

Alcance y valoración de las causas de separación matrimonial del artículo 82.5 y 6 del Código Civil

INTRODUCCION AL TEMA

Los apartados 5 y 6 del artículo 82 del Código Civil establecen, como causales de separación, *«el cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido»* (apartado a), y el apartado b) del mencionado precepto, *«el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años»*.

La terminología utilizada por el Código Civil no es correcta, ya que el término «cese» no es, efectivamente, el apropiado, sino que debería decir «cesación» de la convivencia conyugal, que es mucho más expresivo y, sobre todo, más adecuado para dar una idea de lo que el legislador pretende a la hora de configurar estas causales.

La cesación efectiva de la convivencia conyugal implica la ruptura de la comunidad de vida y afecto de los cónyuges, proyectándose en dos dimensiones: De un lado, la ruptura de la cohabitación física de los esposos y, por otro, la ruptura del amor conyugal de la unión espiritual de los cónyuges.

Estas causales van a ser objeto de estudio y análisis seguidamente.

LA SEPARACION CONYUGAL POR CESACION EFECTIVA DE LA CONVIVENCIA DURANTE SEIS MESES LIBREMENTE CONSENTIDO: ANALISIS Y VALORACION

La separación, para ser invocada por esta vía, ha de ser efectiva, real, seria, externa y continuada, destruyendo la convivencia. En otras palabras, la separación ha de ser material, implicando una ruptura de la cohabitación, de

un lado, y su componente espiritual o psicológico. Esta cesación de la convivencia no parece que se avenga, como dispone el artículo 87 de nuestro Código Civil, con el mantenimiento o reanudación de la vida, aunque sea temporalmente, en el mismo domicilio, cuando ello obedezca, en uno o en ambos cónyuges, a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio de prueba admitido en Derecho en el proceso de separación —o divorcio— correspondiente.

Si ambos cónyuges deciden suspender la convivencia conyugal es necesario, para constituir causa de separación, el citado plazo de los seis meses. Esta separación consensual tiene indudables ventajas. Una de ellas es la ocultación de las causas de separación que, al no salir a la luz pública, evita enconados procesos, siendo también ventajosa la simplificación del procedimiento al no tener que probarse la concurrencia de causas tipificadas de separación (1).

El consentimiento de los cónyuges a la cesación efectiva de su convivencia puede ser expreso o tácito e incluso se admite que sea presunto. Así, el artículo 82.5 del Código Civil expresa que *«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»*.

Para GARCÍA CANTERO (2), esta separación de hecho no requiere ni tan siquiera el corpus, o sea, el alejamiento físico de los cónyuges, bastando la intención o propósito conjunto de ambos esposos de romper la convivencia. En todo caso, tampoco se exige la concertación de voluntades por la presunción legal que convierte al silencio en declaración afirmativa de voluntad.

Antes de la Reforma del Derecho de Familia, por Ley 30/1981, de 7 de julio, la propia jurisprudencia se mostraba un tanto confusa y perpleja ante la inconcreción del concepto de cese efectivo de la convivencia conyugal, porque no había un punto límite entre el cese o cesación, que es como debiera decirse, y la continuación de la convivencia. Así, la sentencia de 13 de enero de 1982, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, afirmó que *«el cese efectivo de la convivencia conyugal es un término tan impreciso que ni legisladores ni magistrados encuentran respuesta, pues no hay punto límite entre el cese y la continuación de la convivencia»*.

(1) REINA, VÍCTOR, *Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

(2) GARCÍA CANTERO, GABRIEL, *El divorcio*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1977.

Desde mi punto de vista estimo que, siendo la cesación consentida por ambos cónyuges, como efectivamente ha de serlo en la causal objeto de estudio y análisis, no habrá problemas a la hora de plantear ni siquiera cuando dicha cesación se produjo o tuvo lugar. Lo normal será que uno de los cónyuges se traslade a vivir a otro sitio, a otro domicilio, con el consentimiento o asentimiento del otro esposo y sin que en esta decisión influyan personas extrañas a la relación matrimonial. Esto quiere decir que la decisión de ambos cónyuges ha de ser libre, espontánea, tomada sin coacciones o interferencias de terceros como, por ejemplo, los padres de uno de ellos. El consentimiento de ambos cónyuges en orden a la cesación de la convivencia conyugal que el propio Código Civil les impone, ex artículos 68 y 69, es el determinante a la hora de valorar y apreciar con el debido rigor y exactitud esta causal. En este sentido, hay que recordar que el artículo 68 del Código establece la obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos y que esta obligación, por lo general, se cumple en el seno del domicilio de ambos esposos.

Por su parte, el citado artículo 69 del corpus civil preceptúa que se presume que los cónyuges viven juntos, salvo prueba en contrario. Es, por tanto, una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, como puede serlo, por ejemplo, una certificación en la que conste debidamente el nuevo domicilio de uno de los esposos, así como cualquier otro documento que acredite que la convivencia conyugal ha cesado.

Tengamos en cuenta que estamos ante una causal de separación que no es contenciosa o, al menos, que no debiera serlo, por lo que el acuerdo entre ambos cónyuges es requisito ineludible para proceder a través de esta vía.

El tiempo exigido por el legislador, seis meses, parece ser lo suficientemente amplio como para poder prever que la pareja matrimonial no tiene intención de reanudar la convivencia, si bien en el marco de las intenciones de los cónyuges hay que contar con el hecho, ineludible, de que las previsiones, a veces, no se cumplen y puede suceder —y de hecho sucede— que, en un momento determinado, la pareja vuelva a unirse, a reanudar su convivencia abandonada, con lo que, a pesar del tiempo transcurrido, esta causal carecería, en esos supuestos, de aplicación, como lógicamente hay que deducir de la normativa del Código Civil.

La jurisprudencia anterior a la reforma, como ya ha quedado expuesto anteriormente, se mostraba, efectivamente, perpleja ante la referencia al tiempo exigido por el legislador civil en esta materia tan espinosa y delicada como lo era hace muchos años. Se llegó a mostrar, incluso, desacuerdo ante la alusión a la cesación de la convivencia, expresando que el Código Civil de Portugal no hacía alusión alguna a esta materia en su artículo 1.775. Incluso se afirmaba que el Código portugués no exigía ninguna condición especial, ya que el artículo 1.776, número 3, solamente preveía que el deber de cohabitación queda en suspenso o suspendido.

Tampoco la Ley italiana aludía a este requisito, ex artículo 3 de la Ley de 1 de diciembre de 1970.

Sin embargo, el legislador español se consideró, en cierta manera, obligado a dar un plazo, un lapso de tiempo, concretando en que éste había de ser de seis meses.

Con frecuencia se da el caso, planteado por VÍCTOR REINA (3), de que los cónyuges estén de acuerdo en la cesación efectiva de la convivencia conyugal, siendo su deseo, efectivamente, el dejar de vivir juntos con vistas a una próxima separación, pero, aunque estén de acuerdo en separarse, discrepen en relación con el tema de los hijos, o en los aspectos económicos o en cualquier otro ámbito de la vida en común hasta ese momento mantenida. Para estas discrepancias, si no hay manera de superarlas, debería estar el juez, pero existiendo la posibilidad de someter al arbitrio judicial esos puntos controvertidos, sin necesidad de tener que pelearse también sobre las causas o motivos de la separación, ya que ambos cónyuges, en este supuesto, han dado por buena y por inevitable ésta. Según VÍCTOR REINA, aunque parezca increíble, no está prevista legalmente esta posibilidad, de modo que, si en algún punto concreto no hay acuerdo, para hacer entrar al juez hay que plantear esos temas en el seno de una separación por culpa, o sea, acusándose mutuamente de haber incurrido en «culpas conyugales», con todo lo que ello implica y supone de empozoñamiento y envenenamiento de las situaciones familiares.

En este último supuesto, siempre a juicio de este autor, se puede recurrir a plantear la separación por «causa legal», es decir, por la cesación efectiva de la convivencia conyugal durante el lapso de tiempo marcado por la normativa civil, mereciendo la crítica de algún sector doctrinal.

Una sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 21 de septiembre de 1983, declaró que, para esta causal de separación examinada, la única exigencia, como elemento absolutamente decisivo, era el cese —vuelvo a insistir que el término no es apropiado— efectivo de la convivencia conyugal durante un período de tiempo más o menos largo, según los casos, de tal modo que esa situación de hecho signifique y revele que la voluntad de uno o de ambos cónyuges no es el resultado de una decisión brusca y momentánea, sino la expresión consciente y deliberada y, por lo tanto, firme, de la imposibilidad de una convivencia matrimonial, cualquiera que sea la culpa que la produce y, ante esta constatación, la Ley permite resolver aquello que, a lo largo de un tiempo prudencial, se ha mostrado inviable.

Al legislador civil le debe importar, ante todo, el hecho en sí mismo, es decir, cuando una pareja matrimonial decide poner punto final a su convivencia, debe haber razones, quizá más poderosas, quizá más que suficientes para ello

(3) REINA, VÍCTOR, obra citada en nota 1.

y, por tanto, es esencial facilitar las cosas, al objeto de que esa pareja pueda separarse. Desde mi punto de vista, lo esencial en una legislación que pretenda ser progresista en el marco del Derecho Matrimonial es buscar soluciones o remedios para aquellos matrimonios que, ineludiblemente, están rotos, y esas soluciones o remedios pasan, sin duda, por facilitar, en la medida de lo posible, la separación de esos cónyuges y nunca para entorpecerla.

Según LACRUZ BERDEJO (4), lo esencial en esta causal es la cesación del amor conyugal, de lo que se denomina la *affectio maritalis*, expresando que el inconstentimiento del otro cónyuge puede también ser expreso, probable por cualquier medio legal, y presunto, consistente en interponer la demanda de separación o en solicitar las medidas previas, ex artículo 104 del Código Civil, en relación con el artículo 103.

Si el otro cónyuge no consintiese ni tampoco inconsintiese expresamente, el cómputo de los seis meses no se iniciará desde la cesación efectiva de la convivencia conyugal, sino del requerimiento fehaciente.

Según exponen algunos autores en relación con esta causal de separación matrimonial (5), en relación a la falta de convivencia por seis meses que configura esta causa quinta del artículo 82 del Código Civil, vale la pena resaltar, aparte de las indicaciones sobre los designios de política legislativa que parecen inspirarla, que su contenido, aún sin tasar estrictamente la prueba del libre consentimiento en el cese efectivo de la convivencia, configura una prueba privilegiada al dar a las previsiones del supuesto hipotético del precepto el valor de presunciones, siquiera con el carácter habitual de *iuris tantum*, ex artículo 1.251 del Código Civil, sobre el ser libremente consentida la falta de convivencia semestral que conforma la causal de separación.

Destacan estos autores, además, que desde el punto de vista de la virtualidad funcional del precepto, aunque las presunciones aludidas se refieren a ser libremente consentido el cese de la convivencia, si, por otra parte, se puede probar el hecho del cese por seis meses de ésta, la demanda de separación, con alegación de cualquier causa, y la solicitud de las medidas provisionales del artículo 103 del Código Civil presentadas dentro del plazo referido por uno de los cónyuges, legitiman al otro para pedir también la separación en vía reconvencional, con alegación de esta causal quinta del artículo 82 del Código Civil.

Una sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla, de 28 de julio de 1987, declaró que «la causa quinta del artículo 82 del Código Civil, única

(4) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, Derecho de Familia conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, Librería Bosch, Barcelona, 1982.

(5) PONS GONZÁLEZ, MANUEL, y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ÁNGEL, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: Régimen jurídico (teoría, praxis judicial y formularios)*, Editorial Comares, Granada, 1985.

invocada en la demanda, para que sea estimable exige la concurrencia de dos requisitos, el cese efectivo de la convivencia a esta situación a través del requerimiento de un cónyuge debe hacer al otro para que preste el consentimiento; requerimiento necesariamente fehaciente en el sentido de que haga fe por sí mismo, tal como el acta notarial, sin posibilidad de sustitución por otras pruebas practicadas en el juicio; ocurriendo en el presente que la carta enviada por conducto notarial por la esposa actor a al marido demandado fue devuelta por ausencia del destinatario, y la declaración de un testigo, empleado de la Notaría, de haber solicitado y serle entregada copias simples del acta notarial al esposo, resulta, a tenor de los principios enunciados, acordes con el criterio jurisprudencial, insuficiente para reconocer cumplido el segundo de dichos requisitos, procediendo, en su consecuencia, desestimar la demanda, con revocación de la sentencia recurrida, salvo en el particular relativo a las costas adecuado a las circunstancias del caso».

Pueden, efectivamente, surgir problemas a la hora de apreciar que la cesación de la convivencia conyugal ha sido libremente consentida. En este sentido, es interesante citar alguna sentencia como, por ejemplo, la dictada por la Audiencia Territorial de Zaragoza, el 4 de marzo de 1987, «...si bien es cierto que los esposos llevan efectivamente separados desde finales del mes de octubre de 1984, no es menos cierto que este cese no ha sido libremente consentido, en primer término, porque ningún cónyuge requirió fehacientemente al otro para que prestase su consentimiento; en segundo lugar, porque el marido denunció a la mujer por abandono de familia el 24 de octubre de 1986 y, en tercer lugar, porque la esposa promovió las medidas previas a la separación ante el Juzgado de Primera Instancia de L..., el 15 de noviembre de 1984; por todo lo cual procede la desestimación del recurso».

En determinadas situaciones, no es necesario llegar al juego de presunciones que la propia normativa civil acoge para esta causal de separación matrimonial. Así lo reconoció, sin duda, la sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, de 10 de noviembre de 1987, «la sentencia de instancia en el proceso de separación..., es consentida por ambos litigantes en cuanto a la concurrencia de la causa de separación que acoge, definida por el cese efectivo de la convivencia conyugal, durante seis meses, libremente consentido, a que hace relación el artículo 82.5 del Código Civil. Siendo así que asumido está aquel cese de convivencia y la libertad de su consentimiento por ambos cónyuges, cuando el convenio regulador que se propone disciplinar la separación, con fecha de 7 de agosto de 1985, contiene el acuerdo desde tal momento del cese de la convivencia matrimonial, lo que averado por ambos con su firma auténtica en confesión, determina que no sea necesario llegar al juego de presunción que el propio artículo 82.5 añade, al significar el entendimiento de consentir libremente prestado por requerimientos fehacientes al respecto de uno a otro cónyuge, pues si ambos lo acuerdan, tal con-

cierto ostenta más que suficiente eficacia para afirmar que la convivencia rota se reconoce, y termina de hecho, con trascendencia para integrar la causa disociatoria que soporta la demanda, una vez cubierto el lapso de tiempo que la condiciona».

Según MARÍA DEL ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ (6), en un plano teórico, la separación de hecho es aquélla que culmina en la celebración de convenios que regulen sus efectos y, en principio, tiene la misma justificación que el mantenimiento de la separación judicial, en el sentido de ser una fórmula válida de solucionar la crisis conyugal que, sin llegar a la disolución del vínculo, permite a los cónyuges vivir separados con un régimen jurídico adecuado a su nueva situación. El carácter traumático que, con anterioridad a la Reforma del Derecho de Familia revestía la separación judicial, ha desaparecido con esta nueva regulación, suponiendo esta conquista la remoción, quizá, del motivo más importante que justificaba la propia separación de hecho. Pero, asimismo, se ha introducido como causa de separación judicial el simple acuerdo de los esposos.

La separación de hecho se convierte así en una realidad social, extrajurídica incluso, aunque esté definida por el Ordenamiento Jurídico por una sola nota y ésta sea negativa: La no convivencia de los cónyuges.

En definitiva, desde mi punto de vista, lo que verdaderamente importa en esta causal de separación matrimonial es la ruptura de la convivencia marital, rompiéndose, de esta manera, la obligación que los cónyuges, por imperativo del Código Civil, tienen de vivir juntos.

El artículo 105 del Código Civil, con anterioridad a la Reforma del Derecho de Familia por Ley de 7 de julio del 81, no contenía esta causa de separación, ni tampoco la recogía el artículo 85 de la Ley de Matrimonio Civil. Del mismo modo, no aparecía configurada como tal causa en la Ley de Divorcio de 1932.

Según CARLOS MARÍA ENTRENA KLETT (7), sobre la base de la cesación efectiva de la convivencia conyugal, el Código Civil prevé dos posibilidades: a) Que dure seis meses, al menos, y sea libremente consentida, y b) La cesación efectiva de la convivencia durante tres años, causal esta a la que aludo más tarde.

En el primer caso, es decir, en la causal que estoy contemplando, se entiende que es libremente consentida la ruptura convivencial cuando hay un acuerdo privado, verbal o escrito, en el que así lo convengan los esposos. Será ésta la situación más corriente, aunque el Código Civil no la explicita.

(6) VALPUESTA FERNÁNDEZ, MARÍA DEL ROSARIO, *LOS pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Universidad de Sevilla, 1982.

(7) ENTRENA KLETT, CARLOS MARÍA, *Matrimonio, separación y divorcio en la legislación actual y en la historia*, Editorial Aranzadi, 1982.

Igualmente, es posible, en esta causal, que uno de los esposos requiera fehacientemente al otro para manifestar su consentimiento a la cesación de la convivencia. En este supuesto, el requerimiento, además de hacerse fehacientemente —por conducto notarial, por medio de carta certificada con acuse de recibo y firmada, al menos, por dos testigos hábiles legalmente—, debe prevenir al otro cónyuge en forma expresa de las consecuencias del consentimiento prestado o de la negativa al consentimiento, consecuencias que son claras: La probable demanda de separación judicial. Si el requerido no contesta al requerimiento oponiéndose al mismo por cualquier medio admitido en Derecho o solicita ante los Tribunales, adelantándose, la separación matrimonial o la adopción de las medidas provisionalísimas o previas, se entenderá aquiescente con la solicitud del contrario.

Esta presunción legal fue introducida por la Comisión de Justicia del Parlamento y, pese a su equívoca redacción, obtuvo el refrendo. Pero, como cualquier otra presunción, puede ser destruida por la prueba en contrario, si bien será una difícil probanza.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 25 de febrero de 1993, confirmó, efectivamente, que *«en cuanto al primer motivo del recurso, relativo a la causa de separación invocada, en virtud de lo que dispone el número 5 del artículo 82 del Código Civil, es de destacar que el cese efectivo de la convivencia conyugal viene acreditado, suficientemente, por el acta notarial, aportada con la demanda, al que se une un tácito consentimiento de la demandada, al contestar la demanda, sin que quepa su denegación, como lo hace el juzgador de instancia, por no haberse cumplido en el requerimiento el requisito de apercibimiento expreso de las consecuencias de la prestación del consentimiento, criterio a todas luces rigorista, porque la propia interpretación literal de la norma (art. 3.1.º del Código Civil) debe llevar a la conclusión de que su aplicación procede en todos aquellos casos —cual aquí ocurre— en los que, por cualquier medio, se acredite aquel elemento básico del cese de la convivencia, mediante el consentimiento de ambos cónyuges, y que la segunda parte del precepto comentado se limita a establecer un medio de prueba de tal libre consentimiento, por vía presuntiva, cuando requerido el cónyuge en la forma legalmente prevista, no reacciona del modo contrario que la ley regula, sin excluir, además, que la prueba de separación, cual acontece en este supuesto, libremente acordada, conste por otros medios, como lo es el tácito reconocimiento de la demandada, y siendo esto así, procede estimar la causa de separación invocada».*

Cuando falta la acreditación de que la separación de hecho haya sido libremente consentida por ambos cónyuges, es decir, que se haya producido de mutuo acuerdo, los Tribunales tienden a desestimar la demanda de separación por este motivo 5.º del artículo 82 del Código Civil. En este sentido, es interesante traer a colación en este momento una sentencia dictada por la

Audiencia Provincial de Málaga el 25 de febrero de 1999, «*contra la sentencia de instancia que desestima la demanda de separación matrimonial interpuesta en base a cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido (apartado 5.º del art. 82 del Código Civil), se alza la actora solicitando en la vista del recurso que se admita y declare la separación, habida cuenta que en confesión judicial el demandado reconoció la separación fáctica y la consiguiente adopción tácita entre los esposos de una serie de medidas reguladoras de tal situación, de lo que se infiere el consentimiento en el cese de la convivencia, tal y como queda corroborado por la actitud procesal del marido, rebelde en ambas instancias, que no comparece en el pleito y la acreditada falta de affectio maritalis, que erige también como fundamento de su pretensión.*

El representante del Ministerio Público, haciéndose eco de las razones contenidas en la sentencia combatida, interesó su confirmación por ser ajustada a derecho, toda vez que, habiendo abandonado la esposa el domicilio conyugal, y aunque el marido acepte tal hecho, no queda claro que lo consintiera libremente, siendo así que no existe la causa legal invocada para acordar judicialmente la separación conyugal.

El Fundamento de Derecho Segundo de esta interesante sentencia destaca que es difícil llegar a estimar una causa de separación fundamentándola, precisamente, en que el cese de la convivencia —cesación, como es más correcto decir— sea libremente consentido, o, en otras palabras, que la separación de hecho se haya producido de mutuo acuerdo, circunstancia esta que no fue acreditada, ni se infirió de la confesión del demandado, careciendo de virtualidad suficiente su actitud a efectos de presumir que diera su conformidad a que la actora saliera del domicilio conyugal. El demandado reconoció, no obstante, que era cierto que vivían separados desde junio de 1996, pero que de ello no cabía concluir que hubiera libremente consentido tal situación, con independencia de que se plasmara o no en algún documento.

La sentencia consideró que no era exclusiva la presunción de tal consentimiento por el medio que el legislador establece en la proposición 2.ª del apartado 5.º del artículo 82 del Código Civil, o sea, el requerimiento fehaciente hecho por uno de los cónyuges al otro, con el fin de que el requerido preste o no su consentimiento a la separación de hecho, con el apercibimiento de que el mismo se dirige a los fines de preconstituir la prueba de que existe una causa que permite instar la separación judicial.

Existen otros medios probatorios a través de los cuales puede obtenerse el convencimiento de tal presupuesto, tal como hace ver la mencionada sentencia malagueña.

El apartado 6 del citado artículo 82 de nuestro Código Civil establece lo que se ha denominado «separación de hecho no consentida»: «*El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años*».

Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (8), aunque no medie consentimiento expreso ni tácito, ni siquiera presunto, del otro cónyuge (abandonado o expulsado del hogar conyugal), porque no sólo no lo exteriorizó y no medió requerimiento, o porque exteriorizó su desacuerdo, la cesación efectiva de la convivencia conyugal sigue siendo causa, aunque más diferida, de separación judicial, a tenor de este apartado del precepto civil.

En esta causal late una intención importante y es la de, aunque resulta paradójico, no exigir el legislador causa alguna determinante de la separación de los cónyuges. Esto quiere decir que simplemente la mera ruptura de la convivencia durante tres años es el punto de partida, la base, en definitiva, o el fundamento legal para instar la demanda de separación, tal como algún sector doctrinal en nuestro país ha puesto de manifiesto con agudeza (9).

De esta manera, el legislador abre las puertas a la separación de hecho no consentida de uno de los cónyuges, elevando, simplemente, el plazo que ya había quedado determinado en aquellos supuestos en los que ambos cónyuges consentían en la separación y que ha quedado examinado y analizado en el capítulo anterior.

En realidad, en esta causal que analizo cabe incluso hablar de abandono de un cónyuge al otro o también cabe integrar esta causal en el mero lapso de tiempo transcurrido, es decir, en los tres años en los que la pareja matrimonial ha cesado efectivamente en su convivencia, sin más requisitos.

Será, por tanto, preciso, a efectos de distinguir entre una y otra clase de separación o, por mejor decir, entre una y otra causal, el abandono, por sí mismo y, de otro lado, la cesación efectiva de la convivencia conyugal, la manifestación de voluntad del cónyuge no desertor, según la tesis mantenida por CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA (10).

Algunos autores afirman que esta causal 6.^a del artículo 82 tiene una más que dudosa justificación que la causal anterior, porque, en su caso, no cabe, de hecho, la oposición del cónyuge que, sin su culpa, sufre las consecuencias de la separación de hecho impuesta por el otro. En principio, la previsión legislativa, que se inscribe en el designio realista de dar una salida jurídica a los matrimonios rotos, es loable, aunque algún sector doctrinal se haya mostrado un tanto reacio hacia esta figura.

Esta causal, efectivamente, no exige ningún otro requisito en qué fundar la separación de los cónyuges. Es ni más ni menos que la ruptura convencional durante tres años el fundamento legal de la demanda. Según ENTRENA KLETT,

(8) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, obra citada en nota 4.

(9) LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, «El acuerdo de los cónyuges en la separación y el divorcio», en *Revista La Ley*, 20 de octubre de 1981.

(10) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, «Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio», en *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1981.

no cabe hablar de esposo ofensor ni de ofendido o, al menos, es irrelevante la existencia o no de la ofensa, al igual que ocurre en el caso ya examinado anteriormente. Este mismo jurista expone que la expresión del Código Civil, «cese efectivo de la convivencia conyugal» es descriptiva, no ofrece dificultades de comprensión y equivale a la disociación de techo, lecho y mesa con que tradicionalmente es enunciada, aunque, con carácter excepcional, se concibe por la Ley, ex artículo 87, que se mantenga la unidad de techo. Pero el matrimonio es mucho más complejo en sus relaciones internas que lo expresado con esas tres palabras: Techo, lecho y mesa; los factores económicos, educacionales, paternofiliales, laborales, asistenciales, etc., que implica la relación conyugal deben ser previstos en el momento de la cesación conyugal si ésta es, de alguna manera, «civilizada», lo cual será imposible cuando sean las pasiones las que oscurezcan la mente de los esposos. ENTRENA KLETT se muestra partidario de que se logre entre los cónyuges un a modo de «convenio regulador», que abarque el máximo de convenciones sobre puntos y materias conflictivas o, desde mi punto de vista, potencialmente conflictivas.

Según PUIG BRUTAU (11) cabe, incluso, el establecimiento de los denominados «pactos de previsión» en las capitulaciones matrimoniales. Estos pactos suelen establecerse en aquellas regiones donde son frecuentes los heredamientos a favor de los hijos que se casan, o sea, cuando se trata de establecer el estatuto sucesorio de la familia troncal. Son pactos que tienen un contenido estrictamente patrimonial, en tanto que los convenios reguladores privados deben abarcar el máximo espectro de contingencias posibles; éstos están frente al problema secesionista surgido y aquéllos en previsión de que surja. Los unos miran al pasado y los otros al futuro.

Estos convenios reguladores privados de las consecuencias de la disensión familiar eran contrarios a Derecho en el status legal anterior a la reforma del Código Civil, ya que se estimaba que no cabía la separación conyugal por mutuo disenso, dado el desconocimiento de la misma en el texto legal. En este sentido, se dictaron sentencias contrarias a su admisión, como las de 25 de junio de 1909, 5 de junio de 1926 y 19 de diciembre de 1932.

El fundamento legal en que se ha de apoyar una demanda de separación ex artículo 82.6 es, sin más, la ruptura de la convivencia marital. No hay que expresar ninguna otra razón. Según VÍCTOR REINA (12), la separación judicial, cualquiera que haya sido la forma de celebración del matrimonio, debería completarse, legislativamente, en dos únicas variantes: a) A petición de ambos cónyuges, o de uno con el consentimiento del otro, debiendo acompañarse, necesariamente, con la demanda la propuesta de convenio regulador.

(11) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, Barcelona, 1967.

(12) REINA, VÍCTOR, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1983.

En este caso, ambos cónyuges han de estar de acuerdo en todos los efectos de la separación: *b)* A petición de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegar otra causa que la propia voluntad como manifestación de la imposibilidad de la convivencia. En este supuesto, lo que, desde el punto de vista procesal se discutiría, no sería ya la causa o motivo de la separación, porque ¿qué más motivo que uno no quiera o no pueda convivir, sino las consecuencias familiares de esa decisión o imposibilidad, referida a los puntos en que los cónyuges no hayan podido ponerse de acuerdo. Tal como expresa gráficamente VÍCTOR REINA, para el que quiera pleitear —o no tenga más remedio—, ya hay de sobra con eso.

Tal como expone MARÍA DEL ROSARIO VALPUESTA, el acuerdo de suspender el deber de convivencia no necesita de ninguna causa que lo justifique, siendo perfectamente factible en nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que tal acuerdo puede incluso reflejarse expresamente en los convenios para explicar el sentido de los mismos. Podría parecer, no obstante, que el tema del deber de convivencia de los esposos queda reducido a la relación existente entre este deber jurídico y la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Pero, como afirma la mencionada jurista, ante esta dialéctica, no se debe entender que se ha producido una disminución de la obligatoriedad del deber de convivencia o, en otros términos, una merma de su ámbito de aplicación en beneficio de una total autonomía de los esposos, porque admitir esta explicación llevaría a la afirmación aporética de que el deber de convivencia obliga siempre que se cumpla, sino que, por el contrario, el tema hay que plantearlo en el plano de su posible coercibilidad o efectividad. Hay que tener en cuenta que la Reforma del Derecho de Familia no ha supuesto la supresión total de los efectos sancionatorios de la infracción del deber de convivencia, pero sí ha reducido de modo notorio el matiz sancionador de este deber jurídico. Recordemos que el abandono del hogar fue causa legal de separación, ex artículo 105.2 del Código Civil, lo que determinaba la declaración de cónyuge culpable para el esposo demandado.

En cualquier caso, tal como estima MANUEL PONS GONZÁLEZ y MIGUEL ANGEL DEL ARCO TORRES (13), el plazo de tres años fijado al efecto es intermedio del de cinco años para pedir el divorcio —causa quinta del art. 86 del Código Civil— y del anterior, de seis meses, que ya ha quedado analizado anteriormente.

Parece que esta elevación del plazo de cesación efectiva de la convivencia conyugal se debe a que en la causal que estoy analizando no se exige el consentimiento del otro cónyuge en la interrupción de la convivencia. Sería, por tanto, una separación de hecho no consentida, al paso que el anterior

(13) PONS GONZÁLEZ, MANUEL, y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ANGEL, obra citada en nota 5.

supuesto —el del art. 82.5— se configura como separación de hecho consentida, «libremente consentida», dice el Código Civil, por ambos esposos, y de ahí que el plazo sea mucho menor.

CONCLUSIONES

Las causas de separación matrimonial enunciadas en los apartados 5 y 6 del artículo 82 del Código Civil están al margen de lo que se ha dado en denominar «causas inculpatorias o sancionadoras».

Efectivamente, estas causas que han sido objeto de análisis y valoración jurídica pueden configurarse plenamente como causas de carácter objetivo, en el sentido de que en ellas está ausente toda idea de «culpabilidad» o «inocencia» de uno de los cónyuges.

Se trata, meramente, de constatar que los cónyuges han dejado de vivir juntos, bien sea esta ausencia de convivencia libremente consentida por ambos esposos (art. 82.5), o no (art. 82.6).

La institución de la separación ha dejado, así, de ser exclusivamente causal, sancionadora y protectora del cónyuge «inocente», adquiriendo relevancia la separación de hecho. El sistema tradicional de causas subjetivas que implican culpabilidad de uno de los cónyuges o incluso de ambos informó la mayoría de los Códigos Civiles del siglo pasado. En el siglo xx, a partir de la Segunda Guerra Mundial, fueron frecuentes las modificaciones legislativas inspiradas en un sistema objetivo que prescinde de la culpa y se funda en la ruptura de la convivencia conyugal sin indagar sus motivaciones. El sistema objetivo pretende constatar la ruptura de la vida en común de los cónyuges, el fracaso del matrimonio, no motivado por cualquier dificultad pasajera. No se trata, por tanto, de indagar en la supuesta «culpabilidad» o «inocencia» de un cónyuge. Por esta razón, el factor decisivo se sitúa en el marco de la cesación de la vida en común como expresión, precisamente, de esa ruptura. Ya apuntaba, en este sentido, ESPÍN CÁNOVAS que, conforme es más prolongada la falta de convivencia, la Ley prevé que será más difícil la reconciliación. A mayor tiempo de no convivencia, la Ley va a exigir menos requisitos para obtener unilateralmente la separación.

Si nos planteamos qué es la convivencia conyugal, observamos que el Diccionario de la Real Academia dice que convivir «es vivir en compañía de otros u otro, cohabitar». Convivencia conyugal, por tanto, es la vida en común de los esposos.

El Código Civil tampoco nos dice qué se entiende por cese —terminología mal empleada, como ya ha quedado razonado antes— o cesación de la convivencia conyugal, sino que se refiere, sin más, a dicho cese efectivo. Desde un punto de vista negativo, no hay cesación efectiva cuando la con vi-

vencia se interrumpe por motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de análoga naturaleza, en virtud del artículo 87.2 de nuestro Código Civil.

Además, la cesación no se interrumpe, desde otra perspectiva, con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, siempre que ello obedezca a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos, según el artículo 87.1.

Se puede pensar que el legislador, con esta postura, quiso facilitar el divorcio por encima de la eventual reconciliación de los casados, ya que en este párrafo del Código Civil se deja sin efecto alguno la convivencia conyugal, al menos desde el estricto punto de vista legal, pero pienso que esta reanudación de la vida en común de los todavía cónyuges, bajo el prisma puramente afectivo de los mismos, podría llegar a tener una cierta repercusión más amplia a la hora de una posible reconciliación. En este sentido, parece interesante la tesis mantenida por CALVO SÁNCHEZ al afirmar que la cesación de la convivencia sólo debería considerarse efectiva cuando haya desaparecido, de forma real y absoluta, la convivencia marital, así como de forma ininterrumpida, partiendo de la presunción de su existencia y no, como parece hacer el legislador, presumiendo su no existencia.

Sin embargo, es el tiempo transcurrido, en estas causales, el que configura la medida de la ruptura, pues el legislador ha previsto que la falta prolongada de convivencia conyugal sea el parámetro para constatar el fracaso de un matrimonio. De este modo, la cesación de la convivencia prolongada durante cierto tiempo puede fundamentar una demanda unilateral de separación.

En definitiva, cabe pensar que estas causales examinadas pretenden facilitar a los todavía cónyuges el acceso a la separación, sin énzarzamientos procesales ni complicaciones, muy delicadas, a veces, acerca de quién fue el «culpable» o el «inocente» de la situación de ruptura conyugal. Es loable, por tanto, a mi juicio, la intención del legislador al establecer estas causales.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA