II. Actualización de Unidades Didácticas*

A) DERECHO CANONICO

LAS CAUSAS DE SEPARACION DE MATRIMONIOS CANONICOS ANTE LA JURISDICCION DEL ESTADO.*

Por JAIME PEREZ-LLANTADA GUTIERREZ
Prof. Adjunto Numerario de Derecho Canónico

SUMARIO: I. Consideraciones generales. - II. Aspectos sustantivos de la separación en los matrimonios canónicos según la nueva normativa del Código Civil: A) Separación consensual o de mutuo acuerdo; B) Separación causal; C) Efectos comunes de las sentencias de separación; D) Incidencia de la separación regulada por el Código Civil para los matrimonios canónicos. - III. La tramitación de los procesos de separación matrimonial, ante los Tribunales civiles: A) Generalidades del proceso de separación; B) Estudio concreto de cada procedimiento. - IV. Las medidas "provisionalísimas" y "provisionales" en las causas de separación.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La separación de los conyuges unidos por legítimo matrimonio es una ruptura, temporal o perpetua, de la cohabitación a que están obligados los casados, pero sin disolución del vínculo jurídico que les une de por vida. Dejemos, pues, muy claro que no se trata de la declaración de nulidad de su matrimonio por obstáculos para su validez habidos en el momento de la celebración del contrato

(*) Los trabajos de esta sección, de estudio obligado para los Alumnos correspondientes, se publican por el orden del código numérico de Asignaturas y, dentro de cada una, por el nivel docente de su Autor.

(*) "ADDENDA" a los Temas XXII-4, a) y XXIV-5).

matrimonial –boda o matrimonio "in fieri"– ni de la desaparición o disolución del vínculo jurídico surgido del mismo –elemento fundamental del matrimonio "in facto esse" o sociedad conyugal– producida por muerte de uno de los cónyuges o por declaración de Autoridad competente.

Los separados, por tanto, son personas casadas, con su vida en común –mesa, lecho y habitación– legítimamente interrumpida. Es decir, sus derechos y obligaciones conyugales han sido alterados por decisión legalmente suficiente y ello comportará también modificaciones en la comunidad paterno-filial que con la conyugal conviven ordinariamente en la familia, integrando una sociedad de vida, donde el jurídico es uno de sus aspectos y ni siquiera el más importante.

En la titulación de esta "Addenda", –que sustituye a la de abril de 1981 por las implicaciones que en el tema ha supuesto la entrada en vigor, el 10 de agosto de 1981, de la Ley 30/1981–, hemos empleado la tradicional expresión "causas de separación" y debemos aclarar que el término "causas" es ambivalente, pudiendo significar en Derecho o bien los "motivos" por los que los cónyuges quedan autorizados para pedir la interrupción de su comunidad de vida –a la vez, derecho y deber recíproco–, o bien el "procedimiento" adecuado legalmente para ejercitar la acción y lograr su tramitación hasta obtener las partes de la jurisdicción competente decisión firme y ejecución de la misma que configuren su separación jurídica.

Si nos referimos al primer significado, propio del derecho sustantivo del ordenamiento jurídico, hemos de agregar a cuanto apuntábamos en la "Addenda" de abril de 1981, que la Ley 30/1981, de 7 de julio (BOE de 20-VII-1981) al reformar el tít. IV del Libro I del Código Civil ha tenido una fuerte incidencia que, como observa el Prof. F. A. SANCHO REBULLIDA ("El matrimonio canónico en el sistema matrimonial español", en Rev. "Ius Canonicum", vol. XX, num. 40, 1980), se aprecia muy bien con una simple contemplación de la nueva sistemática de nuestro primer cuerpo legal civil.

En efecto, no existe un precepto en el Código Civil vigente equiparable al anterior Art. 42; un precepto que derogue éste con referencia al matrimonio institución, en cuanto a formulación del sistema matrimonial civil subsidiario y lo sustituya por la implantación del sistema matrimonial facultativo. La nueva regulación civil del matrimonio patrocina una estructura gruesa del tít. IV como común y unitaria; así, los requisitos del matrimonio, la inscripción en el Registro Civil, los derechos y deberes de los cónyuges, la nulidad, la separación, la disolución del matrimonio son contemplados en capítulos referidos al matrimonio en singular sin calificarlo por los términos civil o canónico, que distinguía tradicionalmente el Código Civil en el citado Art. 42, salvo en los dos períodos de matrimonio civil obligatorio de 1870/1875 y 1932/1938.

En el Código vigente, sólo el Cap. III "de la forma de celebración del matri-

monio" y en su Art. 49 evoca ambiguamente el modificado Art. 42 –que ahora recoge la promesa de matrimonio–; sólo en cuanto a la "forma" de celebración –argumenta el autor citado– se permite optar a los creyentes entre solemnidad civil (Sección 2ª) y solemnidad religiosa (Sección 3ª), y dentro de "celebrar sus ritos matrimoniales", entre prestar el consentimiento en la forma prevista por una confesión religiosa, en los términos acordados con el Estado (Art. 59), o acogerse al matrimonio canónico con reconocimiento de efectos civiles (Art. 60), pero, en ambos casos, sí coincide con lo dispuesto en el Cap. IV que configura el esquema de validez civil que para toda forma de matrimonio establece el ordenamiento del Estado (Arts. 61 y 63).

Con lo expuesto se aprecia una interpretación unilateral del llamado Acuerdo jurídico entre la Santa Sede y el Estado Español, firmado el 3 de enero de 1979 y especialmente de su Art. VI, que permite mantener su letra, pero modifica totalmente su espíritu; contradiciendo además, como destaca el citado Profesor de la Universidad de Navarra, incluso el Art. 1256 del Código civil, pues en el fondo ese "Acuerdo de 1979" es un contrato bilateral que, por medio de una Ley unilateral del Estado, se hace cumplir al arbitrio de una sola de las partes contratantes.

Tal interpretación unilateral del "Acuerdo concordatario" se agrava, puesto que se olvida su Art. VII que ordena que ambas partes, Santa Sede y Gobierno Español, procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula, inpirándose para ello en los principios que informan el Acuerdo. A tal efecto, había de crearse una Comisión mixta urgida por el Nuncio en Madrid y que, tras el Consejo de Ministros de 4-IX-81, y el nombramiento por la Nunciatura de los representantes de la Santa Sede, el 16-X-81, ya está en funciones.

Sin embargo, esa interpretación unilateral del Acuerdo sobre materias jurídicas de 3 de enero de 1979, no debía sorprender, puesto que con anterioridad a la Ley 30/1981, ya aparece un indicio claro en el Real Decreto-Ley 22/1979, de 29 de diciembre (los Acuerdos habían entrado en vigor el 14 del mismo mes y año), cuando en su "introducción" o "motivación", tras señalar el Estado que los Acuerdos no prevén "el supuesto de demanda de separación y las medidas que por tal causa pueden ser adoptadas por los Tribunales civiles", pasa a regularla en el ámbito procesal, pero sin antes añadir hábilmente una equívoca afirmación: la de que "por virtud de los Acuerdos, *desaparece* la competencia hasta hoy atribuida a los Tribunales Eclesiásticos". Afirmación que al no tener la Ley 78/1980, de 26 de diciembre "motivación", queda oculta al derogarse por ella el citado Real Decreto-Ley; pero tal desaparición es meramente formal, pues tanto esta Ley 78/1979, como su sustituta la Ley 30/1981, fueron informadas por tal afirmación, inadmisible para los canonistas.

Decimos esto, porque sobre las causas o procesos de separación de matrimonios canónicos cabe hacer dos afirmaciones, repetidas por la doctrina: 1.ª) que se trata de verdaderos procesos matrimoniales, de tramitación eclesial mayoritariamente administrativa, salvo para el caso de separación perpetua, pero en España casi siempre sustanciadas en vía judicial, y 2ª) que la competencia de la Iglesia para su sustanciación es "propia" y tras el Motu proprio "Causas matrimoniales" de 28 de marzo de 1971 "no exclusiva", como señalaba el canon 1960 del Código canónico, sino "cumulativa"; esto supone, tras el "cuasi-silencio" del Acuerdo de 1979, que por razón de conciencia los cónyuges "canónicos" pueden exigir que el Ordinario competente separe su comunidad de vida, pero sin que su resolución pueda tener efectos civiles a reconocer por el Estado; cuando la separación pretenda una eficacia civil los casados canónicamente han de acudir al competente Tribunal del Estado, consintiéndolo así la Iglesia mientras la vigente Concordia jurídica no se modifique. El proyecto del nuevo Código canónico también ha suprimido el adjetivo "exclusiva", al calificar la competencia propia de la Iglesia sobre las causas matrimoniales entre bautizados.

Nos queda por destacar, siguiendo a L. DEL AMO ("Causas matrimoniales", en "Acuerdos entre la Iglesia y España", Madrid, 1980) que desde el punto de vista del Derecho canónico bajo el término "separación" subyacen realidades de grado distinto cualitativa y cuantitativamente, siempre salvada la indisolubilidad tendencial del vínculo jurídico.

Esto supone una gran diferencia sustantiva y procesal entre lo que el ordenamiento jurídico canónico y el estatal pretenden al sustanciar ante sus Tribunales una causa de este tipo, aunque coincidan en los efectos civiles necesarios y debieran poder coincidir tanto en las medidas provisionalísimas y provisionales que, hoy, la Ley civil establece y sólo los Tribunales estatales ordenan, como en los efectos definitivos de la separación.

El Código canónico contempla una separación perpetua y otra temporal; la primera sólo en caso de adulterio y la segunda por cualquier otro motivo que haga la vida en común demasiado difícil (cánones 1129 y 1131). El Código civil no acoge esta distinción, no sólo cuantitativa sino también cualitativa, pero recoge una separación definitiva, que no olvida la temporal, ya que al igual que el Derecho canónico, la reconciliación de los cónyuges pone fin al proceso o a la situación jurídica de separación.

Para valorar las diferencias y su problemática basta señalar que van desde la "ratio legis" de uno y otro ordenamiento jurídico (para el civil instaurar una nueva situación social de la pareja y tratar de salvar el bienestar y la educación de su prole: para el canónico velar, además, por la "salus animarum") hasta los motivos alegables para ejercitar la acción interponiendo la correspondiente demanda, que no coinciden, lógicamente, en su enumeración, naturaleza y con-

tenido. Sin embargo, la separación consensual y el arco de causas de los cánones 1129 y 1131 del Código canónico, con su admisión expresa de la analogía en el segundo de ellos, de una parte, y de otra, los Arts. 81 y 82 del Código civil, en su nueva redacción, que recogen la separación por mutuo acuerdo y también una cierta analogía en las causas, están más próximos de lo que parece, sin que la aplicación de la normativa civil a los matrimonios canónicos en trance de separación sea tan difícil de encajar, aunque evidentemente la fuerza de los motivos de índole religiosa se haya difuminado.

Todo lo dicho demuestra plenamente la incidencia de la Ley 30/1981, de 7 de julio (BOE de 20-VII-1981) en vigor desde el 10 de agosto del mismo año y que "modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio". Hasta tal punto interesa al canonista, que implica la alteración del sistema matrimonial vigente que, de facultativo de tipo latino, configurado por la Constitución y los Acuerdos concordatarios ha pasado al menos al de tipo anglosajón, aunque con notoria ambigüedad. Es más, pudiera haber pasado, como sostiene firmemente el Prof. L. DE ECHEVERRIA ("La nueva Ley desde el punto de vista jurídico", en Rev. "Ecclessia", núm. 2040, de 1-VIII-1981) a un sistema de matrimonio civil obligatorio; todo ello "a vueltas de un lenguaje equívoco, una construcción híbrida y algunos errores". (Tema XXII-1, y 2, c) y d)).

Ciertamente los católicos de fe personal parece evidente que no van a elegir, conforme al Art. 49 del Código civil, contraer su matrimonio ante el Juez o funcionario estatal, pero al tomar la opción de celebrarlo en "la forma religiosa legalmente prevista" no debe exponérseles a que para el Estado estén celebrando tan sólo matrimonio civil con rito religioso, ante un funcionario que es clérigo y acata para la celebración y requisitos de validez la Ley civil, con menoscabo de la normativa canónica a la que el Acuerdo de 1979 remite para el matrimonio "coram Ecclesia" y al que el Estado ha de reconocer efectos civiles, sin que éstos y menos la validez del matrimonio canónico, como institución, queden al criterio "a posteriori" del Encargado del Registro civil.

Tras la Ley modificadora del Código civil la interpretación del Art. VI del "Acuerdo sobre materias jurídicas" de 1979 tiene unilateralmente para el Estado, que decide los efectos civiles del matrimonio, otra lectura que desvirtúa el espíritu y la letra de la Concordia entre España y la Santa Sede. "A diferencia de Italia y Portugal, por poner ejemplos próximos —concluye el Profesor de la Universidad de Salamanca—, el Juez nada sabe hasta que el matrimonio es ya un hecho". Los cónyuges "se casan ante un "funcionario", que éste resulta ser el sacerdote, aunque ellos no lo sospechen, y espera a ver qué resulta. Porque la "simple presentación" del certificado de que habla el Acuerdo se ha transformado en una "calificación" por el Juez, de la que nada se había dicho, en virtud de

la cual verá él si "el matrimonio reúne los requisitos que para su validez se exigen" en la Ley. Si le parece que sí, habrá habido suerte e inscribirá. Si no, el matrimonio "celebrado según las normas del Derecho canónico" no tendrá efectos civiles y el Acuerdo será papel mojado".

Todo ésto, que implica ir contra lo acordado a rango de tratado internacional y de posteriores normas de desarrollo estatales, como las Circulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3-I-1979 y 15-II-1980 sobre inscripción de matrimonios, nada pretende decidir sobre si en la lógica del sistema de relaciones Iglesias-Estado, configurado en España constitucionalmente, es o no más coherente, que el sistema matrimonial sea el de matrimonio civil obligatorio; pero esto debió decidirse antes de firmar el "Acuerdo sobre materias jurídicas" de 1979 y antes, por supuesto de su ratificación el 4 de diciembre de ese año. Lo que es poco correcto es decidir el cambio de sistema "a posteriori" y unilateralmente por el Estado, modificando el Código civil, que hace una nueva lectura del texto del "Acuerdo" y de la Constitución, para dejar el sistema matrimonial, cuando menos, en el facultativo de tipo anglo-sajón. (Tema, XXII-1, y 2, c) y d)).

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA SEPARACION EN LOS MATRIMONIOS CANONICOS SEGUN LA NUEVA NORMATIVA DEL CODIGO CIVIL.

Dentro del Tema XXII-4, a), nos corresponde considerar el aspecto de la regulación sustantiva que hace el Código civil (Arts. 81 a 83 y concordantes) de la separación de los cónyuges cualquiera que sea la forma en que celebraron su matrimonio.

La Ley 30/1981 es una disposición mayoritariamente sustantiva en cuanto modifica en el Código civil la regulación de todo matrimonio, en un nuevo tít. IV del Libro I. Pero también derogando la Ley 78/1980 —que, a su vez, había derogado al Real Decreto-Ley 22/1979— contiene diez amplias y complejas disposiciones adicionales para configurar los aspectos procesales, no solo de la separación como era el único contenido de las dos normas anteriormente citadas, sino también de la nulidad y del divorcio, por segunda vez admitido en nuestro ordenamiento civil.

Con este total tratamiento del matrimonio no nos ofrece duda que su regulación será aplicable en los aspectos sustantivo y procesal a la sustanciación y decisión de aquellas causas de separación de matrimonios canónicos, que los cónyuges, al pretender efectos civiles, habrán de someter a la jurisdicción y com-

petencia de los Juzgados de Familia, creados por Real Decreto de 3-7-81 (BOE, 8-7-81) o, en su defecto, a los de la 1.ª instancia del Estado.

Los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, de no confesionalidad del Estado y de libertad religiosa y hasta el de unidad jurisdiccional, si se quiere, hacen que en el vigente régimen de relaciones Iglesia-Estado la legislación canónica no sea aplicable por el Juez civil más que en aquellos casos en que haya una remisión a la misma en Acuerdo con la Santa Sede o con la Conferencia Episcopal española, y para las causas de separación sólo hay un silencio casi absoluto sobre esta institución jurídica, encuadrable entre las situaciones finales del matrimonio por interrumpirse la vida común de los cónyuges.

Así, pues, el Cap. VII del Tít. IV del Libro I del Código civil regula el aspecto sustantivo de toda separación conyugal que pretenda efectos civiles, ya que la canónica que los cónyuges pueden pretender no los tendría obrando sólo en el fuero interno de ellos. El Art. 81 precisa que "se decretará judicialmente la separación cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio". El verbo decretar y su utilización en futuro parece significar que la sentencia judicial es imperativa para el Juez, si se cumplen los supuestos legales, que sólo requieren una función de constatación más que de interpretación, por lo que la decisión no siempre será constitutiva sino muchas veces declarativa de la separación, aunque sí necesaria para su ejecución civil.

La acción separatoria se pondrá en marcha —prescindiendo de cuando la ejerza el Ministerio Fiscal— por una de estas dos iniciativas: 1ª) a petición de uno cualquiera de los cónyuges con el consentimiento del otro o a petición de ambos, siempre que haya transcurrido el primer año de matrimonio y se acompañe propuesta de convenio regulador de la separación, conforme a lo dispuesto en los Arts. 90 y 103 del Código civil, y 2ª) a petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en causa legal de separación.

Con la primera iniciativa estaremos ante la separación consensual o por mutuo acuerdo, y con la segunda ante la separación motivada o causal, aunque la causa que autorice el ejercicio de la acción al cónyuge no implicado en ella directamente pueda ser el simple transcurso de un término temporal en que de hecho haya estado interrumpida la convivencia conyugal.

A) **Separación consensual o de mutuo acuerdo**

Como establece el Art. 81,1 del Código civil los únicos requisitos para poner en marcha el proceso de separación a iniciativa acorde de los cónyuges son: el transcurso de un año desde la celebración del matrimonio y el acompañar a la demanda la propuesta de convenio regulador de la separación.

Este *convenio* debe referirse, según el Art. 90, a los siguientes extremos: "a)

la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos (esposos), el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos; b) la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar; c) la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como a sus bases de actualización y garantías en su caso; d) la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio; e) la pensión que, conforme al Art. 97, corresponde satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges".

Este último punto quiere decir que "el cónyuge al que la separación produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una *pensión* que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: 1.ª) los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges; 2.ª) la edad y estado de salud (de los mismos); 3.ª) la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a empleo; 4.ª) la dedicación pasada y futura a la familia; 5.ª) la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; 6.ª) la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; 7.ª) la pérdida eventual de un derecho de pensión; 8.ª) el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su actividad". Todo ello se valorará normalmente en el convenio.

B) **Separación causal**

Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, según el Art. 81, 2, "a petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación".

A su vez, el Art. 82 sanciona que "son *causas de separación:*

1.ª) 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.

2.ª) 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.

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

4.ª) 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.

5.ª) El cese efectivo de la convivencia conyugal, durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese 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 Art. 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

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

7.ª) Cualquiera de las siguientes causas de divorcio: a) el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: bien desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos; bien cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación; b) el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges; y c) la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. (v. Art. 86).

Si en los cuatro primeros puntos enunciativos, sin "numerus clausus", de las causas de separación se puede llegar a conocer cuándo se da el supuesto contemplado por el Código civil y cuál de los dos cónyuges está incurso en él, ya que se trata de hechos o actuaciones que afectan negativamente al otro cónyuge o a la familia, parece mucho más inexacto hablar de separación causal cuando el motivo de la separación es el "cese efectivo de la convivencia conyugal" —no imputable al cónyuge que ejercita la acción— condicionada esa interrupción de la convivencia por la concurrencia de alguna otra circunstancia que puede ser hasta la sola duración, "durante el plazo de tres años".

La propia Ley 30/1981 parece considerar que la enumeración de motivos del Art. 82 del Código civil es tan heterogénea, que previene para los tres últimos (causas 5.ª, 6.ª y 7.ª) la posibilidad de que el proceso de separación pueda reconducirse para su tramitación al procedimiento especial configurado por la Disposición adicional 6.ª, si no hay acuerdo entre los cónyuges para ejercitar la acción; mientras que a los restantes motivos (causas 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª) se aplicará el procedimiento de los incidentes en la sustanciación del proceso de separación con las modificaciones para él previstas por la Disposición Adicional 5.ª.

C) Efectos comunes de las sentencias de separación

Los efectos de la sentencia de separación suponen un haz de derechos y deberes que modifican los que se suspenden, correspondientes al estado de cón-

yuge y, en su caso, de padre. Obviamente, el primer efecto sustantivo de las sentencia es la suspensión de la vida común de los casados. A ello añade el Art. 83 del Código civil la imposibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Pero, como ya hemos dicho, la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, debiendo los cónyuges poner en conocimiento del Juez la nueva decisión que restaura su vida normal como casados. Sin embargo, el propio Art. 84 añade que "mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique".

Tampoco debe dejar de anotarse que para el Código civil la separación —que no supone cambio de estado civil sino simple modificación en los derechos y deberes del que se sigue teniendo, aún cuando carezca de eficacia vital— puede tener operatividad a efectos de fundamentar la disolución del matrimonio, conforme recoge el Cap. VIII, del Tít. IV, del libro I del Código civil; lo que en sede canónica puede también darse en las dispensas pontificias de "super rato" del canon 1119, que recoge la institución del divorcio en el Derecho de la Iglesia para matrimonios canónicos, válidos y sacramentales, pero no consumados.

Por todo ello, las sentencias de separación se comunicarán de oficio a los Registros civiles en que conste el matrimonio de los litigantes y los nacimientos de los hijos. Y a petición de parte concluye la Disposición adicional novena— podrán ser anotadas en los Registros de la Propiedad y Mercantil no sólo las sentencias sino incluso las demandas.

Conforme al Art. 92, la separación no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos. "Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años".

"En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello". "Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos".

"El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas", como psicólogos, asistentes sociales, etc., que se proyectan agregar a los Juzgados de Familia.

Según el Art. 93, "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".

A su vez, el Art. 94 añade que " 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 dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial".

"La sentencia firme —dice el Art. 95— producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial".

"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 alguno de los hijos quede 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" (Art. 96).

Ahora bien, hay que destacar que lo dispuesto meticulosamente en los Arts. 92 a 96, que hemos transcrito, representa una especie de mínimo judicialmente imponible, en defecto de acuerdo, pues el convenio regulador será "aprobado por el Juez", salvo si es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. "La denegación —precisa el Art. 90— habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez la nueva propuesta para su aprobación si procede". Desde la aprobación podrá hacerse efectivo por la vía de apremio.

"Las medidas que el Juez adopte, en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias".

"El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio".

Conforme al Art. 91, en las sentencias de separación 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 Arts. 92 a 97 y 99 a 101, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas.

Estos tres últimos Artículos se refieren a la pensión fijada conforme a los criterios concurrentes del Art. 97, anteriormente expuestos y de los cuales uno más a tener en cuenta por el Juez es el acuerdo a que hubieren llegado los cónyuges. Esto da idea de la importancia y delicadeza del tema.

El Art. 99 afirma que "En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión judicialmente conforme al Art. 97 por la constitución de una

renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero".

"Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación..., sólo podrá ser modificada —añade el Art. 100— por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge".

Por último, el Art. 101 señala que "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". Por el contrario, "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 a la legítima".

A otro tipo totalmente distinto de pesión, las de clases pasivas, la Seguridad social y Mutualismo, se refiere la Disposición adicional décima al decir: "Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social regirán las siguientes normas". 1.ª) a las prestaciones de la Seguridad social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta misma disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial; 2.ª) el derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea cónyuge legítimo del fallecido, en cuantía proporcional al tiempo con él vivido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación; 3.ª) los que se encuentren en situación legal de separación tendrán los mismos derechos pasivos respecto de sus ascendientes o descendientes que los que le corresponderán de estar disuelto su matrimonio: 4.ª) los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del Art. 101 del Código civil.

D) Incidencia de la separación regulada por el Código Civil para los matrimonios canónicos.

Sin entrar en la polémica sobre si la Ley 30/1981 —no en vano conocida como la "Ley del divorcio"— supone un ataque institucionalizado a la indisolubilidad extrínseca, absoluta para los católicos, de los matrimonios ratos y en cuanto tales consumados, aunque sólo sea por un mero efecto mimético, vamos a centrarnos en el tema de la separación que nos ocupa para empezar reiterando que los cónyuges que celebraron matrimonio canónico es cierto que pueden seguir ejercitando su acción de separación ante el Ordinario competente, en vía

judicial o administrativa, pero su resolución no tendrá efectos civiles en España, sólo los alcanzará, pues, para la conciencia de los esposos.

Esto explica, por sí sólo, que hablemos de un cambio de situación jurídica para estos matrimonios canónicos, cuyos cónyuges ven modificados sus derechos por una Ley civil que no tiene demasiado en cuenta el Acuerdo sobre materias jurídicas, entre ellas, las del matrimonio canónico, vigente entre la Santa Sede y el Estado Español, aunque no lo parezca en este punto. Más en concreto, vamos a comparar para los matrimonios canónicos, especialmente los contraídos con anterioridad a la vigente Concordia 1976/1979 o a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, lo que ha supuesto la nueva regulación civil de la separación conyugal ante los Juzgados de Familia o de 1.ª Instancia del Estado, a los que han de acudir los cónyuges obligatoriamente, si quieren que la resolución o sentencia tenga efectos civiles.

Es lógico, ciñéndonos al aspecto sustantivo de la separación, que esa valoración parta de comparar los motivos que pueden ser alegados por los cónyuges, cuando no haya mutuo acuerdo para lograr aquélla; basta analizar paralelamente las causas de separación recogidas por el Código Canónico y las enumeradas por el Art. 82 del Código Civil vigente. Lógicamente el "Codex" no es aplicable ya ante la Jurisdicción civil.

Dado el cambio radical de la postura del Estado ante el hecho religioso, al pasar de confesional católico a laico o aconfesional, es decir, al producirse un separacionismo entre las Iglesias y la Comunidad Política, con cooperación y libertad religiosa; régimen separacionista que, como constatan los Prof. C. CORRAL y J. GIMENEZ MTEZ.-CARVAJAL, es el aceptado por la mayoría de los Concordatos vigentes entre la Iglesia y los Estados (Cf. "Concordatos vigentes", Tomos I y II, Ed. Fundación Universitaria Española, Madrid, 1981).

Empecemos insistiendo que este Cuerpo legal del Estado no distingue, ni cualitativa ni cuantitativamente, entre separación perpetua, que por causa de adulterio sanciona el canon 1129 del Código canónico, en cuanto supone una actuación directa contra la condición de cónyuge del ofendido y contra el mismo matrimonio como institución, y separación temporal, por plazo definido o indefinido, establecida por el canon 1131 que enumera alguna de las causas —por ello remite a la analogía— que pueden hacer la vida en común de los esposos peligrosa o insoportable, al verse amenazado uno de ellos en su condición de persona y sólo indirectamente en su función de cónyuge.

El Art. 83 del Código civil establece solamente que la sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados —efecto jurídico idéntico para la separación perpetua y para la temporal en el Código canónico— y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la patria potestad; añadiendo —como lo recoge también el Derecho canónico— que

"la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio".

Por otra parte, comparando el Art. 82 del Código civil y los cánones 1129 y 1131 del Código canónico, más pormenorizadamente, se aprecia un mayor número de posibilidades de separación canónica que de separación civil, por la enumeración de las causas alegables por uno de los cónyuges frente al otro, ya que ha de suponerse eliminada, en principio, toda la gama de motivos de carácter "religioso", destacada en sede canónica.

No obstante, hay que recordar la dificultad de delimitar el alcance del adjetivo "religioso" y que precisa ser distinguido claramente, ante un proceso de separación matrimonial, del adjetivo "ético", con el que es confundido frecuentemente. Pero el Juez civil deberá, además, sufrir otra preocupación que es la de interpretar el Código civil en el marco de Leyes de mayor rango y especialmente en el que configuran los Artículos 14 y 16 de la Constitución vigente, íntimamente relacionados.

Con todo esto, entendemos que algunas de las causas de separación encaminadas a defender la "salus animarum" de los cónyuges y de la prole, enumeradas por el canon 1131 sin "numerus clausus", extrañas a la competencia civil —como son el que uno de los cónyuges dé su nombre a una secta acatólica o el que eduque acatólicamente los hijos o que sea motivo de grave peligro para el alma del otro cónyuge— podrían, en algunos casos de separación civil, encuadrarse en la causa 1.ª del Art. 82, cuando con gran amplitud acoge "cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales", entre los que el Art. 67 ha concretado el de "respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en defensa de la familia" los esposos.

Este deber, que configura un concepto, no definido por el Código, del matrimonio institución, pero que implica una base mínima de convivencia interpersonal de hombre y mujer, peligraría grandemente ante posturas radicales tomadas unilateralmente por uno solo de los cónyuges que supongan un cambio de creencia religiosa con fuerte proyección ética vital, de tal manera que se configure en esa relación interpersonal del matrimonio una verdadera presencia de una nueva personalidad que hace desaparecer realmente la del cónyuge elegido para compartir la vida entera.

No se trata de mera elucubración de la alteración de la posible convivencia por una amplia problemática fundamental, que pone trabas a una armonía mínima de los consortes en temas vitales como puede ser la adopción de una postura ante la paternidad responsable o ante la autorización para que se haga al otro cónyuge o a un hijo una transfusión de sangre necesaria clínicamente para salvar su vida. Hoy, la patria potestad conjunta, que el Art. 154 del Código civil

concede en beneficio de los hijos, para de consuno "educarles y procurarles una formación integral", agudiza la necesidad de no poner en peligro por causa alguna ese hacer común, que en casos de cambio radical en la ética de uno de los cónyuges, difícilmente podría suplirse, con la previsión pro armonía conyugal del Art. 156 que autoriza la comparecencia ante el Juez civil para dirimir desacuerdos, devenidos continuos, cuando no expresión clara de imposibles acuerdos.

No debe ocultarse, como contrapartida de estas incidencias negativas de la aplicación del Código civil a la separación de matrimonios canónicos, que éste configura como motivo de la misma "el cese efectivo de la convivencia conyugal", ínfimamente valorado en el ordenamiento canónico, en el que sólo penetraba en la praxis y por vía consensual y no es éste el supuesto que estamos estudiando, pues pasaríamos a contemplar una separación por mutuo acuerdo que "de iure condito" sólo recoge el Código civil en su Art. 81, pero no el Código canónico.

En este aspecto procesal, que vamos a contemplar a continuación, no nos parece que las garantías de los justiciables sean radicalmente modificadas al sustanciarse las causas de separación matrimonial en vía civil y no en vía canónica, tratándose de quienes contrajeron el vínculo "coram Ecclessia".

III. 'LA TRAMITACION DE LOS PROCESOS DE SEPARACION MATRIMONIAL, ANTE LOS TRIBUNALES CIVILES

Tanto el Real Decreto-Ley 22/1979, como la Ley 78/1980 eran disposiciones unilaterales del Estado, que al cubrir un silencio del llamado "Acuerdo jurídico de 1979" entre la Santa Sede y España, devenían en "normas procesales" de "Derecho eclesiástico", pues su normativa era aplicable también a las causas de separación de los matrimonios canónicos.

Ya acabamos de ver cómo la Ley 30/1981 es infinitamente más ambiciosa, al tener un contenido sustantivo que modificaba el Tít. IV del Libro I del Código civil y que "de facto", si es que no también "de jure", regula el matrimonio canónico, al menos, reservándose decidir su inscripción, lo que supone poder privarle de los plenos efectos civiles que le confiere el citado "Acuerdo", y los no plenos pensamos que sólo podrían referirse a materia de filiación, no propiamente matrimonial, como sería la legitimidad de los hijos, y tras la Ley 11/1981, de 13 de mayo que modificó el Código civil en materia de filiación, el tema carece de transcendencia, pues la legitimidad de los hijos estaría en todo caso asegurada.

El contenido procesal de la Ley 30/1981 regirá en tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, que para las separaciones por el procedimiento incidental es aplicable, salvo las modificaciones que la nueva Ley introduce en la

Disposición Adicional quinta; mientras para el procedimiento especial de la Disposición adicional sexta es solamente supletoria en sus Arts. 741 a 761.

Como es lógico, la disposición derogatoria deja sin vigor la Ley 78/1980 por la que se determinaba el procedimiento de las separaciones desde el 11 de enero de 1981. Sólo por un error simplemente material, que no hemos visto corregido en el BOE, la derogación dice ser de la Ley 76/1980.

El contenido procesal de la Ley está regulado fundamentalmente en sus primeras ocho Disposiciones Adicionales de una gran complejidad y que trataremos de sistematizar; sin que pueda olvidarse al comentarlas ese salto hacia la agilidad del procedimiento que llevó, desde el Real Decreto-Ley 22/1979, a pasar del juicio de mayor cuantía al procedimiento de los incidentes con retoques para la tramitación de toda causa de separación matrimonial, "cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio". Tal salto procesalmente es muy grande y por tanto su problemática, que vamos a desarrollar y que pertenece al Tema XXIV-5 del Programa oficial de la Asignatura.

A) Generalidades del proceso de separación

a) Dos son las *modalidades de proceso* contempladas por la Ley 30/1981: en primer lugar, la que pudiéramos decir que se considera como tipo, que se aplicará si no hay otra señalada por la Ley y que es la que sustancia la separación por los trámites de los incidentes (Tít. III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil) con notables modificaciones recogidas en la Disposición Adicional quinta; en segundo lugar "las peticiones de separación... presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, se tramitarán por el procedimiento establecido en la presente Disposición Adicional" (la sexta); este procedimiento es pues, especial, en cierto modo podria decirse que pertenecería a lo que los procesalistas llaman la jurisdicción "voluntaria" y ordinariamente exige acompañar a la demanda un convenio regulador de la separación, sin necesidad de alegar motivo, salvo cuando se reconduzca a este tipo de procedimiento las separaciones basadas en las causas 5.ª, 6.ª y 7.ª del Art. 82 del Código civil, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 87 del mismo.

El criterio de clasificación se basa en un hecho ciertamente importante para la separación y es el de que haya o no acuerdo para modificar la situación de vida común, muchas veces ya interrumpidas, presentando la demanda con o sin oposición entre los cónyuges. Pero quizá técnicamente el criterio no sea demasiado científico, produciéndose un cierto confusionismo en la tramitación adecuada a cada tipo de proceso, por desconexión con los motivos reales que reclaman o fundamentan la separación.

b) Por lo que se refiere al *fuero jurisdiccional,* ya hemos dicho que los Juzgados de Familia y en su defecto los de la 1.ª Instancia son los que sustanciarán todas las causas de separación, pues sólo sus sentencias tendrán efectos civiles, privándose de éstos a las decisiones canónicas que la conciencia de los cónyuges pudiera reclamar y que sólo tendría efecto en el fuero interno de los mismos.

En cuanto a la *competencia objetiva* es de aplicación para determinarla, en sede civil, el Art. 117 y 3.º de la Constitución y la disposición adicional 3.ª de la Ley 30/1981, así como a su disposición final, tras ese cuasisilencio del "Acuerdo de 1979" para los matrimonios canónicos, cuyos cónyuges acudan al Tribunal civil, que pasó a ser lo normal desde el 4 de diciembre de 1979, fecha de entrada en vigor de aquél.

Por lo que se refiere a la *competencia territorial,* las causas serán tramitadas, conforme dispone la Disposición Adicional tercera y la Disposición Final, por el Juzgado de Familia si lo hubiere o por el de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal y, de haber varios en la localidad, por aquél al que por reparto corresponda. "En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales será Juez competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado".

"Los que no tuviesen domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante".

Sobre el fuero competente, tanto objetivo como territorial, serán nulos los acuerdos de las partes que alteren lo dispuesto en la Adicional 3.ª.

c) En cuanto a legitimimación de las partes y habilidad procesal: a') están legitimados activamente para interponer la demanda de separación cualquiera de los cónyuges sin necesidad del consentimiento del otro, si el procedimiento que corresponde es el de los incidentes, en cuyo caso el demandado queda legitimado para recurrir (Art. 82, 1.ª, 2.ª y 4.ª); si ejercieran la acción ambos cónyuges de común acuerdo o el uno con el consentimiento del otro lo harán en el procedimiento especial de la Adicional 6.ª (Arts. 81 y 82, 3.ª, 5.ª y 6.ª y 7.ª). b') La Disposición Adicional octava dispone que "en todos los procesos a que se refieren las normas anteriores será parte el Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes"; las diligencias, audiencias y demás actuaciones judiciales no tendrán carácter público y tampoco cuando sean parte uno o ambos cónyuges.

B) Estudio concreto de cada procedimiento

Como hemos señalado, son dos los tipos de procedimiento que en función de quién o quiénes instan la acción y cómo la ejercitan prevé el Art. 81: uno de

ellos para la separación consensual que regula la disposición Adicional sexta, que es un procedimiento especial —aunque el incidental pueda devenir como supletorio— procedimiento que la Ley configura "ex novo" (Art. 81,1, y 82, 3.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª); el segundo tipo previsto es el de los incidentes, aplicable a la separación causal, que la Adicional quinta contempla en cuanto a modificaciones del mismo sobre el tipo configurado por la Ley de Enjuiciamiento Civil y que es aplicable cuando es uno sólo de los cónyuges, sin acuerdo con el otro, el demandante (Art. 81,2, y 82, 1.ª, 2.ª y 4.ª).

a) El **procedimiento especial** de la Adicional sexta es una variante, con múltiples diferencias, del procedimiento de los incidentes, que desde el Real Decreto-Ley 22/1979 se eligió por el legislador estatal —abandonando el juicio de mayor cuantía— de todo tipo de separaciones, tanto de matrimonios civiles con o sin rito religioso, como de los matrimonios celebrados en forma canónica. Ello lo prueba el número catorce de la citada Adicional al decir que "la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicará con carácter supletorio en sus artículos 741 a 761 al procedimiento especial regulado en esta disposición adicional"; los citados artículos establecen el procedimiento tópico de los incidentes.

Hay que señalar que, como se desprende de este número 14 de la Adicional sexta y consta en las discusiones parlamentarias recogidas en el Diario de Sesiones del Congreso, la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "entre otras razones", hace innecesarios los números 10 a 14 (cinco últimos) de la citada Disposición Adicional, cuya supresión está pendiente de aparecer en el BOE, quizá junto a la corrección del error del n.º de la Ley de procedimiento de separación anterior, que era el 78 y no el 76 como ya hemos señalado anteriormente.

a') La *solicitud de separación* solicitada por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro requiere la asistencia de letrado y la representación de procurador, pero podrán ser los mismos para ambos cónyuges, según el número 9 de la citada Adicional sexta, que añade, corroborando lo dicho más arriba, que "será de aplicación supletoria el procedimiento establecido para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

El procurador presentará la demanda en el Juzgado de Familia o de Primera Instancia competente, siempre que haya transcurrido un año de la celebración del matrimonio y acompañará el convenio regulador de la separación, cuyo contenido mínimo ya conocemos y que el Juez puede aceptar o rechazar, exigiendo modificaciones.

"La petición se formulará por escrito y a la misma deberá acompañarse: certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, del nacimiento de los hijos en el Registro Civil, ...y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho".

A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior deberá aportarse, en el supuesto del Art. 81, 1 del Código civil, el acta o inscripción del matrimonio que acredite que éste se ha celebrado al menos un año antes de la presentación del escrito de petición de separación.

En los demás supuestos en que sobreviniere acuerdo en la presentación del escrito de petición, el cónyuge o cónyuges deberán acompañar al citado escrito los documentos que lo acrediten, así como el cumplimiento de los demás requisitos que deban concurrir.

Cuando los cónyuges no aportaren los citados documentos, se admitirá cualquier medio de prueba reconocido en Derecho, que deberá practicarse en el plazo improrrogable de diez días.

"En el plazo de tres días a contar desde la presentación de la petición, el Juez requerirá a las partes para que dentro de igual plazo se ratifiquen por separado en su petición de separación".

"La admisión o inadmisión a trámite de la solicitud revestirá la forma de auto. Sólo procederá la inadmisión si no se presentaren los documentos antes citados como de acompañamiento de la petición escrita o si los cónyuges no se hubiesen ratificado en la petición. En el primer caso se concederá un plazo de diez días para subsanar los defectos y completar, en su caso, el convenio regulador. El auto de inadmisión podrá ser recurrido en apelación dentro del plazo de cinco días ante la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial."

"Si hubiese hijos menores o incapacitados, el Juez dará audiencia por cinco días al Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativo a los hijos, y, en su caso, dará audiencia a los mismos. Emitido informe por el Ministerio Fiscal o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez si considerase que el convenio no ampara suficientemente el interés de los hijos, acordará que las partes, en el plazo improrrogable de cinco días, le sometan un nuevo texto y propongan los medios de prueba de que intenten valerse para su aprobación. Practicada la prueba propuesta, el Juez, en un plazo no superior al de diez días, podrá acordar para mejor proveer la práctica de cualquier otra que considere necesaria."

b') El *convenio regulador* de la separación consensual se convierte en institución clave para la buena marcha de este tipo de proceso, pero el Art. 90 del Código civil señala, como ya hemos dicho, que "los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de... la separación serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial podrán hacerse efectivos por la vía de apremio".

"Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas

por los cónyuges podrán modificarlas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias".

Por todo ello, el número siete de la Adicional sexta y en concreto, para las peticiones de separación presentadas de común acuerdo, dice que "el Juez dictará sentencia en el plazo de cinco días. Si la sentencia declarase la separación, pero no aprobase en algún punto el convenio regulador, concederá a los cónyuges un plazo de diez días para proponer nuevo convenio en lo relativo a este punto; y presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente."

"La sentencia y, en su caso, el auto ratificador del convenio podrán ser recurridos en apelación ante la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial dentro del plazo de cinco días."

A su vez, el número ocho señala que "las ulteriores solicitudes de modificación del convenio o de las medidas judiciales, por variación en las circunstancias tenidas en consideración, se tramitarán por el mismo procedimiento seguido para su adopción."

El número once prevé que "el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del Juez la aprobación de un nuevo convenio, tramitándose con arreglo a lo establecido en los números anteriores, en el supuesto que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta con anterioridad".

c') Por último, el número trece y el catorce fijan *el derecho supletorio procesal* para lo no regulado en la Disposición Adicional sexta, señalando una jerarquía de normas aplicables.

"En todo lo no expresamente regulado en esta disposición adicional se aplicarán, en cuanto no se oponga a ello, las restantes disposiciones adicionales". Así pues, como es habitual, tienen la primacía las normas especiales.

En segundo lugar, "la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicará con carácter supletorio en sus artículos 741 a 761 al procedimiento especial", regulado en esta disposición adicional sexta.

b) El **procedimiento incidental** de la Adicional quinta supone unas modificaciones menos sustanciales en el procedimiento tópico de los incidentes regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es el procedimiento que corresponde aplicar cuando la separación se pide por uno de los cónyuges frente a actos cometidos por el otro, tipificados por el Código civil como motivo para el ejercicio de la acción, caso de probarse la culpabilidad. Se trata fundamentalmente de las causas recogidas por el Art. 82, 1.ª, 2.ª y 4.ª.

a') La *demanda* se presentara ante el Juzgado de Familia o en su defecto

de primera instancia competente, por el cónyuge no incurso en causa legal de separación, y la legislación procesal aplicable será en primer lugar la contenida en la Adicional quinta de la Ley 30/1981 y en todo lo por ella no modificado lo dispuesto en el Libro II Tít. III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regulando el procedimiento incidental (Arts. 746 a 761).

Obviamente dada la elementalidad de este procedimiento de los incidentes son bastantes las modificaciones que la Ley ha tenido que introducir en él a la hora de ser sustanciadas por él las causas de separación matrimonial. El procedimiento de los incidentes está pensado por la Ley de Enjuiciamiento Civil para solventar en pieza separada, algo que afecta con suficiente entidad a una causa principal a la que trata de complementar. Esta función complementaria no se da en las causas matrimoniales, ya que en ellas es a la propia demanda principal a la que se aplica tal procedimiento.

b') Esas necesarias *modificaciones* para dar mayor entidad al procedimiento causal de separación las recoge, así, la Adicional quinta:

1. No será necesario intentar previamente la conciliación de los cónyuges.

2. Cuando se solicite beneficio de justicia gratuita, por el actor o por el demandado se sustanciará el incidente en pieza separada sin detener ni suspender el curso del pleito principal, cuyas actuaciones se practicarán provisionalmente sin exacción de derechos.

3. El plazo para comparecer y contestar a la demanda y proponer, en su caso, la reconvención será de veinte días.

4. Si se hubiere formulado reconvención, el actor contestará dentro del plazo de diez días.

5. No se admitirá reconvención que no estuviera fundada en alguna de las causas que puedan dar lugar a la separación por causa prevista en los apartados dos y tres del artículo 73 del Código civil.

6. El periodo de proposición y práctica de la pueba será de treinta días, comunes a las partes.

7. Cuando alguno de los litigantes proponga prueba, en los dos últimos días del período, tendrán derecho las demás partes a proponer, a su vez, prueba sobre los mismos extremos dentro de los dos días siguientes a la notificación de la providencia en que aquélla sea admitida. En este caso, la práctica de la prueba propuesta tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes.

8. No regirán en estos procesos las inhabilitaciones previstas en el Art. 1247 del Código civil para ser testigos en el pleito, ya que la mejor prueba testifical puede ser la de las personas con mayor acceso a la intimidad de la vida conyugal.

9. El Juez a quien se le ofrezcan dudas sobre la concurrencia de las cir-

cunstancias en cada caso exigidas por el Código civil para decretar la separación podrá acordar, para mejor proveer, cualquier prueba, incluida la testifical.

10. El recurso de casación ante la sala primera del Tribunal Supremo solo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la Ley.

11. En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos que hemos visto señalaba la disposición Adicional sexta, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites en la misma establecidos.

c') Por tratarse de un pleito de auténtica jurisdicción contenciosa —sin que para nada recuerde la jurisdicción voluntaria como el procedimiento especial, ya que la demanda de separación (no la petición simplemente) no se presenta de común acuerdo entre los cónyuges, sino por uno solo de ellos—, no podrán valerse obviamente el demandante y el demandado del mismo procurador y del mismo abogado para su representación y asistencia jurídicas; siendo, por supuesto, preceptiva la intervención de ambos profesionales para la tramitación del proceso incidental, básicamente, aunque ya hemos visto sus modificaciones.

IV. LAS MEDIDAS "PROVISIONALISIMAS" Y "PROVISIONALES" EN LAS CAUSAS DE SEPARACION

Estas medidas, llamadas así en el lenguaje de la Curia, encaminadas las primeras a que produjeran efectos civiles de interrupción de la vida común de los esposos en tanto se introducía la causa (Arts. 104 del Código civil), y confirmadas o sustituidas por las segundas (Arts. 102 y 103 del Código civil) una vez admitida la demanda, pudiendo ponerse de acuerdo en éstas los propios cónyuges, siguen acordándose por los Jueces de primera instancia si no hay Juez de Familia conforme a los Arts. 1881 a 1885 y 1887 a 1890 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Como interpretó la Sala segunda del Tribunal Constitucional en recurso de amparo núm. 65/80, sentenciado con fecha 26 de enero de 1981, vigente la Constitución, desde 29 de diciembre de 1978, quedó sin efecto la interpretación de los anteriores Arts. 82 y 73 del Código Civil respecto a la sujeción del Juez civil a la decisión del Tribunal eclesiástico, y sólo a aquél corresponde señalar con jurisdicción propia los efectos civiles. Hoy, vigente el Código civil en su modificación de la Ley 30/1981, que interpreta unilateralmente el llamado "Acuerdo jurídico" de 1979 entre la Santa Sede y el Gobierno español respecto al matrimonio canónico —al menos si no lo repara la "Comisión Mixta para la interpretación de los Acuerdos"— parece evidente, "mutatis mutandis", que no cabe a los cónyuges creyentes que hubieran contraído matrimonio canónico y quisieran por razones de conciencia y sin efectos civiles acudir en demanda de separación ante el Tribunal de su Ordinario, en proceso canónico, judicial o

administrativo, solicitar para ello del Juez civil que dicte esas medidas "provisionalísimas" y "provisionales", que con el Concordato de 1953 venía obligado a dictar en función de "auxilio" a la jurisdicción canónica.

Así pues, al hablar de tales medidas, recogidas por el nuevo Cap. X del Tít. III del Libro I del Código civil (Arts. 102 a 106) sólo nos referimos a las causas de separación de matrimonios, canónicos o no, a sustanciar ante los Tribunales del Estado.

a) Las *medidas "provisionalísimas"*, en el lenguaje del Foro, o "medidas previas" a la presentación de la demanda de separación encaminadas a preparar la misma son, conforme señala el Art. 104, las mismas que las "provisionales" en sus dos tipos "efectos ope legis" (Art. 102) y "medidas" propiamente tales por acuerdo de los cónyuges o decisión judicial (Art. 103).

"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".

Para pedir las "medidas provisionalísimas" el procedimiento a seguir será el recogido por los Arts. 1884 y 1885 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sigue dentro del procedimiento de los incidentes, especificándose que para su petición no es necesario la asistencia de Abogado ni la representación por Procurador; así lo dispone la Adicional cuarta de la Ley 30/1981.

b) Una novedad interesante de esta Ley frente a la anterior regulación son los *efectos civiles "ope legis"* que señala, en cierto modo como una medida "provisionalísima" o "provisional" más, el Art. 102, que dice así: "Admitida la demanda de... separación se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes: 1.º) Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal. 2.º) 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".

Conforme al Art. 104, como complemento de las "medidas provisionalísimas", el cónyuge que se proponga demandar la separación de su matrimonio "puede solicitar estos efectos y medidas", recogidos por los Arts. 102 y 103, que sólo subsistirán si se presenta la demanda en el plazo de treinta días, desde que fueron inicialmente adoptados.

Según el Art. 105 "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". Esto mitiga la tendencia a no estar por el "favor matrimonii" que se aprecia en la Ley 30/1981.

c) En cuanto a las *"medidas provisionales"* del Art. 103 hay que distinguir si hay acuerdo sobre ellas de los cónyuges o han de ser recibidas por el Juez subsidiariamente.

En el primer caso, esas medidas estarán previstas por los cónyuges como parte del "convenio regulador" de la separación que con la petición de separación presentarán al Juez para su aprobación o rectificación. Pueden no ser, pues, las mismas que se recogen en el citado Artículo, si la separación se lleva por el procedimiento especial de la Adicional 6.ª.

Cuando es el Juez quien debe decidirlas, serán las siguientes:

1.ª) Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los dos cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad 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 ellos, 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.

2.ª) 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.

Como comentario, simplemente diremos que al redactar esta medida no parece haberse tenido en cuenta que con ella cabe una modificación muy notable de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que variar el usuario de la vivienda puede suponer cambiar la titularidad del arrendamiento.

3.ª) 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 garantía, 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.

4.ª) 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 deben 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.

5.ª) 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".

El Art. 106 aclara que "los efectos y medidas previstos en este capítulo ter-

minan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo. La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva".

En orden a la solicitud ante el Juez de las "medidas provisionales", siguiendo la práctica del Foro puede hacerse mediante "otrosí", en la propia demanda de separación; pero es obvio que nada se opone a que se solicite en petición aparte hecha por la parte que interponga la demanda.

La Disposición adicional cuarta señala que "las resoluciones a que hace referencia el Art. 103 del Código civil se dictarán por los trámites de los Arts. 1896 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil".