

Las causas de separación en el Ordenamiento Jurídico-Civil español: Análisis y valoración crítica

INTRODUCCION AL TEMA

El matrimonio es una institución jurídica, contemplada por el legislador constitucional en el artículo 32, que preceptúa que **«el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»** (apartado 1). **«La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»** (apartado 2).

Efectivamente, el legislador ha previsto, tras la reforma operada por la Ley de 7 de julio de 1981, en sede de Derecho de Familia, unas causas de separación matrimonial para aquellas situaciones que bien pudieran denominarse como crisis del matrimonio.

Es, precisamente, la crisis jurídica que da lugar a la separación matrimonial, la que va a ser objeto de análisis en este artículo. Se trata, sin duda, de unas causales conflictivas, que dan lugar a polémica y que no siempre son fáciles de interpretar, como, por otra parte, nada hay fácil en el complejo mundo de la pareja matrimonial.

El artículo 82 del Código Civil, tras la reforma sufrida, ha dado entrada a las causales de separación. Son un total de siete, agrupando en ellas tanto las causas de separación-ruptura, cuanto las de separación-remedio, de las que hablaré en páginas siguientes.

La separación, tradicionalmente, ha venido regulándose en distintos Ordenamientos Jurídicos como una sanción, una pena, impuesta al cónyuge culpable de un comportamiento ilícito en relación con los deberes conyugales.

Tras la reforma del 81, ya citada, la separación deja de exigir, al menos con carácter absoluto, la tajante distinción entre cónyuge culpable y cónyuge inocente, si bien hay que admitir que siguen manteniéndose causales de con-

tenido culpabilístico o que solamente legitiman para instar la separación a uno solo de los esposos, todo ello junto al mutuo disenso y a las causas legales, pudiendo estas últimas ser instadas por cualquiera de los cónyuges.

Hay que recordar que la Ley del Divorcio de la Segunda República española, de 2 de marzo de 1932, preceptuó, como una causa más, **«la violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común»**.

Nuestro Código Civil estableció, en su artículo 105, causas típicas y taxativas de separación basadas en la culpa de un cónyuge. El cónyuge inocente era el único legitimado para pedir la separación, en virtud del artículo 106. Los procesos de separación conyugal se tramitaban, salvo excepciones aisladas, por los Tribunales eclesiásticos que tenían reconocida la competencia para conocer de las causas matrimoniales relativas a los cónyuges unidos por matrimonio canónico.

Seguidamente, voy a referirme a las causas de separación conyugal contempladas en el Código Civil y a su comentario sistemático, con la problemática que ello conlleva.

LAS CAUSAS DE SEPARACION MATRIMONIAL: ANALISIS Y PROBLEMÁTICA

El artículo 82 de nuestro Código Civil contempla siete causas posibles de separación conyugal, a efectos de su interposición. Voy a estudiarlas intentando hacer especial hincapié en su valoración e interpretación jurídicas.

La primera causa establecida en el Código Civil es la siguiente: **«El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales»**.

Como vemos, agrupa el apartado 1 de este artículo 82, varias causales en una sola, aunque, naturalmente, cada una de ellas presenta una entidad propia, una autonomía y, por tanto, su estudio ha de hacerse en este sentido.

El abandono del hogar figuraba ya como causa legítima de separación en el derogado artículo 105. El texto actual incluye la expresión «injustificado», si bien la doctrina jurídica, generalmente, había dado por entendida la exigencia de este requisito. Como indica MARIANO LÓPEZ ALARCÓN (1), la noción de

(1) LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, «La separación judicial por culpa y su conexión con el divorcio», en la Revista *La Ley*, año III, 9 de febrero de 1982.

abandono se refiere al cónyuge que se aleja del hogar familiar de modo voluntario y con ánimo de romper la convivencia. Con esta conducta, se viola el deber de cohabitación y, por lo tanto, no queda justificada por el hecho de que el cónyuge que incurre en esta situación atienda a la alimentación de la familia. Por ello, ya CARLOS MARÍA ENTRENA KLETT matizaba diciendo que el abandono del hogar es un concepto más amplio que el abandono de familia, aunque nuestro Tribunal Supremo identifica, sin embargo, abandono de hogar con abandono de familia en su Sentencia de 18 de noviembre de 1974 (2), en la que expresó que «...no debe interpretarse como el abandono físico del domicilio familiar, sino que debe comprender al cónyuge que deja de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad y al matrimonio, aunque permanezca el marido en el domicilio familiar».

Desde mi punto de vista, pienso que hay que matizar y distinguir entre abandono del hogar e incumplimiento de los deberes asistenciales que corresponden al cónyuge, pues estos últimos serían subsumibles en el último inciso del apartado 1 del artículo 82, **«cualquier violación grave o reiterada de los deberes conyugales»**.

El abandono injustificado del hogar excluye la hipótesis de separación privada convencional. Esta última sería la acordada por los propios cónyuges. Para un amplio sector doctrinal (3), en el abandono injustificado se pueden distinguir un corpus o elemento material, consistente en el hecho del apartamiento o distanciamiento de los esposos, y un elemento intencional o *animus*, por cuanto tal apartamiento debe responder al deseo o resolución de poner fin a la comunidad conyugal. Como consecuencia, hay que concretar que la ausencia del hogar familiar ha de ser voluntaria, no forzada, como sería, por ejemplo, el supuesto del cónyuge que se ve obligado a trasladarse a una ciudad lejana por motivos laborales. También ha de ser injustificada, pues, como afirma el apartado 2 del artículo 87 del Código Civil, **«la interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga»**.

El cónyuge incurso en esta causal infringe el deber de convivencia, de cohabitación. Hay que recordar, en este sentido, que el artículo 68 del Código dispone que **«los cónyuges están obligados a vivir juntos...»** No obstante, hay que considerar que el abandono puede ser involuntario cuando el sujeto está incurso en una perturbación psíquica o si ha sido impuesto por el otro cónyuge, por un tercero o por una fuerza mayor, excluyéndose, por tanto,

(2) ENTRENA KLETT, CARLOS MARÍA, *Matrimonio, separación y divorcio*, Madrid, 1981.

(3) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, Barcelona, 1990.

de esta causal. El hecho material del alejamiento, ausencia o separación no basta para constituir abandono como causa del motivo que estamos contemplando, porque siempre es preciso el factor intencional, el *animas*, al que antes me he referido y, en concreto, la imputabilidad, calificada por el Código Civil con la terminología de **«injustificado»**. El término de imputabilidad es muy elocuente y expresivo y, aunque sea genuinamente penal, ayuda a comprender y a interpretar mejor lo que el legislador quiso decir.

El abandono injustificado del hogar se circunscribe, por tanto, a la separación de hecho establecida por decisión unilateral de uno de los cónyuges. Por «hogar» hay que entender el domicilio familiar o conyugal a que se refiere el artículo 70 del Código Civil, tal como un sector doctrinal ha puesto de manifiesto (4).

Dentro de la causa 1.^a del artículo 82 se incluye **«la infidelidad conyugal»**, a la que voy a aludir a continuación.

Para analizar esta causal, hay que tener en cuenta que, según el artículo 68, **«los cónyuges están obligados a... guardarse fidelidad»**.

La infidelidad conyugal se configura, así, como causa de separación. La más grave violación a este deber está constituido por el adulterio, aunque hay otras conductas igualmente atentatorias, como lo son las aberraciones sexuales, la *heteroinseminación* artificial de la mujer sin el consentimiento de su marido, la sodomía y el bestialismo. También constituiría, a mi juicio, infidelidad conyugal aquella conducta de un cónyuge abiertamente inmoral y que tenga una entidad capaz de trascender en la esfera de la vida matrimonial.

Para que la infidelidad conyugal sea motivo de separación se requiere que exista efectiva convivencia conyugal, ya que el apartado 2 del número 1 del artículo dispone que **«no podrá invocarse como causa de infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue»**. El problema estriba, sin embargo, en que será complicado determinar si la separación de hecho devino previa a la infidelidad o a la inversa. La fidelidad, según VÁZQUEZ IRUZUBIETA (5), es el corolario de la promesa de vida común, constitución de una familia y promesa de cohabitación exclusiva que un hombre y una mujer se formulan con ocasión del matrimonio.

Naturalmente, a la infidelidad conyugal heterosexual debe asimilarse, como ha expresado FOSAR BENLLOCH (6), la homosexual y, en general, cua-

(4) PONS GONZÁLEZ, MANUEL y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ÁNGEL, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico*, Granada, 1985.

(5) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*, Madrid, 1981.

(6) FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE, «La separación y el divorcio en el Derecho español vigente», en *Estudios de Derecho de Familia*, Barcelona, 1981.

lesquiera otras conductas sexuales incompatibles con la recíproca disponibilidad afectiva de los cónyuges entre sí.

La Sentencia de 18 de mayo de 1983 es muy interesante por lo que hace al tema que estoy tratando, poniendo de manifiesto que *«la infidelidad del marido es causa suficiente para estimar la demanda, máxime si se tiene en cuenta la amplitud que conlleva por su propia índole de fidelidad, concebida ésta como una categoría jurídica y moral capaz de imponer a cada uno de los esposos en su área de influencia la observancia de una conducta inequívoca y ausente de cualquier relación que engendre una apariencia comprometedora y lesiva para el otro cónyuge»*.

Como causal de separación matrimonial, se incluye, asimismo, en el número 1 del artículo 82, **«la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales»**.

Lo primero que hay que decir es que la conducta injuriosa o vejatoria constituye una infracción del deber de respeto que los cónyuges se deben entre sí, pues recordemos que el artículo 67 del Código Civil expresa que **«el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia»**.

Esta causal de separación no se funda en unos actos aislados, esporádicos, sino en un comportamiento que se prolonga en el tiempo, que es permanente y continuado. No obstante, estimo que esta exigencia no debiera hacerse demasiado rigurosa, pues uno de los cónyuges puede ampararse fácilmente en que los atentados y las faltas de respeto que haya cometido contra el otro esposo no han tenido una constancia ni permanencia temporal. Para LÓPEZ ALARCÓN (7) se descarta la conducta injuriosa cuando un cónyuge obra en el calor de la ira o como respuesta a otra injuria o provocación, o bien con la intención de corregir a su esposo/a por excesos o desviaciones cometidos en su comportamiento conyugal. Desde mi punto de vista, estimo que incluso en los supuestos citados por LÓPEZ ALARCÓN puede darse esta causa de separación que analizo, ya que su exclusión podría generar serios abusos por parte del cónyuge que incurriera en dicha conducta injuriosa, máxime si sabía que, en muchas ocasiones, iba a verse amparado por una a modo de «causa de justificación». En la actualidad, con la reforma operada en el Código Penal, **«es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentado contra su propia estimación»** (art. 208). El motivo, por tanto, puede ser muy amplio y, en cualquier caso, queda matizado hoy en día por la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político y de la paz social, tal como lo ha instituido el legislador constitucional en el artículo 10.

(7) LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, «La separación personal de los cónyuges como presupuesto del divorcio», en la Revista *La Ley*, año II, diciembre de 1981.

En cuanto a la conducta vejatoria, hay que hacer notar que es éste un concepto más grave que el anterior, pudiendo equipararse a malos tratamientos de obra o incluso verbales, siempre que estos últimos tengan una entidad perturbadora de la convivencia conyugal. Para LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI (8), la vejación es una injuria más profunda, una actitud más atentatoria a la propia dignidad de la persona, considerando este autor vejación el obligar a la esposa a relaciones sexuales contra natura, la relación sexual contra los propios deseos, los golpes o maltratos de obra. A mi juicio, esta causal se inserta a medio camino entre lo que constituyen deberes derivados del matrimonio, como lo es la recíproca disponibilidad de los cuerpos en orden al acto sexual, y la libertad de la persona, valor humano fundamental, baluarte del desarrollo de la personalidad.

Es causa de separación **«cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales»**. Hay que hacer notar que, para instar la separación matrimonial por este motivo, se exigen la gravedad o la reiteración, requisitos estos que no aparecen en las anteriores causales. Hay un amplio abanico de posibilidades abarcadoras de esta causal. Es evidente que el legislador ha dejado una puerta abierta a muchas modalidades de incumplimiento por un cónyuge de sus deberes conyugales. La Sentencia de 7 de febrero de 1984 estimó que *«las violaciones de los deberes conyugales deben tener el carácter de graves, en cuanto a consecuencia de las mismas hagan la vida en común excesivamente y demasiado difícil para el otro cónyuge o los hijos, las cuales han de producirse de modo reiterativo, pues si fueran ocasionales no engendrarían el malestar ni el temor futuro que justifican la separación, y han de tener conexión con la vida en común, de suerte que la cesación de ésta sea remedio necesario para evitar la crueldad en el trato y el consiguiente malestar conyugal...»*

La causa 2.^a del artículo 82 se refiere 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»**.

Esta causal hay que ponerla en conexión íntima con el artículo 154 del Código Civil, que, en sede de relaciones paterno-filiales, dispone que **«la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:**

1.^a Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.^a Representarlos y administrar sus bienes...»

Hay que preguntarles cuáles son los deberes que se tienen respecto de los hijos de un cónyuge que conviven en el hogar familiar. A mi juicio, es

(8) LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La Ley de divorcio. Experiencias en su aplicación*, Madrid, 1982.

contraproducente imponer en el hogar familiar la convivencia de los hijos de uno solo de los esposos y, en todo caso, si se da esa convivencia, debería ser una situación aceptada por el otro cónyuge, para evitar, así, disputas y el consiguiente deterioro de la paz y armonía familiares. Algún sector doctrinal ha puesto de manifiesto que, al ser el texto de esta causal muy amplio, están también incluidos los hijos mayores de edad, si bien podría alegarse que su exclusión está justificada, por cuanto los padres no tienen legales para con ellos. Sin embargo, esta postura no es mantenible, pues, como expresa VÁZQUEZ IRUZUBIETA (9), el interés común de la familia es uno de los deberes que la Ley impone a los cónyuges de modo expreso, y familia es, en el concepto más estricto, el grupo de personas que viven en un hogar común y están unidas por el lazo del parentesco.

Además, el texto se refiere a los hijos en general, no aludiéndose, en concreto, a los que estén bajo la patria potestad y ampara, de forma loable, a los hijos de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar. Esta extensión, que merece toda clase de alabanzas para el legislador, es consecuencia ineludible y humanitaria de la protección prevista para los niños en los apartados 2 y 4 del artículo 39 de nuestra Constitución. Recordemos, en este sentido, que la Carta Magna protege integralmente a los hijos, con independencia de su filiación y que a los niños se les concede la protección prevista en los Acuerdos Internacionales que velen por sus derechos.

La causal 3.^a del artículo 82 del Código Civil prevé que se pueda instar la separación matrimonial en base a **«la condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años»**.

En la actualidad, con arreglo al nuevo Código Penal, esta pena se configura como grave, pues el artículo 33 del Texto Punitivo expresa que **«son penas graves: a) La prisión superior a tres años»**.

Esta causal, según señaló LÓPEZ ALARCÓN (10), implicaba que el cónyuge sancionado con esa pena quedara descalificado socialmente y ante el otro cónyuge en términos tales que es suficiente, por sí sola, como situación que daña el honor matrimonial, impidiendo el cumplimiento de los deberes familiares y pudiendo contribuir a la ruptura de la comunidad conyugal. Estas razones movieron al legislador a incluir esta causal entre las que se deben a culpa de un cónyuge, aunque directamente éste no tuviera intención de atentar contra el otro esposo, ni contra el interés de los hijos. Un sector doctrinal ha puesto de manifiesto que en esta causal se han utilizado unos juicios de valor que, en muchas ocasiones, no se corresponden con la idea de equidad. El propio texto no especifica que haya de tratarse de un hecho contra los inte-

(9) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, obra citada en nota 5.

(10) LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, «La separación judicial por culpa y su conexión con el divorcio», citado.

reses familiares, sea del otro cónyuge, o de los hijos comunes o de los hijos propios. No se alcanza a ver, de este modo, por qué una condena penal puede suponer un agravio para el esposo «inocente», salvo que se entienda que, por las circunstancias de la ausencia a lo largo de esos años, sobreviene un incumplimiento de los deberes familiares, encuadrable, como causal, en la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, entendiéndose por éstos los auxilios económicos y los deberes íntimos matrimoniales (11). En la actualidad, con la posibilidad de los permisos de fin de semana, las visitas íntimas a la cárcel y la autorización para trabajar fuera del establecimiento penitenciario han provocado que esta causal quede un tanto vacía de contenido.

Para VEGA SALA (12) plantea problemática este motivo de separación matrimonial, por cuanto se funda en el mismo hecho de la condena y no en la efectiva comisión del delito. A mayor abundamiento, este autor se cuestiona sobre la posibilidad de que el delito por el que se haya condenado a uno de los cónyuges pueda haber sido cometido en beneficio del otro esposo, con la paradoja de que se le reconoce al «inocente» la posibilidad de instar la separación por ello, lo cual no merece elogios para el legislador.

Estimo, en vista de las críticas examinadas a esta causal, que lo esencial, a la hora de instar la separación conyugal por este motivo, ha de ser el efectivo incumplimiento por parte de un cónyuge de sus deberes para con el otro, en función de lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de nuestro Código Civil.

La causal 4.^a del citado artículo 82 enumera hasta tres diferentes motivos, que hemos de analizar con la lógica autonomía, si bien, por razones de índole sistemática, las tres aparecen en la misma causal. Dice el precepto que **«son causas de separación... 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».**

Con relación al primer motivo, el alcoholismo, hay que hacer notar que, según la Organización Mundial de la Salud, son alcohólicos los que beben en exceso y cuya dependencia respecto del alcohol ha alcanzado un grado tal que determina la aparición de visibles perturbaciones mentales o cierta interferencia en la salud física, en relaciones interpersonales y en el adecuado funcionamiento social y económico, o los que muestran signos prodrómicos a dichos fenómenos.

La inclusión del alcoholismo como causal supone una importante y profunda novedad legislativa, pues, efectivamente, el legislador se torna sensible a los problemas y dificultades de toda índole que pueden romper la armonía

(11) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, obra citada en nota 3.

(12) VEGA SALA, F., *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Barcelona, 1981.

familiar y que sean fruto o consecuencia del alcoholismo de uno de los componentes de la pareja matrimonial. No obstante, hay que matizar claramente, ya que el cónyuge «inocente» no podrá instar esta causal más que cuando su propio interés o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia marital y no en otros supuestos, pues hay que reconocer que no debe dársele una desmesurada extensión a esta causal, debiéndose exigir dictamen pericial a los efectos de comprobar que el alcoholismo ha arraigado como enfermedad en el sujeto, no debiéndose instar, por esta vía, en función sólo de actos esporádicos de un cónyuge, cual sería el supuesto de una borrachera que, provocando intoxicación etílica, supusiera meramente un comportamiento aislado y no reiterativo. Matizar esto es conveniente al objeto de evitar posibles abusos e incluso fraudes a la hora de que el esposo «inocente» inste la separación por este motivo.

Por lo que hace al segundo motivo enumerado en la causal 4.^a del artículo 82, **«la toxicomanía»**, puede denominarse también drogadicción, y es un estado en el que la persona y su existencia está no sólo influenciada, sino condicionada totalmente por la ingestión o toma de productos tóxicos, como la cocaína, heroína, LSD, marihuana o psicofármacos. Hay que esclarecer, ante todo, que la toxicomanía provoca una modificación y alteración de la conducta y, una vez llegado a un cierto grado de intoxicación, el sujeto pierde su capacidad para el desenvolvimiento normal de las relaciones conyugales, produciéndose una grave desarmonía familiar que el Ordenamiento Jurídico Civil se preocupa de contemplar en cuanto causal de separación conyugal. Para REY HUIDOBRO (13), no es necesario haber alcanzado una plena dependencia física y psíquica de las drogas para que el abuso de la misma pueda originar una causa de separación, ya que su consumo habitual puede volver a la convivencia intolerable y provocar graves perjuicios a la educación de la prole, dando con ello lugar a alguna de las restantes causas previstas en el Código Civil, como pueden ser la conducta injuriosa o vejatoria o cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

Hay que concluir en el sentido de afirmar que la toxicomanía es una grave perturbación del comportamiento y cuyas similitudes con la enfermedad mental son, efectivamente, profundas. El cónyuge adicto es un enfermo y, como tal, mal podrá hacer frente a sus obligaciones para con la familia en ese estado.

Por fin, el último motivo contemplado en la causal 4.^a del artículo 82 es **«las perturbaciones mentales»**.

Esta causal aparece íntimamente ligada, desde el punto de vista sistemático, al alcoholismo y a la toxicomanía, porque muchas perturbaciones men-

(13) REY HUIDOBRO, F., «Proyección de los estupefacientes en el ámbito del Derecho Civil», en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 5 de febrero de 1984.

tales son consecuencia del alcoholismo y de la drogadicción. No obstante, hay perturbaciones mentales que, como algún sector doctrinal ha expresado (14), atacan a los seres humanos sin que encuentren su razón de existencia en el alcoholismo o la drogadicción. De ahí que el legislador haya considerado oportuno estudiarlas conjuntamente, en la misma causal, pero con una entidad propia cada una de ellas.

Esta causa de separación matrimonial tiene la limitación —al igual que el alcoholismo y la toxicomanía— de poderse invocar solamente **«cuando el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia»**. Hay que entender que las perturbaciones mentales, a que hace referencia esta causal, han de ser efectivamente graves, no bastando un simple episodio pasajero de trastornos psíquicos, sino exigiéndose una permanencia en dicho trastorno. De lo contrario, esta causal podría convertirse en una especie de «cajón de sastre» y sería susceptible de dar lugar a muchos abusos por parte del cónyuge «inocente», es decir, del mentalmente sano. JOSÉ ANTONIO DORAL puso de manifiesto que el término «perturbaciones mentales» era más amplio que el tradicional de «enajenación mental» (15). VEGA SALA, por su parte (16), hacía alusión a las dificultades que pueden surgir al respecto por la gran variedad de perturbaciones mentales, su distinto grado de perturbación y las múltiples variantes que las mismas comportan. Para ROMERO COLOMA (17) deben incluirse, entre las alteraciones mentales, los siguientes trastornos: La neurosis, la esquizofrenia, la histeria, las fobias, la depresión o melancolía, las manías y la paranoia, concluyendo en el sentido de mostrar su preocupación, como jurista, por la contradicción existente entre el deber de los cónyuges de ayudarse mutuamente, ex artículo 67 del Código Civil, y de socorrerse, ex artículo 68 del citado corpus legal, y la separación por perturbación mental. En parecidos términos se expresa LÓPEZ MUÑOZ-GOÑI, afirmando que es precisamente en estos casos de perturbaciones mentales cuando el cónyuge enfermo necesita más que nunca el apoyo familiar para seguir adelante (18).

En cualquier caso, hay que ser cuidadosos y restrictivos con esta causal, tal como expresó la Sentencia de 17 de junio de 1986, afirmando que *«aunque la expresión de perturbación mental, a la que se refiere el artículo 82.4 del*

(14) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, «La separación matrimonial por causa de perturbaciones psíquicas en el Ordenamiento Civil español», en *Actualidad y Derecho*, 21 al 27 de marzo de 1994.

(15) DORAL, JOSÉ ANTONIO, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, 1982.

(16) VEGA SALA, *Síntesis práctica de la regulación del divorcio en España*, citado.

(17) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, «La separación matrimonial por causa de perturbaciones psíquicas...», citado.

(18) LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, *La Ley de divorcio...*, citado.

Código Civil, como causa de separación matrimonial, parece más amplia que la de enajenación mental, y puede incluirse dentro de la misma todo estado o situación psíquica anormal, como es la padecida por la esposa; sin embargo, de los elementos probatorios no se infiere que los padecimientos sean de extrema gravedad, de carácter irreversible y de peligrosidad para la familia, hasta el punto de impedir la convivencia en términos gravemente perjudiciales, excluyendo toda presunción racional de restablecimiento de la enferma, exigencias que, aunque no requeridas por el citado artículo, son del todo lógicas... Al término interés del otro cónyuge, que aparece en el artículo 82.4 del Código Civil, no debe otorgársele una significación meramente materialista, sino un sentido más humanitario, máxime teniendo en cuenta que el precepto olvida a la enferma, la cual, por su situación, debería ser la más amparada en su personal interés, centrado en la necesidad de ser asistida y no quedar abandonada, debiendo conjugarse, por tanto, ambos intereses».

Los apartados 5 y 6 del artículo 82 del Código Civil admiten como causales de separación: «a) El **cese** —debería decir «cesación»— **efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido; b) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años**».

Estas causales implican la ruptura de la comunidad de vida y afecto, proyectándose en dos dimensiones o a dos niveles: De un lado, la ruptura de la cohabitación física de los esposos, y, de otro lado, la ruptura del amor conyugal, con la consiguiente quiebra para la afectividad marital. Según LÓPEZ ALARCÓN (19), la separación es efectiva cuando es real, seria, externa y continuada, destruyendo la convivencia, siendo la separación material —**ruptura de la cohabitación**— y espiritual —**decadencia del amor conyugal**—. Desde mi punto de vista, entiendo que estas causales se producen precisamente como consecuencia de haber cesado la convivencia conyugal, pudiéndose instar entonces la separación y no a la inversa. Según MANUEL PONS GONZÁLEZ y MIGUEL ANGEL DEL ARCO TORRES (20), si los dos cónyuges deciden suspender la convivencia conyugal, para que se pueda solicitar la separación por la causal a), se necesita, además, el requisito específico del transcurso del plazo de seis meses o, en otras palabras, la separación de hecho consentida unida al citado plazo son las condiciones válidas para constituir una causa de separación. Comparto la opinión de GARCÍA CANTERO, en el sentido de entender que dicha separación de hecho ni siquiera el corpus, es decir, el alejamiento físico de los cónyuges, bastando el animus o propósito conjunto de ambos

(19) LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, «La separación judicial por culpa y su conexión con el divorcio», citado.

(20) PONS GONZÁLEZ, MANUEL, y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ANGEL, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial...*, citado.

cónyuges de romper la convivencia, sin la exigencia del concierto de voluntades a esa cesación de la misma, pues el silencio se convierte en una declaración afirmativa de voluntad (21). En este sentido, expresa el Código Civil 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»**.

Los medios de prueba admitidos en Derecho pueden reconducirse a la documental, pública o privada, la testifical y las presunciones de hecho.

En cuanto a la causal 6.^a del artículo 82, **«el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años»** es la ruptura de la convivencia el fundamento legal para instar la solicitud. La Sentencia de 21 de septiembre de 1983, señaló que *«...lo único que exige, como elemento absolutamente decisorio, es el cese efectivo de la convivencia conyugal durante un período de tiempo más o menos largo, según los casos, de tal manera 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 tal constatación, la Ley permite resolver aquello que a lo largo de un tiempo prudencial se ha mostrado inviable...»*

La causa 7.^a del artículo 82 prevé, como causales de separación conyugal, **«cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3, 4 y 5 del artículo 86»**. Estas causas son: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante dos años, desde la separación de hecho consentida o de la declaración de ausencia de uno de los cónyuges, o cuando al iniciarse la separación de hecho estuviese el otro incurso en causa de separación; el mismo cese efectivo durante cinco años sin el concurso de ninguna otra circunstancia, y la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (22), la primera causa —cesación efectiva de la convivencia conyugal durante dos años, desde la separación de hecho consentida— es absurda, ya que, conforme al número 5 del artículo 82, se puede instar la separación judicial a los seis meses de la cesión de la convivencia libremente consentida, por lo que, a todas luces,

(21) GARCÍA CANTERO, GABRIEL, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma-Madrid, 1959.

(22) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia*, fascículo segundo, Barcelona, 1982.

resulta chocante esta remisión y aplicación del plazo de dos años desde que se consiente la separación de hecho.

No obstante, como ha expresado FOSAR BENLLOCH (23), la articulación de esta causa de divorcio como de separación lo que ha pretendido es hacer una concesión al «divorcio de los católicos», no obligándoles a articularla como disolución del vínculo, lo que podría permitir meramente una modificación del mismo.

Se admite también como causal la cesación de la convivencia conyugal durante dos años, referida a la declaración de ausencia legal. Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (24), parece que no afectará al divorcio ni al eventual matrimonio sucesivo del cónyuge presente, la ulterior reaparición del declarado ausente, pues, si su reaparición tiene lugar después de los dos años de la declaración de ausencia y, con la reaparición, no se reanuda la convivencia conyugal, el mismo reaparecido puede instar el divorcio.

Se admite, igualmente, que un cónyuge pueda solicitar la separación siempre que acredite que, al iniciarse la de hecho, el otro estaba incurso en causal de aquélla. En este supuesto, sólo podrá demandar el cónyuge no incurso en causa de separación.

Por lo que hace a la cesación efectiva de la convivencia conyugal durante, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los esposos, me parece que es totalmente ilógica, porque, si puede instarse la separación a los tres años, ¿qué sentido tiene esperar a un plazo más largo?

Por último, la causal consistente en la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes, hay que matizar que la especial gravedad de los hechos contemplados por el legislador merecieron que se constituyera esta causal, no sólo como de divorcio, sino también, muy acertadamente, como de separación.

CONCLUSIONES

En nuestro país, a la vista de los planteamientos examinados, observamos, en primer lugar, que la separación matrimonial, en determinadas ocasiones y supuestos, abre los cauces para el divorcio. Este hecho no tiene nada de extraño, habida cuenta que en algunos países de nuestro entorno se tiende a considerar, especialmente en las legislaciones divorcistas, la separación legal como una situación antecedente a la disolución del matrimonio.

(23) FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE, *La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, citado.

(24) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y otros, *El nuevo régimen de la familia. I. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982.

Se ha producido, así, el acercamiento entre causas de separación y causas de divorcio.

Merece la pena resaltar, tras la Ley de Reforma del Matrimonio, las clases de separación que, hoy en día, admite nuestro Ordenamiento Jurídico, matizando cuándo nos encontramos con un supuesto de separación en el que a uno de los cónyuges se le configura como culpable y distinguiéndolo de aquellos supuestos en los que la separación constituye en realidad un remedio para aquellos matrimonios rotos y que no tienen posibilidad alguna de reconciliación. En el mismo sentido, me voy a referir a aquellas causales de separación que son auténticas sanciones para el cónyuge demandado.

Nuestro Ordenamiento Jurídico Civil admite, en la actualidad, la separación de hecho, de un lado, y, de otro, la judicial, así como la de mutuo acuerdo.

Es separación de hecho aquel status alcanzado al margen de toda intervención judicial, si bien, obtenida una sentencia, en su caso, ésta va a ser tenida en cuenta y a desplegar todos sus efectos en el procedimiento del que traiga su causa. La separación de hecho provoca la legal y, tal como expuso VÍCTOR REINA (25), significa la ruptura de la comunidad de vida conyugal, aunque sin sanción o reconocimiento judicial. En definitiva, la separación de hecho es fruto siempre de un acuerdo privado entre los esposos, que deciden dejar de vivir juntos, adquiriendo eficacia lo pactado por ellos, aunque no exista homologación judicial. La Sentencia de 2 de diciembre de 1982, determinó que *«la separación matrimonial de hecho no hace desaparecer los deberes derivados de la relación conyugal, ni otorga un omnímodo derecho de libertad a los cónyuges, y esta subsistencia de deberes es igual para uno y otro...»*

La separación judicial es, de otro lado, la decretada por el órgano jurisdiccional competente al efecto, dictándose sentencia tras la comprobación de la ruptura de la convivencia conyugal durante el lapso de tiempo establecido por el legislador. Nuestro Código Civil distingue claramente dos clases de separación judicial: La consensual y la causal. La consensual tiene lugar cuando ambos cónyuges la solicitan de común acuerdo, o uno de ellos con el consentimiento del otro, transcurrido un año desde que contrajeron matrimonio y sin necesidad de alegar causa legal. Algún sector doctrinal ha llamado a esta clase de separación como negocial. La separación causal tiene lugar a petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en causa legal de separación.

En cuanto a la separación de mutuo acuerdo, es un procedimiento que resulta rápido y económico para los cónyuges. Las funciones jurisdiccionales son, lógicamente, muy limitadas en esta clase de separación, siendo su inter-

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

vención meramente circunstancial, siempre que el convenio regulador que presenten no sea gravemente lesivo o perjudicial para uno de los esposos o para los hijos, en su caso.

Queda ahora por dilucidar si las causas que el legislador español ha contemplado en el artículo 82 del Código Civil son objetivas o no. A ello voy a referirme a continuación.

Como expresan MANUEL PONS GONZÁLEZ y MIGUEL ANGEL DEL ARCO TORRES (26), tradicionalmente, tanto la separación como el divorcio venían siendo regulados en los Ordenamientos Jurídicos como una sanción impuesta al cónyuge culpable por infracción de los deberes conyugales. Se entendía, en consecuencia, que, si la convivencia conyugal se hacía imposible por motivos intrínsecos, era porque uno de los cónyuges había provocado dicha situación con actos antijurídicos y había que inculparle y sancionarle, apartándole del cónyuge «inocente» y de los hijos e imponiéndole las cargas derivadas de la sentencia y de la nueva situación creada por la misma.

Sin embargo, la experiencia demostró que no era posible ni deseable encuadrar las transgresiones contra el orden jurídico-matrimonial en un determinado número de causas típicas de separación culpable, porque, de esta manera, lo que se estaba haciendo, de un modo indirecto, era censurar social y jurídicamente a uno de los miembros de la pareja y esta «tacha» era contraproducente, contribuyendo a aumentar la ya de por sí inestable situación del esposo considerado culpable. De ahí que las legislaciones decidieran introducir la separación por causas objetivas, sin hacer expresas referencias a conductas culpables. El Código Civil español, antes de la reforma de 1981, establecía causas típicas y taxativas de separación, basadas en la culpa de un esposo, estando legitimado para instarla solamente el cónyuge «inocente». Hoy día, con criterios dignos de elogio, se ha suavizado el régimen antecedente, pero no se ha llegado a eliminar por completo la distinción entre cónyuge «culpable» y cónyuge «inocente». Se mantienen, en efecto, causas «culpables» o culpabilísticas, aunque un sector de la doctrina jurisprudencial se mostraba muy cauto en este aspecto, afirmando que *«desaparecido de la Ley el concepto de cónyuge culpable y de cónyuge inocente, la actual redacción del Código Civil se orienta en el sentido de regular las consecuencias de la crisis matrimonial que da lugar a la separación o al divorcio con vocación de futuro, atendiendo a lo más beneficioso o, si se prefiere, lo menos malo, para los hijos y los propios cónyuges, huyendo de reproches y castigos que conducen a consecuencias frecuentemente absurdas y negativas para los propios implicados, además de injustas por limitar el análisis de la*

(26) PONS GONZÁLEZ, MANUEL, y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ANGEL, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico*, citado.

ruptura de la convivencia a ciertos hechos externos reprochables» (Sentencia de 3 de enero de 1983).

Si nos detenemos un instante en algunas de las causales contempladas por el legislador, observaremos que, efectivamente, hay aún criterios culpabilísticos o culpables a la hora de determinar la legitimación procesal de un cónyuge. Así, recordemos, por ejemplo, la causal 4.^a, fundada en que uno de los esposos es alcohólico o toxicómano o padece perturbaciones mentales. No puede afirmarse que esta causal sea técnicamente objetiva y que lo que pretende es constatar la ruptura de la vida en común de los casados, el fracaso del matrimonio. Ya ENTRENA KLETT entendía que no resultaba correcto el término de «interés» empleado por el legislador, porque resulta muy elástico y materialista, siendo mejor el equivalente de «paz familiar», o quizá los de «seguridad» o «convivencia armónica», apuntando este mismo autor, con razón, que la causal 4.^a no es afortunada al hablar de «interés del otro cónyuge», porque, cesado el amor hasta el grado de instarse la separación, el interés del otro cónyuge estriba precisamente en separarse del enfermo, con lo que se identifica la causa legal y el beneficio procurado por el particular, lo que constituye un grave error de técnica jurídica, siendo contradictorio con la obligación de socorrerse mutuamente que proclama el artículo 68 del Código Civil, concluyendo en que la interpretación de esta norma ha de ser restrictiva (27).

En el fondo de esta causal 4.^a late aún el sistema de separación en cuanto sanción al cónyuge que ha caído en estas conductas y no es de recibo sostener que esta causal se configura estrictamente como objetiva. No lo entendió así, sin embargo, nuestra doctrina jurisprudencial. En este sentido, la Sentencia de 24 de abril de 1989, afirmó que *«...se ha superado el sistema de separación-sanción, por lo que el legislador deliberadamente evita emplear la terminología de cónyuge culpable o inocente, que partía de la errónea idea de que la misión de los Tribunales de Justicia en las crisis matrimoniales consiste en determinar culpabilidades, en lugar de resolver conflictos, con el máximo respeto a la esfera de los afectos humanos, que no corresponde a los Tribunales enjuiciar. La resolución judicial de separación no es una reacción sancionadora frente a un comportamiento culpable, sino una forma de tratar jurídicamente las crisis matrimoniales, dándoles una salida respetuosa con los diferentes intereses personales y familiares, y por ello se prevé que pueda decretarse judicialmente la separación a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro (separación consensual) o por cualquiera de ellos cuando haya transcurrido un determinado período de cese efectivo de la convivencia (art. 82.6.^a), transformando en separación judicial, legal-*

(27) ENTRENA KLETT, CARLOS MARÍA, *Matrimonio, separación y divorcio*, citado.

mente reconocida, una situación de separación de hecho, con independencia de las razones que la motivase, sin que el Juez pueda entrar a examinar y decidir sobre la conveniencia de la separación, sino únicamente comprobar la existencia de causa legalmente reconocida, y sin que —ni siquiera en el caso de causas subjetivas imputables a uno de los esposos—, ello implique declaración de culpabilidad o inocencia...»

El legislador ha pretendido pasar de un sistema de separación por culpa a uno de separación-remedio. De ahí que en la regulación jurídica se omita toda referencia a la idea de culpa en cualquiera de los cónyuges. Pero, no obstante, estimo que en determinadas causales sigue persistiendo esa idea y, como tal, aflora al exterior. No hay duda que, si uno de los esposos infringe alguno de los deberes que le imponen los artículos 67 y 68 del Código Civil, el otro esposo estará legitimado para instar la separación, por lo que no puede hablarse solamente de separación-remedio en nuestro sistema jurídico-matrimonial, sino también, aunque la norma no lo indique, de separación-sanción, pues será, en estos supuestos, el cónyuge «inocente» el legitimado para instarla.

En líneas generales, podemos concluir afirmando que la regulación jurídica de la separación matrimonial en nuestro Ordenamiento es bastante acertada y positiva, si bien hay que tener en cuenta que el legislador podría haber matizado más a la hora de establecer las causales respectivas, al objeto de que se hubiera eliminado, por fin, cualquier referencia a culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges. En cualquier caso, hay que recordar que, al haberse introducido en nuestro Ordenamiento Jurídico el divorcio vincular, la separación conyugal ha dejado de ser la única solución jurídica que se le plantea a un cónyuge para escapar de una situación de crisis, siendo loable, además, que los cónyuges puedan valerse del instituto de la separación como escalón o puente hacia el divorcio.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA