

La jurisdicción competente para conocer de las causas de separación en el matrimonio canónico (*)

POR

MARIANO LOPEZ ALARCON

SUMARIO:

1. Planteamiento de la cuestión; 2. La separación personal de los cónyuges: terminología y noción; 3) La tesis de la competencia exclusiva de la Iglesia para conocer de las causas de separación; 4. Concesiones de la Iglesia en favor de la jurisdicción del Estado; 5. Cómo se justifica esta postura tolerante de la Iglesia; 6. A) La separación de cuerpos no destruye los elementos esenciales del matrimonio *in facto esse*; 7. B) La separación tampoco afecta al matrimonio *in fieri*; 8. C) Relevancia civil del *in facto esse* en el matrimonio concordatario; 9. Régimen jurídico civil de la separación personal en el matrimonio canónico; 10. A) El sistema italiano; 11. B) El sistema español; 12. Consideraciones finales.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

El tema de la delimitación de competencia entre la Iglesia y el Estado en materias que afectan a ambas sociedades ha venido solicitando con especial interés la dedicación de la doctrina y de la actividad diplomática a la prevención y a la solución de los conflictos que pudieran suscitarse o se hubieran producido entre ambas potestades.

(*) Trabajo acogido a los beneficios de «Ayuda a la Investigación».

No es nuestro propósito entrar en el estudio general de la competencia jurisdiccional en las relaciones entre la Iglesia y el Estado ni de las situaciones conflictuales que se plantean; el lector fácilmente podrá darse una idea de estas materias consultando alguna de las obras generales o monográficas sobre el tema (1). Limitamos este trabajo a un punto muy concreto, la jurisdicción competente para conocer de las causas de separación de los cónyuges ligados por matrimonio canónico, que no por su concreción deja de presentar interesantes facetas que necesitan de un cuidadoso tratamiento, sobre todo para indagar el fundamento de la situación actual, generalizada incluso en países de régimen concordatario, en los que es el Estado el que viene conociendo, total o parcialmente, de estas causas.

Ya el instituto de la separación requiere una fijación de su terminología, por un lado, y de su noción, por otro, en vista de las variadas manifestaciones que en la realidad presenta la suspensión de la comunidad conyugal. Luego habrá que exponer la tesis católica de la competencia exclusiva de la Iglesia para conocer de las causas de separación y la hipótesis de una realidad contraria a la que se ha llegado mediante concesiones de la Iglesia en favor de la jurisdicción del Estado. Fundamentar el estado real de la cuestión ha de llevar necesariamente a relacionar el *status separationis* con el matrimonio *in facto esse* y con los efectos canónicos y civiles del matrimonio *in fieri*, porque la atribución de la jurisdicción en materia de separación dependerá sustancialmente de la afección de elementos canónicos o civiles, y según que éstos sean fundamentales o secundarios, esenciales o accidentales. Particular atención ha de concederse al matrimonio concordatario, por si en el mismo cede la tesis de la competencia de la Iglesia y dicho matrimonio llevare implícita la transferencia al Estado de la competencia en las causas de separación, salvo expresa reserva por éste de la jurisdicción eclesiástica. El Derecho concordatario comparado mostrará que solamente en España conoce la jurisdicción de la Iglesia de estas causas y el examen del Derecho español pondrá de manifiesto que tampoco es íntegra la jurisdicción de la Iglesia en nuestro país. La conclusión a que se llega es que la delimitación de competencia es cuestión que, en la situación actual de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, se rige por motivos sociales, políticos y de oportunidad, que han relegado a segundo plano la tesis de la absoluta y exclusiva competencia de la Iglesia en las causas de separación.

(1) El Prof. MALDONADO viene dedicando su atención al estudio de las relaciones entre el Derecho de la Iglesia y el del Estado. Es de sumo interés el Capítulo IV de la primera parte de su libro «Curso de Derecho Canónico para juristas civiles», Madrid, 1967, así como su colaboración al «Homenaje al Profesor Giménez Fernández», bajo el título «Las nuevas orientaciones sobre los conflictos de la competencia canónico civil», vol. I, Sevilla, 1967.

2. LA SEPARACION PERSONAL DE LOS CONYUGES: TERMINOLOGÍA Y NOCIÓN

La separación de cuerpos se distingue hoy claramente del divorcio, pues son términos que tienen significado propio y distinto. Mientras el divorcio disuelve el vínculo conyugal, la separación se limita a suspender la comunidad de vida y el ejercicio de ciertos derechos que en la misma se desenvuelven, permaneciendo firme el vínculo. Esta diferenciación en los conceptos y en la terminología es consecuencia del triunfo del principio de indisolubilidad del matrimonio, que la Iglesia logró imponer en sociedades dominadas por la libertad de las nupcias y de su disolución.

La separación conyugal es instituto netamente canónico, remedio para las dificultades de la vida común de los esposos, sin ruptura del vínculo matrimonial, que, por una efectiva vigencia del principio de indisolubilidad, dió lugar a la proscripción del divorcio vincular que era consustancial al matrimonio romano por cuanto su estabilidad descansaba en la convivencia y en la *maritalis affectio* y la cesación de éstas comportaba la disolución del matrimonio (2). Pero la resistencia de los pueblos occidentales, romanos y bárbaros, a desterrar el divorcio dió por resultado que, aún en el ámbito de la Iglesia, el divorcio se mantuviera presente en la terminología, en supuestos concretos excepcionales y en ciertas prácticas divorcistas.

La palabra *divortium*, en sentido amplio, se empleó en textos legales y doctrinales. Los Decretales insertaron un Título (el XIX del Libro IV) con la rúbrica "De divortiis" para regular la separación y, anteriormente, la Primera de las Compilaciones antiguas, obra de Bernardo de Pavía, empleó la misma rúbrica para el Tít. XX del Libro IV.

El mismo autor abarcará bajo el término *divortium*, el total y el parcial, según que los cónyuges pudieran o no convolar a nuevas nupcias (3); pero, como aclara Esmein, la palabra divorcio designará estas dos cosas: la decisión sobre una acción de nulidad del matrimonio pronunciando que no existe ningún vínculo conyugal entre dos personas unidas de hecho; y

(2) BATLLE, «Divorcio» en Nueva Enciclopedia Jurídica Española, vol. VII pág. 656

(3) Bernardi Papiensis Summa Decretalium (ed. Laspeyres), Regensburg, 1860, págs. 187-188: «Divortium autem aliud totale, aliud particulare; totale, quia ita separantur, ut liceat ad aliam copulam convolare, sive utriusque, ut ubi separantur propter consanguinitatem vel affinitatem, sive alteri tantum, ut ubi pro voto solemniter vel frigiditate; particulare divortium est, ubi taliter fit separatio, ut neutri liceat aliud contrahere matrimonium, veluti pro dultério».

una institución nueva, el antiguo divorcio por causa de adulterio, transformado y limitado en sus efectos, *divortium quoad torum et mensam* (4). La doctrina canónica prodigó el término *divortium* en este sentido amplio (5), hasta que el *Codex Iuris Canonici* lo ha rechazado abiertamente y ni aún lo emplea en los supuestos de disolución del vínculo, conservando el vocablo separación en su exacto sentido (6); no obstante lo cual sigue empleándose el término divorcio por algunos autores y en el lenguaje forense (7).

Las legislaciones civiles, por el contrario, han venido manteniendo el uso de la palabra divorcio, incluso para designar la separación conyugal. Pero también en este ámbito se va imponiendo el correcto uso de los vocablos y buena prueba de ello es que en la revisión del Código civil español llevado a efecto por la Ley de 24 de abril de 1958 ha desaparecido de su articulado el término divorcio y en su lugar se ha introducido la palabra separación (8). Las legislaciones que regulan ambas instituciones las distinguen con las respectivas denominaciones de divorcio y separación (9).

Mayor importancia tiene exponer la diversas manifestaciones con que se exterioriza la separación de los esposos y seleccionar, de entre ellas, las que el Derecho reconoce y tutela.

No se considera como situación jurídica de separación conyugal la que es ocasional y transeunte, el mero distanciamiento de los esposos por causas diversas, como la actividad profesional viajera, la enfermedad, los estudios, emigración temporal, visitas a familiares, etc.; en estas circunstancias solamente se interrumpe la cohabitación familiar.

La separación de hecho es un fenómeno sociológico por virtud de la cual se produce una dislocación del hogar común y cada cónyuge hace vida independiente al margen de las normas legales sobre el matrimonio. No es atendida por el Derecho canónico y tampoco las legislaciones civi-

(4) ESMEN, *Le mariage en droit canonique*, 2.^a ed. puesta al día por Génes-tal y Dauvillier, Tomo II, París, 1935, pág. 101.

(5) Cfr. FERRARIS, *Prompta bibliotheca*, Tomo III, Venetiis, 1778, pág. 63; REIFFENSTUEL, *Jus Canonicum Universum*, vol. V, Parisiis, 1882, pág. 500; GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Paris, 1891, págs. 230 y sgts.

(6) Lib. III, Pars. I, Cap. X, De separatione coniugum, Art II, De separatione tori, mensae et habitationis. Igual se expresa el Código para la Iglesia Oriental, De Sacramento matrimonii, Cap. X.

(7) Cfr. MUÑIZ, *Procedimientos eclesiásticos*, tomo II, Madrid, 1925, págs. 648 y sgts.; AGUILAR, *Procedimientos canónico civiles respecto a las causas de divorcio y nulidad del matrimonio*, tomo II, Madrid, 1923, págs. 11 y sgts.

(8) La anterior rúbrica «Del divorcio» de la Sección 4.^a, Capítulo 3.^o, Tit. IV, Lib. I, se denomina ahora «De la separación». Véase BATTLE, *Observaciones sobre la reforma del Código civil*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 205 (1958), pág. 437.

(9) En estos Ordenamientos la separación o viene a ser el «divorcio de los católicos» o una situación convertible a divorcio a petición de ambos cónyuges o de uno de ellos, Cfr. GARCIA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 269.

les sancionan dicha situación, salvo la adopción de algunas medidas para garantizar la subsistencia de la mujer y la atención de los hijos abandonados (10). El hecho del abandono malicioso suele tipificarse como delito (11).

En el terreno de la separación legítima cabe distinguir la que tiene lugar por mutuo consentimiento, interviniendo o no la homologación judicial, la que se produce en virtud de autoridad privada de parte, y la que es decretada por la autoridad competente en el procedimiento adecuado.

La separación consensual no es acogida por el Derecho canónico. "Un alejamiento pasajero —escribe Le Picard— que no disocia el hogar, no siempre es culpable y hasta será oportuno a veces. Pero el acuerdo de los esposos no puede justificar las rupturas definitivas o prolongadas" (12). Se exceptúan estos dos supuestos, ambos fundados en el propósito de alcanzar un estado de vida más perfecto: la recepción de las sagradas órdenes, previa dispensa de impedimento (can. 987, 2.º en relación con el Motu Proprio "De Episcoporum muneribus", IX, 9, e) y la profesión religiosa, también mediando la oportuna dispensa (cans. 542, 1.º y 572, pfo. 1, núm. 3) (13).

La separación por autoridad privada tampoco queda a la libre voluntad de los cónyuges, sin intervención del Ordinario, salvo el caso de adulterio y, fuera de él, cuando concurre una urgente necesidad y alguna causa legítima de separación (14) y aún en estos casos se estima que es de efectos parciales y de carácter provisional, es decir, subordinada a un control de la autoridad competente, pues hay obligación de acudir al Or-

(10) Cfr. CARBONIER, Derecho civil (trad. española), Tomo I, Vol. II, Barcelona, 1961, págs. 230 y sgts.; Ilda di MARINO, La separation de fait des époux, Aix-en-Provence, 1957. En la doctrina española, LACRUZ, Derecho de Familia, Barcelona, 1963, págs. 54 y sgts.; FAUS ESTEVE, La separación de hecho en el matrimonio, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, II (1946), págs. 289 y sgts.

En algunos países la separación de hecho tiene algunos efectos similares a los de la separación legal. En Hungría, por ejemplo, aunque no existen disposiciones respecto a la separación legal solicitada por uno de los cónyuges, el tribunal puede conceder la separación de bienes. Análogamente a este respecto, en la Federación de Rhodesia y Nyasalandia (en cuanto se refiere a los matrimonios entre africanos celebrados conforme a la Native Marriage Act, 1950, en Rhodesia del Sur) el Derecho tribal resuelve problemas, como el de la patria potestad sobre los hijos adulterinos nacidos durante un periodo de separación de hecho. (Disolución del matrimonio, anulación del matrimonio y separación legal.—Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Información Jurídica, núms. 250-251 (1964), pág. 80).

(11) El art. 487 del Código penal español sanciona a los que dejaren de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio si abandonare maliciosamente el domicilio familiar.

(12) LE PICARD, La communauté de la vie conjugale, París, 1930, pág. 166.

(13) Cfr. BERNARDEZ CANTON, Las causas canónicas de separación conyugal, Madrid, 1961, págs. 84 y sgts.

(14) De SMET, De sponsalibus et matrimonio, Brugis, 1927, pág. 126.

dinario para la confirmación de la separación provisional (15) y hasta se le atribuye solamente valor moral en orden a la tranquilidad de la conciencia (16).

La separación de derecho exige, además de una justa causa, la tramitación del oportuno procedimiento en el que autoritativamente se declare el estado de separación. La única causa de separación perpetua es el adulterio (can. 1129) y son varias las de separación temporal, como afiliarse a una secta acatólica, educación acatólica de la prole, vida criminosa e ignominiosa de alguno de los cónyuges, grave peligro para el alma o para el cuerpo, sevicias que hagan la vida en común demasiado difícil, todas ellas recogidas por el can. 1131, que con carácter general admite otras semejantes y que ha permitido a la jurisprudencia y a la doctrina incrementar aquella relación con otras causas, entre las cuales destaca el abandono malicioso del hogar (17). También varía el procedimiento según que la separación sea perpetua o temporal, pues en el primer caso ha de seguirse un proceso judicial (can. 1130) y en el otro un procedimiento administrativo que se resuelve mediante decreto del Ordinario (can. 1131 y Respuesta de la Comisión Pontificia para la Interpretación del Codex, de 25 de junio de 1932) (18).

(15) BERNARDEZ, ob., cit., pág. 78; JUBANY, Causas de separación temporal, en el volumen «Las causas matrimoniales», Salamanca, 1953, pág. 554, que solamente admite la intervención de la Autoridad eclesiástica a instancia de parte, pero no de oficio por entender que es muy difícil que hoy constituya una situación de escándalo público la vida separada de los consortes, por lo menos en nuestras grandes ciudades, a no ser en casos de circunstancias muy especiales.

(16) REGATILLO, Tratamiento de las causas de divorcio, Revista Española de Derecho Canónico, 2 (1947), pág. 40.

(17) Cfr. BERNARDEZ, El abandono malicioso como causa canónica de separación conyugal, Revista Jurídica de Cataluña 59 (1960), págs. 167 y sgts; HERVADA, Observaciones sobre el abandono malicioso en la Jurisprudencia rotal, Ius Canonicum, I (1961) págs. 545 y sgts.

(18) El texto de esta importante Respuesta fue publicada en Acta Apostolicae Sedis, vol. I, año 1932, pág. 284 y dice así:

«I. An separatio conjugum ob causas, de quibus in can. 1.131, pfo. 1, forma administrativa decernenda sit.

«II. An in causis separationis conjugum, de quibus in can. 1.131, pfo. 1, in secundo gradu eadem servanda sit forma ac in primo gradu.

«Ad. I. Affirmative, nisi ab Ordinario aliter statuatur ex officio vel ad instantiam partium.

«Ad II. Affirmative».

Por lo tanto, debe seguirse el procedimiento administrativo, a no ser que el Ordinario disponga, de oficio o a instancia de parte, que se siga el proceso judicial.

Sobre el tema se ha producido abundante literatura: A los trabajos citados de REGATILLO y JUBANY hay que añadir: MIGUELEZ, Las causas matrimoniales de separación temporal, Revista Española de Derecho Canónico, 9 (1954), págs. 315 y sgts.; Ildefonso PRIETO, El procedimiento en las causas de separación temporal, en la misma Revista, 11 (1956) pgs. 45 y sgts.; Del AMO, Procedimiento en las causas de separación, Revista de Derecho Privado 43 (1959), pgs. 558 y sgts.

En España contamos con unas normas directivas comunicadas por la Santa

En Derecho civil la separación legítima tanto puede ser consensualmente convenida como judicialmente declarada. La primera necesita, por lo general, para su eficacia de la homologación judicial tal como la exige el art. 158 del Código Civil italiano, por lo que no se la considera estrictamente pacticia (19); sin embargo, en el Derecho soviético, como cada uno de los cónyuges puede escoger libremente su domicilio, ambos esposos tienen derecho a vivir separados sin necesidad de autorización judicial ni de ninguna otra autoridad (20), situación que no puede darse en los países en que se atribuye al marido la facultad de señalar el domicilio conyugal, como es el caso de nuestro Código civil, cuyo art. 58 permite que los Tribunales, solamente cuando el marido traslade su residencia a ultramar o a país extranjero y mediando justa causa, pueda eximir a la mujer de esta obligación (21). La separación judicial es admitida con carácter exclusivo por la legislación española y la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1949 negó toda eficacia legal a un convenio privado suscrito por dos cónyuges en el que se regulaban las relaciones entre ambos y el cuidado de los hijos sobre la base de su separación (22). Las causas de separación, que siguen de cerca a las canónicas, se enumeran en el art. 105 del Código con carácter taxativo según consta en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Marzo de 1957 (23) y el procedi-

Sede a los Prelados españoles a través de la Nunciatura. Es la Circular, de fecha 2 de Agosto de 1958, que está redactada en estos términos:

«Adaptado por el excelentísimo Gobierno español el artículo 82 del Código Civil a las disposiciones del artículo XXIV del vigente Concordato, la Santa Sede, al *dubio*: «Si en España, para tratar las causas de separación de personas, a que se refieren los cánones 1.128-1.132 del Código de Derecho Canónico, se pueden seguir los procedimientos administrativos previstos por el mismo Código o se deba proceder por vía judicial» ha tenido a bien responder:

«En vista de las especiales circunstancias, y ateniéndose a la práctica generalmente seguida en España, es propósito de la Santa Sede que, en los casos mencionados, se proceda por trámites judiciales ante el Tribunal eclesiástico competente» (Esta Circular fue publicada en algunos Boletines episcopales y en la Revista Española de Derecho Canónico, vol. 13, año 1958, pág. 675).

(19) AZZOLINA, La separazione personale dei coniugi, Torino, 1951, pág. 13.

(20) Informe citado del Secretario General de las Naciones Unidas, pág. 80.

(21) La doctrina española considera de justicia ampliar a otros supuestos la excepción del art. 58 del Código civil. Véase BATLLE, Cuestiones de Derecho matrimonial, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1960, págs 586 y sgts.

(22) Véase en MALDONADO, Reseña de Derecho del Estado sobre materias eclesiásticas, Revista Española de Derecho Canónico, 5 (1950), pág. 700. Cita más jurisprudencia LACRUZ, ob., cit., págs. 155 y sgts.

(23) Las causas legítimas de separación que recoge el art. 105 del Código civil, redactado conforme a lo dispuesto en la ley de 24 de abril de 1958, son las siguientes:

1.ª El adulterio de cualquiera de los cónyuges.

2.ª Los malos tratamientos de obra, las injurias graves o el abandono del hogar.

3.ª La violencia ejercida por un cónyuge sobre el otro para obligarle a cambiar de religión.

4.ª La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

miento para declarar el estado de separación habrá de seguir los trámites del mayor cuantía, de acuerdo con las reglas del art. 483 de la Ley de Enjuiciamiento civil (24).

3. LA TESIS DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA IGLESIA PARA CONOCER DE LAS CAUSAS DE SEPARACION

La competencia de la Iglesia para conocer de las causas matrimoniales entre bautizados ha pasado por estas tres etapas, perfectamente detectadas por Esmein (25): Primero, la legislación canónica se desarrolló al lado del Derecho secular, con independencia de éste; en una segunda fase, aquella suplantó y eliminó al Derecho secular, quedando como único régimen matrimonial en la Europa cristiana, fenómeno que tiene lugar hacia la mitad del siglo X (26); en fin, en los tiempos modernos y ante el poderoso avance de la legislación civil sobre el matrimonio, el Derecho canónico tuvo que abandonar el terreno que había ocupado para volver a su antigua posición.

En la actualidad, la Iglesia sigue defendiendo su competencia para conocer de las causas matrimoniales y solamente reconoce al Poder civil su competencia para conocer de los efectos civiles. Ya el Concilio de Trento condenó la siguiente proposición: "Si alguno dijere que las causas matrimoniales no tocan a los jueces eclesiásticos, sea anatema" (Sesión XXIV, sobre el sacramento del matrimonio, can. 12) (27) y son numerosísimos los documentos de la Santa Sede que reiteran y desarrollan esta doctrina (28), en los que se afirma que "la sentencia de los tribunales laicos y de las juntas católicas, por las que principalmente se declara la nulidad de los matrimonios y se atenta a la disolución de su vínculo, ningún valor y ninguna fuerza absolutamente pueden conseguir ante la Iglesia.." (Pío VII, Breve a Carlos de Dalberg, arzobispo de Maguncia, de 8 de Noviembre de 1803) (29) y que "pertenece totalmente a la potes-

5.ª El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución.

(24) Cfr. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, págs. 1.178 y sgts.

(25) ESMEIN, ob. cit., tomo I, págs. 1 y sgts.

(26) La competencia fue muy extensa, abarcando el juicio sobre la existencia o inexistencia, validez o invalidez del matrimonio, separación de cuerpos, separación de bienes, relaciones pecuniarias entre los cónyuges, cuestiones de legitimidad de los hijos, delito de adulterio (ESMEIN, ob. y tomo citados, pág. 32).

(27) DENZINGER, *El magisterio de la Iglesia*, Barcelona, 1955, núm. 982.

(28) Puede verse la cita de estos documentos al pie de los cáns. 1.016, 1.960 y 1.961 en la edición del Codex anotada por el Card. GASPARRI con la relación de fuentes.

(29) DENZINGER, ob. cit., núm. 1.600.

tad de la Iglesia determinar todo aquello que de cualquier modo pueda referirse al mismo matrimonio" (Pío IX, Alocución *Acerbissimum vobiscum*, de 27 de Septiembre de 1852) (30). El mismo Pontífice condenó la siguiente proposición: "Las causas matrimoniales y los esponsales pertenecen, por su misma naturaleza, al fuero civil" (Pío IX, *Syllabus*, de 8 de Diciembre de 1864) (31).

El Código de Derecho Canónico dispone que las causas matrimoniales entre bautizados corresponden por derecho propio y exclusivo al juez eclesiástico (Can. 1960). Ni el Codex, ni el Concilio de Trento, ni los demás textos citados descienden a precisar el alcance de la expresión "causas matrimoniales" y si en éstas quedan incluidas las de separación judicialmente ventiladas así como los procedimientos administrativos para separar a los cónyuges; pero, los canonistas están conformes en que también la separación, judicial y administrativa, cae dentro del ámbito de las causas matrimoniales, pese a que el Codex, bajo la rúbrica "De causis matrimonialibus", solamente se refiere a las causas de nulidad y a la dispensa del matrimonio rato y no consumado (Rúbrica del título XX, Sec. II, Parte I, Libro IV), pues el contenido de dicho título y el alcance del can. 1960 no puede determinarse aisladamente, sino que ha de relacionarse con otros preceptos, como el can. 1.016, que solamente reserva a la competencia del Estado la regulación y discusión de los efectos meramente civiles y ello cuando no hay conexión de causas en los términos que expresa el can. 1.961, y, por otro lado, no hay que preterir los cans. 1.128 y sgtes., reguladores de la separación conyugal, que hacen expresa referencia a la competencia del Ordinario para decretarla (cans. 1.131 y 1.132).

Cuando los autores antiguos enumeraban las causas matrimoniales no dejaban de incluir las de divorcio o separación y podríamos abundar en la cita de preclaros autores (32), aunque basta que nos refiramos a la clasificación introducida por Benedicto XIV, que distinguió tres tipos de causas matrimoniales: las que tratan acerca de la firmeza de la misma unión conyugal celebrada; otras se promueven sobre la validez de los esponsales o sobre el derecho a entablar el divorcio en cuanto al lecho y a la cohabitación y estas causas igualmente, por su relación con el sacramento del matrimonio, competen solamente al juez eclesiástico, pues por el divorcio se relajan los derechos adquiridos por los cónyuges en vir-

(30) DENZINGER, núm. 1.640.

(31) DENZINGER, núm. 1.774.

(32) SANCHEZ, De Sancto Matrimonii Sacramento, III, Venetiis, 1.712, pág. 309, núm. 17; REIFFENSTUEL, ob. cit., pág. 500, núm. 24; DEVOTI, Institutionum Canoniarum, III, Bassani, 1844, pág. 35.

tud del matrimonio; hay, en fin, otras causas que, ciertamente, tienen conexión con el matrimonio, pero que conciernen directa e inmediatamente a cosas meramente temporales, como son los litigios que frecuentemente se promueven sobre la dote, donaciones por causa de matrimonio, litigios hereditarios, alimentos y semejantes, y éstos pertenecen a la competencia de los jueces seculares, según el común sentir de los doctores (33).

También los autores que escriben después de la promulgación del *Codex* sostienen la competencia de la Iglesia en las causas de separación. Basta consultar a Gasparri, Wernz-Vidal, Vlaming-Bender entre los escritores de curia y a Jémolo y Bernárdez Cantón, canonistas de la Universidad estatal (34), tesis que también es respetada por la doctrina civilista de nuestro país (35). Todos, sin embargo, no están acordes a la hora de precisar cuáles son los efectos meramente civiles, reservados a la competencia del Estado. El criterio más extendido entre los canonistas es de la separabilidad entre los efectos y el matrimonio que los produce. Los efectos civiles son inseparables del matrimonio: mutuos derechos y obligaciones de los esposos, legitimidad de la prole, patria potestad, derechos y obligaciones de los hijos respecto de los padres, mientras que los efectos meramente civiles serían los separables del matrimonio: cuantía de la dote y derechos sucesorios (36); los efectos civiles serían de la competencia de la Iglesia y los meramente civiles del Estado.

Recientemente se ha puesto en tela de juicio la certeza y la utilidad de dicho criterio, pues en realidad, se ha dicho, no hay efecto que no sea separable, lo mismo en el orden lógico que en el legal (37). Por esto algunos autores tratan de precisar las diferencias y consideran efectos meramente civiles los separables del matrimonio que son de orden natural o temporal por contraposición a los de orden espiritual (38), o los que, aun teniendo su origen en el matrimonio, no son rigurosamente esenciales porque no tocan a su constitución interna (39), o se recurre a un criterio de Derecho positivo y se tienen por efectos meramente civiles aquellos

(33) BENEDICTO XIV, De Synodo Diocesana, Opera Omnia, T. IX, Prati, 1844, pág. 317.

(34) GASPARRI, ob. cit. 2.^a ad. 1932, pág. 275; WERNZ-VIDAL, Ius matrimoniale, Romae, 1946, pág. 895; VLAMING-BENDER, Praelectiones Iuris matrimonii, Bassum in Hollandia, 1950, pág. 538; JEMOLO, Il matrimonio nel Diritto canonico, Milano, 1941, pág. 94; BERNARDEZ, Las causas..., cit., pág. 629.

(35) LACRUZ, ob. cit., pág. 146; ESPIN, Manual de Derecho civil español, IV, Madrid, 1963, págs. 113 y sgts.; SANCHO REBULLIDA, Las formalidades civiles del matrimonio canónico, Madrid, 1954, págs. 7 y sgts.

(36) CAPPELLO, De Sacramentis, Taurini, 1950, pág. 66.

(37) GARCIA BARBERENA, Matrimonios mixtos, Anuario de Derecho Civil, 1954, pág. 5, nota 4.

(38) MIGUELEZ, Comentarios al Código de Derecho Canónico, publicados por la B.A.C., Tomo II, pág. 455.

(39) SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 14.

que, no existiendo en el Codex, constan en la legislación civil, supuesta la licitud y honestidad de estos efectos (40).

Quien más ha profundizado en este delicado problema ha sido Pérez Mier (41). En principio, considera absolutamente inválidas e ineficaces las disposiciones civiles que intentaran alcanzar o afectar en sí mismas la validez o la licitud objetivas de las relaciones jurídicas que se derivan naturalmente del mismo vínculo matrimonial objetivamente válido (ora sea con necesidad absoluta, ora solamente con necesidad relativa, hipotética o condicionada) o del simple hecho de la paternidad o de la filiación. Más, añade, la ley civil sí que tiene eficacia para impedir, si se lo propone, que ese matrimonio canónico sea considerado dentro del Ordenamiento civil como tal matrimonio, o como comunmente se dice, para impedir que produzca efectos civiles... La pretensión legal de negar con carácter general o no reconocer efectos civiles al matrimonio canónico es injusta, por lo menos en su establecimiento, pero válida y eficaz en el sentido de que los matrimonios canónicos no obtendrán de hecho los efectos civiles si no van acompañados de las solemnidades civiles... No tratándose —concluye—, como no se trata aquí, de acción total y radicalmente ilícita que vicie todos sus efectos, como tal ley es válida y eficaz en cuanto a otorgar o denegar los efectos civiles según se observen o no los requisitos establecidos.

El autor, como buen concordatarista, coloca en su debido plano al Ordenamiento estatal y, en sus relaciones con el canónico, le reconoce la potestad y la competencia que le corresponde. Gráficamente dice: "... la ley civil sí que tiene eficacia para impedir, si se lo propone, que ese matrimonio canónico sea considerado dentro del ordenamiento civil como tal matrimonio... Como el dueño de una casa no tiene el poder o la potestad de impedir, cerrando a cal y canto los huecos, que sea de día y que el sol brille fuera, pero sí que penetre la luz en la casa y la ilumine por dentro" (42).

Pero el problema no conviene estudiarlo aisladamente sino en el lugar que le corresponde en la estructura del matrimonio *in facto esse*, al que reservamos un apartado en el que haremos referencia a la integración de efectos y a su diferenciación. No obstante, hemos de tratar aquí del importante papel que juega la relación entre ambos Ordenamientos, el canónico y el civil, y que nos lleva a inquirir si el matrimonio entre bautizados, regido exclusivamente por el Derecho canónico, puede producir *ipso iure*

(40) GARCIA BARBERENA, loc. cit.

(41) PEREZ MIER, Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato, Revista de Derecho Canónico, 14 (1959), págs. 143 y sgts.

(42) PEREZ MIER, loc. cit., pág. 145.

unos efectos en dicho Ordenamiento y a la vez y necesariamente en el civil, y otros efectos meramente civiles, es decir, establecidos y regulados exclusivamente por el Estado, dando lugar a un complejo matrimonial *in facto esse* integrado por elementos canónicos y civiles; o si, por el contrario, la unidad y hasta la irreductibilidad de cada Ordenamiento singular requiere que cualquiera de ellos tenga que aceptar los efectos jurídicos cuya fuente radique en el otro Ordenamiento, o, en términos más radicales, si el matrimonio *in fieri* puede originar un matrimonio *in facto esse* constituido enteramente por elementos civiles.

A ello hay que responder que una norma o una institución canónica sólo obliga en el Ordenamiento Civil como tal norma de Derecho positivo cuanto el Estado da una respuesta favorable a la pretensión de vigencia civil. Han de intervenir normas de Derecho interno del Estado (o de la Iglesia), cuya emanación puede ser libre o vinculada, es decir, impuesta al Estado o a la Iglesia por un Ordenamiento jurídico externo o sobrepuesto: el Ordenamiento concordatorio (43). Bajo esta premisa, si el Estado reconoce efectos civiles al matrimonio canónico ello no significa que el Estado recibe materialmente y en su propia redacción las normas reguladoras en el Derecho canónico de los efectos civiles, pues en esta materia no hay recepción de normas sino concesión de efectos (44); significa que los efectos civiles regulados para el matrimonio en general por la ley civil son los que producirá también el matrimonio canónico en el Ordenamiento de ese Estado, tanto por la conveniencia de que en esa Nación no haya diversidad de regímenes jurídicos matrimoniales, como por la garantía que ya tiene para la Iglesia el mero acto de reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, pues ello significa que acepta al matrimonio *in fieri* tal como lo establece el Derecho canónico y por lo tanto es el Estado el primer interesado en la válida constitución del vínculo canónico, lo que le lleva necesariamente a respetar, y no a excluir, dicho vínculo en su formación, en sus cualidades y en sus efectos esenciales y a asegurarse de que la legislación estatal sobre efectos civiles desenvuelve los principios fundamentales de la regulación canónica.

En consecuencia, es verdad que hay efectos esenciales del matrimonio, que son aquellos cuya exclusión por acto positivo de voluntad acarrearían la nulidad del matrimonio (45) y que aún omitidos o deformados por la le-

(43) CHECCHINI, *Introduzione dogmatica al Diritto Ecclesiastico Italiano*, en el volumen «*Scritti giuridici e storico-giuridici*», III, Padova, 1958, pág. 66. Sobre la concesión de efectos de un orden jurídico a determinados actos producidos en la esfera del otro, cfr. MALDONADO, *ob. cit.*, pág. 178.

(44) MALDONADO, *ob. cit.*, págs. 178 y 190.

(45) «Si una de las partes o las dos, por un acto positivo de su voluntad, excluyen el matrimonio mismo, o todo derecho al acto conyugal, o alguna propiedad esencial del matrimonio, contraen inválidamente» (can. 1.086, pfo. 2.º).

gislación del Estado reconociente, operan invariablemente con toda su fuerza como tales efectos civiles queridos por aquél al querer la válida constitución de los matrimonios canónicos; hay otros efectos, que por no estar enraizados en la esencia del matrimonio *in fieri*, caen dentro de la regulación civil y que vienen a ser desarrollo concreto de relaciones jurídicas, derechos y deberes, establecidos por el Ordenamiento canónico; por último, están los efectos meramente civiles o patrimoniales que es pacífica su atribución a la competencia del Estado.

4. CONCESIONES DE LA IGLESIA EN FAVOR DE LA JURISDICCION DEL ESTADO

La progresiva reducción de la competencia eclesiástica, a partir del siglo XIV, por las razones expuestas y mediante los procedimientos utilizados por el poder real, respetó en principio la jurisdicción de la Iglesia en cuestiones sacramentales en atención al preeminente carácter espiritual de éstas limitándose los Tribunales civiles a conocer, a partir del siglo XIII, de aquellas materias que, aun dependientes de un sacramento, eran accesorias y de interés temporal, como el matrimonio, cuestiones de comunidad entre esposos, dote, viudedad y separación de bienes (46). Luego, los Tribunales civiles se apropiaron también de los procesos de separación de cuerpos, partiendo de la costumbre, seguida ya en la Edad Media, de pronunciar los Tribunales civiles la separación de bienes por falta grave de uno de los esposos, admitiéndose en este caso que la separación de bienes llevaba consigo la separación de habitación; más adelante, en el siglo XVII, la jurisprudencia secular declaró que la separación de habitación implicaba la separación de cuerpos. También la *appel comme d'abus* permitió a la jurisdicción laica intervenir en las causas matrimoniales; pero, fue la separación de contrato y sacramento, patrocinada por la doctrina y por la jurisprudencia, lo que fundamentó llevar de plano ante la jurisdicción civil las causas matrimoniales en todos aquellos casos en que no entraba en juego el sacramento. Se llegó a la conclusión de que la Iglesia solamente tenía competencia *de foedere* y de la cuestión de derecho, mientras que la cuestión de hecho correspondía al Tribunal secular; en materia de separación se avanzó más, sosteniéndose que, ni la cuestión de hecho, sobre si hubo o no adulterio, ni la de derecho, sobre si el adulterio es o no causa de separación de cuerpos y de habitación (la de lecho se reservaba a la Iglesia), nada restaban a la validez del

(46) AUGUSTE DUMAS, Histoire de la jurisdiction ecclesiastique, Dictionnaire de Droit Canonique, Tomo VI, cols. 271-281; L. PICARD, ob. cit. págs. 104 y sgts.

sacramento, que es la cuestión a que se limita la competencia del juez eclesiástico (47).

La instauración del matrimonio civil obligatorio vino a establecer en la práctica una división de atribuciones entre la Iglesia y el Estado, pese a la doctrina de la Iglesia sobre invalidez del matrimonio civil entre bautizados (48). Pero en los países, muy pocos, en que se reconoce efectos civiles al matrimonio canónico, la delimitación de competencia sigue en pie, aunque también la Iglesia ha tenido que ir cediendo de su competencia en las causas de separación hasta el extremo de que es España hoy día el único país en donde no resulta posible obtener una sentencia de separación personal ante la jurisdicción civil (49).

A la situación actual se ha llegado a través de declaraciones de tolerancia que la Iglesia se ha visto en la necesidad de formular en evitación de males mayores y hasta ha tenido que hacer dejación, mediante pactos con diversos países, de su competencia en las causas de separación.

A) Declaraciones expresas de tolerancia en cuanto al proceso de separación se contienen en dos respuestas del Santo Oficio, de 19 de diciembre de 1860 y de 25 de Junio de 1885, ambas recogidas por el Card. Gasparri, la primera en su obra sobre el matrimonio y la segunda en el volumen IV de las Fuentes del Codex y también en el mismo texto citado (50). Exigen estas normas la concurrencia de circunstancias especiales: 1.^a Que la parte católica no pueda dirigirse a ningún otro tribunal para obtener una sentencia de separación, pues si se respeta en ese país la libertad de los tribunales eclesiásticos, ni el cónyuge católico ni su abogado tiene motivo para acudir al Juez civil y despreciar al eclesiástico; 2.^a Que haya justa causa de separación, lo que habrá de calificarse conforme a la legislación canónica; sin embargo, podrá alegarse una causa civil de separación que no contradiga a la legislación de la Iglesia; 3.^a Que esta justa causa sea apreciada por la Iglesia; 4.^a Que los magistrados y abogados civiles hagan pública profesión de la doctrina católica respecto del matrimonio y de la exclusiva competencia de la jurisdicción canónica en las causas matrimoniales (51). Cuando no concurren estas

(47) DUMAS, loc. cit., cols. 281-282; ESMEIN, ob. cit., págs. 39 y sgts.; LE PICARD, ob. cit., págs. 104 y sgts.

(48) Cfr. ELOY MONTERO, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, Madrid, 1965, págs. 52 y sgts.

(49) PEREZ MIER, *El concordato español de 1953: significación y caracteres*, *Revista Española de Derecho Canónico* 9 (1954), pág. 37.

(50) GASPARRI, *Tractatus...*, cit. págs. 333 y 334; *Idem*, *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. IV, Poliglota Vaticana, pág. 423, núm. 1.093.

(51) Hoy ha de tenerse por revisada esta tesis. Cfr. IUNG, *El Derecho Público de la Iglesias en sus relaciones con los Estados*, Madrid, 1957, pág. 227; RODRIGUEZ-ARANGO, *El fuero civil y criminal de los clérigos en el Derecho canónico*, Roma-Madrid, 1957, pág. 163.

circunstancias el acto tolerado será válido, aunque ilícito, sin perjuicio de las sanciones que la Iglesia pueda imponer a los infractores.

B) En casos concretos, la Iglesia ha venido consintiendo expresamente que los Tribunales del Estado conozcan de las causas de separación y ésta es ya la práctica usual concordataria, con la sola excepción de España (52). En la correspondiente cláusula concordataria se hace constar que es la Santa Sede la que consiente que las causas de separación personal sean juzgadas por los Tribunales civiles (53). No se trata de una delegación de potestad de jurisdicción de órganos de la Iglesia en otros del Estado, pues solamente los clérigos pueden obtener y, por tanto, desempeñar la potestad, ya de orden, ya de jurisdicción (can. 118). Tampoco constituye un reconocimiento por parte de la Iglesia de facultades jurisdiccionales del Estado en dicha materia, pues la doctrina de la Iglesia lo que vienen sosteniendo es la exclusiva competencia de ella para el conocimiento de estas causas, según hemos visto anteriormente. Se trata más bien, según atinado juicio de Bernárdez, de una autolimitación de la competencia eclesiástica (54) para no estorbar el ejercicio por el Estado de la suya propia y con carácter excluyente en la materia concedida por la Iglesia, de tal manera que si los cónyuges acudieron al Tribunal eclesiástico para que examinara su causa de separación, éste podría pronunciarse, pero su decisión vincularía a los cónyuges solamente con carácter indicativo sobre si deberían acudir o no al Tribunal civil (55).

5. COMO SE JUSTIFICA ESTA POSTURA TOLERANTE DE LA IGLESIA

Refiere el abogado Pacelli, que actuó como intermediario en el período de las conversaciones oficiosas sobre el Concordato italiano —Octubre de 1926 a Noviembre de 1928— que un día, al entrar en el despacho del Pontífice, éste, cerrando el libro de un clásico canonista que tenía en las manos, le dijo: “Creemos que la *potestas clavium* (es decir, la plenitud de la soberanía espiritual) nos faculta para poder consentir a los tribunales civiles el conocimiento de las causas de separación” (56). Efec-

(52) FUENMAYOR, El matrimonio y el Concordato español, *Ius Canonicum*, 3 (1963), pág. 367, que también cita a PEREZ MIER.

(53) Así en los Concordatos con Italia (art. 34), Austria (Protocolo final al art. VII) y República Dominicana (art. 16).

(54) BERNARDEZ CANTON, La delegación de la potestad eclesiástica, en el volumen «La potestad de la Iglesia», Barcelona, 1960, pág. 226.

(55) MIGUELZ, Las causas matrimoniales... cit, pág. 319.

(56) Puede verse la referencia en PEREZ MIER, Iglesia y Estado nuevo, Madrid, 1940, pág. 517.

tivamente, el Romano Pontífice, ejecutando aquellos poderes en forma vicaria o ministerial, puede dispensar en casos concretos y excepcionalmente de la norma divina, positiva o natural, concurriendo justa causa (57). Pero que el Papa Pío XI tuviera que recurrir al argumento de la potestad de las llaves, que está por encima de todo derecho humano (58), para fundamentar su consentimiento, pone de relieve que la disponibilidad pontificia sobre la jurisdicción en las causas de separación rebasa los límites del Derecho meramente eclesiástico.

Aparte de ello, a la Iglesia no le es indiferente, por más que permanezca el nudo vínculo, que una familia se desintegre cesando las relaciones entre los esposos con peligro para el cumplimiento de los fines del matrimonio, ni tampoco puede permanecer pasivamente ante las graves consecuencias que se han de seguir de la separación para la educación de los hijos, ni deja de sentirse afectada por el escándalo que ante la sociedad produce la situación de separación entre cónyuges ligados por vínculo sacramental. Muy poderosas han de ser, por lo tanto, las razones de índole política, social, etc., que presionan para que la Iglesia suspenda su jurisdicción sobre estas causas matrimoniales, razones que casi siempre quedan ocultas bajo el secreto de las negociaciones. Al objeto de nuestro estudio interesan las justas causas que permiten justificar las concesiones pontificias y que, a nuestro juicio, son estas tres: que la separación no afecta a la esencia del matrimonio *in facto esse*; que tampoco toca a la esencia del matrimonio *in fieri*; por último, la especial constitución canónico-civil del matrimonio concordatario *in facto esse*.

6. A) LA SEPARACION DE CUERPOS NO DESTRUYE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL MATRIMONIO "IN FACTO ESSE"

La separación de los cónyuges solamente puede entenderse a través de la íntima relación que guarda con el matrimonio que los canonistas llaman *in facto esse* y sin su previo conocimiento no podríamos captar la peculiar naturaleza de la separación.

El matrimonio, en su aspecto jurídico, se ha venido construyendo sobre base contractualista y, aun cuando el matrimonio entre bautizados tenga naturaleza sacramental, ello no excluye que también sea contrato

(57) Sobre la diversidad de opiniones de canonistas y teólogos acerca del alcance de la potestad ministerial puede consultarse a JOSE LUIS SANTOS, La potestad ministerial en el Ordenamiento canónico, *Ius Canonicum*, 5 (1965), págs. 87 y sgts.

(58) Cfr. Concilio Vaticano I, en DENZINGER, ob. cit., núm. 1.822.

y que sacramento y contrato estén indisolublemente unidos (59). En esta concepción del matrimonio, que es la doctrina tradicional de la Iglesia (60), el contrato es el centro de la regulación normativa de aquél, conforme a un plan que no difiere sustancialmente del que se sigue en Derecho común para la reglamentación de los contratos en particular: la preparación del contrato, los sujetos y sus incapacidades, el consentimiento y sus vicios, la forma, la cesación del contrato y, por último, sus efectos. Por lo que a éstos concierne, los Códigos acostumbran a enumerarlos sin que aparezcan ordenados en una unidad orgánica, sino que los respectivos derechos y obligaciones se agrupan en diversos apartados sobre las relaciones personales entre el marido y la mujer, los padres y los hijos, y las patrimoniales (61). El Código de Derecho Canónico dedica el Cap. IX, del Tit. VIII, Parte I, del Libro III, a los efectos del matrimonio (cans. 1110 a 1117); pero solamente a los efectos inseparables, pues los separables o meramente civiles se atribuyen al poder civil (can. 1016) (62).

Superando esta concepción dispersa e inorgánica de los efectos del matrimonio, algunos canonistas han acometido recientemente la sistematización de los mismos en un todo orgánico, el *matrimonium in facto esse*, que ya era conocido por los teólogos bajo esta denominación y la de *matrimonium passive sumptum* o *formaliter*, porque tiene su causa y origen en el matrimonio *in fieri*, también denominado *matrimonium active sumptum* o *causaliter* (63). Mas, a la hora de concretar el contenido y la naturaleza del matrimonio *in facto esse* solamente se está de acuerdo en que nos encontramos en presencia de un complejo jurídico y en que un elemento esencial se constituye en eje de ese ente complejo. El Card. Gasparri distinguía dos elementos: el vínculo y la comunidad de lecho, mesa y habitación, erigiendo en elemento esencial al vínculo, que

(59) «Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados. Por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento» (can. 1.012).

«El matrimonio lo produce el consentimiento entre personas hábiles según derecho, legítimamente manifestado; consentimiento que por ninguna potestad humana puede suplirse» (Can. 1.081, pfo. 1.º).

(60) Puede verse un buen compendio, con cita de documentos y bibliografía en BERNARDEZ CANTON, Curso de Derecho Matrimonial Canónico, Madrid, 1969, págs. 37 y sgts.

(61) En nuestro Código civil se regulan dispersamente los derechos y obligaciones entre marido y mujer (Sección 4.ª, Tit. IV, Lib. 1.º), paternidad y filiación (Tit. V del mismo Libro), alimentos entre parientes (Tit. VI), patria potestad (Tit. VII), Del regimen patrimonial del matrimonio (Tit. III, Lib. 4.º).

(62) Sobre estos efectos separables e inseparables hemos tratado anteriormente, *supra*, núm. 3.

(63) Cfr. Del GIUDICE, Sommario di Diritto matrimoniale canonico, a cura e con aggiunte del Prof. CATALANO, Milano, 1965, pág. 8.

el famoso canonista identificaba con el *ius in corpus* (64). Posteriormente la doctrina ha incrementado con nuevos elementos el complejo *in facto esse* y, sobre todo, ha cuidado de depurar el concepto de vínculo como elemento esencial, evitando su confusión con el *ius in corpus*. Bernárdez distingue: a) El vínculo, como elemento permanente e indefectible; b) Un *status*, como núcleo de derechos y obligaciones dimanantes de ese vínculo; c) Comunidad de vida conyugal. Elemento esencial es, para este autor, el vínculo y no el *ius in corpus*; el vínculo se caracteriza porque tiene como efecto primordial constituir a dos personas de distinto sexo en la relación específica de marido y mujer (65). Otro canonista, Javier Hervada, construye el complejo *in facto esse* sobre una relación principal o relación matrimonial propiamente dicha y unas relaciones derivadas. Distingue entre esencia de la relación matrimonial, que consiste en la unión jurídica de un varón y una mujer en orden a la obtención de los fines señalados por el pfo. 1 del can. 1013, y elementos esenciales, que pueden ser ya el vínculo ya el *ius in corpus* (contenido), aparte de la especialidad de los sujetos (hombre y mujer) y del principio unificador que es la norma divina (66). Por último, Alberto de la Hera ha puesto en la configuración del matrimonio *in facto esse* la nota del *ius cohabitandi* como elemento esencial y no meramente integrativo del matrimonio (67).

Consideramos de capital importancia para el Derecho matrimonial los esfuerzos que se vienen realizando para la elaboración del matrimonio *in facto esse* como ente orgánico dentro de su complejidad; pero no podemos asegurar aún que se haya andado todo el camino para conseguirlo. Conquistas de primer orden son las ideas de que el matrimonio *in facto esse* no es solamente el vínculo matrimonial, sino un fenómeno complejo, y que no pueden identificarse vínculo y *ius in corpus*. Otro dato de gran importancia es la introducción en el matrimonio *in facto esse* de la noción de relación jurídica, cuyo contenido se describe en su rica composición. Por último, constituye también una notable aportación presentar agrupados derechos y obligaciones en torno a un *status* personal.

Con todos estos elementos en juego, que exigen una ordenación, entendemos que no pueden perderse de vista en el momento de conjugarlos tres principios fundamentales: 1) La relevancia del matrimonio *in fieri*

(64) GASFARRI, ob. cit., II, págs. 175 y sgts.

(65) BERNARDEZ, Las causas..., cit., págs. 7-8 y 30.

(66) HERVADA, El matrimonio «in facto esse». Su estructura jurídica, *Ius Canonicum*, I (1961), págs. 137 y sgts.

(67) DE LA HERA, Relevancia jurídico-canónica de la cohabitación conyugal, Pamplona, 1966, págs. 105 y sgts.

sobre el *in facto esse*, como génesis voluntarista de éste; 2) La dignidad y libertad de la persona humana, que demandan una polarización en torno a ella de las situaciones jurídicas que le conciernen; 3) La influencia del orden público en la ordenación y desenvolvimiento jurídico del matrimonio *in facto esse*.

Apoyándonos en estos principios sostenemos:

1.º Que el matrimonio *in fieri* condiciona y penetra el matrimonio *in facto esse*. Sin el primero no puede darse el segundo y la nulidad o la resolución del primero extingue a la vez el otro (68). Dicha penetración y prolongación se obtiene a través del vínculo, que no es otra cosa que el nexo jurídico permanente creado por el contrato entre los cónyuges; es el mismo contrato en su aspecto funcional o de continuada ejecución del contrato; es, en suma, la relación jurídica matrimonial (69).

2.º Esta relación jurídica es primaria y compleja en cuanto se asientan en la misma otras relaciones derivadas o secundarias y un gran número y variedad de derechos, obligaciones, facultades, poderes, cargas, etc., conjuntados en una integración orgánica, cuya explicación ha promovido una inacabada polémica entre institucionalistas y contractualistas (70). A nuestro entender, la tesis institucionalista no ha podido borrar la relevancia del contrato en el matrimonio ni, por lo tanto, rebajarlo a la especie de mera adhesión de los contrayentes a la regla jurídica institucional. El contrato matrimonial es mucho más que presupuesto de integración en un estatuto jurídico y no se aviene a calificarlo de negocio unilateral de fundación, como propone Stéfano Riccio (70, bis); es una confluencia de recíprocas voluntades en orden a unos fines queridos libremente por los contrayentes en coincidencia con los establecidos por el Derecho y no obsta a esta primacía de lo contractual que el contenido

(68) El Prof DE CASTRO distingue entre el negocio y la relación jurídica negocial, basándose en la doctrina de los canonistas (especialmente de Tomás Sánchez) sobre el contrato como *causa efficiens* y el vínculo o complejo resultado que el contrato produce. El negocio jurídico, añade, recibe ese especial carácter, el de negocial, de la declaración de voluntad, aunque necesite para su eficacia de otros requisitos (*conditiones iuris*), y dicho carácter se manifiesta en la relación negocial. (DE CASTRO, El negocio jurídico, Madrid 1967, págs. 34-35).

(69) En verdad que la relación jurídica no podía estar ausente en el matrimonio, porque —dice CASTAN— la relación jurídica ha llegado a ser una especie de categoría central de la ciencia del Derecho, siempre presente en toda contemplación de las manifestaciones de la realidad jurídica (CASTAN, Situaciones jurídicas subjetivas, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, CXI (1963), pág. 253).

(70) Sobre ello y bibliografía puede consultarse ALFONSO PRIETO, notas a la traducción española del Derecho Matrimonial Canónico de FERNANDO DELLA ROCCA, Madrid, 1967, pág. 5; BERNARDEZ CANTON, Curso... cit., págs. 48 y sgts.

(70 bis) Riccio, Il matrimonio nella Costituzione italiana, Padova, 1968, página 97.

venga en su mayor parte configurado por el propio Ordenamiento. Mucho menos puede defenderse que sólo el matrimonio *in facto esse* tiene la naturaleza y las características de la institución, con independencia del contrato antecedente, pues el totalitarismo de aquella absorbe también el momento constitutivo de la misma: el acto de adhesión, que sustituye al contrato. Por estas razones, la inexpugnable fortaleza del matrimonio-contrato jamás claudicará y no admite su institucionalización, sino, a lo más, la refundición orgánica de sus efectos en un complejo constitutivo de una situación jurídica, en su doble vertiente subjetiva y objetiva. Por un lado, la libertad y la dignidad de la persona humana aconsejan enuclear en torno a ésta los complejos jurídicos que la definen y promueve y que a veces forman unidades que sitúan a la persona en un determinado estado; en el matrimonio, concretamente, nos hallamos en presencia de situaciones jurídicas subjetivas de estado. Por otra parte, la sujeción del matrimonio a los principios del orden público obliga a aceptarlo como situación jurídica objetiva en cuanto es el Ordenamiento jurídico el que establece, con restricción de la autonomía de la voluntad, los más importantes elementos del contenido del matrimonio *in facto esse*.

3.º Por último, que el medio idóneo para el ejercicio del rico contenido del *status matrimonialis* no es otro que el régimen de vida que se conoce por cohabitación matrimonial; es también, según De la Hera, el medio que hace posible en su pleno sentido —es decir, que sin ella sería imposible— la realización de los fines del matrimonio más allá de la *actio* humana de la cópula (71). Cuál es la naturaleza de la cohabitación, su precisa función, su contenido jurídico, su puesto más o menos relevante en el matrimonio son cuestiones que ahora empiezan a estudiarse en todo su alcance y que han recibido un brioso impulso de parte del profesor Alberto de la Hera del que, como dice Monseñor Del Amo, hay que esperar nuevas aportaciones que vayan despejando incógnitas en este inexplorado campo de la canonística matrimonial (72).

Así, pues, en el matrimonio *in facto esse* distinguimos estos tres elementos: Uno jurídico y de constitución dispositiva, que es el vínculo necesariamente ligado al matrimonio *in fieri*. Otro, también jurídico, pero de régimen imperativo, que es la situación jurídica objetiva, que se traduce en situaciones jurídicas de estado con múltiple y variado contenido. Y un tercero, de naturaleza sociológica, que es la cohabitación, constituida y protegida por el derecho.

(71) DE LA HERA, ob. cit., pág. 161.

(72) LEON DEL AMO, La cohabitación de los cónyuges, *Ius Canonicum*, VII (1967), pág. 166.

De estos tres elementos, el primero permanece indefectiblemente en el matrimonio *in facto esse* y no puede hacerse cesar resolutivamente si no es por la muerte de alguno de los cónyuges o por alguna de las causas de disolución admitidas por la legislación canónica (73).

El segundo elemento, la situación jurídica matrimonial, tiene contenido muy variado y desigual. Son relaciones tan complejas y multiformes y tienden a una comunidad de vida tan plena que, como ha advertido Adolfo Rava, el Derecho no puede regular sino los aspectos menos profundos; y, aún regulándolos, lo hace en forma compendiosa y general, y con normas provistas solamente de sanciones indirectas (74). Compréndense relaciones entre los esposos, entre éstos y los hijos, respecto de terceros, unas de carácter personal y otras patrimonial. En la mente del profesor Hervada tienen carácter principal las siguientes: 1) *Ius-debitum in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*; 2) *Ius-debitum non faciendi aliquid contra prolem, non frustrandi* tanto los efectos de la cópula (*actio naturae*) como el recto desenvolvimiento de la *inclinatio* natural a la generación; 3) *Ius-debitum* a la recepción de los hijos nacidos (aspecto positivo) y correlativamente el *ius-debitum* a no atentar contra la vida o la integridad corporal de los hijos ya nacidos (aspecto negativo); 4) *Ius-debitum ad vitae communitatem*; 5) *Ius-debitum mutuuum ad educandam prolem*; 6) Una serie de facultades y obligaciones en orden a la mutua ayuda, la potestad marital y el derecho subjetivo a ejercerla (75). Pero no hemos de olvidar que todo este cúmulo de derecho y de deberes, de facultades y de poderes, sólo alcanza su exacta perspectiva cuando se les considera entroncados y articulados en un *status*, pues como escribe Lacruz, "el Derecho de familia es antes disciplina de estados y condiciones personales que de derechos subjetivos" (76). Y también ha de cuidarse de no involucrar en este complejo, atribuyéndole rango jurídico, otros elementos concurrentes de naturaleza religiosa, social, moral, biológica, etc., que hasta pueden gozar de la protección del Derecho, pero que ello no les atribuye condición jurídica.

Entre estos derechos y obligaciones hay algunos que son fundamentales, de tal manera que no pueden excluirse ni transmitirse, son indisponibles, y cualquier acto de esta clase sería nulo. Pero puede suspenderse el ejercicio de ciertos derechos o puede delegarse (77); dicha suspensión mantiene el derecho en existencia potencial, latente, y, por lo tanto, aún

(73) Cns. 1129 y 1131.

(74) RAVA, II matrimonio, Padova, 1929, pág. 99.

(75) HERVADA, loc. cit., págs 159 y sgts.

(76) LACRUZ, ob. cit., pág. 21.

(77) Cfr. LOPEZ ALARCON, El *ius radicale* y el *ius expeditum* en la simulación

en ese estado de suspensión de derechos subsiste el matrimonio *in facto esse*. Y aún puede afirmarse que la pérdida de tales derechos (v. gr.: impotencia sobrevenida, adulterio) o que no lleguen a nacer los mismos (por ejemplo, los relativos a la prole cuando ésta no sobreviene) tampoco extingue o impide que se constituya y subsista aquel matrimonio, pues el vínculo permanece y en tanto permanezca hay matrimonio y sigue expectante el restablecimiento de su integridad comunitaria.

El tercer elemento, la cohabitación, tiene un fundamento sociológico. Para que la familia sea célula del cuerpo social hay que concebirla en régimen de normalidad, de comunidad de vida que opera y promueve el bien social. Aparte de ello, la cohabitación cuenta con elementos jurídicos protectores, que Le Picard y otros autores han puesto de relieve, principalmente el *ius cohabitandi* que pueden ejercer los esposos para la real efectividad de la cohabitación y la formulación del deber de cohabitar como deber de orden público tutelado por la norma jurídica (78). Sin embargo, aun cuando no haya comunidad de vida puede haber verdadero matrimonio y el can. 1128 lo prevé expresamente: “Los cónyuges deben hacer en común vida conyugal, si no hay justa causa que los excuse”. Y es que la comunidad de vida ni afecta esencialmente al vínculo matrimonial, ni es *per se* elemento esencial del matrimonio *in facto esse*, sino meramente integrativo, que conviene a la normalidad de ejercicio de aquél, pero no ha de concurrir necesariamente para su subsistencia (79), porque, a veces, lo conveniente en situaciones de grave anormalidad es separar a los cónyuges para poner fin a una situación socialmente dañosa que también lo es para los cónyuges y para los hijos; y no se diga que el principio del “favor matrimonii” incita a mantener a ultranza la comunidad de vida, pues, de un lado, no puede configurarse una convivencia forzada de los cónyuges (80) y, de otro, sería ingenuo, como apunta Carnelutti, creer que *reipublicae intersit* a cualquier precio la convivencia entre marido y mujer; hay situaciones que reclaman, precisamente en aras del interés público y sobre todo en el de la prole, que cese la cohabitación permaneciendo la indisolubilidad del vínculo; entre otras cosas, antes que los hijos asistan a continuas reyertas entre los padres, es el mal menor que estén apartados de uno de ellos o de ambos” (81). Ma-

parcial del matrimonio, *Ius Canonicum*, VII (1967), págs. 245 y sgts.

(78) LE PICARD, ob. cit., págs. 43 y sgtes.; BERNARDEZ, *Las causas...*, cit., págs. 51 y sgtes.

(79) GASPARRI, ob. cit., I, pág. 121; WERNZ-VIDAL, ob. cit., pág. 759.

(80) Cfr. MIRABELLI, *La separazione personale dei coniugi per giusta causa*, en el volumen «*Studi in tema di Diritto di Famiglia*», Milano, 1963, pág. 328.

(81) CARNELUTTI, *Separazione per accordo tra i coniugi*. Nota a sentenza della Corte di Cassazione del Regno 3 marzo 1936, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, XIII (1936), II parte, pág. 160.

yores dificultades encierra determinar el alcance del pacto de no cohabitar nunca, puesto al celebrar el matrimonio; pero es sentir común de la doctrina que también en este caso se ha de tener el matrimonio por válido (82) y aun los autores, como De la Hera, que más relevancia otorgan a la cohabitación en el momento constitutivo del matrimonio no se atreven a introducir un nuevo capítulo de nulidad del matrimonio por exclusión de la cohabitación y a lo más que llega dicho canonista es a sostener que la *intentio contra bonum prolis* entraña tanto la exclusión del *ius in corpus* como la exclusión radical del *ius cohabitandi* (83); o sea, que —según nuestra opinión— el pacto de no cohabitar por sí solo nunca haría nulo el matrimonio por exclusión del *bonum prolis*.

Ahora que han quedado trazadas las líneas fundamentales del matrimonio *in facto esse* se comprende que éste no es directamente atacado en su esencia por la separación de los cónyuges, pues el vínculo permanece indemne en tal situación. También subsiste el derecho esencial del *ius in corpus*, pues solamente su ejercicio se suspende, subsistiendo en su raíz (84). Respecto de otros derechos no sustanciales (*ius cohabitandi*, ayuda mutua de los esposos, derechos de padres e hijos, etc.) queda en suspenso su ejercicio y algunos son susceptibles de ejercerse por otro (educación, por ejemplo) o de adoptar formas meramente patrimoniales (alimentos).

En esta anómala situación jurídica de la separación conyugal sólo la cohabitación es directamente afectada por el Derecho mediante la suspensión del *ius cohabitandi*. Los otros derechos y relaciones jurídicas quedan, o en suspenso, o sustituidos en su ejercicio o patrimonializados, conforme acabamos de decir. Y en todo caso, se trata de una situación transitoria, interina, por cuanto aun en el caso de la llamada separación perpetua cabe la reconciliación y con ella el restablecimiento de la comunidad familiar; es una situación producida por la suspensión de algunos efectos y que está destinada a cesar con la simple reconciliación, por lo que solamente debe hablarse, según unos, de una simple modificación del estado conyugal (85), según otros de un verdadero estado civil (86), y

(82) Cfr. BERNARDEZ, Las causas..., cit., págs. 33-34 y los autores que cita.

(83) DE LA HERA, ob. cit., pág. 170; DEL AMO, La separación..., cit., pág. 163.

(84) Cfr. DE LA HERA, La cohabitación en el matrimonio, *Ius Canonicum* V (1968), pág. 531; MIGUELEZ, Comentarios..., cit., pág. 677.

(85) PAJARDI, La separazione personale dei coniugi nella giurisprudenza, Padova, 1966, pág. 3; CARNELUTTI, Nuovi dubbi e nuovi errori in tema di separazione dei coniugi. Nota a la sentenza della Corte d'Appello di Roma 17 julio 1950, en *Rivista di Diritto Processuale*, V (1950) II Parte, pág. 242; SCARDULLA, La separazione personale dei coniugi, Milano, 1967, pág. 36.

(86) DIEZ PICAZO, La situación jurídica del matrimonio separado, *Revista de Derecho Notarial*, núm. XXI (1961), págs. 67 y sgtes.; SANCHO REBULLIDA, El

hay quien emplea la palabra *status* atendiendo a su valor puramente terminológico equivalente en sustancia a relación de persona a persona (87). De todas maneras, cualquiera que sea la postura que se adopte en este punto, queda vigente la conclusión de que la separación no afecta sustancialmente al matrimonio *in facto esse*.

7. B) LA SEPARACION TAMPOCO AFECTA AL MATRIMONIO "IN FIERI"

No podemos concebir jurídicamente el matrimonio *in fieri* si no en su función genética, es decir, como el contrato que origina el complejo de efectos que integran el matrimonio *in facto esse* y que se ordenan en torno al vínculo matrimonial. De ahí que haya una estrecha interdependencia entre uno y otro matrimonio y que mutuamente se condicionen en importantes aspectos. Ya dijimos que si el contrato matrimonial no llega a tener existencia, también es nulo el matrimonio *in facto esse*. Estas causas de nulidad conciernen a deficiencias en los elementos constitutivos del matrimonio, como identidad de sexo, amencia, miedo, situación de raptó, defecto de forma, etc.; pero hay causas de nulidad que tienen su razón de ser en el matrimonio *in facto esse*, en la conformidad del esquema contractual a un régimen social entre los esposos que no altere las líneas esenciales de la voluntad legal. Así, cuando se excluye el vínculo, o alguna de las propiedades esenciales del matrimonio, o se es impotente o hay subsistente vínculo con otra persona y en más supuestos que podrían relacionarse, se advierte la mutua interacción entre acto matrimonial y estado, porque, si bien el matrimonio *in facto esse* es nulo porque lo es el matrimonio *in fieri*, no es menos cierto que la nulidad se basa en una defectuosa configuración de la esencia de aquél. Sin embargo, no hay que exagerar la influencia anuladora del matrimonio *in facto esse* y será lo más conforme con los principios que rigen el matrimonio restringir dicha influencia anuladora a la intervención de elementos verdaderamente esenciales y según expresa determinación legal, rehuendo la interpretación extensiva y peligrosas innovaciones favorecedoras de la nulidad del matrimonio, sobre todo por vía de exclusión de derechos, propiedades o bienes, cuyo ámbito ya viene delimitado por el can. 1086, pfo. 2 (88).

concepto de estado civil, en «Estudios de Derecho Público y Privado», ofrecidos al Profesor Serrano y Serrano, Valladolid, 1965, pág. 800.

(87) AZZOLINA, ob. cit., pág. 239, nota (4).

(88) Sobre exclusión del *ius cohabitandi* y nulidad del matrimonio, véase

A través de esta somera presentación de un tema que está esperando la atención de los canonistas, el de la presencia formal del matrimonio *in facto esse* en la constitución del matrimonio *in fieri*, es fácil colegir que la separación personal no atenta contra el matrimonio-acto de manera indirecta, es decir, a través del matrimonio *in facto esse*, pues si uno o ambos cónyuges renunciaran a alguno de aquellos derechos o propiedades esenciales durante este matrimonio su acto sería ineficaz y solamente podría renunciarse válidamente al ejercicio o uso del derecho, permaneciendo éste en su raíz (89); por muy importantes que sean los derechos cuyo ejercicio se suspenda durante la separación y que, en situación de normalidad, habrían de realizarse durante el matrimonio *in facto*, no tocan por esta vía a los elementos esenciales del matrimonio *in fieri*.

Tampoco estos elementos son atacados de modo directo y radical por la separación personal. En efecto, los elementos esenciales vienen siendo identificados por los canonistas como aquellos que, por ser inderogables, fundamentan el matrimonio *in fieri* y están fuera de la libre disposición de las partes, de tal manera que su exclusión comportaría la nulidad del matrimonio. En este sentido, se va imponiendo la idea de que objeto esencial del contrato matrimonial es el *ius in corpus*, como elemento diferenciado del vínculo; y sucede que cuando se trata de ir por este camino al encuentro de la esencia del matrimonio *in fieri* se rebasa el terreno propio de éste para invadir el del matrimonio *in facto esse*, hasta el extremo de afirmarse por Graziani que se peca por exceso cuando en la definición del matrimonio *in fieri* quiera situarse alguna referencia a la esencia del matrimonio, por cuanto este elemento es propio del régimen del vínculo (90) y, en congruencia con su aserto, el mismo autor sostiene que el elemento sustancial es el contenido del contrato: causa y prestación (91). En términos parecidos escribe Orio Giacchi que el acto con el cual se da vida a la relación matrimonial debe contener ya el fundamento de dicha relación, sus bases, y reflejar, por lo tanto, su esencia en la voluntad que realiza el matrimonio *in fieri*; este acto de voluntad debe, por ello, comprender como objeto propio el "consortium omnis vitae" así como la voluntad de los esposos debe dirigirse a la comunidad de vida en todo su alcance para que pueda existir el matrimonio; este requisito sustancial se traduce, en el terreno jurídico, en la exigencia de que para que haya válido matrimonio se precisa la recíproca entrega y aceptación

De la HERA, ob. cit., pág. 170. Respecto de la educación de los hijos en relación con la nulidad, HERVALA, LOS fines del matrimonio, Pamplona, 1960, pág. 101.

(89) LOPEZ ALARCON, loc. cit., pág. 259.

(90) GRAZIANI, Volontà attuale e volontà precettiva del negozio matrimoniale canonico, Milano, 1956, pág. 13.

(91) GRAZIANI, ob. cit., pág. 23.

“omnis vitae”, o sea, la “deditio juris in corpus perpetui et exclusivi” (92).

De esta orientación moderna sobre la esencia del matrimonio *in fieri* se deduce que todo ataque a la misma tendría que pasar por el matrimonio *in facto esse* y que tampoco, conforme a estas orientaciones, cabe que la separación atente contra la esencia del primero. Mas, para no salirnos del contrato matrimonial, de sus límites propios, tendremos que examinar, más bien que la esencia del matrimonio, los elementos esenciales que entran en su constitución y luego comprobaremos el comportamiento de los mismos ante la separación conyugal. Pues bien, la teoría general del contrato nos enseña que son elementos esenciales, constitutivos o intrínsecos los siguientes: el consentimiento, la causa, una prestación y la forma (cuando se requiere *ad substantiam*) (93) y estos mismos elementos deben concurrir en el matrimonio canónico, sin perjuicio de que se acomoden a las específicas exigencias del mismo.

El consentimiento fue siempre destacadísimo por la doctrina canónica como elemento esencial y necesario para la existencia del matrimonio y sin que pueda ser suplido por ninguna potestad humana (94); es, además, causa eficaz y suficiente para la perfección del matrimonio y no así la cópula (95).

El consentimiento habrá de exteriorizarse verbalmente por los contrayentes en persona o por medio de procurador; y si pueden hablar, no les es lícito emplear otros signos equivalentes (can. 1088). Habrá de observarse la forma jurídica exigida por el canon 1094, conforme al cual solamente son válidos aquellos matrimonios que se celebran ante el Párroco o ante el Ordinario del lugar, o ante un sacerdote delegado por uno u otro, y además ante dos testigos por lo menos, según las reglas establecidas en los cánones siguientes y salvo las excepciones de forma extraordinaria que recoge el can. 1098, conforme al cual es válido el matrimonio celebrado sólo ante testigos en estos dos supuestos: en peligro de muerte si no se puede recurrir a la asistencia ministerial sin incomodidad grave y, fuera de situación de peligro de muerte, si prudentemente se prevé que aquella incomodidad grave habrá de durar un mes como mínimo.

Otro requisito es el objeto, el material que son las mismas personas de los contrayentes (96), y el formal, la prestación, que es el *ius mutuum in*

(92) Giachi, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1968, pág. 352.

(93) MESSINEO, *Doctrina General del Contrato*, I, Buenos Aires, 1952, pág. 72.

(94) WERNZ-VIDAL, *ob. cit.*, pág. 584; VILAMING-BENDER, *ob. cit.*, pág. 7. Véase también canon 1.081.

(95) Sobre la teoría consensual y la cópula-teoría en la primitiva doctrina canónica y su evolución en la doctrina posterior, puede consultarse a D'AACK, *Corso di Diritto Canonico, Il matrimonio*, Milano, 1961, págs. 33 y sgtes.

(96) Ha de advertirse que la designación del cuerpo como objeto del matri-

copus exclusivum et perpetuum in ordine ad actos per se aptos ad prolem generationem, idest in ordine ad copulam (97), o, como dice el can. 1081, pfo. 2, que por el consentimiento matrimonial ambas partes se dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos que de suyo son aptos para engendrar prole.

La causa del matrimonio, jurídicamente considerada, es el requisito que aún está pendiente de una precisa determinación. Hay canonistas que, ante la incertidumbre doctrinal sobre la noción y aún existencia de este requisito o sobre su concurrencia en los negocios patrimoniales (98), excluyen del matrimonio la causa como elemento autónomo (99), la mayoría ni la mencionan, y otros aluden a ella con diverso significado: Cappello la identifica con los fines del matrimonio, Gorla dice que es la unión de dos personas de distinto sexo y Carnelutti quiere ver la causa en el amor, en la promesa de quererse bien (100). Del Giudice se refiere de pasada a la causa al tratar de la simulación parcial del matrimonio y sostiene que la invalidez del vínculo depende de la exclusión de la causa del negocio en sentido objetivo, es decir, de la voluntaria negación de su función, de su contenido, de los efectos que derivan respecto de las partes (101). No puede negarse que los efectos invalidantes de la falta de causa tienen su campo más adecuado en la simulación parcial, porque con ella se ataca directamente a la función del matrimonio, en su contenido; pero, aún va más allá el Prof. De Castro y, junto a la invalidez del matrimonio canónico por carecer de causa ("intento contra matrimonii substantiam"), coloca el consentimiento viciado por error sobre dicha causa (desconocimiento de lo que significa el matrimonio) o tarado por ilicitud de la causa (propósito contra alguno de los fines del matrimonio); hay que advertir que para este docto jurista, en los negocios del Derecho de familia la causa va inserta en el esquema formal del negocio y, concretamente, el consentimiento para casarse supone consentir sobre la causa

monio es un modo de hablar, pues el objeto propio e inmediato de cualquier contrato es la operación humana (VLAMING-BENDER, ob. cit., pág. 6).

(97) GASPARI, ob. cit., pág. 15.

(98) Una síntesis sobre la teoría de la causa puede verse en De CASTRO, ob. cit., págs. 169 y sgtes. y en ALBALADEJO, La causa, en Revista de Derecho Privado, 42 (1958) págs. 315 y sgtes.

(99) DOSSETTI, La violenza nel matrimonio in Diritto canonico, Milano, 1943, pág. 8 y nota (1).

(100) CAPPELLO, ob. cit., pág. 21; GORLA, *Impotencia generandi* e causa del matrimonio, Foro della Lombardia, IV (1934), pág. 51, citado por DOSSETTI, ob. cit., pág. 9, en nota; CARNELUTTI, Accertamento del matrimonio, Foro italiano, 1942, IV, págs. 41 y sgtes. y, el mismo, Replica in torno al matrimonio, en la misma Revista, 1943, IV, págs. 2 y sgtes.; cita de FEDELE en la Enciclopedia del Diritto, voz CAUSA, en el Tomo VI, pág. 578.

(101) Del GIUDICE, Nozioni di Diritto canonico, Milano, 1962, pág. 260, nota (9).

misma: el vínculo del matrimonio (102). Hace algunos años que un cano- nista de gran talla, el profesor Ermano Graziani, llegaba a conclusión pa- recida cuando estudiaba el puesto de la causa en los actos negociales, como el matrimonio, y sostenía que "el elemento causa solamente puede ser construido desde un punto de vista objetivo, es 'decir, reconducién- dolo al elemento formal del negocio, a la norma: como fuente de califi- cación jurídica" (103). Las reflexiones de Graziani derivan luego por la realización práctica de la causa en el negocio y escribe que solamente alcanza relieve cuando el negocio es actuado, es decir, cuando la volun- tad del negociador da vida y concreción al abstracto esquema negocial; antes de dicho momento la causa no es todavía función, sino solamente síntesis de los efectos jurídicos esenciales del negocio, o sea, la esencia del negocio, de tal manera que causa y esencia son un mismo concepto considerados bajo un doble aspecto: si consideramos todos los caracte- res típicos del negocio fijados por las normas preceptivas en la configu- ración esquemática y estática del instituto tenemos la esencia, el mínimo necesario y suficiente para que el negocio pueda existir; si estos mismos caracteres los consideramos atendiendo al momento dinámico del nego- cio tenemos su función jurídica, es decir, la causa. En consecuencia, todo el problema relativo a la causa del matrimonio se resuelve en el proble- ma relativo a su esencia; es en el especialísimo *ius in corpus* donde está toda la esencia del matrimonio y en su producción radica la causa del negocio jurídico matrimonial (104).

Parécenos que en estos contactos que la doctrina ha tomado con el problema de la causa en el matrimonio, tienen razón los que defienden su existencia en el negocio matrimonial, aunque, naturalmente, su fun- ción no puede ser exactamente igual que en los negocios de atribución patrimonial, pues el matrimonio es contrato de naturaleza y caracteres tan peculiares y exigentes que hasta la causa se ve configurada por ellos bajo el patrón objetivo, inserta en el esquema formal del negocio: en la norma, en íntima conexión con la esencia del matrimonio. Por ello, la causa aparece como enmascarada en la fase constitutiva y en el desen- volvimiento del negocio matrimonial; pero opera enérgicamente cuando, al ponerse de relieve que la voluntad contractual no se ajustó al esquema formal del negocio, la prevalencia de éste y de la causa sobre aquella puede conducir a la declaración de nulidad del matrimonio o a apreciar

(102) DE CASTRO, ob. cit., pág. 195. Sobre el «error in causa» en el matrimo- nio, véase lo que escribe De la HERA, El supuesto de hecho del can. 1082, pfo 1.º: «ignorata naturae matrimonii», *Ius Canonicum*, IV (1964), pág. 540.

(103) GRAZIANI, ob. cit., pág. 27.

(104) GRAZIANI, ob. cit., págs. 29 a 34.

la ilicitud del mismo en los términos formulados por De Castro. No será fácil que la causa concebida en estos términos y consecuencias se abra paso en el Derecho matrimonial para explicar cuestiones que una arraigada doctrina viene construyendo sobre el consentimiento, su ausencia y sus vicios; pero hay que reconocer cuán saludable sería la penetración de la doctrina sobre la causa en el negocio matrimonial, tanto en profundidad como en extensión, para explicar con mayor sentido problemas, como la simulación parcial, que no acaban de satisfacer, ni a los mismos canonistas, en su actual exposición (104, bis).

Ha de disculparnos el lector este excursus sobre la causa en el matrimonio, pero no hemos podido eludirlo si queríamos dejar expuestos, aun tan sumariamente, los requisitos constitutivos del negocio matrimonial, lo que era de todo punto necesario para comprobar si la separación personal de los cónyuges atenta contra dichos requisitos. Y no vamos a detenernos en este punto, porque es fácilmente comprensible que la permanencia del vínculo en la separación es posible porque hubo contrato matrimonial, con sus requisitos esenciales, pues, de no ser así, la sociedad conyugal cesaría o podría cesar definitivamente por intervenir causa de nulidad del matrimonio. Ni el consentimiento, ni la raíz de la prestación objetiva, ni la causa, ni la forma son afectadas directamente por la separación, ni podría ser de otra manera atendiendo a la naturaleza y función de dicho instituto.

8. C) RELEVANCIA CIVIL DEL "IN FACTO ESSE" EN EL MATRIMONIO CONCORDATARIO

El matrimonio concordatario, como figura autónoma, junto al canónico y al civil, es producto de la doctrina elaborada en torno al art. 34 del Concordato italiano de 11 de Febrero de 1929 y a las dos normas de Derecho interno dictadas para su ejecución: la ley de 27 de Mayo de 1929, núm. 847, y la Instrucción de la Sagrada Congregación de Sacramentos de 1.º de Julio de 1929 (105). Se debe a Mario Falco esta concepción del matrimonio concordatario, celebrado ante ministro del culto católico y que, bajo ciertas condiciones, puede obtener efectos civiles, matrimonio *sui generis* que tiene requisitos y formas recibidas tanto del Dere-

(104 bis) Causa y abuso del derecho van ligadas en nuestra concepción de la nulidad del matrimonio por simulación parcial (LOPEZ ALARCON, El abuso del derecho en el Ordenamiento canónico, en *Ius Canonicum*, IX (1969), p. 132.

(105) Pueden verse estos textos en Del GIUDICE, *Codice delle leggi ecclesiastiche*, Milano, 1952, págs. 196, 208 y 1.042.

cho canónico como del civil (106). Esta noción de una nueva especie de matrimonio tuvo muy pocos seguidores y se insiste en que el matrimonio canónico por sí solo es insuficiente para producir efectos civiles y que solamente en el matrimonio concordatario, celebrado con la concurrencia de los requisitos canónicos y civiles, tendrán cabida los efectos civiles. Algunos autores llevaron la idea de esta mixtura concordataria tanto al matrimonio *in fieri* como al *in facto esse*, pues como escribe uno de los más decididos propugnadores de esta tendencia, "tanto el vínculo conyugal como el acto de la celebración estarían sujetos, no al Derecho canónico, sino al Derecho concordatario" (107).

El art. 34 del Concordato italiano produjo una abundantísima literatura sobre multiplicidad de temas, entre los cuales figuraba éste del matrimonio concordatario (108), que se rechaza tal como lo propuso Falco. No se pueden ignorar, se argumenta, las profundas diferencias estructurales que presentan en su celebración el matrimonio canónico y el civil para que pueda constituirse un instituto único, de todo punto irrealizable; por otro lado, es inconcebible que la Santa Sede haya podido pensar en erigir ni en prestar su concurso a la erección de un instituto positivo por el que habría sentido una profunda repugnancia y que no hubiera sido pura y simplemente el matrimonio canónico (109). Hay autores que expresamente manifiestan su propósito de no emplear la denominación "matrimonio concordatario" (110) y otros que solamente la admiten como fórmula convencional para expresar abreviadamente el matrimonio canónico con efectos civiles (111).

A nuestro modo de ver, es cierto que pugna con los principios funda-

(106) FALCO, Corso di Diritto Ecclesiastico, Padova, 1930, pág. 385; Idem, Diritto matrimoniale concordatario e principi di ordine pubblico, Rivista di Diritto Privato, I, (1936), II Parte, págs. 248 y sgtes.

(107) NAPPI, Trattato di Diritto matrimoniale concordatario e civile, Milano, 1940, vol. I, pág. 66. Entre los defensores del matrimonio concordatorio figuran también MEACCI, Il privilegio paolino in relazione al Concordato lateranense, Il Diritto Ecclesiastico, 42 (1931), pág. 19; RAVA, Lezioni di Diritto civile matrimoniale, Padova, 1933, pág. 643.

(108) Quien desee informarse sobre esta bibliografía puede acudir a las dos ediciones de la obra de JEMOLO, Il matrimonio, publicadas en el Trattato di Diritto civile, dirigido por Vassalli, págs. 196 de la primera edición y 218 de la segunda. Para la producción más reciente puede recurrirse a SANCHO REBULLIDA, Las formalidades... cit., págs. 323 y sgtes. y SPINELLI, La trascrizione del matrimonio canónico, Milano, 1966.

(109) Cfr. PETRONCELLI, Manuale di Diritto Ecclesiastico, Napoli, 1965, pág. 520; JEMOLO, Il matrimonio, cit., pág. 225.

(110) MAGNI, Gli effetti civili del matrimonio canónico, Padova, 1957 (Reproducción anastática de la edición de 1948), página introductoria.

(111) Cfr. DEL GIUDICE, Manuale di Diritto Ecclesiastico, Milano, 1959, pág. 447, nota (22); OLIVERO, Lezioni di Diritto Ecclesiastico, Torino, 1963, pág. 341. También rechaza la idea del matrimonio concordatorio SANCHO REBULLIDA, Las formalidades..., cit., pág. 82.

mentales que regulan la conexión jurídica de Ordenamientos la posibilidad de un instituto construido sobre un mosaico de normas procedentes de uno y otro, del canónico y del civil. Pero también sucede, como ha observado recientemente Jemolo, que si en el matrimonio religioso hay una extensión sin límites del Derecho canónico, también puede encontrar barreras en el Derecho estatal en cuanto y hasta donde hayan sido aceptadas por la Iglesia (112). Pues bien, los retoques concordatarios del matrimonio canónico han respetado íntegramente el matrimonio canónico *in fieri*, que permanece puro matrimonio canónico, sin que las formalidades exigidas por la ley civil le afecten en lo más mínimo, ya que sólo miran a la producción de efectos civiles.

Mas, por lo que toca el matrimonio canónico *in facto esse*, la fórmula concordataria establece que, cumplidas ciertas formalidades, aquel producirá "los efectos civiles" (Concordatos italiano y portugués), "los mismos efectos que el matrimonio civil", (Ley matrimonial italiana de 1929, art. 5), "plenos efectos civiles" (Concordatos español y dominicano), y aquí no puede negarse que la competencia del Estado ha salido gananciosa y que la regulación del matrimonio *in facto esse* está casi todo él sometido a su soberanía. No tienen razón Badii ni Baccari (113) cuando sostienen que esos efectos a que se refieren los Concordatos son los efectos meramente civiles, los secundarios o separables, únicos que el Estado puede regular; este es el puro régimen canónico y, si había de seguir subsistiendo, no era necesario que los Concordatos ni las normas de ejecución se hubieran referido a los efectos civiles en los términos en que lo han hecho. Pero tampoco tienen toda la razón los que sostienen que al Derecho civil, por el contrario, compete la íntegra regulación de la sociedad conyugal en el conjunto de sus relaciones y efectos, quedando, por lo tanto, unificado el matrimonio *in facto esse* para todos los ciudadanos sujetos al régimen matrimonial, cualquiera que sea la forma empleada para la constitución del vínculo (114). Hay en el matrimonio *in facto esse* elementos esenciales a cuya regulación no puede renunciar la Iglesia y solamente podría consentir que la ley del Estado descendiera a reglamentar en concreto aquellos elementos sin alterar las líneas de su estructura canónica.

(112) JEMOLO, A propósito del matrimonio religioso e poteri del giudice civile, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, XX (1966), pág. 944.

(113) BADI, Sull'efficacia sucesiva del matrimonio canónico, en Il Diritto Ecclesiastico, 46 (1935), págs. 109 y sgtes.; BACCARI, L'efficacia civile del matrimonio canónico, Milano, 1936, pág. 16.

(114) RAVA, Il matrimonio..., cit., pág. 100; VASSALLI, Lezioni di Diritto Matrimoniale, volume primo, Padova, 1942, pág. 143; D'AVACK, La base giuridica del nuovo Diritto matrimoniale concordatario vigente in Italia, Roma, 1932, página 126 y sgtes.; PETRONELLI, ob. cit., pág. 521; BORTOLOTTI S. I., La formazione degli effetti civili del matrimonio nel regime concordatario italiano, Roma, 1956, págs. 132 y sgtes., 182.

Nos referimos al vínculo y al *ius in corpus* que no pueden dejar de estar presentes en el matrimonio *in facto esse* tal como la Iglesia los establece y sobre cuyo andamiaje se conjuntan orgánicamente todos los demás elementos de naturaleza civil. Por lo que respecta a la presencia del vínculo matrimonial canónico en el *in facto esse* concordatario, no ha pasado desapercibido a Petroncelli lo que hemos repetido a lo largo de este trabajo: que los atentados contra el vínculo (cita el divorcio, como el más grave) inciden sólo aparentemente sobre la relación, pues en realidad influyen sobre el mismo acto, ya que el divorcio extingue completamente la relación viciando por lo tanto la misma existencia jurídica del acto; de ahí que dicho vínculo no tenga naturaleza civil y que una eventual política divorcista en modo alguno alcanzaría a estos matrimonios concordatarios (115). En cuanto al *ius in corpus*, tan cuidadosamente regulado por la legislación canónica, pasa inadvertido para la civil y su silencio puede interpretarse como expresión de que se considera materia relegada a la intimidad de la vida conyugal, sin trascendencia jurídica, o que, en el matrimonio concordatario, es asunto que compete a la jurisdicción eclesiástica en función integradora de lagunas del Ordenamiento civil (116).

Bien se comprende que si la Iglesia consiente este vínculo canónico en blanco es porque los efectos civiles que han de integrarlo no están en contradicción con los canónicos o solamente ofrecen variaciones que no contradicen al Derecho natural ni al positivo de la Iglesia (117); por eso, toda modificación de la legislación matrimonial del Estado sería inconstitucional en cuanto pugnara con los principios inspiradores del matrimonio canónico.

El matrimonio concordatario *in facto esse* quedaría configurado de acuerdo con este esquema:

- a) Elementos canónicos: vínculo, *ius in corpus*.

(115) PETRONELLI, ob. cit., pág. 523; Véase también AZZOLINA, ob. cit., pág. 11.

(116) Cfr. AZZOLINA, ob. cit., pág. 10; JEMOLO, Il matrimonio, cit., pág. 367.

Una demostración de cuanto decimos en el texto es que la negación del débito conyugal no es *per se* causa de separación en Derecho civil; sólo cuando la negativa constituye una injuria grave podría fundamentarse la causa de separación en esa injuria (Vid. JEMOLO, ob. cit., págs. 401 y sgtes.).

Otra prueba es la mala acogida que tuvo en la doctrina italiana la sentencia del Tribunal de Apelación de Nápoles de 25 de Junio de 1936 por pronunciarse en el sentido de que rehusar el amplexo conyugal constituía una violación de las obligaciones de asistencia familiar y por ello se tipificaba el delito previsto en el art. 570 del Código penal (Un resumen de esta reacción doctrinal lo recoge GONCALVES DE PROENÇA, Relevancia do Direito matrimonial canónico no Ordenamento estadual, Coimbra, 1955, pág. 390, nota (15)).

(117) Así lo expresa la Instrucción de la S. C. de Sacramentos de 1 de julio de 1929, ya citada, cuyo art. 35 dice: «Las sentencias y los proveídos relativos a la separación de los cónyuges emitidos por la autoridad civil también tienen valor en el fuero canónico, siempre que no sean contrarios a la ley divina o eclesiástica».

b) Elementos civiles: a') personales: las demás relaciones entre los cónyuges y las paterno-filiales; b') patrimoniales.

En esta constitución del matrimonio concordatario *in facto esse* destaca la importante zona que corresponde a relaciones y efectos de procedencia civil, precisamente los que van a ser modificados por la separación. En congruencia con ello, una vez que la Iglesia acepta esta configuración matrimonial, la jurisdicción de los Tribunales civiles en causas de separación les viene también por razones sustantivas en cuanto van a conocer sobre suspensión de efectos propiamente civiles: la cohabitación y el socorro mutuo (arts. 56 y 104 del Código civil), protección del marido a la mujer y obediencia de ésta a aquél (art. 57), coresidencia de la mujer (art. 58), autoridad marital en sus diversas manifestaciones (representación legal, licencia marital, libre ejercicio del comercio por la mujer, libre contratación de servicios laborales), patria potestad y cuidado de los hijos (art. 73 en relación con los art. 155 y sptes.) (118), efectos patrimoniales.

Por el contrario, la jurisdicción eclesiástica tiene escaso campo para actuar sobre los efectos del matrimonio concordatario. Nada por lo que respecta al vínculo, que permanece inalterado; y el *ius in corpus* no es susceptible de directa exigibilidad jurídica, quedando relegado al fuero de la conciencia la exigencia y cumplimiento del *debitum coniugale*.

9. REGIMEN JURIDICO-CIVIL DE LA SEPARACION PERSONAL EN EL MATRIMONIO CANONICO

Sentados los principios defendidos por la Iglesia sobre su exclusiva competencia para conocer de las causas de separación en los matrimonios

(118) La educación de los hijos es deber de los padres respecto de los hijos no emancipados, según establece el art. 155 del Código civil. Comprende también la educación religiosa y moral, como especifica el art. 7.º de la Ley de Libertad religiosa de 28 de junio de 1967: «El Estado reconoce a la familia el derecho de ordenar libremente su vida religiosa bajo la dirección de los padres, y a éstos la facultad de determinar, según sus propias convicciones, la educación religiosa que se ha de dar a sus hijos».

También en el matrimonio canónico éste deber cae dentro de los efectos civiles, de la competencia del Estado; pero, si la libertad de educación religiosa, en general» ha de ser compaginada, escribe Batlle, con el respeto a la religión del Estado y a las otras religiones reconocidas o admitidas», con mayor razón puede afirmarse que en el matrimonio canónico la educación católica de los hijos es deber de los padres, que cuentan con la protección y el mandato de la ley civil, siendo nulo, según CASTAN VAZQUEZ, todo pacto contrario a dicha formación católica, como contrario a las leyes y comprendido en el art. 1255 del Código civil (BATLLE, Consideraciones sobre la nueva Ley de libertad religiosa y el Derecho privado civil, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 223 (1968), pág. 663; CASTAN VAZQUEZ, La patria potestad, Madrid, 1960, págs. 204 y sptes.).

canónicos, así como la práctica aceptada de que la Jurisdicción civil conozca con mayor o menor amplitud de dichas causas, vamos a descender ahora a las particularidades de los regímenes jurídicos establecidos en los pocos Estados que aún siguen reconociendo efectos civiles al matrimonio canónico y que lo aceptan en su constitución, en sus propiedades y en sus bienes. Los Estados que no conceden relevancia al matrimonio religioso no plantean problemas de colisión jurídico-positiva con el Derecho canónico, pues en ellos el matrimonio católico y el matrimonio civil son indiferentes entre sí, marchan por caminos distintos, y sólo el matrimonio civil es reconocido por el Estado.

Dos sistemas prevalecen en el régimen de la separación civil en el matrimonio canónico. Uno, cuyo modelo es el italiano, seculariza enteramente el régimen jurídico, sustantivo y procesal, de las causas de separación expresadas. El otro es el español, de competencia mixta, en el que se atribuye a la jurisdicción eclesiástica la fase declarativa de la separación, mientras que a la jurisdicción civil se le asignan las fases preparatoria o cautelar y la ejecutiva.

Hay que preguntarse si hay separación canónica por el trámite del proceso civil o, por el contrario, se trata de separación propiamente civil, unitaria para las diversas formas de matrimonio aceptadas por el Estado. La respuesta dependerá de dos factores: uno, el grado de autonomía que concedamos a la separación respecto del matrimonio como acto y como sociedad; el otro, la naturaleza propia o delegada de la jurisdicción civil en estos casos.

Sobre el primer extremo, creemos que la respuesta viene ya predefinida por la misma naturaleza de la separación: situación jurídica de modificación del matrimonio *in facto esse*, con algunos de cuyos elementos guarda, por lo tanto, una necesaria conexión, pues han de resultar suspendidos en sus efectos por la separación, mientras que es autónoma respecto del matrimonio *in fieri*, que continúa inmodificado. En consecuencia, integrándose en el matrimonio *in facto esse* los efectos civiles, que son los únicos modificados por la separación, la jurisdicción estatal conoce de materia que objetivamente le corresponde. Habría que pronunciarse de otra manera si los efectos civiles fueran regulados por el Código de Derecho Canónico (cans. 1110 y sgtes.); pero ésto no sucede ni aun en el régimen jurídico español (119).

Al otro punto, hay que admitir que la soberanía originaria de todo Ordenamiento primario rechaza la delegación de poder de otro Ordenamiento. Es uno de los puntos en que están de acuerdo iuspublicistas, proce-

(119) Cfr. FUENMAYOR, loc. cit., págs. 340 y sgtes. y 381.

salistas y cultivadores del Derecho eclesiástico: que en el Estado moderno la función jurisdiccional es, de modo exclusivo, función de ese Estado, sin que se den jurisdicciones que traigan su autoridad de una fuente que no sea la soberanía del Estado (120). Por otro lado, no hay razones para sostener que el Papa haya delegado por vía concordataria en los jueces civiles para conocer de las causas de separación, pues también esa supuesta delegación es contraria a los principios del Derecho canónico público (121).

En conclusión, no podemos hablar aquí de formas civiles de la separación canónica, al modo como se habla de "matrimonios canónicos en forma civil" (122), sino que se tratan de formas civiles de separación civil. Pero hay diferencias importantes entre ambos sistemas, que exponemos a continuación.

10. A) EL SISTEMA ITALIANO

Lo denominamos así porque en este país es donde ha alcanzado una regulación más cuidada. Se basa en un acto de la potestad eclesiástica consintiendo que la jurisdicción civil regule y tramite estas causas de separación, acto que, por lo general, se formaliza en cláusula concordataria, tal como sucede en los Concordatos italiano, austríaco y dominicano (123). En Irlanda, la competencia de la jurisdicción civil se consintió en Concilio Plenario de los Obispos irlandeses (124). En Portugal, ante el silencio del Concordato portugués, proveyó el Gobierno disponiendo en el art. 25 del Decreto de aplicación núm. 30.615, de 25 de Julio de 1940, que "las disposiciones de la ley civil relativamente a la separación de personas y bienes serán aplicables a los matrimonios canónicos, cuando hayan sido inscritos".

(120) Cfr. JEMOLO, I tribunali ecclesiastici e le loro sentenze nel Diritto italiano, Archivio Giuridico Serafini, CI (1929), págs. 133-34.

(121) Cfr. MICHELS, De protestate ordinaria et delegata, Tornaci, 1964, págs. 202 y sgtes.

SCHMALZGRUBER (Judicium ecclesiasticum, Lib. II, Dilingae, 1726, pág. 24, núm. 56) sostuvo que es tal la plenitud de potestad que con carácter universalísimo tiene el Papa, que puede conocer de toda causa espiritual por sí o por otros, siempre que éstos no sean inhábiles por Derecho divino; entre ellos incluía a los laicos, los cuales no tienen esa inhabilidad, y por ellos, como delegados suyos podría el Papa conocer y juzgar.

También se inclinan por la delegación algunos autores modernos como PEREZ MIER (Iglesia..., cit., pág. 517) y LEITE, Competência da Igreja e do Estado sobre o Matrimonio, Porto, 1946, pág. 214.

(122) Cfr. FUENMAYOR, El sistema matrimonial español, Madrid, 1959, págs. 96 y sgtes.; LALAGUNA, El artículo 52 del Código Civil después de la ley de 24 de abril de 1958, Anuario de Derecho Civil, 16 (1963), págs. 109 y sgtes.

(123) Véase supra nota (53).

(124) Cfr. PEREZ MIER, El Concordato español..., cit., pág. 37, nota (29).

En este sistema, la legislación sustantiva y procesal aplicable a las causas de separación es la ley civil. Escribe Pérez Mier que “la intención del Estado y de la Iglesia y la práctica de los tribunales demuestran que la autorización del Concordato se refiere a las causas de separación conforme a la sección correspondiente del Código civil” (125). Así se deduce también de las normas de aplicación del Concordato italiano. De parte del Estado, el art. 19 de la ley de 27 de Mayo de 1929 establece que las disposiciones del Código civil relativas a la separación de los cónyuges quedan firmes también para los matrimonios celebrados ante un ministro del culto católico, cuando hayan sido transcritos. De parte de la Iglesia, la Instrucción de la Sagrada Congregación de Sacramentos de 1 de Julio de 1929 dispone, paralelamente, en su art. 52 que la competencia del magistrado civil acerca de las causas de separación comprende también los matrimonios celebrados antes del Concordato y el artículo siguiente otorga valor en el fuero canónico a las sentencias y resoluciones relativas a la separación de los cónyuges, dictadas por la autoridad civil, siempre que no sean contrarias a la ley divina y eclesiástica; el art. 50 reconoce implícitamente que las causas civiles de separación son las únicas alegables, pues inserta la máxima de que puedan considerarse incluidas en la causa de injurias graves las causas canónicas de apostasia de uno de los cónyuges y el peligro de perversión del otro.

La Iglesia no se inmiscuye, por lo tanto, en el régimen sustantivo y procesal de la separación personal en sus propios matrimonios; se concreta a establecer el límite del Derecho divino y eclesiástico, que el Ministerio público o los interesados podrán alegar como base de oportunos recursos judiciales, y los órganos eclesiásticos como casos de inconstitucionalidad de normas civiles contrarias a las canónicas. Ello no significa que los esquemas civiles de la separación sean idénticos a los de la Iglesia, pues el Estado ha de tener en cuenta que ha admitido el libre ejercicio de otros cultos, así como motivos sociales que quedan, en la regulación canónica, por debajo de los religiosos. Sin embargo, es muy atinada la observación de Azzolina: Firme la absoluta preeminencia e inderogabilidad de todas las normas civiles sobre esta materia, también es necesario tomar siempre en oportuna consideración los preceptos del Derecho canónico, como material subsidiario, útil en cada caso para la correcta interpretación del Derecho civil (126).

(125) PÉREZ MIER, *Iglesia...*, cit., pág. 517.

(126) AZZOLINA, *ob. cit.*, pág. 25.

11. B) EL SISTEMA ESPAÑOL

Citábamos antes a Pérez Mier cuando afirmaba que España es el único país donde no resulta posible obtener una sentencia de separación personal ante la jurisdicción civil. Lo denominamos sistema español, pero lo sigue también Colombia mientras esté vigente el Concordato de 31 de Diciembre de 1887, cuyo art. 19 atribuye la exclusiva competencia a la Autoridad eclesiástica para conocer de las causas que se refieren a la cohabitación conyugal (127).

En este sistema, la Iglesia conserva el ejercicio de su soberana potestad de juzgar, definiendo la situación de los cónyuges; pero, ahí queda limitada su función en las causas matrimoniales, porque la función preventiva y la ejecutiva se encomienda al Estado. Esta distribución de actividades jurisdiccionales se regula en los tres primeros apartados del art. XXIV del Concordato español vigente: en el primero, el Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes, entre otros asuntos, a la separación de los cónyuges; el segundo apartado concede al Tribunal civil competencia para dictar las medidas precautorias que regulen los efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente; el tercero dispone que aquellas sentencias y resoluciones, cuando sean firmes y ejecutivas, serán comunicadas por el Tribunal eclesiástico al Tribunal civil competente, el cual decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles. Varios artículos del Código civil, redactados de nuevo por la Ley de 24 de abril de 1958, introdujeron las oportunas adaptaciones a este régimen, que también se regula por las concordantes disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El art. 80 del Código civil reitera que el conoci-

(127) También en Colombia corresponde a la jurisdicción civil adoptar las medidas provisionales oportunas, a cuyo efecto deberá presentarse al juez un certificado de la respectiva autoridad eclesiástica en que conste que ha sido admitida la demanda de divorcio (art. 158 del Código civil). Y también corresponde a los jueces del Estado ejecutar los efectos civiles para lo cual debe ser exhibido al juez un certificado de la sentencia dictada por el Tribunal eclesiástico (ley núm. 95 de 1890). Una vez que sean ratificadas las reformas acordadas en la Convención de 27 de Abril de 1942, que ya fue aprobada por la ley núm. 50 de 1942, la competencia será de la jurisdicción civil, al modo italiano, pues el art. 10 de dicha Convención establece que «la Santa Sede consiente que las causas de separación de cuerpos sean juzgadas por los jueces del Estado».

Cfr. Ricardo GALLARDO, *Divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio en las naciones latino-americanas*, Madrid, 1957, pág. 154; RIERA RIUS, *Procedimientos eclesiásticos*, Medellín, 1962, págs. 50 y sgtes.; FUENMAYOR, *El matrimonio...*, cit., pág. 367, nota 215.

miento de las causas sobre separación de los matrimonios canónicos, entre otras, corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico y sus sentencias y resoluciones tendrán eficacia en el orden civil, a tenor del art. 82. Se reconoce, por lo tanto, la autónoma soberanía de la Iglesia para regular la tramitación y resolución de las causas de separación conforme a sus propias normas, en la seguridad de que el Estado otorgará efectos a todos sus pronunciamientos, cualquiera que sea el trámite seguido y el tipo de resolución que se dicte, bien sea judicial o administrativo (128), pues son materias excluidas de la calificación judicial civil. En España venía siendo costumbre de las Curias eclesiásticas tramitar judicialmente las causas de separación y hubo autor que, después de la vigencia del Concordato de 1953, sostuvo que la concesión de efectos civiles a las decisiones eclesiásticas de separación conyugal está subordinada a que las expresadas decisiones se dicten por vía contenciosa (129). La opinión contraria, sustentada también por destacados canonistas (130), acabó imponiéndose. Habiéndose acudido a la Santa Sede en busca de una solución práctica, comunicó por medio de la Nunciatura a los Obispos de España: "En vista de las especiales circunstancias y ateniéndose a la práctica generalmente seguida en España, es propósito de la Santa Sede que, en los casos mencionados (causas de separación de personas a que se refieren los cánones 1128-1132 del Código de Derecho Canónico), se proceda por trámites judiciales ante el Tribunal eclesiástico competente" (Circular de 2 de Agosto de 1958). Comenta atinadamente Del Amo que se trata de una solución práctica, no doctrinal. No dice que las autoridades eclesiásticas están obligadas por el Concordato, contra los cánones 1128-1132, a proceder judicialmente en todas las causas de separación. No dice que el Código civil en su artículo 82, adaptado a las disposiciones del art. XXIV del Concordato, impida reconocer efectos civiles a las separaciones temporales autorizadas por Decreto del Ordinario. Lo único que afirma es el "propósito de la Santa Sede", es decir, que la Santa Sede tiene intención o ánimo de que en la

(128) Las causas de separación temporal se tramitan en Derecho canónico en forma administrativa, a no ser que el Ordinario disponga que se siga el proceso judicial. Véase supra nota 18.

(129) MIGUELEZ, *Las causas...*, cit., págs. 321 y sgtes.; MIGUELEZ, *El Concordato entre la Santa Sede y el Estado español*, Revista de Derecho Notarial, II, núm. 3 (1954), págs. 35 y sgtes. Siguen la tesis de MIGUELEZ, PEREZ MIER, *El Concordato...*, cit., págs. 36 y sgtes. y MALDONADO, *Una autorizada opinión sobre la repercusión del Concordato en materia procesal matrimonial*, Revista de Derecho Procesal, 1964, págs. 682 y sgtes.

(130) REGATILLO, *El matrimonio canónico en el Registro del Estado*, en *Eclesia*, 1953, pág. 514; ELOY MONTERO, *El nuevo Concordato español*, Madrid, 1954, pág. 141; DEL AMO, *El procedimiento...*, cit., págs. 563 y sgtes.; FUENMAYOR, *El matrimonio...*, citado, págs. 372 y sgtes.

práctica "se proceda por trámites judiciales" (131). Por lo tanto, si alguna Curia resolviera administrativamente causas de separación tendrían plena validez sus decisiones y los efectos civiles consiguientes.

A la jurisdicción civil quedan reservados el proceso cautelar y el ejecutivo. Las medidas cautelares tienen una gran importancia desde el punto de vista social en cuanto se atiende con urgencia a remediar del mejor modo posible las consecuencias de un hogar destrozado antes de que haya sentencia firme y desde el punto de vista jurídico al establecerse ya un estatuto jurídico provisional de vida separada, que muchas veces será confirmado definitivamente y que de todos modos habitúa a los cónyuges y a los hijos a este régimen de vida durante el tiempo, a veces excesivamente prolongado, que dura la tramitación de la causa y que presiona sobre la resolución definitiva con la fuerza normativa de las estables situaciones provisionales o de hecho (132).

Las medidas cautelares se denominan previas o preliminares cuando se conceden a instancia de la mujer casada que se proponga demandar la separación o nulidad de su matrimonio o querrellarse por amancebamiento y también a instancia del marido que ha presentado contra su esposa demanda de nulidad o de separación o querrela por adulterio, medidas que tienen un plazo de caducidad limitado a treinta días a contar desde la separación efectiva, prorrogable por otro plazo igual cuando se decretaron a instancia de la mujer y se acredite que, por causa no imputable a ella no fue posible intentar la demanda o querrela dentro del plazo concedido por la ley (arts. 67 del Código civil y 1880 a 1885 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según la redacción dada por Ley de 24 de abril de 1958). Estas medidas comprenden la separación provisional de los cónyuges, el señalamiento del domicilio de la mujer mayor de edad y la custodia de la mujer menor, el cuidado de los hijos y los auxilios económicos necesarios (133). El art. XXIV del Concordato no atribuye expresamente competencia a la jurisdicción civil para regular y tramitar procedimiento cau-

(131) Del Amo, *El procedimiento...*, cit., pág. 564. Sobre el alcance y razón de dicha Circular véase también BERNARDEZ, *Las causas...*, cit., págs. 642 y sgtes.; FUENMAYOR, *El matrimonio...*, cit., págs. 376 y sgtes.

(132) Con todo, a MICUELEZ le parece que «la intervención de los Tribunales civiles españoles en la adopción de medidas preventivas es una verdadera futeza, si se la compara con la actuación permitida benignamente a los Tribunales de otros países» (*Las causas...*, cit., pág. 334).

(133) DIEZ PICAZO, loc. cit., págs. 16 y sgts.; FERRER MARTIN, *El nuevo procedimiento para la separación personal de los cónyuges*, *Revista General de Derecho*, XV (1959), págs. 9-19 y 220-229; GARCIA LAVERNA, *Medidas provisionales en relación con la mujer casada*, *Revista Jurídica de Cataluña*, LVIII (1959), págs. 639 y sgtes.; GARCIA CANTERO, ob. cit., págs. 288 y sgtes.; LACRUZ, ob. cit., págs. 131 y sgtes.; BERNARDEZ, *Las causas...*, cit., págs. 646 y sgtes.; JAREÑO DARRANAS, *Manual de medidas provisionales relacionadas con los procesos matrimoniales e hijos de familia*, Barcelona, 1963.

telar anterior a la presentación de la demanda, pues el apartado 2.º de dicho artículo se refiere a medidas precautorias una vez admitida la demanda de nulidad o de separación por el Tribunal eclesiástico; pero, la doctrina considera muy conveniente que se faculte a las partes, sobre todo a la mujer, para solicitar estas medidas previas que, anticipando la separación, permita preparar con libertad y sosiego la causa canónica, y considera que en el ánimo de las partes concordantes no estuvo suprimir las medidas previas sobre depósitos de mujer casada que regulaba la Ley de Enjuiciamiento civil, antes de la reforma de 1958, que las ha ampliado a través del nuevo art. 67 del Código civil (134).

Las medidas cautelares se llaman provisionales cuando tienen vigencia desde que se admite la demanda hasta que es firme la resolución que pone término a la causa, pudiendo solicitarse estas medidas por cualquiera de los cónyuges (art. 68 y 81 del Código civil y 1880 y 1886 y sgtes. de la Ley de Enjuiciamiento civil). Si ya regían medidas previas, después podrán elevarse a provisionales con las debidas adaptaciones en contenido y extensión (135). Las medidas provisionales comprenden: la separación de los cónyuges con el mismo alcance que esta misma medida previa y pudiendo alcanzar también a la designación de domicilio de la mujer mayor de edad o custodia de la menor; asignar a uno de los cónyuges el uso de la vivienda común; cuidado de los hijos; fijar qué cónyuge ha de ejercer la patria potestad y regulación del derecho de visita; régimen económico del matrimonio; alimentos; litis expensas (136).

La otra parcela reservada por el Concordato a la jurisdicción civil es la ejecución de los efectos civiles de las sentencias y decretos eclesiásticos que pronuncian la separación conyugal. Es el Tribunal civil competente, establece el artículo XXIV, apartado 3, el que decretará lo necesario para la ejecución a efectos civiles de las sentencias y resoluciones de que se trate, cuando sean firmes y ejecutivas y una vez comunicadas por el Tribunal eclesiástico al civil (137). La sentencia se tiene por firme cuando hay dos conformes y no se propone o no se admite la proposición de

(134) Cfr. MIGUELEZ, *Las causas...*, citd., págs. 330 y sgtes.; MALDONADO, *Una autorizada opinión...*, cit., págs. 677 y sgtes.; BERNARDEZ, *Las causas...*, cit., página 645; FUENMAYOR, *El matrimonio...*, cit., págs. 379 y sgtes.

(135) LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 133.

(136) Nos remitimos a las obras citadas en la nota (133).

(137) En consonancia con este precepto concordatario dispone el art. 82 del Código civil: «La jurisdicción civil promoverá la inscripción y ejecutará en todo lo demás relativo a efectos civiles, las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica sobre nulidad o separación de matrimonio canónico y sobre dispensa de matrimonio rato no consumado o aplicación del privilegio Paulino. La ejecución se llevará a cabo en virtud de comunicación canónica de las sentencias o resoluciones, o a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio».

nueva causa (cans. 1902 y 1989); el decreto es firme, aunque no se haya dictado otro, si no se recurrió de él o se abandonó el recurso ante la Sagrada Congregación correspondiente o ante la Signatura Apostólica (Can. 1601 y art. 106 de la Constitución Regimini Ecclesiae Universae de 15 de Agosto de 1967). Estas resoluciones han de ser también ejecutorias, requisito que se obtienen mediante el decreto ejecutorio, que declara que la resolución debe ejecutarse (can. 1918). Por último, la resolución ha de ser comunicada por el Tribunal eclesiástico al civil, y éste, a la vista de una resolución firme, ejecutiva y comunicada dispondrá la ejecución de los efectos civiles, después de examinar su propia competencia y la ejecutoriedad de la resolución. No puede entrar a calificar la resolución canónica, ni en el fondo de la relación jurídica procesal, ni en las formalidades procesales (138).

Tampoco el Juez civil queda vinculado por la resolución canónica en lo que se excediera regulando la situación jurídica de los cónyuges separados, pues aquella se ha de limitar a declarar o no la separación sin entrar a disponer sobre los efectos civiles, que es materia reservada por el Concordato al Juez estatal (139). El régimen definitivo de la separación se establecerá por el Juez civil en los términos establecidos por el art. 73 del Código civil y haciendo uso de los poderes discrecionales que se le conceden con criterios inspirados en la mejor tutela de los intereses personales afectados, dentro de los límites del orden público. Las medidas que, preceptivamente, habrá de adoptar son: la separación de los esposos con las consecuencias jurídicas que se derivan; la regulación de las atenciones alimenticias, régimen económico-matrimonial, cuidado de los hijos (140). Pero en relación con estas últimas medidas, si en la resolución canónica se hubiera proveído sobre ello, por motivos especiales, el juez civil deberá acatar las disposiciones del Tribunal eclesiástico (art. 73-3.º del Código civil). Llama la atención que, una vez establecida por el Concordato una bien delimitada distribución de competencias, el Código civil introduzca un enclave de la jurisdicción eclesiástica en el terreno acotado a la civil, en la fase de ejecución, facultándose a aquella para estructurar lo relativo al cuidado y educación de los hijos. Por esta razón, han de interpretarse restrictivamente dichas facultades, en consonancia con la especialidad de los motivos que han de concurrir para que el Tribunal eclesiástico pueda usar de esa facultad y que debe razonar en su resolución. Creemos que esos motivos especiales no serán otros que asegurar la edu-

(138) Véase LOPEZ ALARCON, La disolución del matrimonio en Derecho canónico y sus efectos civiles, *Anales de la Universidad de Murcia* XXI (1963), página 184.

(139) LOPEZ ALARCON, loc. últimamente citado, pág. 177.

(140) Ver también los trabajos citados en la nota (133).

cación religiosa de los hijos dentro de los principios de la fe católica, eludiendo así que pudieran ser confiados a padre ateo, acatólico o apóstata, supuesto que, si en Italia ha llegado a producirse (141), es muy dudoso que tenga posibilidad de realizarse por la jurisdicción civil española dentro de los límites del orden público en materia religioso-moral (142).

12. CONSIDERACIONES FINALES

Si el matrimonio *in facto esse* es, por naturaleza, una sociedad que necesita de la vida en común para que puedan germinar y progresar el amor, la vida y la educación, ha de calificarse mal gravísimo para el matrimonio la separación de los cónyuges, haya o no disolución del vínculo.

En los sistemas matrimoniales que, como el nuestro, rechazan el divorcio vincular, la mera separación de cuerpos viene siendo la única forma de poner remedio a la angustiosa situación de hogares destrozados, en los que la vida en común se ha hecho imposible y los hijos se ven implicados dañosamente en la ruina matrimonial de los padres. La Iglesia, el Estado y la sociedad se preocupan por conseguir la mayor estabilidad de las familias y para ello, mientras de un lado se adoptan medidas restrictivas de la separación, de otro no faltan, al margen de formas jurídicas, actividades encaminadas a procurar el desarrollo normal de las relaciones familiares y, si el caso lo requiere, la prestación de cooperación y ayuda que pudiera salvar la integridad del matrimonio.

Las medidas restrictivas de la separación son de orden procesal: período neutro después del matrimonio durante el cual es rechazada la acción de separación a los esposos, plazo para interponer la acción después del descubrimiento de una causa legal de separación, prolongación de las diligencias preliminares, complicación de los trámites, suspensión de la instancia, desestimación de la demanda, aumento de los gastos del proceso (143). Los medios extrajurídicos consisten principalmente en co-

(141) La jurisprudencia italiana ofrece algunos casos, que han provocado agitaciones polémicas, Cfr. FUENMAYOR, La educación de los hijos en las causas de separación y de nulidad matrimonial, en «Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano», Tomo I, Madrid, 1959, págs. 468 y sgtes.

(142) La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 1966 declara que la noción de orden público está integrada por «aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada». Y no debe olvidarse, como observa BATLLE, que la ley de libertad religiosa habló del «ejercicio del derecho a la libertad religiosa, concebido según la doctrina católica» (art. 1.º, párrafo 3.º).

(143) Cfr. LE BRAS, Divorce et séparation de corps dans le monde contemporain, París, 1952, pág. VIII.

sultorios médicos especializados, consultorios matrimoniales, agrupaciones familiares (144).

Desgraciadamente, las medidas preventivas y educadoras de orden jurídico se extienden muy lentamente; y las de orden jurídico son de escasa eficacia, pues cuando se solicita la separación judicial hace ya tiempo que los esposos están muy distanciados espiritualmente y hasta separados de hecho. Con el pleito pretenden legalizar una situación deseada y que están dispuestos a mantener cualquiera que sea el pronunciamiento del Tribunal, porque, en fin de cuentas, la único que ya interesa a las partes es el aspecto económico de la separación y toda la pasión de los esposos se concentra sobre los bienes, que representan, en frase de Le Brass, "el pasado común, la ocasión presente de rivalidad y las garantías del porvenir separado" (145). A esta actitud de las partes en el proceso de separación, en el que la rivalidad y el egoísmo tienen un buen ambiente, contribuye la actual organización de los tribunales que han de conocer de estas causas en el ejercicio de una función meramente judicial y ausente el sentido protector de la familia y de amparo en las críticas situaciones que conducen a la separación.

Si ahora examinamos cómo vienen tratándose las causas de separación en nuestro país, el panorama no puede ser más desolador. Las cosas están dispuestas de tal modo que cuando una demanda se presenta no hay otro camino que el proceso, un proceso apasionado, largo, que favorece el distanciamiento de los esposos, que se proyecta sobre familiares y, lo que es más penoso, sobre los hijos, muchas veces forzados e inocentes actores de estos pleitos. Las partes, los familiares, los abogados, los testigos, la ley todo se concita para hacer irremediable una situación que, quizá llevada por otros derroteros, hubiera encontrado mejor solución (146). Por otro lado, ni los Tribunales de la Iglesia ni los del Estado están organizados sobre el patrón de auténticos tribunales familiares, con asesores competentes para el tratamiento adecuado de los esposos y para

(144) Cfr. HARING, *El matrimonio en nuestro tiempo*, Barcelona, 1968, página 356.

(145) Le BRAS, *ob. cit.*, pág. IX.

(146) Dos prestigiosos abogados del foro italiano, Olga AGUZZOLI y Flavia CONSELLI describen esta situación con su penetrante espíritu femenino: «Por lo tanto, el largo juicio, siempre tristísimo y casi siempre inútil, por su misma despersonalización y por la inevitable lentitud con que se seguirá, decidiéndose a través de la vivisección desagradable y superflua de relaciones íntimas y en gran parte incommunicables y que no deben referirse, se revelará en la mayor parte de los casos como una amarga experiencia que no hará otra cosa que aumentar la desconfianza de las partes en la posibilidad de las normas jurídicas y en los órganos que deben interpretar y aplicar tales normas» (*La separazione dei coniugi*, *Rivista di Diritto Matrimoniale e dello Stato delle Persone*, III (1960), pág. 166).

agotar todas las soluciones de pervivencia de la cohabitación antes de pronunciar la sentencia de separación.

Además, nuestro régimen procesal separatista es largo y la parte favorecida con las medidas provisionales no encontrará dificultades para aplazar la terminación de la causa. También es muy costoso, un lujo, dice Carnelutti, que sólo los ricos pueden permitirse; la duplicidad de procedimientos, el declarativo ante la jurisdicción eclesiástica y el preventivo y el ejecutivo ante la civil, la intervención de Letrados especializados, la dilación del proceso, todo se concita para que la ruina moral de las familias se vea acompañada muchas veces de la ruina económica. A esto hemos de añadir la poca accesibilidad que ofrecen los Tribunales eclesiásticos a los justiciables, tanto por su concentración en la capitalidad de la Diócesis y en Madrid o Roma para las instancias superiores, como por la idea que tiene el pueblo de que estos pleitos son largos, difíciles, costosos y de incierta suerte, todo lo cual hace que muchos matrimonios se retraigan de acudir a los Tribunales y prefieran separarse de hecho.

Pero lo que más aflige, y ello no escapa al comentario de buenos católicos, es ver a los Jueces eclesiásticos implicados con la mejor buena fe en asuntos que, aun cuando aparentemente se refieran a las personas de los esposos y de los hijos, en el fondo persiguen intereses económicos, pues lo que principalmente se pretende en el juicio de separación es que se declare la inocencia propia y la culpabilidad del otro cónyuge, no tanto por lo que vale moralmente el título de inocencia, como por lo que tiene de valor económico el título de culpabilidad del otro: indemnizaciones, pensión, asignación de los hijos. Y los mismos jueces eclesiásticos son conscientes de que, piezas de un proceso que contribuye a ahondar la sima abierta entre los esposos, han de seguir hasta el final en un juego de soterrados y bastardos intereses, sin que sus ansias pastorales tengan cauces eficaces de actuación.

No queremos decir con esto que los Tribunales civiles, tal como están organizados en la actualidad, gozan de mejor disposición para tratar las causas de separación matrimonial como requiere la familia y la sociedad de nuestro tiempo. Haría falta, antes de decidirmos por ellos, ver constituidos Tribunales de la Familia en los que, por encima del espíritu de lucha del proceso, dominara la tendencia a la conciliación de los esposos, al examen y comprensión de sus problemas (147). Los Tribunales de Fa-

(147) Cfr. CARNELUTTI, *La riforma del Diritto di famiglia*, Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle Persone, VII (1964), pág. 29. También nosotros hemos abogado por la especialización de los tribunales familiares: LOPEZ ALARCON, *Jueces de Familia*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, número 645 (1964), pág. 3.

milia no pueden ser solamente Organos dotados de función judicial; antes deben de ser instituto que acoja, que oriente, que trate al margen del proceso los problemas de los esposos y, en último término, si es preciso, que decrete la separación. Para ello, los jueces han de contar con la cooperación de auxiliares de diversa procedencia: sacerdotes, médicos, pedagogos, matrimonios, asistentes sociales, que han de desarrollar una importantísima labor de acercamiento de los esposos y, si la separación fuere decretada, de vigilancia y protección de ellos y de los hijos (148).

De modo que no se trata de decidir si son los Tribunales eclesiásticos o exclusivamente los Tribunales civiles los que deben de conocer en nuestro País de las causas de separación en el matrimonio canónico. Hemos visto que para inclinarse por unos u otros no hay obstáculos de tipo dogmático; son criterios de otra índole los que han de tenerse en cuenta, motivados por exigencias de la vida social y familiar. Podrían remediarse en parte las actuales deficiencias, sustantivas y procesales, introduciendo una mayor discrecionalidad en el uso de sus poderes por el Juez e incluso estableciendo el *justo motivo* como causa genérica de separación, simplificando el procedimiento con amplias concesiones a la oralidad, suprimiendo la duplicidad procesal. Pero todos estos remedios no resolverían los graves problemas que plantean las crisis separatistas en el matrimonio y que solamente pueden ser tratados adecuadamente en un Tribunal o Consejo de las Familias integrado por jueces especializados, con los asesoramientos adecuados y con un procedimiento sencillo en el que, *sine figura ac strepitu iudicii*, pueda aplicarse a cada caso el mejor remedio. Si este Tribunal debe ser eclesiástico, civil o mixto tiene menos importancia; probablemente, por causa de las atenciones económicas que exigiría el mantenimiento de tales Organismos, serán de naturaleza estatal, pero la intervención de la Iglesia en los mismos sería necesaria a través de sus ministros, directores de conciencias, escuelas de formación prematrimonial y obras de apostolado familiar.

(148) En Detroit (Estados Unidos), los consejeros adjuntos de un tribunal de divorcio, en 34 años de infatigable actividad, consiguieron salvar un total de 56.000 matrimonios ya separados o amenazados de disolución (HARING, ob. cit., pág. 356).