores de edad dependientes y el 4,8% hijos menores de edad y mayores dependientes. El 28,5% de los matrimonios disueltos tenía un solo hijo (30,7% en el año anterior).

En el 57,1% de las rupturas matrimoniales se asignó una pensión alimenticia, cifra similar a la del año anterior (57,5%). En el 87,5% de los casos el pago de la pensión alimenticia le correspondió al padre (88,7% en 2009), en el 5,0% a la madre (5,3% en el año anterior) y en el 7,5% a ambos cónyuges (6,0% en 2009).

La custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 83,2% de las rupturas matrimoniales, cifra similar a la observada en el año anterior (84%). En el 5,7% de las disoluciones la custodia la obtuvo el padre (similar al 5,6% de 2009), en el 10,5% fue compartida (ligeramente superior al 9,7% del año anterior) y en el 0,6% se otorgó a otros (instituciones, otros familiares).

En el 12,2% de las rupturas matrimoniales hubo pensión compensatoria, cifra inferior al 13,2% registrado en 2009. En nueve de cada 10 casos la pensión compensatoria fue pagada por el esposo.

En lo que concierne a la presentación de la demanda de disolución matrimonial, en el 47,9% de los casos la demanda fue presentada por ambos cónyuges (ligeramente superior al 45,5% del año anterior), en el 32,5% por la esposa (30,1% en 2009) y en el 19,6% por el marido (inferior al 24,4% del año anterior). Este orden de prelación se mantiene tanto en los divorcios como en las separaciones.

En definitiva, la admisión del divorcio cambia sustancialmente los fundamentos del sistema matrimonial: el consentimiento deja de ser irrevocable, y en consecuencia, no se puede hablar de protección real del matrimonio y de la familia. He mostrado como el divorcio exprés ha aumentado considerablemente el número de divorcios en España (somos uno de los países de la Unión Europea con mayor tasa de rupturas de matrimonio, y ello se debe en gran parte a los efectos tan dañinos para la sociedad que ha tenido la Ley 15/2005)²⁵⁴. Y lo que me interesa especialmente: la separación perpetua o por tiempo indeterminado, sin posibilidad de contraer nuevas nupcias, se entiende por muchos como un reducto inútil al que acuden sólo “fanáticos” que por razones de conciencia o religión tienen reparos radicales ante el divorcio.

A la vista de ello Martínez de Morentín plantea la reflexión sobre algunas cuestiones: ¿Es verdad, o no, que el matrimonio sigue siendo institución básica de la sociedad, y que, por ello, debe ser protegida, incluso con medidas jurídicas según el art. 39.1 de la CE? ¿Es verdad, o no, que el art. 32 CE otorga al matrimonio un plus de eficacia jurídica respecto de las demás uniones no legales? Concluye extrañándose por el hecho de que ninguna de las leyes que últimamente tratan de regular el matrimonio ponga traba de ninguna clase a su ruptura unilateral.

²⁵⁴ Ley 15/2005 de 8 de julio que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

VI. MEDIDAS A FAVOR DEL MATRIMONIO

No hay duda que la familia es el ámbito socializador por antonomasia, desde la procreación de nuevos individuos; pasando por su subsistencia, educación y primer aprendizaje en la infancia y en la juventud, continuando con la integración en otros ámbitos sociales de convivencia más amplios, como la familia extensa y las amistades, y prolongándose en la socialización permanente de los adultos y de los mayores. Y todo eso la familia lo realiza en servicio del individuo y de la sociedad, de forma barata y eficaz. En esta función socializadora la familia natural es insustituible, como demuestra la historia, y cualquier intento de sustitución no sería tan eficaz, y con seguridad sería más caro. No debo olvidar que este modelo familiar es eficaz porque se fundamenta en el matrimonio natural, con sus propiedades y elementos esenciales de unidad, indisolubilidad y complementariedad sexual. Basta pensar, como la ausencia de la indisolubilidad es una de las causas de una menor disposición a la procreación (las parejas de hecho tienen menos hijos que los casados). Por otro lado, son numerosos y suficientemente conocidos los estudios que demuestran que las crisis familiares tienen efectos perjudiciales no deseados, principalmente para los hijos, pero también para los cónyuges y para la sociedad entera. Además provocan costes económicos importantes en términos de asistencia social²⁵⁵.

El derecho se aplica a hombres concretos, y es pensando en ellos, en su bien, que se ha de legislar, incluso cuando se dictan normas para toda la sociedad. Mucho más cuando afecta a la esfera interna de los cónyuges, ya que el matrimonio prolonga sus consecuencias a la sociedad, a los hijos..., y

²⁵⁵ Cfr. J.G. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El matrimonio invertebrado*, en Documentos del Instituto de Ciencias para la familia, Madrid 2012, pp.86-91.

genera una serie de derechos y deberes tutelables. Por lo tanto se debe buscar el justo medio, la protección sin inmiscuirse²⁵⁶.

En un clima de paz y respeto (es muy difícil conseguir la avenencia de dos partes cuando han mediado insultos por medio), se debe intentar salvar el matrimonio. Para ello resulta fundamental que los dos esposos participen, manifestando lo que estimen conveniente, y que haya una persona que les escuche y les haga caso. Hemos visto que actualmente, con la nueva Ley Civil, un cónyuge con voluntad de separarse o divorciarse no tiene que invocar ninguna causa que justifique mínimamente esa decisión. Consideramos que esta forma de enfocar las crisis matrimoniales no tiene en cuenta los derechos de la otra parte; pero es que desde el punto de vista de la mediación resulta vital entrar en las causas, ver su importancia, oír a las partes, por si existen malentendidos o una concepción errónea de la vida matrimonial, dando más importancia que la que tiene, a problemas en esa convivencia que no dejan de ser normales, y de esa forma hacerles ver a los esposos si se cree que ese matrimonio es o no salvable.

1. Medidas previas a las causas de separación

El litigio debe ser la última solución de controversias y los Tribunales la última instancia a la que acudir cuando ya no sea posible alcanzar un acuerdo. Por lo tanto la mediación en general, es uno de los mejores sistemas en la solución de conflictos, tanto por su naturaleza consensual, como por su procedimiento informal que propicia el diálogo entre las partes. La mediación es, en definitiva, un proceso de resolución de conflictos, un cauce de diálogo, que va a depender enteramente de la voluntad de las partes²⁵⁷. En la mediación familiar, se ha de tener en cuenta la confluencia de dos factores: la carga sentimental que rodea este tipo de procesos y el interés público sobre el mantenimiento del matrimonio como modelo jurídico

²⁵⁶ Por ejemplo de los hijos menores del matrimonio.

²⁵⁷ En la Comunidad Autónoma de Aragón se ha publicado la Ley 9/2011 de 24 de marzo de mediación familiar (existen leyes parecidas sobre la misma materia en otras tantas Comunidades Autónomas).

típico de familia. La mediación será un procedimiento auxiliar y paralelo al de nulidad, separación o disolución que ayudará en aquellas materias dejadas a la libre disposición de las partes²⁵⁸.

Pero con carácter previo debo recordar la perspectiva expuesta en el trabajo, e insistir en la indisolubilidad del matrimonio y en los derechos y obligaciones contraídos, porque normalmente, como dicen algunos, el propósito de la mediación no es cambiar la decisión de separarse o divorciarse, sino dar a la pareja la oportunidad de hacerlo de forma menos conflictiva. Se debe procurar restablecer la paz familiar y alejar el peligro de la separación. Por lo tanto un mediador debe tener en cuenta que la finalidad principal de la mediación no es tanto evitar el conflicto, sino que los cónyuges continúen viviendo en común. La necesidad de reconciliación de los esposos y la permanencia de la convivencia deben impregnar todos los actos que se aplican a la hora de remediar los conflictos matrimoniales²⁵⁹.

Dicho lo anterior voy a desarrollarla brevemente.

A. Mediación familiar

La mediación es un método ampliamente aplicado para resolver conflictos laborales, internacionales, penales (...). Lo mismo puedo decir para matrimonios en forma religiosa de otras confesiones, donde se prevé con carácter previo intentar la reconciliación de los esposos. A diferencia de la conciliación y del arbitraje, la mediación es la forma más activa, ya que el negociador adapta el proceso a las circunstancias de las partes enfrentadas y les ayuda a encontrar soluciones. Es una de las principales alternativas para remediar la crisis fuera de los tribunales. Es una forma pacífica de resolución de disputas, que supone la posibilidad de que dos partes en conflicto puedan solventar sus controversias negociando en presencia de una tercera persona neutral (el mediador), que carece de poder de decisión (el

²⁵⁸ Cfr. J. LANDETE, *Aspectos generales sobre la mediación y el mediador* (Revista internauta de práctica jurídica), Valencia 1999, pp. 4 y 5.

²⁵⁹ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

protagonismo lo tienen de forma inequívoca las partes en conflicto) y cuya misión es facilitar la búsqueda de una salida o solución pacífica al conflicto que enfrenta a las partes²⁶⁰.

Los puntos de negociación son las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales. Se trata que los esposos elaboren por sí mismos acuerdos duraderos y aceptados por los dos, pensando sobre todo en el bien de los hijos. En la mediación los protagonistas son los esposos, pues son solamente ellos quienes pueden decidir cambiar la actitud y no separarse, aunque precisen de la ayuda de una tercera persona, ya que ellos ya han demostrado su incapacidad para resolver la crisis de su matrimonio por sí solos. Pero depende de ellos, porque no puede ser en ningún caso impuesta, y son ellos los únicos que pueden cumplir los compromisos asumidos.

Los objetivos de la mediación son los siguientes: recuperar y mejorar la comunicación y colaboración de los cónyuges que favorecen considerablemente la posible reconciliación; reducir los conflictos y ofrecer una visión positiva. Además, en caso de que no se llegue a la reconciliación, la mediación puede ayudar a llegar a un convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales; asegurar el mantenimiento de las relaciones personales entre los padres y los hijos; reducir el desgaste emocional, costes económicos y sociales, y el tiempo de los procesos de separación²⁶¹.

Por lo tanto entre las ventajas de la mediación, y siguiendo también a Lipka quiero destacar las siguientes: facilita la comunicación y colaboración de los esposos en la búsqueda de soluciones; las partes son protagonistas, definen la forma y contenido de la negociación; la negociación está al amparo de la ley; está orientada hacia el futuro y no se concentra en el pasado; tiene en cuenta las necesidades e intereses de las partes; estimula la reconciliación; no se impone el resultado: los acuerdos son voluntarios y

²⁶⁰ Cfr. J. ESCRIVÁ, *La separación conyugal: sentido y futuro*, en VV.AA, *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: Actas del x Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona 2000, p. 760.

²⁶¹ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

consentidos; desarrolla la responsabilidad y reivindica la lealtad; no fomenta el conflicto, tiende a eliminarlo²⁶².

Un proceso de mediación no debe tener formalismos jurídicos. Debe ser directamente con los esposos, no con los abogados. Se debe facilitar la comunicación entre ellos, ya que normalmente tienen poco tiempo para hablar. El mediador debe ser persona neutral, y guardar el secreto profesional de todo lo que conozca en ese proceso. Debe exhortarles a la afabilidad, si subyacen sentimientos hostiles entre los esposos.

Indica Bernabé Tierno, desde su experiencia de psicólogo, que en el 90% de las crisis de pareja, no hay motivos de peso para llegar a una separación, por eso es esencial actuar a tiempo, cuando la relación aún no se ha deteriorado del todo. Necesitan alguien que les ayude a manifestar sus quejas, dudas, sentimientos encontrados, frustraciones y celos. En definitiva son crisis pasajeras que se pueden superar con ayuda. Por ello a veces es muy aconsejable, colaborar con psicólogos para ayudar a los separados a encontrar y aceptar su nueva identidad y situación: y prepararles con todos los medios a que se reconcilien consigo mismos y entre ellos, tratar también el impacto emocional de la ruptura que en algunos casos puede ser muy fuerte, especialmente en los niños. Al final, por seguridad jurídica, resulta importante la firma de un documento que les comprometa. Ese documento deberá ir firmado por las partes y por el agente mediador. Dicho documento les vincula, aunque siempre queda la libertad de las partes para acudir a la jurisdicción competente.

B. Punto de vista del Derecho Canónico

Nos enfrentamos con una sociedad que piensa y legisla de modo contrario a la doctrina de la Iglesia sobre el matrimonio y la familia. Olvidan que la familia no es una construcción arbitraria, susceptible de reformas con el paso del tiempo. La familia responde a la esencia de quién es el hombre, en ningún caso a situaciones coyunturales, políticas o

²⁶² Cfr. *Ibidem*.

económicas. Posiblemente el fundamento de esta anómala situación debamos buscarlo en la falta de respeto al cuerpo propio y del otro, y un incorrecto entendimiento de la libertad y sus límites. En la Exposición de Motivos de la nueva ley del divorcio se arguye el evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad²⁶³.

Muchos matrimonios, fracasan por el egoísmo de alguno de los cónyuges o de los dos, por pensar en sí mismos, por no estar preparados para el sacrificio. Quizá el fallo este desde el inicio, por falta de una verdadera facultad crítica en el desarrollo de la persona, que de tenerla la llevaría a formar juicios y tomar decisiones libres. Casarse debe ser un acto responsable, que debe valorar todo lo que significa ese paso y sobre la persona con la que se casa, no sólo en el momento presente, sino que ha de sopesarlos y ponderarlos en cuanto a que su cumplimiento se proyecta al futuro. Es decir, es propio del hombre el poder tomar decisiones libres, que comprometan una actuación para toda la vida, y que no queden condicionadas a confirmaciones posteriores. Dos personas son libres de entregarse a alguien para toda la vida, renunciando al derecho de romper ese vínculo, porque sólo desde esa seguridad podemos construir una unidad familiar estable y segura. El matrimonio, al igual que otras instituciones como la adopción plena es irrevocable, por los lazos que crean. Otra cosa distinta es que no se haya llegado a constituir, por vicios que lo hacen nulo, o que sea más conveniente que vivan separados, al igual que puede ser más conveniente que los hijos biológicos o adoptivos vivan alejados de los padres (por ejemplo cuando se les priva de la patria potestad).

La función del derecho es declarar lo justo, pero tal declaración no puede garantizar la paz entre los litigantes; el derecho no puede llegar ahí. Y lo que interesa a la Iglesia es que los conflictos se resuelvan con espíritu de colaboración y de sincero perdón; esto se puede conseguir más fácilmente con las actuaciones extrajudiciales (pacíficas, consensuadas, etc.) que con un

²⁶³ La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se modifica también por la Ley 15/2005 de 8 de julio.

proceso. A nadie se le escapa que en los juicios contenciosos normalmente la situación empeora, porque salen todos los trapos sucios a relucir²⁶⁴.

Alguien se podría preguntar cuál sea el momento idóneo para esa labor pastoral de la Iglesia. No debe ser algo previo al proceso, sino estar plenamente integrado en el mismo. De esta afirmación no puedo por menos que volver a concluir que precisamente la raíz del problema es que en la práctica no se tramiten en los Tribunales Diocesanos procesos de separación de los matrimonios canónicos. Opina De Diego que si en las diócesis no existía un servicio de asistencia a los fieles, que se hallaran en situación de conflicto en su matrimonio, habría que crearlo, si los jueces Eclesiásticos no podían atender a los problemas surgidos entre los cónyuges. Destaca que precisamente, tal deseo de ofrecer solución pastoral a las diferencias y conflictos conyugales, hace que se imponga al Juez un específico deber, de naturaleza no jurídica, sino pastoral, en el c. 1695²⁶⁵. El deseo de servicio a la persona humana debe animar la actividad de la Iglesia y por lo tanto de los jueces Eclesiásticos. Pero dada su misión de administrar justicia, la naturaleza pastoral de los órganos judiciales, debe estar subordinada a la búsqueda de la verdad. Los cónyuges que acuden a los órganos judiciales se tienen que encontrar sin trabas formales, con una administración de justicia más ágil y funcional; sin que por eso cesen las garantías de todo proceso. En definitiva se debe buscar el equilibrio entre la indisolubilidad del matrimonio y los problemas reales de ese matrimonio en concreto.

El c. 1695 prescribe que el juez deberá apreciar por las circunstancias del caso, si puede obtener una conciliación previa. Entiendo que lleva implícito que mantenga conversaciones con ambos a la vez o por separado, inquirendoles si piensan que ese matrimonio es salvable y porque; además de recordarles los compromisos que adquirieron al casarse. Si intuye que alguno quisiera seguir con el matrimonio, y el otro separarse, debe redoblar

²⁶⁴ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

²⁶⁵ Cfr. C. DE DIEGO, *Medidas Pastorales Previas en las causas de separación conyugal*, en *Ius Canonicum* XXV (1985), pp. 209-225.

con este último los intentos, dedicando el tiempo que fuera necesario, sin descuidar la oración.

En los cursos de formación previos se procurara que los novios asimilen el compromiso que adquieren prestando su consentimiento para el matrimonio, con la obligación de vivir juntos y entre los dos superar los problemas que se puedan presentar. Lo mismo hará el mediador en la separación de matrimonios canónicos, y en ambos casos se debe explicar que la Iglesia como buena madre que vela por sus hijos ha previsto que en determinados casos puedan vivir separados, pero siempre debe concurrir una causa de separación, aunque una de las partes no quiera separarse. Por lo tanto es fundamental que la decisión que tomen sea voluntaria. Con la misma libertad que tuvieron para contraer matrimonio, aunque ahora deban ponderar otras circunstancias como la existencia de hijos o el bien del otro cónyuge. Es decir debe tener en cuenta el bien de la familia movido por la caridad. La posibilidad de renunciar a ese derecho que todo cónyuge tiene a separarse, está en perfecta relación con el canon 1155²⁶⁶.

Si siempre es deseable evitar los litigios, cuanto más en el seno de la Iglesia. Por eso no resulta extraño descubrir en esos cánones, que antes de poner la demanda, primero se mueva a las partes a llegar a un acuerdo, por encima del cumplimiento riguroso de la Ley. En tal sentido resultan grandemente significativas las palabras con que se expresa el c. 1446-1²⁶⁷.

Si bien es al Juez a quien se prescribe, por el c. 1695, el empleo de medios pastorales para lograr, antes de aceptar la demanda, la reconciliación cuando fuere posible, esto no quiere decir que sea el propio Juez quien necesariamente deba actuar como mediador, pues la obligación del Juez puede consistir en la de someter al Obispo un plan específico de asistencia pastoral para atender a los cónyuges en estas situaciones, incluso sirviéndose de personas técnicas o experimentadas, aptas para alentar

²⁶⁶ El c. 1155 establece: “El cónyuge inocente puede admitir de nuevo al otro a la vida conyugal, y es de alabar que así lo haga; y, en ese caso, renuncia al derecho de separarse”.

²⁶⁷ En el canon 1446.1 se hace patente como un deber moral de los fieles de evitar litigios; pero, además, se traslada ese celo diligente por la paz a los Obispos en primer lugar, para que, sin perjuicio de la justicia, sean evitados en lo posible los litigios en el Pueblo de Dios.

soluciones pacificadoras y crear entre los cónyuges un clima de reconciliación²⁶⁸. Deben ser personas prudentes, que pueden ser familiares, amigos, personas de su confianza o recomendables por su imparcialidad, bondad y prestigio. Pero esas iniciativas, sin embargo, no libran de las responsabilidades que a tal efecto, directamente, imputan los cánones 1446 y 1695 al Juez e incluso al mismo Obispo²⁶⁹.

Un tema que debo resolver previamente, cuando hablo de mediación en separaciones canónicas, es si resulta suficiente la formación como sacerdote, o si por el contrario (yo por lo menos así lo creo), no tiene por qué serlo, bastando que tenga recta doctrina, sentido común y conocimientos o técnicas de moderador. De lo que no cabe duda, es que en el proceso de mediación es crucial la persona y las cualidades del mediador. En gran medida de él depende el éxito de la técnica. Para asegurar los mejores resultados su persona debe destacar por: profesionalidad, imparcialidad y confidencialidad. El mediador, que tiene que tener buena formación católica, deberá tener muy claro que se debe ir a las causas de los problemas, para desde esa base buscar las soluciones

En un tema de tanta trascendencia para la estabilidad de la familia y para las propias conductas de los cónyuges, en relación con sus respuestas personales a las exigencias de la vida cristiana, el ordenamiento jurídico-canónico manifiesta el máximo respeto a la iniciativa procesal de parte, pero al mismo tiempo no deja de expresar de diversas maneras que el ideal de vida cristiana requiere muchas veces de la aceptación del sacrificio y del perdón, para salvar la comunidad de vida conyugal. El Papa Juan Pablo II, hizo notar, que se ha de tener presente que todo lo que sea tutelar a la familia legítima, va siempre a favor de la persona; mientras que la preocupación unilateral a favor del individuo, puede resultar en perjuicio de la misma persona humana, además de dañar el matrimonio y la familia, que son bienes de la persona y de la sociedad.

²⁶⁸ Cfr. C. DE DIEGO, *Medidas Pastorales Previas en las causas de separación conyugal*, en *Ius Canonicum* XXV (1985), pp. 209-225.

²⁶⁹ Cfr. *Ibidem*.

Ha hecho notar De Diego²⁷⁰ que también las causas de separación afectan al bien público²⁷¹ y, por tanto, no cabe en ellas la transacción ni el compromiso arbitral²⁷², pero es cierto también que en la regulación de derecho material de la separación de cónyuges²⁷³ esta subyaciendo siempre la posibilidad del perdón de la ofensa y el deseo de que se mantenga la convivencia conyugal a pesar de sus dificultades. Y es ahí, en esas posibilidades de arreglo convenido, de renuncia y aceptación, en las que el Juez puede encontrar campo propicio y amplio para el ejercicio de su actividad pastoral. En estos procesos de separación, se requiere culpa de uno de los cónyuges, por lo que si el cónyuge demandado desea oponerse a la separación pretendida, o habrá de negar haber cometido el acto de injuria, o procurará traspasar al otro la culpa, la autoría del acto dañoso, lo que suele originar reconvención o al menos nuevas y recíprocas acusaciones, que exigirán a su vez de la respectiva prueba. La intimidad de la vida conyugal suele quedar entonces vulnerada, crece el disentiimiento, los cónyuges se humillan el uno al otro. Es, en estos momentos, antes de ser aceptada la demanda, cuando ha de entrar en actividad la función pastoral atribuida al Juez eclesiástico, evitando que pueda destruirse, con esas recriminaciones mutuas, toda posibilidad de solución futura pacificadora, convenida entre los dos protagonistas del conflicto. La causa de separación tiene también connotaciones de naturaleza pública, pero lo es en su tramitación, cuando adquiere estado judicial; por esto debe intervenir en el proceso el ministerio público del Promotor de Justicia²⁷⁴, es decir, antes de nacer la relación procesal; y aun en momento anterior, antes de aceptar el Juez la causa, sí cabe todo intento de mediación conciliatoria, siempre que el convenio al que se llegue no atente a la esencia del matrimonio y a los derechos fundamentales de la familia²⁷⁵.

²⁷⁰ Cfr. *Ibidem*.

²⁷¹ C.1696 CIC.

²⁷² C.1715 CIC.

²⁷³ C. 1151-1155 CIC.

²⁷⁴ C. 1517 CIC.

²⁷⁵ Cfr. C. DE DIEGO, *Medidas Pastorales Previas en las causas de separación conyugal*, en *Ius Canonicum* XXV (1985), pp. 209-225.

Como se ha hecho notar, la separación matrimonial es sólo una suspensión del contenido de la relación matrimonial, que queda siempre condicionado por un cambio de voluntad del cónyuge inocente. Como el vínculo permanece en su integridad, los derechos subjetivos que originan la acción de separación, mientras no nazca la instancia judicial por la citación del demandado, siguen perteneciendo al ámbito privado de disponibilidad del cónyuge que padeció la injuria del cónyuge inocente, al que puede perdonar siempre aunque siga soportando el daño o el perjuicio que le suponga la convivencia. En el CIC²⁷⁶ se alaba incluso al cónyuge que admite de nuevo a la convivencia matrimonial al otro cónyuge y renuncia al derecho de separación. Este precepto debe entenderse no condicionado siquiera por la eficacia de una sentencia de separación conyugal que haya adquirido firmeza.

El legislador, teniendo en cuenta la dificultad que supone vivir en este estado matrimonial y que la ruptura frecuentemente es irreversible, exhorta en el canon 1152-1 a los esposos que se reconcilien y consideren los daños que la separación puede provocar a la familia. Desde esta perspectiva la separación aparece como un remedio, como un medio de defensa, como prevención de males futuros para la familia²⁷⁷. No nos hallamos, pues, ante unos decisiones definitivas, que produzcan como efecto de su ejercicio situaciones irrevocables. Tampoco es la separación una medida cautelar concedida judicialmente de un modo anticipado, como solución previa a decisiones de mayor trascendencia para los cónyuges. El deseo legislativo, como hemos visto, es que, permaneciendo el vínculo matrimonial a pesar de la separación de los cónyuges, pueda siempre restaurarse de nuevo la vida familiar. Entonces se comprende que un derecho de tan limitado contenido y de eventual ejercicio no tenga por qué decidirse necesariamente siguiendo los criterios del enfrentamiento de parte, propios del proceso contencioso, sino que pueda decidirse por vía administrativa mediante Decreto del Ordinario.

²⁷⁶ C. 1155 CIC

²⁷⁷ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

Pero vuelvo a insistir que también puede resolverse a favor de la continuidad de la convivencia conyugal, por la reconciliación de los cónyuges gracias al buen oficio mediador de los Pastores de la Iglesia, actuando por sí mismos, o sirviéndose de la experiencia y buen sentido del Juez²⁷⁸, o por la mediación de otras personas en las que se delegue, para que con sus consejos, asistencias y dotes persuasivas, consigan de los cónyuges la avenencia deseada.

No faltará a los bautizados, que se encuentren en situaciones de dificultad, la conveniente ayuda pastoral de la Iglesia para que la familia se conserve apoyada fuertemente en un matrimonio que se mantiene firme aunque haya padecido crisis. La ayuda pastoral a esos cónyuges hará que esas circunstancias, por graves que sean, resulten pasajeras. A estos cónyuges no pueden dejarlos la Iglesia solos en sus dificultades, si no que ha de proporcionarles todos los medios sobrenaturales y humanos que necesiten para preservar en la comunidad de vida y amor²⁷⁹.

2. Reconciliación

Parece lógico pensar que un matrimonio después de sufrir una crisis, puede volver a recomenzar, porque pocas rupturas son del todo irreparables. Ya he dicho con anterioridad, que cuando la separación es antesala del divorcio, resulta muy difícil la reconciliación de los esposos. En cambio, cuando es una suspensión de la vida matrimonial, con la idea clara que el matrimonio continúa porque es para siempre, es más probable que pasado un tiempo, si desaparece la causa que la motivo, o se da el perdón del cónyuge inocente, los esposos puedan reconciliarse, que no es otra cosa que el acuerdo de los cónyuges separados de reanudar la vida matrimonial²⁸⁰.

²⁷⁸ C. 1695 CIC.

²⁷⁹ Cfr. C. DE DIEGO, *Medidas Pastorales Previas en las causas de separación conyugal*, en *Ius Canonicum* XXV (1985), pp. 209-225.

²⁸⁰ Cfr. J. LANDETE, *Aspectos generales sobre la mediación y el mediador*.

A. Derecho Canónico

El Código de Derecho Canónico considera que la separación conyugal es un mal que, cuando es posible hay que evitarlo y cuando la separación se ha consumado han de procurar restablecerla los cónyuges, mediante el perdón si hubo adulterio, por la posibilidad de separación perpetua, y cuando cesa la situación de peligro o las de dificultad de la convivencia en caso de separación temporal²⁸¹. El celo del legislador por el mantenimiento de la unidad familiar se muestra en la introducción de un nuevo precepto en el que se exhorta a la reconciliación y se otorga a la misma el carácter de causa enervante del derecho a la separación²⁸². Debo diferenciar la separación por causa de adulterio, donde la restauración de la convivencia es un derecho facultativo del cónyuge inocente, y la autoridad eclesiástica no puede imponer la convivencia, sino que como último recurso, ha de considerar si es posible inducir al cónyuge inocente a que perdone la culpa y no se separe para siempre²⁸³; de los demás supuestos donde considera que cuando la separación es temporal ha de restaurarse siempre la convivencia, sin que el Código haga distinción entre cónyuge inocente y culpable en orden al derecho a solicitar el restablecimiento de la cohabitación, que podrán hacerlo privadamente; pero si hubiera oposición de parte, es la autoridad eclesiástica la que determinará lo procedente²⁸⁴. Es decir, cuando hablo de separación por causa de adulterio, el restablecimiento de la vida conyugal, la cesación de la situación jurídica de separación perpetua, depende de un acto de voluntad del inocente, sin que el adúltero pueda oponer resistencia en la teoría, sino que por el contrario vendría obligado a la restauración. Una vez restablecido el consorcio conyugal no cabe invocarse el mismo adulterio para obtener otra separación. En otras causas, la parte culpable no tiene derecho a pedir el restablecimiento de la vida en común, si no transcurre el tiempo

²⁸¹ Cfr. M.L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *Las Causas de separación matrimonial en el derecho comparado y en el derecho español*, Madrid 2002, p.124.

²⁸² C. 1155: “El cónyuge inocente puede admitir de nuevo al otro a la vida conyugal, y es de alabar que así lo haga; y, en este caso, renuncia al derecho de separarse”. Por su propia formulación así como por el lugar que ocupa en el Código, es aplicable tanto a la separación perpetua como a la separación temporal.

²⁸³ C. 1152 CIC.

²⁸⁴ C. 1153 CIC.

decretado en la separación temporal, o cesa la causa de separación, dando garantías que se estimen suficientes de enmienda de conducta.

La excepción al restablecimiento de la convivencia puede determinarla la autoridad eclesiástica por alguna justa causa, pues no debe ser arbitraria, y es que no siempre la cesación de la causa supone que se ha recobrado la paz y el afecto conyugal y familiar, sino que pueden existir otros motivos, concretos o indefinidos, que no aconsejan el restablecimiento de la cohabitación, todo lo cual tiene que ponderarse por la autoridad eclesiástica para adoptar su decisión. Dicha excepción pone de manifiesto que si para decretar la separación hay que ajustarse a unas situaciones previamente determinadas por el Código, para la reinstauración de la convivencia pueden tomarse en consideración causas o situaciones no previstas legalmente, atendiendo al bien de los cónyuges y de los hijos. Será de aplicación la prudencia y el sentido común²⁸⁵.

B. Derecho Civil

Debo distinguir la reconciliación tras iniciar o incluso haber concluido un proceso de separación, que impone una serie de obligaciones a los cónyuges, por seguridad jurídica, ya que previamente se habían desencadenado unas consecuencias que hay que dejar sin efecto. A esta reconciliación me voy a referir en primer lugar, para luego adentrarme en la reconciliación tras unas crisis, y que simplemente supone que el matrimonio siga adelante.

Es criterio de la doctrina, que la reconciliación es un negocio jurídico del Derecho de Familia, por el que se reanuda de modo estable la convivencia entre los cónyuges. Puede fundarse en una declaración expresa, o producirse de manera tácita, inferida de actos concluyentes. En cualquier caso requiere la reanudación de la vida en común. Aunque en Derecho Canónico la iniciativa puede partir tanto del cónyuge inocente, como del

²⁸⁵ Cfr. M.L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *Las Causas de separación matrimonial en el derecho comparado y en el derecho español*, Madrid 2002, p.125-126.

culpable, en Derecho Civil ha de configurarse bilateralmente por lo general²⁸⁶. La obligación de comunicarla al organismo jurisdiccional que entienda de las actuaciones es una carga de los esposos reconciliados, como medio de poner fin al proceso con arreglo a los principios de aportación de parte y dispositivo.

Quiero constatar que la acción de separación aparte, como es lógico, de extinguirse por desistimiento, también puede acaecer por reconciliación, que significa una renuncia tácita a la acción, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 84 del Código Civil²⁸⁷. Materialmente se reanuda el matrimonio. Procesalmente la reconciliación supone lisa y llanamente un desistimiento, como forma anormal de terminación del proceso de separación matrimonial. Además supone la cesación de todos los efectos producidos según el artículo 102 del Código civil, salvo la revocación de consentimientos y poderes, que ha sido definitiva²⁸⁸. También hay que tener en cuenta que la reconciliación no alterará la separación de bienes acordada con motivo de la sentencia de separación²⁸⁹, aunque sin perjuicio de que los cónyuges puedan pactar que vuelvan a regir las mismas reglas anteriores a la separación²⁹⁰. En este sentido, el Código Civil, establece que la reconciliación hace que el cónyuge sobreviviente conserve sus derechos hereditarios²⁹¹.

Por último, es importante decir que el párrafo segundo del ya mencionado artículo 84 del Código Civil, establece que la reconciliación determina que mediante resolución judicial serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación con los hijos, siempre y cuando exista causa que lo justifique.

²⁸⁶ Cfr. I. TENA, *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid 2000, pp.305-306.

²⁸⁷ El art. 84 del Cc. establece: “La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del Juez, que entienda o haya entendido del litigio”.

²⁸⁸ Artículo 106.2 del Código Civil.

²⁸⁹ Artículo 1.443 del Código Civil

²⁹⁰ Artículo 1.444 del Código Civil.

²⁹¹ Artículo 835 Cc.

La reconciliación de los cónyuges separados puede ser objeto de anotación en el Registro Civil al margen de la inscripción de matrimonio²⁹². También lo es en los Registros de la Propiedad y en el Mercantil si la demanda se hubiera anotado en ellos²⁹³.

²⁹² Artículo 76 de la Ley del Registro Civil y 263 del Reglamento

²⁹³ Artículo 102 Cc., último párrafo.

VII. CONCLUSIONES

Del estudio de todo lo que antecede, cabe entresacar por un lado unas consideraciones finales, y por otro realizar unas propuestas de futuro. En primer lugar destaco la importancia que tienen los cursos prematrimoniales, impartidos también si parece conveniente por hombres y mujeres de experiencia probadas, formando muy bien a los novios sobre el significado del matrimonio y sobre la tarea que les espera como cónyuges y padres. Constató que en situaciones de crisis insalvables del matrimonio, la separación, en cuanto tan sólo suspende la vida matrimonial, es la institución del derecho que defiende la indisolubilidad del matrimonio y, por lo tanto, la permanencia del vínculo. Partiendo de la existencia de una legislación sobre separación en la regulación canónica, y la realidad social que no podemos desconocer, consideramos llegado el momento de recuperar el ejercicio de la jurisdicción canónica en materia de separación matrimonial. Si no fuera posible, por lo menos establecer la obligatoriedad de acudir a algún organismo designado por los Tribunales Eclesiásticos, con carácter previo a interponer la demanda en los juzgados civiles, o que se pueda suspender la causa en primera instancia, a petición de uno de los cónyuges y por un tiempo determinado, para posibilitar la labor pastoral y conciliadora de la Iglesia, a salvo las medidas cautelares que pueda adoptar el Juzgado Civil de Familia que esté conociendo del asunto. Por último quiero defender que no se descarte ni prohíba en las leyes de mediación la posibilidad de intentar reconciliar a los cónyuges, y no pretender solamente que la ruptura sea lo más pacífica posible.

Estas conclusiones son la que paso a desarrollar a continuación más extensamente.

1. Conclusión primera: Dar importancia a los cursos prematrimoniales, donde se explique claramente a quienes se van a casar que es el matrimonio, sus fines y propiedades.

En los mismos se debe explicar la doctrina clara del Magisterio de la Iglesia en torno al matrimonio y a la familia. En concreto Juan Pablo II²⁹⁴ afirma que la iglesia pretende juzgar conforme a la verdad y a la justicia, sin olvidar la caridad, y de esa forma prestar un servicio a la sociedad. Asegura que las propiedades esenciales del matrimonio, la unidad y la indisolubilidad²⁹⁵, son un bien para los esposos, para los hijos, para la Iglesia y para la humanidad entera. Continúa diciendo que según la enseñanza de Jesús²⁹⁶, es Dios quien ha unido en el vínculo conyugal al hombre y a la mujer. Ciertamente, esta unión tiene lugar a través del libre consentimiento de ambos, pero este consentimiento humano se da a un designio que es divino. En otras palabras, es la dimensión natural de la unión y, más concretamente, la naturaleza del hombre modelada por Dios mismo, la que proporciona la clave indispensable de lectura de las propiedades esenciales del matrimonio. Destaca su ulterior fortalecimiento en el matrimonio cristiano a través del sacramento, se apoya en un fundamento de lo que tradicionalmente se entiende por derecho natural, sin el cual sería incomprensible la misma obra salvífica y la elevación que Cristo realizó una vez para siempre con respecto a la realidad conyugal. Recuerda el Santo Padre, que a este designio divino natural se han conformado innumerables hombres y mujeres de todos los tiempos y lugares, también antes de la venida del Salvador, y se conforman después de su venida muchos otros, incluso sin saberlo. Su libertad se abre al don de Dios, tanto en el momento de casarse como durante toda su vida conyugal. Sin embargo, existe siempre la posibilidad de rebelarse contra ese designio de amor, y se manifiesta entonces la "dureza de corazón" por la que Moisés

²⁹⁴ Cfr. Discurso del Papa Juan Pablo II a los Prelados Auditores, Defensores del Vínculo y Abogados de la Rota Romana con ocasión de la apertura del Año Judicial de 2002.

²⁹⁵ C. 1056 CIC.

²⁹⁶ Cfr. Mt 19, 3-12.

permitió el repudio, pero que Cristo venció definitivamente²⁹⁷. Considerar la indisolubilidad no como una norma jurídica natural, sino como un simple ideal, desvirtúa el sentido de la inequívoca declaración de Jesucristo, que rechazó absolutamente el divorcio, porque "al principio no fue así".

Insiste que no hay que rendirse ante la mentalidad divorcista. La actividad pastoral debe sostener y promover la indisolubilidad. Los aspectos doctrinales se han de transmitir, clarificar y defender, pero más importantes aún son las acciones coherentes. Cuando un matrimonio atraviesa dificultades, los pastores y los demás fieles, además de tener comprensión, deben recordarles con claridad y fortaleza que el amor conyugal es el camino para resolver positivamente la crisis. Precisamente porque Dios los ha unido mediante un vínculo indisoluble, el esposo y la esposa, empleando todos sus recursos humanos con buena voluntad, pero sobre todo confiando en la ayuda de la gracia divina, pueden y deben salir renovados y fortalecidos de los momentos de extravío.

Deja claro que la actividad judicial de la Iglesia, que en su especificidad es también actividad verdaderamente pastoral, se inspira en el principio de la indisolubilidad del matrimonio y tiende a garantizar su efectividad en el pueblo de Dios. Recuerda que sin los procesos y las sentencias de los tribunales Eclesiásticos, la cuestión sobre la existencia, o no, de un matrimonio indisoluble de los fieles se relegaría únicamente a la conciencia de los mismos, con el peligro evidente de subjetivismo, especialmente cuando en la sociedad civil hay una profunda crisis de la institución del matrimonio.

Pone de relieve que a veces, en estos años, se ha obstaculizado el tradicional *favor matrimonii*, en nombre de un *favor libertatis* o *favor personae*. En esta dialéctica es obvio que el tema de fondo es el de la indisolubilidad, pero la antítesis es más radical aún porque concierne a la verdad misma sobre el matrimonio, relativizada más o menos abiertamente. Contra la verdad de un vínculo conyugal no es correcto invocar la libertad de

²⁹⁷ Cfr. Sagrada Biblia (Mt 19,1-12).

los contrayentes que, al asumirlo libremente, se han comprometido a respetar las exigencias objetivas de la realidad matrimonial, la cual no puede ser alterada por la libertad humana. Continúa diciendo Juan Pablo II que podría parecer que el divorcio está tan arraigado en ciertos ambientes sociales, que casi no vale la pena seguir combatiéndolo mediante la difusión de una mentalidad, una costumbre social y una legislación civil favorable a la indisolubilidad. Y, sin embargo, ¡vale la pena! En realidad, este bien se sitúa precisamente en la base de toda la sociedad, como condición necesaria de la existencia de la familia. Por tanto, su ausencia tiene consecuencias devastadoras, que se propagan en el cuerpo social como una plaga²⁹⁸, e influyen negativamente en las nuevas generaciones, ante las cuales se ofusca la belleza del verdadero matrimonio.

Se deben explicar con claridad los fines del matrimonio. Según la antigua concepción legal, el matrimonio estaba orientado a la procreación y educación de los hijos, y se consideraban como secundarios la ayuda mutua y el amor conyugal. La Constitución Pastoral *Gaudium et spes*²⁹⁹ evita hablar de la jerarquía de los fines del matrimonio y los considera de igual importancia. Constata que la vida conyugal y la procreación son partes complementarias del mismo y único bien ofrecido por Dios al hombre. Ambos fines, dice, son igualmente esenciales para la felicidad que Dios quiere para los esposos, ambos postulan la indisolubilidad y la unión exclusiva del amor matrimonial. Concluye que la acción pastoral de la Iglesia ha de ser dirigida, en todo momento, a fortalecer esa voluntad constante y firme que habilita para que los cónyuges, superando las pruebas del tiempo y del cambio de las circunstancias, puedan vivir fieles al compromiso contraído irrevocablemente.

La Instrucción *Dignitas Connubii*, ha sido promulgada para que la observen los Tribunales Diocesanos e Interdiocesanos al tratar las causas de

²⁹⁸ Según el término que usó el Concilio Vaticano II para describir el divorcio (cf. *Gaudium et Spes*, 47).

²⁹⁹ *Gaudium et Spes*. Constitución Pastoral del Concilio Vaticano II sobre la Iglesia en el Mundo Moderno, 1965.

nulidad de matrimonio³⁰⁰. En la presentación de la instrucción, el arzobispo Domenico Sorrentino³⁰¹ constató, que el aumento de las causas de nulidad demuestra que el matrimonio necesita una pastoral preventiva. Propuso una acción preventiva a través de la eficaz preparación de los cónyuges cristianos al matrimonio y del apoyo a las familias en su vida diaria.

Establece el CIC en su c. 1063 que la asistencia a los fieles para que en el estado matrimonial se mantenga el espíritu cristiano se consigue, entre otros medios, con la preparación personal para la celebración del matrimonio, por la cual los novios se dispongan para las obligaciones de su nuevo estado. Esta preparación debería hacer compatible el respeto del derecho fundamental a contraer matrimonio.

En esos cursos previos al matrimonio parece conveniente insistir en la indisolubilidad del matrimonio canónico, explicando muy bien que en algunos casos puede ser necesaria y aún conveniente la separación, pero no sin antes haber puesto todos los medios humanos y sobrenaturales que posibiliten que la vida matrimonial pueda continuar (sobre todo teniendo en cuenta que la existencia de hijos en muchos de ellos). Primero hay que explicarles a quienes van a contraer matrimonio que las dificultades siempre van a estar presentes, pero con buena voluntad, si se piensa más que en uno mismo en el cónyuge, las tensiones y fracasos se van a poder superar. Que siempre es posible la reconciliación, fortaleciéndose cada vez más esa relación, si existe verdadero respeto a la persona, amor conyugal y espíritu de sacrificio. No pueden negar el matrimonio cada vez que surjan problemas de convivencia. Los esposos deben descubrir el valor del perdón. Comentarles que no faltarán tampoco tensiones producidas por modelos de comportamiento inspirados en el hedonismo y el consumismo, que empujan a los miembros de la familia a satisfacer sus apetencias personales. Riñas frecuentes entre los esposos, exclusión de la prole, abandono y malos tratos

³⁰⁰ *Dignitas Connubii*. Instrucción que deben observar los Tribunales Diocesanos e Interdiocesanos al tratar las causas de nulidad de matrimonio, Pontificio Consejo para los textos legislativos, 2005.

³⁰¹ Era el Secretario de la Congregación para el Culto Divino y la Disciplina de los Sacramentos.

de menores, son tristes síntomas de una paz familiar seriamente dañada, la cual no puede ser subsanada ciertamente con la dolorosa solución de la separación de los cónyuges y mucho menos recurriendo al divorcio³⁰².

2. Conclusión segunda: Explicar con claridad a los esposos que la separación conyugal es ya por sí misma una medida frente a la crisis, que no atenta contra la indisolubilidad del matrimonio.

No puedo desconocer la existencia de crisis matrimoniales, y que muchas veces es culpa de los dos cónyuges que no ponen de su parte todo lo necesario para que la relación sea buena, o por lo menos no conflictiva. Las motivaciones de la ruptura conyugal son variadas y complejas ya que intervienen factores psicológicos, educacionales, culturales, económicos, familiares y otros no fáciles de diagnosticar en muchos casos y en los que suelen estar implicados, por lo general, ambos cónyuges. Con frecuencia no podrá culpabilizarse a un solo cónyuge por la causa de separación y entonces habrá que atender a la realidad matrimonial y apreciar una responsabilidad compartida de ambos cónyuges que legitimará a cualquiera de ellos a separarse e incluso a ambos de común acuerdo. Sería absurdo admitir la compensación de culpas y resolver que no puede decretarse la separación cuando ambos cónyuges incurren en causa de separación, pues la ruptura bilateral suele ser más grave que la unilateral³⁰³.

Quizá el Derecho no es el medio más idóneo para valorar y defender la convivencia conyugal porque prescinde de lo afectivo, tan importante en la vida matrimonial. Por otra parte, hay circunstancias vitales que no respetan derechos-deberes esenciales, ni la libertad y dignidad personal de los cónyuges y de los hijos; en estos casos es necesaria la actuación del Derecho. Una de las posibilidades es la suspensión de la vida matrimonial. Si el común esfuerzo de los cónyuges y de quienes les ayudan no surten los

³⁰² Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

³⁰³ Cfr. L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *Las Causas de separación matrimonial en el derecho comparado y en el derecho español*, Madrid 2002, p.116.

efectos deseados, o no es aconsejable la restauración de la convivencia, sólo queda separar a los esposos para evitar daños más graves, y con firme esperanza creer en la posibilidad de la posterior recuperación de la vida en común. Lo que pretende el legislador es que, a ser posible, continúe la convivencia conyugal. Si no es posible, que permanezca el vínculo, aunque los cónyuges vivan separados. Defender la indisolubilidad del matrimonio comprende también defender y actualizar las instituciones que la favorecen porque sus orígenes tienen su fuente remota en ella. La institución que por excelencia pretende salvar el matrimonio en crisis es la separación³⁰⁴.

Por último, y para completar lo dicho anteriormente, quiero destacar unas palabras que Juan Pablo II dirigía a los agentes del derecho en el campo civil, que copio literalmente por su importancia³⁰⁵:

“Por otra parte, los agentes del derecho en campo civil deben evitar implicarse personalmente en lo que conlleve una cooperación al divorcio. Para los jueces esto puede resultar difícil, ya que los ordenamientos no reconocen una objeción de conciencia para eximirlos de sentenciar. Así pues, por motivos graves y proporcionados pueden actuar según los principios tradicionales de la cooperación material al mal. Pero también ellos deben encontrar medios eficaces para favorecer las uniones matrimoniales, sobre todo mediante una labor de conciliación sabiamente realizada”.

“Los abogados, como profesionales libres, deben declinar siempre el uso de su profesión para una finalidad contraria a la justicia, como es el divorcio; sólo pueden colaborar en una acción en este sentido cuando, en la intención del cliente, no se oriente a la ruptura del matrimonio, sino a otros efectos legítimos que sólo pueden obtenerse mediante esta vía judicial en un determinado ordenamiento³⁰⁶. De este modo, con su obra de ayuda y pacificación de las personas que atraviesan crisis matrimoniales, los

³⁰⁴ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

³⁰⁵ Cfr. Discurso del Papa Juan Pablo II a los Prelados Auditores, Defensores del Vínculo y Abogados de la Rota Romana con ocasión de la apertura del Año Judicial de 2002.

³⁰⁶ Cfr. *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2383.

abogados sirven verdaderamente a los derechos de las mismas, y evitan convertirse en meros técnicos al servicio de cualquier interés”.

3. Conclusión tercera: Habría que pensar en la posibilidad de recuperar el ejercicio de la jurisdicción canónica en materia de separación matrimonial, o por lo menos establecer alguna cláusula que garantice la obligatoriedad de acudir con carácter previo a la interposición de la demanda, a algún organismo que pueda estar integrado en los propios Tribunales Eclesiásticos.

En los Fundamentos de Derecho de las Sentencias que declaran la nulidad de un matrimonio canónico normalmente se recoge como presupuesto que el matrimonio es una realidad vital de la existencia humana, donde hombre y mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable, que es frágil y susceptible de crisis³⁰⁷.

Los problemas matrimoniales existen en todos los matrimonios y los cónyuges que han contraído matrimonio canónico muchas veces buscan en la Iglesia una luz y un respeto, y que es deber de la Iglesia salvar al hombre necesitado. Además la Iglesia, por su experiencia acumulada de siglos, puede ver con más facilidad cuales son salvables. En una cultura

³⁰⁷ “Que el matrimonio es una realidad vital de la existencia humana, que deriva de la puesta en común por un hombre y una mujer de los elementos conyugables de sus vidas. De esta “puesta en común” surge el matrimonio como “íntima comunidad de vida y amor conyugal” (Concilio Vaticano II, Const. *Gaudium et Spes*, n° 48) y como “consorcio de toda la vida ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole” (can. 1055). Esta alianza matrimonial es la que fue elevada, según el mencionado canon, por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”.

“Como realidad humana que es, el matrimonio ha de tener su origen en un consentimiento personal de los cónyuges (can. 1057). Este consentimiento ha de ser “acto de voluntad por el que varón y mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir matrimonio” (can. 1057,2). Sobre la importancia y la gravedad de esa decisión y cómo en ella viene implicado todo el ser humano, no hay duda alguna, pero además la comunidad de vida y de amor conyugal que como alianza irrevocable surge, es frágil y susceptible de crisis”.

“Toda crisis conyugal puede tener dos horizontes: el horizonte de un puro y mero fracaso conyugal en un matrimonio que nació con todas las condiciones de validez y legitimidad, pero que se frustra por razones externas al mismo matrimonio; y el horizonte de la quiebra interna del matrimonio porque no nació como tal matrimonio, porque la personalidad de los cónyuges, que constituye la base y el fundamento de la unión conyugal, no estaba en condiciones -en el momento de producirse el matrimonio- de construir esa integración profunda intra e interpersonal, que es necesaria para que exista el matrimonio”.

procesalista moderna de la Iglesia, la Audiencia o Comparecencia Previa y la Conciliación deben ser fases normales en los procesos de separación canónica; pero nunca lo podrán ser si prácticamente no existen esos procesos y se sigue haciendo una dejación en la jurisdicción civil.

Las medidas pastorales previas son casi imposibles porque normalmente cuando las causas canónicas llegan a los Tribunales, suelen llegar muertas. Pero no todos los matrimonios que inician un proceso de separación están rotos; muchos son salvables, como hemos visto personalmente todos los que profesionalmente nos dedicamos al Derecho de Familia. La remisión total de las causas de separación a la jurisdicción civil no es la mejor solución por todo lo explicado anteriormente. Los Tribunales Eclesiásticos, están también para proteger los derechos de la Iglesia³⁰⁸.

Benedicto XVI³⁰⁹ afirma que la institución del proceso en general no es, de por sí, un medio para satisfacer un interés cualquiera, sino un instrumento cualificado para cumplir el deber de justicia de dar a cada uno lo suyo. Continúa que al recurrir a un proceso para tratar de determinar lo que es justo, no se pretende acentuar los conflictos, sino hacerlos más humanos, encontrando soluciones objetivamente adecuadas a las exigencias de la justicia. Por eso dice que en sentido estricto, ningún proceso es contra la otra parte, como si se tratara de infligirle un daño injusto. Señala que no hay algún bien sobre el que disputen las partes y que deba atribuirse a una o a otra, porque el objeto del proceso es declarar la verdad sobre una realidad que funda la institución de la familia y que afecta en el máximo grado a la Iglesia y a la sociedad civil. Piensa que es una obligación grave hacer que la actuación institucional de la Iglesia en los tribunales sea cada vez más cercana a los fieles.

Como he dicho anteriormente, el matrimonio canónico eleva a sacramento el matrimonio natural entre bautizados y, si no concurre una causa de nulidad, resulta lógico que la Iglesia se preocupe por su naturaleza

³⁰⁸ Carta Apostólica “Pastor Bonus” en su artículo 126.

³⁰⁹ Cfr. Discurso del Papa Benedicto XVI a la Rota Romana el día 28 de Enero de 2006.

y efectos, y no lo deje sólo en manos del Estado (como no lo hace con otros sacramentos, como por ejemplo el orden sacerdotal).

En la introducción ya se indicó que el año 1988 es el último en que en las estadísticas eclesiales aparece la separación matrimonial. (Tan sólo 20 en toda España en 1988)³¹⁰. En el Tribunal Interdiocesano de Zaragoza, la última causa de separación tramitada data de octubre de 1980³¹¹. A la vista de los datos anteriores, da la impresión que la separación está olvidada, pero que exista una regulación sobre separación en el CIC asegura su supervivencia en el sistema matrimonial canónico, ofreciendo un remedio a los esposos católicos con crisis en su matrimonio, que consideran que sólo la muerte puede poner fin a su unión. Quizá sea el momento para que la Iglesia retome la separación matrimonial, ya que la Iglesia ofrece más posibilidades de recuperar la paz en el matrimonio.

Pertenece a los propios cónyuges la elección de la forma de resolver los conflictos. Así, pueden optar por terapia familiar, consultas psicológicas, tratamiento farmacológico (por ejemplo en casos de alcoholismo), mediación de familiares y amigos, justicia penal y civil, separación canónica, etc. Queda patente que la separación conyugal es tan sólo uno de los remedios del amplio abanico de posibilidades³¹². Muchos no aceptan la presencia de la Iglesia en la vida social y política. En concreto, en Derecho de Familia es casi inevitable el conflicto entre el sistema canónico y los sistemas civiles, donde prevalece la idea del matrimonio-contrato subordinado a la voluntad de las partes. Pocos acuden a la separación civil pudiendo solicitar directamente el divorcio. Creen que haciéndolo de esta manera ahorran tiempo y dinero. En algunos ambientes es rechazada incluso la institución de la separación matrimonial. Otros la desprecian simplemente por su origen canónico, y porque para la Iglesia Católica, antes que cualquier tipo de solución judicial, se pretenda la reconciliación de los cónyuges, restableciéndose la comunidad conyugal.

³¹⁰ Cfr. Secretaria de Estado, Anuario Estadístico de La Iglesia.

³¹¹ Según dato facilitado por el Vicario Judicial

³¹² Cfr. W. LIPKA. *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

Esta propuesta, teniendo en cuenta las relaciones actuales Iglesia-Estado, y el sentir de la sociedad en general, puede resultar un tanto utópica, pero es la que considero idónea. Entiendo que ante la imposibilidad de aplicación, cobrarían importancia otras que sí están al alcance de la Iglesia; y no sólo eso, sino que es lo que se espera de su labor pastoral. En concreto se podría establecer alguna cláusula que garantice la obligatoriedad de acudir con carácter previo a la interposición de la demanda a algún organismo que pueda estar integrado en los propios Tribunales Eclesiásticos, para ayudar tanto al marido como a la mujer en esos momentos tan difíciles. Si no ha sido con carácter previo, propongo la posibilidad de que a solicitud de uno de los cónyuges la causa de separación se suspenda en primera instancia y durante un plazo determinado, para dar lugar a la acción conciliadora y pastoral de la Iglesia, a salvo la competencia de los Juzgados Civiles de Familia para acordar las medidas cautelares que estime convenientes, tal y como está recogido en otros Concordatos firmados por la Santa Sede con otros Estados³¹³.

La enseñanza continua del Magisterio, la intención manifiesta del legislador, y la de los pastores es que se restaure la vida matrimonial y la paz en la familia³¹⁴. Muchos de los problemas entre los esposos se podrían solucionar a través de la separación. Deben intentar no separar por separar, sino con el fin de unir más fuerte con la consiguiente reconciliación³¹⁵. Pero, al no tramitarse las causas de separación matrimonial en los Tribunales Eclesiásticos, la Iglesia no cumple su misión pastoral en un aspecto importante de la vida matrimonial, precisamente mediando e intentando por lo menos salvar esos matrimonios en crisis. No llevar a cabo esa labor pastoral puede significar abdicar de unos deberes irrenunciables para la Iglesia. Esa dejación, que se constata en la realidad (innegable porque no se

³¹³ Artículo IX de la Ley 20 de 1974 por la cual se aprueba el “Concordato y Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede” suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973.

³¹⁴ Cfr. W. LIPKA, *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

³¹⁵ Cfr. L. A. PRADOS, *La separación de los cónyuges en el iter redaccional de la codificación de 1917*, Roma 2003, p. 42.

tramitan separaciones canónicas en los Tribunales Eclesiásticos), tiene graves consecuencias para la familia.

4. Conclusión cuarta: Es necesario promover Centros de Orientación Familiar con la pretensión de salvar el matrimonio, no de disolverlo de la forma más pacífica posible.

Todo lo que llevo dicho obliga a la Iglesia a ofrecer a los fieles un servicio de orientación familiar profesional gratuito o con costes muy bajos que sea una alternativa verdadera frente a los servicios de mediación familiar ofrecidos por el Estado que promueven rupturas pacíficas³¹⁶. Hay que tratar a cada matrimonio según el estado de la convivencia. Intentar citar y escuchar a los cónyuges por separado y juntamente, ganar su confianza, apaciguar el amor propio herido y la dignidad ofendida, evitar soluciones que resultan drásticas en sus consecuencias. Hay que acompañar a los separados explicándoles su situación jurídica, moral y social, o prevenir sobre posibles relaciones peligrosas. Asimismo se les ha de recordar los deberes de justicia y de caridad que tienen respecto al cónyuge y a los hijos³¹⁷.

Salvar a las familias es una preocupación noble, que compete también a la Iglesia. De ningún modo podrá lograrlo si ve en los matrimonios en crisis como causas perdidas. Y todo esto no es tan sólo una teoría pues las estadísticas muestran como muchos matrimonios se salvan si se intenta solucionar los problemas ya que normalmente el problema es de falta de comunicación (en muchos de esos matrimonios), y solamente están pasando por un mal momento. Lo que Dios ha unido la Iglesia puede mantenerlo unido. Por eso la Iglesia debe actuar como la protectora de los matrimonios³¹⁸.

³¹⁶ En la Diócesis de Zaragoza ya se ha constituido un Centro de Orientación Familiar.

³¹⁷ Cfr. W. LIPKA. La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación, en *Ius Canonicum* XLI (2001), pp. 501-548.

³¹⁸ La experiencia de Canadá y de Estados Unidos demuestra que con una buena pastoral se puede bajar el índice de los divorcios entre el 20 y 50 por ciento; y si la pastoral va acompañada de programas de ayuda a los matrimonios en dificultades, el resultado es aún

En la Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio*, la separación debe considerarse como un remedio extremo, después de que cualquier intento razonable haya sido inútil. Pone de relieve la soledad y otras dificultades de los cónyuges separados. Por eso afirma que la comunidad eclesial debe entre otras cosas procurarle estima, comprensión y ayuda concreta, de tal forma que pueda seguir siendo fiel, a perdonarse e incluso a estar predispuestos para reanudar la vida conyugal anterior³¹⁹.

Por otro lado, en el Directorio de Pastoral Familiar³²⁰, se afirma que dentro del capítulo de los malos tratos, la Iglesia ha mostrado un gran interés para ayudar a la buena convivencia, comunicación y diálogo en el seno de las familias, para que éstas sean, verdaderamente, comunidades de vida y amor conforme a su vocación. Mantiene que aunque la inmensa mayoría de las familias viven en el respeto y amor entre sus miembros, y son fuente de paz social, en otras existen dificultades para la buena convivencia. En esos casos, los Centros de Orientación Familiar pueden ofrecer consultas e intervenciones adecuadas para restablecer la armonía. Si se llega a situaciones graves de malos tratos ha de aceptarse la separación como un mal menor.

Otro capítulo que quiero destacar es todo lo relacionado con el mediador familiar, que también es tratado por el Directorio de Pastoral Familiar, ya que está adquiriendo cierta relevancia social. Entiende que el significado genuino de la palabra “mediación” nos eleva hacia Cristo, único mediador entre Dios y los hombres, mediación en la que también participa la Iglesia. Sin embargo, el concepto jurídico-positivo que ha sido engendrado por la cultura divorcista occidental, y la misión que se otorga a la mediación familiar en toda la legislación civil vigente se reduce con frecuencia, lamentablemente, a la de ayudar a la separación o divorcio de mutuo acuerdo poniendo a disposición de las partes el vínculo matrimonial.

mejor: casi el 80 por ciento de los matrimonios con problemas que participaron en estos programas siguen llevando vida en común.

³¹⁹ JUAN PABLO PP. II, *Exhortación Apostólica Familiaris Consortio*, 1981.

³²⁰ Directorio de la Pastoral Familiar de la Iglesia en España, LXXXXI Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española, 2003.

Llegados a este punto, recuerda que el vínculo matrimonial y la obligación de convivencia de los cónyuges, ambos elementos intrínsecos al matrimonio, son bienes públicos de los que no pueden disponer libremente los esposos. Por esto, los procesos de separación, nulidad matrimonial, disolución del matrimonio en favor de la fe y dispensa del matrimonio rato y no consumado, son confiados a la autoridad de la Iglesia y sobre ellos no cabe la “mediación familiar”. Sin embargo, sí cabe la mediación, como método de resolución de ciertos conflictos familiares, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes que deciden poner fin a una controversia que les enfrenta, cuando se dan simultáneamente estas tres condiciones: a) cuando previamente se han agotado otros recursos pastorales; b) cuando el proceso que da lugar a la controversia es legítimo; c) cuando el objeto de la controversia sean bienes privados de los que puedan disponer libremente los cónyuges (cuestiones patrimoniales, etc.) Así pues, se requiere un cuidadoso discernimiento del papel que se le otorga a los mediadores familiares, ya que, según las legislaciones que se están promoviendo, no son más que instrumentos al servicio del divorcio rápido, barato y pretendidamente indoloro, situación que no debe darse en ningún caso en las instituciones de la Iglesia. Por el contrario, la tarea fundamental del orientador familiar en los Centros de Orientación Familiar impulsados por la Iglesia es promover el perdón y la reconciliación entre los cónyuges, haciéndose cargo de sus auténticas necesidades. Por último se refiere a los separados, no casados de nuevo, reconociendo que están en una situación grave y dolorosa.

Continúa el Directorio afirmando que el matrimonio como comunión de personas exige por sí mismo, en justicia, la vida en común. Existen, sin embargo, situaciones en que la convivencia matrimonial se hace prácticamente imposible por razones muy diversas. En tales casos, la Iglesia admite la separación física de los esposos y el fin de la cohabitación. Los esposos no cesan de ser marido y mujer delante de Dios, ni pueden contraer una nueva unión. En esta situación difícil, la mejor solución sería, si es posible, la reconciliación mediante la revitalización del amor compartido y

ahora herido. La comunidad cristiana está llamada a ayudar a estas personas a vivir cristianamente su situación en la fidelidad al vínculo de su matrimonio que permanece indisoluble. En este caso, especialmente si se trata del cónyuge que no es el causante de la separación, la comunidad eclesial debe particularmente sostenerlo, procurarle estima, solidaridad, comprensión y ayuda concreta, de manera que le sea posible conservar la fidelidad, incluso en la difícil situación en que se encuentra. Hay que cuidar en especial de ayudarle a cultivar la exigencia del perdón, propio del amor cristiano y la disponibilidad a reanudar eventualmente la vida conyugal anterior. Tiene por dignos de estima y merecedores de la gratitud y el apoyo de la comunidad eclesial los que, habiendo sufrido la separación, se mantienen fieles a la indisolubilidad del vínculo matrimonial y, rechazando la posibilidad de una nueva unión, se empeñan en el cumplimiento de sus deberes familiares. Esta disposición requiere el acompañamiento y comprensión de la comunidad eclesial; es extremadamente importante que no se sientan solos en su decisión. A la vez, nada hay que impida su participación en la vida de la Iglesia y en la admisión a los sacramentos, es más, la Eucaristía será para ellos una fuente excelsa de fidelidad y fortaleza.

La familia es la célula vital de la sociedad donde la persona se desarrolla de forma más perfecta. El matrimonio está ordenado directamente al bien público de la sociedad. Pero familias desestructuradas dan lugar a individuos desestructurados. Todos, empezando por los gobernantes, que deben velar por el bien común, deben hacer todo lo posible por salvaguardar el matrimonio. Varios trabajos han abordado el tema preocupados por el sentido y el futuro de esta institución, planteándose unos si tan sólo es una ficción carente de realidad, u otros haciendo una propuesta de recuperación, indicando la conveniencia de medidas pastorales previas. No podemos desconocer esta realidad social, ni las leyes que lo han propiciado. Soy de la opinión que la Iglesia y la sociedad entera, en el tema que nos ocupa, tiene un largo camino por recorrer.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AZNAR GIL, F. *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado*. Estudios en Memoria Profesor Pedro Lombardía. Doctrina y normas de la Iglesia Católica sobre la inscripción civil del matrimonio canónico. EDESA. Madrid. 1989, pp. 741-768.

BENEDICTO XVI. *Los procesos de nulidad matrimonial, “un servicio a la verdad”*. Discurso del Papa dirigido a los miembros del tribunal de la Rota Romana el 28 de enero de 2006, con motivo del tradicional encuentro de felicitación a inicios del año. Ciudad del Vaticano.

BERNARDEZ CANTON, A. *Las causas canónicas de separación conyugal*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid.

BERNARDEZ CANTON, A. *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*. Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1966.

CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA. Asociación de Editores del Catecismo. 1992

CARRERAS, J. *Comentario al Libro VII del Código de Derecho Canónico*. (Los procesos, Artículo 1692), pp. 1967-70.

CARRION OLMOS, S. *Sobre la pretendida autonomía de la quiebra de affectio maritalis como causa de separación matrimonial*. Diario La Ley. Número 6063. 16 de Julio 2004, pp. 1548-1559.

CENALMOR, D. Y MIRÁS, J. *El Derecho de La Iglesia (Curso Básico de Derecho Canónico)*. Eunsa. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 2004.

DE CASTRO GARCÍA, J. *Contestaciones de Derecho Civil al programa de Judicatura*. Tomo II. Ed. Colex. 3ª Edición. 2000. Temas 42-89.

DE DIEGO LORA, C. *Medidas Pastorales previas en las causas de separación conyugal*. Ius Canonicum. Volumen 25. Número 49. 1985, pp. 209-226.

DIGNITAS CONNUBII. *Instrucción que deben observar los Tribunales Diocesanos e Interdiocesanos al tratar las causas de nulidad de matrimonio*. Pontificio Consejo para los textos legislativos. Texto oficial latino con traducción española. Librería Editrice Vaticana. 2005.

DIRECTORIO DE LA PASTORAL FAMILIAR DE LA IGLESIA EN ESPAÑA. *LXXXXI Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española*. 21 de Noviembre de 2003.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho Civil*. Revista Jurídica de Castilla y León Nº 13. Agosto 2007.

ESCRIVA IVARS, J. *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*. La separación conyugal, sentido y futuro. EUNSA. Pamplona. 2000, pp. 707-769.

EXHORTACIÓN APOSTÓLICA DE S.S. JUAN PABLO II. *Familiaris Consortio. La familia*. Versión castellana de la Políglota Vaticana. San Pablo. 1981.

FERRER ORTIZ, J. *El matrimonio canónico en el ordenamiento español (Interpretación armonizadora de las normas aplicables)*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1986.

FORCADA MIRANDA, F. J. “Últimas Reformas Legales en España sobre el Derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio”. *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, nº 17, 2005, pp. 31-33.

FORNES, J. *El Sacramento del Matrimonio. (Manual de Derecho Canónico)*. Eunsa. Pamplona. 1988, pp. 605-698.

FORNES, J. *Derecho Matrimonial Canónico*. Editorial Tecnos, S.A.. Pamplona 1990.

GAUDIUM ET SPES. Constitución Pastoral del Concilio Vaticano Segundo sobre la Iglesia en el Mundo Moderno. 7 de Diciembre de 1965.

GONZALEZ POVEDA, P. Y GONZALEZ VICENTE, P. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005*. Sepin Editorial Jurídica. 2005.

GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J. *El matrimonio en los estados de la Unión Europea y la eficacia civil del matrimonio religioso*. Atelier. Barcelona. 2003.

HERVADA, J. *Comentario al Capítulo IX del Código de Derecho Canónico*. Pp. 691.

HERVADA, J. *Una Caro: escritos sobre el matrimonio*. Eunsa (Instituto de Ciencias para la Familia). Pamplona 2000.

JUAN PABLO II. *Discurso a los prelados auditores defensores del vínculo y abogados de la rota romana, con ocasión de la apertura del año judicial*. 28 de Enero de 2002.

JUAN PABLO II. *Encíclica Pastor Bonus*. 1988.

LANDETE CASAS, J. *Aspectos generales sobre la mediación y el mediador*. Revista internauta de práctica jurídica. Universitat de València. Facultat de Dret. Número 2. Mayo-Agosto 1999.

LLOBELL, J. *Comentario al Libro VII del Código de Derecho Canónico*. (Los procesos, Artículo 1672), pp. 1934-36.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*. Ediciones Rialp (Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia). Madrid 1996.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, J.G., *El matrimonio invertebrado*. Ediciones Rialp (Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia). Madrid 2012.

MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. L. *Las causas de separación matrimonial en el derecho comparado y en el derecho español*. Servicio de estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles. Fundación Beneficencia Et Peritia Iuris. 2002.

PRADOS RIVERA, L. A. *La separación de los cónyuges en el iter redaccional de la codificación de 1917*. Edizioni Università della Santa Croce. 2003. Roma.

PRESNO LINERA, M.A., *La garantía europea de los derechos a casarse y a fundar una familia*. Repertorio Aranzadi del tribunal Constitucional núm. 7/2007, Pamplona 2007.

SABATER MARCH, J. *Derechos y deberes de los seglares en la vida social de La Iglesia*”. Barcelona. 1954.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., *La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005 de 8 de julio*. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 23/2005. Págs. 129-142.

SARMIENTO A, *El Matrimonio Cristiano*. Eunsa. Pamplona 1997.

SIERRA GIL, I. *Matrimonio y crisis. Separación, Divorcio y Nulidad* (VVAA), Madrid, 2005. pp. 93.

SUÁREZ PERTIERRA, G. (COORDINADOR. VVAA), *Derecho matrimonial comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

TENA PIAZUELO, I. *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*. Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

WOJCIECH L., *La separación matrimonial canónica: una propuesta de recuperación*, Ius Canonicum, Volumen XLI, Número 82, 2001, pp. 501-548.