

LAS CAUSAS MATRIMONIALES DE SEPARACION TEMPORAL

SUMARIO: I. *Procedimiento*: 1) Legislación del *Codex*; 2) Legislación civil y concordataria.—II. *Medidas preventivas*: 1) La justicia y la equidad; 2) El Derecho civil español; 3) La norma concordataria.—III. *Resolución procesal definitiva*: 1) Tenor de la resolución; 2) Efectos de la resolución; 3) Cesación de la separación.

El artículo 24 del Concordato enumera cuatro clases de causas matrimoniales: las de nulidad, las de separación, las de dispensa de matrimonio rato no consumado y las de uso y aplicación del privilegio Paulino; y silencia la de disolución del vínculo por la emisión de votos religiosos solemnes, explícitamente enumerada en el canon 1.119. Todas ellas son de la competencia exclusiva de la Autoridad eclesiástica, como reconoce el mencionado artículo concordatario.

Las de nulidad y las de separación perpetua de matrimonios canónicos han de tramitarse contenciosamente; las de dispensa de rato y las referentes al privilegio Paulino, por la vía administrativa; en las de separación temporal puede seguirse uno u otro procedimiento, a tenor del canon 1.131, en concordancia con la declaración de la Comisión Pontificia de Intérpretes del *Codex*, de 25 de junio de 1932 (1). Solamente a estas últimas, las de separación temporal, nos referimos en este trabajo, en el cual, sin excluir en absoluto el derecho sustantivo, trataremos principalmente del aspecto procesal en relación con la legislación del *Codex*, las normas concordadas y también—esto es ineludible—la legislación civil española, ya que el Concordato se ha estipulado para armonizar dentro de lo posible ambas legislaciones: la eclesiástica y la estatal.

I.—PROCEDIMIENTO

1) *Legislación del "Codex"*

Comenzando por la legislación contenida en el *Codex*, hemos de decir que ésta dispone, como norma general, que las causas de separa-

(1) A. A. S., XXIV, 204.

ción temporal deben tramitarse y resolverse por la vía administrativa. Mas la declaración arriba mencionada de la Comisión de Intérpretes zanjó la cuestión de si podían también llevarse a la vía contenciosa, diciendo que deben tramitarse administrativamente "a no ser que el Ordinario, de oficio o a instancia de las partes, disponga lo contrario".

Con la norma del canon 1.131 se introdujo en la disciplina de la Iglesia una innovación radical y de no pequeña importancia; pues hasta la promulgación del *Codex* todas las causas de separación—perpetua o temporal—se venían tramitando contenciosamente. La celeberrima Instrucción austríaca del Cardenal RAUSCHER, publicada por el Pro-Nuncio Apostólico Cardenal VIALE-PRELÁ el 2 de febrero de 1856 y tan citada por los canonistas, estableció (2) como obligatoria para el antiguo Imperio de Austria la forma contenciosa, con lo cual no hizo más que recoger la práctica en todas partes vigente por entonces. La razón de la alteración en la disciplina no es obvia, si bien hay que reconocer que razones de mucho peso tuvieron que influir en el ánimo de los codificadores.

Decimos que no es obvia la alteración porque las causas de separación, si bien es cierto que afectan al bien público, lo que no puede dudarse es que primaria y principalmente son causas en las que se ventilan derechos intersubjetivos de los cónyuges. El marido y la mujer han adquirido, en virtud del matrimonio realizado, mutuos derechos y obligaciones personalísimos, de los cuales no puede desposeerles arbitrariamente ninguna autoridad humana en virtud de una acción directa sobre esas relaciones jurídicas. (No nos referimos al uso de la potestad vicaria del Papa en la disolución del matrimonio rato no consumado, la cual, por otra parte, no puede ser ejercida arbitrariamente.) Y la vía más apta para defender los derechos subjetivos no es la administrativa, sino la contenciosa, como está reconocido y establecido en las legislaciones de todos los países cultos.

Prescindiendo de las legislaciones estatales, en las que hay una separación más acentuada entre los órganos administrativos y los judiciales y una diferenciación más precisa entre las materias de competencia de unos u otros, en la Iglesia, por el contrario, eso es difícil de precisar, hallándose divididas las opiniones en tres grupos principales (3): 1) Para muchos canonistas no hay distinción entre la potestad administrativa y la

(2) Cfr. arts. 95, 216, 229, etc. (edición de SIRO CIPRIANI, Roma, 1952).

(3) Cfr. ROBERTI: *De processibus*, ed. 2.^a (Roma, 1941), nn. 39-41, con abundante bibliografía.

contenciosa, sino puramente formal, esto es, o por razón de los órganos que la ejercen (v. gr., el Vicario General o el Juez), o por razón del procedimiento que se observa (v. gr., el administrativo o el judicial) en cada uno de los casos. 2) Para otros la distinción entre ambas potestades es no sólo formal, sino también sustancial; y esta distinción consiste en que la potestad administrativa es directa y primaria y se ejerce en orden a procurar el bien público y a proveer lo que más pueda fomentarlo, mientras que la contenciosa es secundaria y sustitutiva de la actividad privada, por lo cual el juez la ejerce siempre en causa ajena y a ella están reservados los conflictos sobre derechos de privados y los conflictos de voluntades entre los mismos. 3) Según otros, finalmente, a la potestad contenciosa corresponde intervenir, siempre que se trate de derechos subjetivos (si no se hallan, en concreto, exceptuados por la ley canónica), por lo cual dicha potestad es sustitutiva de cualquier actividad, tanto privada como pública; y todo lo que no se refiera a derechos subjetivos, es de incumbencia de la potestad administrativa.

No hemos traído a colación esas tres opiniones de los canonistas con el fin de someterlas a crítica, sino sólo para deducir una conclusión de esa diversidad de opiniones: que, juzgando con un criterio cuasiapriorístico, no puede decirse que las causas matrimoniales de separación temporal exijan, *por su naturaleza*, ser tratadas en la vía administrativa. En dichas causas se ventilan primaria y principalmente derechos intersubjetivos de personas privadas, aunque de la separación puede resultar lesionado el bien público. Por consiguiente, de aceptarse la segunda o la tercera de las opiniones expuestas, habría que concluir que las causas de separación temporal reclaman la vía judicial, más bien que la administrativa. No es, pues, de extrañar que antes del *Codex* se tramitaran todas en aquella vía.

Todo esto resulta mucho más palmario, si nos fijamos en que las causas de separación perpetua (por adulterio) y las de separación temporal (por otros motivos) sustancialmente son lo mismo. En unas y otras lo que se persigue es la separación; y ésta, en cuanto tal, no es distinta en uno y otro género de causas. En todas ellas juegan derechos intersubjetivos de privados; y de toda separación, sea perpetua o temporal, puede resultar—y resulta—algún quebranto del bien público. Que la separación sea perpetua, o bien temporal, es una circunstancia que no modifica la naturaleza de la causa. Ello no obstante, el *Codex* dispone que las causas de separación perpetua se tramiten contenciosamente y

las de separación temporal por la vía administrativa (4). ¿Por qué esta diversidad de criterio?

Podrá decirse que la separación perpetua es de suyo más grave que la temporal—pues ésta termina con la cesación de la causa que dió lugar a ella—y que, por lo tanto, los derechos intersubjetivos afectados son también más graves en la primera que en la segunda. Tal vez esta consideración haya de hecho influido en el ánimo de los que elaboraron el *Codex*, aunque en el rigor de los principios la mayor o menor importancia de los derechos subjetivos no es razón suficiente para que unos se ventilen contenciosa y otras administrativamente. Lo mismo hay que recurrir al juez si se reclama a otro una peseta, como si son millones lo que se discute. El «más» y el «menos», dice un principio filosófico, no cambian la especie.

Por eso creemos que la alteración de la disciplina, introducida por el *Codex*, se debe, por lo menos en gran parte, a otra razón de tipo práctico; y ésta tal vez será la que insinúa WERNZ-VIDAL (5), muy en consonancia con la benignidad y el espíritu maternal de la Iglesia y con la realidad social imperante en el mundo. En gran número de países está permitido el divorcio vincular; y en ellos ni que decir tiene que la separación ha de obtenerse de los tribunales civiles. Respecto a los que no admiten tal divorcio, dice PÉREZ MIER (6): «De los Estados que, por lo menos hasta fechas muy recientes, no reconocían el divorcio vincular, admitiendo únicamente la separación de cuerpos, y que son: (aquí el autor cita 13), creemos que España es el único país donde no resulta posible obtener una sentencia de separación personal ante la jurisdicción civil, ya que en Irlanda misma los pleitos de separación de los cónyuges se ventilan ante los Tribunales civiles, y en los Concordatos de Italia, de Austria y últimamente en el Convenio de Colombia la Santa Sede concede que las causas de separación de los cónyuges sean juzgadas por los Tribunales civiles». Tal es el panorama actual, el cual no creemos que discrepe mucho de la perspectiva que, en este punto, se ofrecía en los años inmediatamente anteriores al 1917, cuando se promulgó el *Codex*. Pues bien, la Iglesia, dándose cuenta de que en muchísimos países, cuya legislación no está en armonía con la eclesiástica, sólo se reconocen efectos civiles a la separación decretada por los Tribunales del Estado, no ha querido obligar a los cónyuges católicos a sostener un

(4) Cán. 1.130, 1.131.

(5) *Ius Canonicum*, t. V, n. 646.

(6) REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO: *El Concordato español de 1953* (1954), pp. 36-37.

doble pleito—uno canónico y otro civil—para separarse, y se ha contentado con que, tratándose de separación temporal, se recurra a la Autoridad eclesiástica administrativa. L. ECHEVERRÍA, en su magnífica tesis doctoral, recientemente defendida en la Facultad de Derecho de Madrid, sobre aplicación del Derecho matrimonial del *Codex* en los Concilios y Sínodos particulares, llega a la conclusión de que la separación decretada por las Autoridades eclesiásticas en muchos países no viene en realidad a ser otra cosa ni casi tiene otro carácter que el de un «nihil obstat» para que los católicos puedan *tuta conscientia* recurrir después al Tribunal civil (7). Por eso, probablemente, es que la Iglesia, al mismo tiempo que siguió reservando a la vía contenciosa las causas de separación perpetua por la mayor gravedad de ésta, suavizó la disciplina en cuanto a las de separación temporal; pero se nos figura que esto lo hizo impulsada a ello por el hecho social.

De todo lo que dejamos expuesto queremos deducir otra conclusión, antes de pasar adelante: que si la legislación civil de algún país fuera tal que, según ella, el conocimiento de las causas de separación temporal estuviera reservado exclusivamente, con plenitud de efectos civiles, a la Autoridad eclesiástica competente, no sería nada extraño ni podría considerarse exorbitante, sino todo lo contrario, que la Iglesia impusiera en ese país la vía contenciosa eclesiástica como medio necesario para obtener la separación temporal. Esto podría hacerlo mediante un Concordato, o también «motu proprio» sin necesidad de él.

La declaración, arriba mencionada, de la Comisión Pontificia de Interpretes abrió algo la puerta para que las causas de que nos ocupamos puedan ser llevadas a la vía contenciosa. He aquí el texto literal de la misma: «An separatio coniugum ob causas de quibus in hoc can. 1.131, § 1, forma administrativa decernenda sit. *Resp.* Affirmative, nisi ab Ordinario aliter statuatur ex officio vel ad instantiam partium». Es decir: según esta declaración, parece que es preciso un decreto del Ordinario, de tal forma que, aunque las partes pidan la vía contenciosa, no se puede llegar a ella, si el Ordinario no lo dispone autoritativamente. Y sin embargo, canonistas de nota dicen que las partes tienen derecho a recurrir a la vía contenciosa y a *exigir* que la causa se tramite en esa vía, con lo cual el derecho del Ordinario a permitir o no el recurso

(7) L. DE ECHEVERRÍA cita y aduce textos de los siguientes Sínodos particulares, entre otros muchos: Concilio plenario de Australia y Nueva Zelanda (1947), arts. 472, 473; ídem de Suiza (1927), art. 458; ídem del Brasil (1939), art. 308; Sínodo diocesano de Périgueux (1922), art. 542; ídem de Bayeux y Lisieux (1935), art. 658; ídem de Quebec (1940), art. 293; ídem de Friburgo (1948), art. 86; etc.

a dicha vía quedaría reducido a un derecho puramente ilusorio. «Item dice WERNZ-VIDAL (8)—forma iudicialis *adhibenda est* si utraque vel alterutra pars ministerium iudicis invocat ad ius suum persequendum». Y lo mismo CORONATA (9), quien, después de haber dicho que ha de emplearse la forma administrativa, añade: «salvo iure partium *exigendi* ut forma iudiciali quaestio solvatur»; y prosigue: «partes *semper ius habent exigendi* ut quaestio forma iudiciali solvatur... Nec requiritur ut ambae partes in forma iudiciali *exigenda* convenient». Según estos insignes canonistas, basta que uno de los cónyuges—aquel que pide la separación o aquel contra quien se pide—exijan la vía contenciosa, para que la cuestión haya de tramitarse judicialmente. Hasta qué punto la interpretación que estos autores dan a la declaración citada se ajusta a la letra y al espíritu de la misma, no nos atrevemos a decirlo. Pero nos parece que ello confirma la conclusión, que arriba hemos expuesto, acerca de la razonabilidad de una disposición eclesiástica para un país en el que las sentencias canónicas de separación—con exclusión de las sentencias civiles—produjeran efectos civiles en toda su plenitud.

2) *Legislación civil y concordataria*

Veamos ahora qué es lo que disponen la legislación civil española y nuestra legislación concordataria.

Por lo que se refiere al Código Civil, nadie puede dudar que éste, para la concesión de efectos civiles, sólo tiene en cuenta las sentencias de los Tribunales eclesiásticos. «Los efectos civiles de las *demandas* y *sentencias*... sobre divorcio... (es decir «separación») dice el artículo 67. «Interpueas y admitidas las *demandas* de que habla el artículo anterior...» (art. 68). «La *sentencia* de divorcio...» (art. 73). «El conocimiento de los *pleitos* sobre... divorcio de los matrimonios canónicos...» (art. 80). «Incoada ante el Tribunal eclesiástico una *demanda* de divorcio...» (artículo 81). «La *sentencia* firme de divorcio...» (art. 82). Y en la misma forma se expresa la Ley de Enjuiciamiento civil, la cual en los artículos 1.880, 1.890, 1.893, 1.894 y 1.895 emplea siempre la palabra «demanda», que en nuestro lenguaje forense significa demanda judicial.

La objeción que puede hacerse es obvia y se le ocurrirá a cualquiera que posea rudimentos del Derecho canónico. La legislación española —se dirá—está en perfecta armonía con la legislación canónica que se

(8) Ob. cit., ed. 1946, t. V, n. 646, nota 140.

(9) *De Sacramentis*, ed. 1945, vol. III, n. 665.

hallaba vigente al promulgarse aquélla. Admitimos en todo su valor la objeción, la cual no tiene réplica posible. Ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento pudieron hacer alusión a las resoluciones administrativas canónicas en las causas de separación temporal, ya que entonces dichas causas habían de llevarse a la vía contenciosa según el procedimiento canónico.

Pero una cosa es la forma de expresarse la ley civil española, y otra muy distinta si hoy, después de la puesta en vigor del Concordato, la concesión de efectos civiles a las decisiones eclesiásticas de separación conyugal está subordinada a que las expresadas decisiones se dicten por la vía contenciosa. Por eso hemos de estudiar la ley civil en la materia ante las normas del Concordato.

El artículo 24 del Concordato contiene cuatro números o párrafos, y su redacción no es todo lo feliz que sería de desear. Así y todo, creemos que goza de la suficiente claridad para descubrir que la mente de las altas Partes contratantes no fué más allá de otorgar efectos civiles, en las causas de separación de matrimonios canónicos, a solas las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos. De donde se sigue que, si alguien desea que la separación pretendida goce de dichos efectos, debe entablar demanda ante el Tribunal eclesiástico y llevar la cuestión por la vía judicial. Para hacer esta afirmación, nos fijamos de una manera especial en la diversa redacción que se ha dado a los tres primeros números del artículo, sin perjuicio de que examinemos también y nos hagamos cargo de la dificultad que pudiera surgir de la norma contenida en el número cuarto.

El orden que se observa en esos tres números es verdaderamente lógico y bien pensado: en el número 1 se establece la competencia general de la Iglesia en *todas* las causas matrimoniales, y por eso enumera las cuatro; en el número 2 se habla de las medidas precautorias que se han de tomar antes de la sustanciación total del proceso, medidas que sólo tienen lugar adecuado en las causas de separación y de nulidad y por eso menciona solamente estas dos; finalmente, en el número 3 se trata de los efectos que, después de sustanciado el proceso, se producen a consecuencia de la decisión. Pues bien, el número 1 enumera, como hemos dicho, las cuatro causas matrimoniales sobre las que reconoce la competencia exclusiva de la Iglesia, algunas de las cuales ciertamente son administrativas; por eso habla de «*Tribunales y Dicasterios*», para comprender el procedimiento judicial («*Tribunales*») y el administrativo («*Dicasterios*»). El número 2, por el contrario, se refiere única y exclu-

sivamente a las causas de nulidad y de separación, sin distinguir entre separación perpetua o temporal, y ya no hace uso de la palabra «Dicasterios», sino que se expresa en los siguientes términos: «Incoada y admitida ante el Tribunal eclesiástico una *demanda* de separación o de nulidad...», con lo cual da por supuesto que esas dos clases de causas han de tramitarse contenciosamente. Finalmente, el número 3 trata de la eficacia civil de las decisiones canónicas que recaigan en las causas de que tratan los números anteriores—tanto el número 1 como el número 2—y vuelve a emplear términos que abarcan las cuatro causas, diciendo: «Las sentencias y resoluciones de que se trate...»; es decir: *sentencias*, si el procedimiento ha sido judicial (nulidad y separación), y *resoluciones*, si ha sido administrativo (dispensa de rato y privilegio Paulino). Juzgamos, pues, suficientemente claro que, con el texto del número 2 a la vista puesto en parangón con los números 1 y 3, las causas de separación perpetua o temporal han de tramitarse judicialmente, si se quiere que la decisión de las mismas produzca efectos civiles.

Y no se diga que al hablar el Concordato: primero, de «Tribunales y Dicasterios» (n. 1); después, de «Tribunales» y «demanda» (n. 2); y por fin de «sentencias y resoluciones» (n. 3), ha querido expresar la misma idea, considerando como sinónimos entre sí todos esos términos de significación análoga y entremezclándolos impremeditadamente. A esto responderíamos: primero, que dentro del orden lógico de exposición de la materia, la alternativa o diferenciación en el uso de los vocablos empleados es también lógica y obligada; segundo, que los vocablos han de interpretarse en su significación obvia y natural; tercero, que el haber intentado el legislador darles otra significación menos obvia sería un hecho, que habría de probarse. Noblemente reconocemos, sin embargo, que tal vez haya habido un *lapsus* de redacción al decirse en el número 3 que el Tribunal eclesiástico ha de comunicar al Tribunal civil no sólo las sentencias, sino también las resoluciones en las causas de dispensa de rato y aplicación del privilegio Paulino, las cuales son puramente administrativas. Decimos que «tal vez» sea defectuosa la redacción, porque no nos explicamos cómo en una causa administrativa se hace intervenir a un Tribunal eclesiástico; mas también puede haber ocurrido que lo que se pretendió fué que, aun siendo administrativa la causa, la comunicación de la resolución se hiciera directamente de Tribunal a Tribunal, por ser el Tribunal civil el órgano estatal a quien compete ejecutar la resolución en la esfera civil. Como quiera que sea,

ello no desvirtuaría los términos claros y precisos del número 2 del artículo concordatario.

Tampoco desvirtuaría la tesis que sostenemos, la objeción que pudiera formularse en la siguiente forma: El número 2 del artículo 24 se refiere a las medidas provisionales y preventivas que pueden tomarse antes de la sustanciación del pleito de separación, en orden a producir efectos civiles también *provisionales*; pero de ahí no se sigue que, para surtir efectos civiles *definitivos*, sea necesario sustanciar la causa de separación en juicio contencioso. La respuesta es obvia: si la producción de esos efectos civiles provisionales la vincula el Concordato a la iniciación de un procedimiento judicial, es incomprensible que puedan otorgarse efectos civiles definitivos, si no se ha seguido ese mismo procedimiento. De establecerse alguna diferencia entre la concesión de unos y otros efectos, debería ser a la inversa, o sea concediendo administrativamente los provisionales y mediante sentencia de un Tribunal los definitivos.

Asimismo, no puede alegarse, como razón apodéctica en contra, que con la interpretación que propugnamos se mermarían las facultades que el canon 1.131 concede a los Ordinarios, ya que en él se establece que las causas de separación temporal deben tratarse y resolverse administrativamente—«*auctoritate Ordinarii loci*» (10)—. A esto puede responderse: a) Ya dejamos expuesto que la norma del canon no es tan rígida que impida que en ciertos casos pueda elegirse la vía contenciosa. b) Dicha norma fué dictada por el legislador eclesiástico para toda la cristiandad, con vista solamente a los efectos canónicos y sin tener presente (no podía tenerlo) el caso de que la separación canónica produzca—como en España—efectos civiles. c) La expresada norma del *Codex*, como de derecho puramente eclesiástico, puede ser alterada mediante un Concordato concluído entre ambas potestades. d) De hecho, ha sido alterada radicalmente en algunos Concordatos recientes—los de Italia, Austria y Colombia, y el recentísimo de la República de Santo Domingo—, los cuales establecen que las causas de separación, no obstante ser por su naturaleza causas eclesiásticas, han de ser tratadas y falladas por la autoridad *judicial civil*. Dados estos precedentes, no hay por qué admirarse de que en España haya podido estatuirse en el Concordato que, si se desea dar efectos civiles a la separación temporal, la causa ha de tratarse ante la autoridad *judicial eclesiástica*.

(10) Can. 1.131, § 1.

Tampoco puede alegarse eficazmente en contra el número 4 del artículo 24 del Concordato, el cual establece una norma general para todas las materias de competencia de la Iglesia, y que, según esa norma concordada, «todas las... decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las Autoridades eclesiásticas dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efecto en el orden civil». A esto podría replicarse: el número 4 establece una norma *general* para todas las materias, en tanto que el número 2 establece una norma *especial* para una materia determinada; y ya se sabe que «generi per speciem derogatur».

Al sustentar que en las causas de separación solamente deben reconocerse efectos civiles a las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos, no se pretende con ello limitar la autoridad de los Ordinarios para permitir administrativamente que entre los cónyuges pueda instaurarse la separación temporal por alguna de las causas expresadas en el canon 1.131. Pero una cosa es permitir la separación a los efectos del fuero de la conciencia, otra a los efectos canónicos del fuero externo, y otra a los efectos civiles.

En cuanto a los efectos *de conciencia*, es evidente que el Ordinario puede permitir la separación temporal, de tal forma que el cónyuge inocente pueda *sin pecado* separarse del otro y no tenga en conciencia obligación de restaurar la vida en común con el culpable, si por éste fuera requerido a restaurarla. Y en cuanto a los efectos *puramente civiles*, nos remitimos a lo dicho arriba: tales efectos no hay por qué otorgarlos a la separación decretada administrativamente por el Ordinario. Por lo tanto, queda restringida la cuestión a los efectos *canónicos*, en el fuero externo, de la separación así decretada.

Si los efectos que se pretende conseguir son *puramente canónicos*, o sea sin repercusión alguna en el fuero civil, la separación decretada administrativamente por el Ordinario no crearía problema alguno. Mas el problema puede surgir, si el cónyuge que ha obtenido el decreto administrativo lo invoca ante el fuero civil para oponerse a una determinada pretensión del otro cónyuge, v. gr., si éste reclamara el auxilio de la fuerza pública para traer al domicilio conyugal a su consorte. Al exhibir éste el decreto administrativo de separación, es cuando surgiría el conflicto. ¿Qué hacer en este caso? Si el cónyuge favorecido con el decreto de separación no tuviera, dentro del procedimiento canónico-legal, otro medio de defenderse contra las pretensiones del cónyuge culpable, habría que llegar forzosamente a la conclusión de que, a tenor del número 4 del artículo 24 del Concordato, habrían de otorgár-

sele efectos civiles al decreto administrativo del Ordinario. Mas existiendo la norma concordada del número 2, en relación con el artículo 68 del Código Civil y con las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento (de todo lo cual trataremos más a fondo en el capítulo siguiente), el cónyuge tiene un medio fácil y seguro de oponerse a las pretensiones del otro, interponiendo o simplemente manifestando ante el juez que abriga el propósito de interponer la demanda de separación ante el Tribunal eclesiástico; y todo ello sin salirse del sistema esbozado en el Concordato.

Finalmente: se ha dicho por algunos que la vía administrativa es tan apta como la contenciosa para esclarecer la verdad en cuestiones de separación conyugal. En algún caso pudiera ser, v. gr., si se tratara de locura furiosa de uno de los cónyuges, la cual es fácil de comprobar, o en algún otro semejante. Mas en la generalidad de ellos, sobre todo en los de sevicias, y especialmente en los de sevicias morales—que son frequentísimos—, sería punto menos que imposible descubrir la verdad mediante un proceso realmente administrativo. Decimos «realmente»; pues si a ese proceso se le llamara «administrativo», pero en realidad de verdad se le revistiera de todo el aparato de fondo del proceso judicial: convención y reconvención, amplia prueba documental y testifical, tacha de testigos y reprobación de dichos, alegaciones, etc., en ese caso vendría a ser un verdadero proceso judicial en el fondo, pero con el inconveniente de que contra el decreto resolutorio no cabría apelación, sino sólo recurso a la Santa Sede. Y para eso, ¿por qué no tramitarlo judicialmente ante el Tribunal eclesiástico? Los gravísimos efectos civiles que en España produce la separación, a la vez que reclaman imperiosamente el máximo de garantías procesales, nos convencen de lo razonables que son la norma concordada y la interpretación de la misma que propugnamos (11).

II.—MEDIDAS PREVENTIVAS (12)

1) *La justicia y la equidad*

En tanto se tramita y resuelve el juicio de separación, nadie discutirá que, prácticamente y en la inmensa mayoría de los casos—por no decir en su totalidad—, es punto menos que imposible que los cónyuges

(11) Esta misma doctrina sostuvimos ya antes de ahora en "Revista de Derecho Notarial" *El Concordato entre la Santa Sede y el Estado español* (1954), pp. 33 y sigs.; también la propugna PÉREZ MIER, ob. y l. cit.

(12) Todo lo que diremos en este capítulo se aplica también a la separación perpetua.

puedan hacer vida en común bajo el mismo techo. No hay ley divina ni humana que, en esas circunstancias, imponga la cohabitación a quienes están sosteniendo legítimamente una contienda de ese género, que es de las que ordinariamente se desarrollan con más acritud, como demuestra la experiencia. Por consiguiente, es un imperativo, dictado por la misma razón natural, que los cónyuges que litigan por la separación puedan ellos mismos romper *provisionalmente* la convivencia conyugal durante el litigio, en tanto no recaiga resolución firme de la autoridad legítima. Cualquiera de los esposos puede tomar la iniciativa de esa separación provisional; pero sobre todo hay que reconocer esa facultad a la esposa, la cual, como parte más débil por el hecho de estar sometida a la potestad marital, se hallaría, viviendo con su marido, en situación de inferioridad para defender adecuadamente su derecho, bien sea como demandante o bien como demandada. Juzgamos, pues, indiscutible que, una vez incoada y admitida la demanda de separación, aunque todavía no se haya hecho en forma la citación de la parte demandada, los cónyuges pueden separarse de una manera provisional y transitoria, a reserva y en expectativa de lo que pueda decretarse en la sentencia que en su día se pronuncie.

Mas la preparación e introducción de un litigio de ese género, y con mucha más razón la admisión de la demanda por el Tribunal competente, no es cosa que siempre pueda realizarse con extremada rapidez, no sólo en pocas horas, pero ni siquiera en unos pocos días. Para preparar debidamente la introducción de la demanda es preciso que la parte que se propone introducirla exponga y consulte su caso con personas técnicas en la materia, visite algún abogado, recoja documentos, etc.; hecho por el abogado un estudio del caso, es preciso que éste redacte la demanda y la presente al Tribunal; y finalmente hay que esperar a que el Tribunal la admita, para lo cual el canon 1.710 le concede el plazo de un mes, si bien el 1.709 le dice que debe admitirla o rechazarla cuanto antes. Si la demandante es la mujer y ésta se halla encadenada al hogar conyugal y a la potestad de su marido, es muy difícil que éste pueda durante todo ese tiempo permanecer ignorante de las gestiones que hace su esposa; y si llega a percatarse de ellas, es muy probable que tratará de impedir las dentro de lo posible, usando o abusando de la autoridad que tiene como marido. Desde luego, es casi seguro que el ambiente conyugal se hará irrespirable. En estas circunstancias, que son las normales y por regla general presumibles, ¿puede imponerse o tiene el cónyuge la obligación *en conciencia* de retener la convivencia

con el otro bajo el mismo techo? A nuestro juicio, es indudable que no, máxime si ha precedido el consejo del confesor respecto al propósito de entablar la causa de separación. Y por lo que toca al *fuero externo*, en éste, salvo en un caso de injusticia notoria y flagrante de la pretensión, habría que dar por bueno y legítimo el propósito del cónyuge, en tanto no se demostrase lo contrario, por aquello de «*nemo praesumitur malus, nisi probetur*» y porque a cada cual le es lícito hacer uso de todos los recursos que la ley pone en sus manos para defender sus derechos.

Mas, si bien el *Codex* no contempla ex profeso el caso concreto de que nos ocupamos, sí encontramos en él alguna norma, de tipo más general, que puede ser de aplicación. Esa norma se encuentra en el canon 1.131, el cual, después de enumerar algunas de las causas legítimas de separación, añade: «y otras semejantes—*aliaque id genus*—, entre las cuales nos parece fuera de toda duda que se halla la probabilísima y casi segura dificultad de hacer vida en común, no sólo después que se ha introducido y admitido la demanda, sino también durante el período preparatorio de la misma, según dejamos expuesto. Mas, ¿puede el cónyuge demandante—o que se propone demandar—separarse *parte proprio* del otro, o bien necesita obtener previamente la licencia de la Autoridad eclesiástica?

Para responder adecuadamente a esta pregunta que nos hacemos, podemos formular dos hipótesis: que ya se haya introducido y admitido la demanda de separación, o que no se haya verificado este requisito. a) Si ha sido ya admitida por el juez eclesiástico la demanda, creemos que la admisión vale por sí misma de licencia para la separación; pues, por una parte, no se trata de una separación en firme, sino provisional por sólo el tiempo que haya de durar el litigio, y, por otra, el hecho de haber sido admitida la demanda implica un *fumus iuris* del demandante. No puede en este caso decirse que la Autoridad eclesiástica permanece completamente al margen de esa separación provisional instaurada. Añádase a esto que el hecho mismo de litigar entre sí ambos esposos implica peligro probable o casi seguro—digámoslo una vez más—de graves dificultades para la vida en común. b) Si todavía no ha sido admitida la demanda o no ha sido aún presentada, nos parece que tampoco hay ley que obligue a obtener la licencia previa para que pueda separarse provisionalmente el cónyuge que abriga el propósito de presentar cuanto antes la demanda de separación y anda en gestiones para prepararla; pues en ese caso el plazo que medie entre la separación provisional y la admisión de la demanda por el tribunal forzosamente, si se

procede de buena fe, ha de ser brevísimo, ya que todo ello puede fácilmente verificarse en menos de dos meses. La separación por este tiempo no podría llamarse duradera, sino *non diuturna*, empleando los términos de que suelen servirse los autores (13). Y para realizar una separación de esta clase, todos convienen en que no es necesario recurrir a la autoridad eclesiástica, siempre que haya causa proporcionada para ella; causa que existe por el solo hecho de tener que realizar las gestiones previas, de que hemos hablado. El mismo canon 1.131 autoriza la separación por autoridad propia en ciertos y determinados casos de peligro en la demora. Esto, sin embargo, de ninguna manera quiere decir que el futuro litigante, escudándose en su condición de tal, pueda prolongar indefinidamente o por largo tiempo el período de preparación de la demanda y vivir durante el tiempo que le agrada separado de su consorte. Si esto hiciera, sería entonces el caso de que la autoridad eclesiástica, e incluso la civil (14), le obligara a restaurar la vida bajo el mismo techo.

2) *El Derecho civil español*

Hasta aquí hemos examinado la cuestión de la separación provisional casi exclusivamente a la luz de los principios fundamentales de la equidad natural, ya que el *Codex* no la trata expresamente, tal vez por considerarlo innecesario. Réstanos examinarla ahora, teniendo a la vista las normas positivas del Derecho civil español y del Concordato.

Nuestro Derecho civil patrio acerca de la materia se halla contenido en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 y en el Código Civil de 1889. Dejando a un lado si hay o no verdadera oposición entre ambos cuerpos legales, parece que no hay *perfecta* armonía y concordancia entre ellos y por tanto deberían prevalecer las normas del Código Civil sobre las de la Ley de Enjuiciamiento, la cual, sobre ser anterior al Código, no deja de ser una ley rituarial. Sin embargo, la jurisprudencia casi uniforme de los Tribunales españoles aplica las de la Ley de Enjuiciamiento, tal vez por ser más completas y más articuladas, y también por no ser difícil de compaginar unas con otras.

Dispone dicha Ley que «podrá decretarse el depósito: 1.º, de mujer casada que se proponga intentar o haya intentado demanda de divorcio» (art. 1.180), para lo cual «deberá preceder solicitud por escrito de la mu-

(13) Pueden verse, entre otros: BALLERINI-PALMIERI: *Opus Theologicum Morale*, vol. VII, nn. 628-630, y PRÜMMER: *Manuale Theologiae Moralis*, ed. 10, t. III, n. 277.

(14) Cód. Civ., art. 56; Ley de Enj. civil, arts. 1.890 y 1.894.

jer o de otra persona a su ruego» (art. 1.881); y, constituido el depósito, deberá el juez advertir a la mujer «que si dentro de un mes no acredita haber intentado la demanda de divorcio ...quedará sin efecto el depósito y será restituida a la casa de su marido» (art. 1.890). Por lo tanto, «no acreditándose haber intentado o admitido la demanda... dentro del término señalado, el juez levantará el depósito, mandando restituir a la mujer a casa de su marido» (art. 1.894); mas, «acreditando la mujer haberle sido admitida la demanda, se ratificará el depósito, a no ser que aquélla pida que se constituya en la persona que designe» (art. 1.895), es decir, en otra distinta de aquélla a la cual el juez antes le había confiado el depósito. En la transcripción de los anteriores artículos de la Ley de Enjuiciamiento hemos prescindido de otros detalles, que para nuestro objeto no interesan, y nos hemos limitado a lo fundamental, cuando es la mujer la que demanda a su marido. Las normas transcritas, si bien no hablan explícitamente de *separación* de los cónyuges, sino solamente de *depósito* de la mujer casada, es evidente que el depósito lleva consigo la separación y la sustracción de la mujer a la potestad del marido. El plazo máximo del depósito por ese concepto no puede durar más de lo que tarde en haber sentencia firme y ejecutoria en el litigio que se entable; pues, una vez que haya terminado el litigio, o recobra su libertad la mujer, si la sentencia le es favorable, o tiene que reintegrarse al domicilio conyugal, si le es adversa. En cualquiera de los casos, la separación que acompaña al depósito no es otra cosa que una separación *provisional*, que es de la que estamos tratando.

No pretendemos hacer una exégesis minuciosa y detallada de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento, arriba citados, y por eso nos limitamos a anotar lo siguiente: 1.º que para que la mujer pueda solicitar su depósito y éste pueda concedérsele por el juez, basta que manifieste que se propone intentar o ha intentado ya la demanda de separación; 2.º que, si en el plazo de un mes—salvo prórroga—no ha intentado o se le ha admitido la demanda por el Tribunal competente—en nuestro caso por el Tribunal eclesiástico—debe cesar el depósito; 3.º que, al acreditar que la demanda ha sido admitida por el Tribunal, debe ratificarse el depósito. Los términos que emplea la Ley en sus varios artículos: «proponerse intentar», «intentar» y «admitirse» la demanda, indican bien claramente los tres estadios o circunstancias a las que se condiciona el depósito. El primero se refiere al período de preparación de la demanda, sin intervención alguna del Tribunal o ante el Tribunal que ha de conocer en la causa; el segundo se refiere a la presentación

—«intentar»—de la demanda ante el Tribunal eclesiástico; y el tercero comienza con la admisión de la demanda por el mismo Tribunal. Ahora bien; para el Código Civil pasa completamente desapercibido el primer estadio, de preparación de la demanda, y tampoco distingue entre presentación y admisión de la misma, limitándose a decir en el artículo 81: «*Incoada* ante el Tribunal eclesiástico una demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las disposiciones referidas en el artículo 68»; mas este artículo, al cual remite el 81, se halla a su vez redactado en los siguientes términos: «Interpuestas y *admitidas* las demandas... se adoptarán, mientras durare el juicio, las disposiciones siguientes: 1.º, separar los cónyuges en todo caso; 2.º, depositar la mujer en los casos y forma prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento civil». Es decir: el artículo 81 del Código remite al artículo 68 y éste a su vez remite a la Ley de Enjuiciamiento—a la actual, que ya entonces estaba vigente—por lo que se refiere al depósito de la mujer; y todos ellos se hallan redactados en términos, no digamos que antagónicos, pero sí bastante dispares. Una cosa es incoar *el pleito*, el cual propiamente no comienza en tanto no ha sido admitida la demanda y se ha citado al demandado, y otra cosa es incoar *la demanda*, lo cual se verifica por la simple presentación de ésta al Tribunal. Por eso, para concordar los artículos 68 y 81 del Código Civil, no hay más remedio que admitir que las palabras «incoada la demanda» del artículo 81 significan lo mismo que «incoado el pleito», o sea, «interpuesta y admitida la demanda», como dice el artículo 68. Así y todo, siempre quedan al margen de la letra explícita del Código el período de la preparación de la demanda y el que corre desde la presentación de ésta hasta la admisión de ella por el Tribunal eclesiástico. Decimos «de la letra explícita», porque no hemos de olvidar que el artículo 68, número 2.º del Código remite a las normas de la Ley de Enjuiciamiento civil, para la cual no han pasado inadvertidos aquellos dos períodos.

3) *La norma concordataria*

El artículo 24 del Concordato entre la Santa Sede y España no sólo está calcado en el artículo 81 del Código Civil, sino que recoge, con algunas variantes, la materialidad de su redacción. Dice así el Concordato: «Incoada y admitida ante el Tribunal eclesiástico una demanda de separación o de nulidad, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las normas y medidas precautorias que

regulen los efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente». La palabra «admitida», que figura a la cabeza del artículo concordatario y que no se halla en el artículo 81 del Código, nos da a entender que se tuvo presente el artículo 68 de éste, que dice: «interpuestas y admitidas las demandas», locución que nos parece, técnicamente, mejor que la adoptada por el Concordato, si bien este matiz no tiene importancia. El artículo concordatario se separó, asimismo, de la redacción dada, hacia el final, al artículo 81 del Código; pues, mientras éste se limita a remitir al artículo 68, el Concordato dice que al Tribunal civil corresponde dictar «las normas y medidas precautorias que regulen los efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente», sin decirnos cuáles son esas «normas y medidas» y cuáles esos «efectos civiles»; si todos y cada uno de los contenidos en el artículo 68, o sólo algunos de ellos. Esta vaguedad en la forma de expresarse el Concordato es fácil que pueda ser causa de dificultades en la aplicación de la norma concordataria, sobre todo si no se procede con criterio comprensivo.

Que a la autoridad civil corresponde dictar las normas y medidas que regulen los efectos *patrimoniales* de la separación provisional es cosa que está fuera de duda. La dificultad, pues, está en solventar si el artículo 24 del Concordato atribuye al Tribunal civil dictar las normas y medidas preventivas que regulen las relaciones *conyugales* y *paterno-filiales*, a que se refieren expresamente los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 68 del Código Civil: separar los cónyuges, depositar la mujer, y poner los hijos en poder del padre, de la madre o de ambos.

Por lo que toca a la separación *de las personas* de los cónyuges (dígase lo mismo del depósito de la mujer, que implica separación), tal vez no pueda afirmarse que sea efecto puramente civil; pues, si bien la cohabitación no pertenece a la sustancia del matrimonio, sí pertenece a su integridad, por lo cual la separación legítima de un matrimonio canónico es causa que, como todas las matrimoniales, compete exclusivamente a la Autoridad eclesiástica, a tenor del canon 1.960. Por lo que se refiere al depósito de los hijos en poder de uno o de otro cónyuge, para ser educados, tampoco puede dudarse que, verificada la separación legítima de los padres, corresponde a la Autoridad eclesiástica decretar a cuál de ellos ha de ser confiada la educación, conforme al canon 1.132; pues la educación de los hijos entra dentro del fin primario del matrimonio, como nos dice el canon 1.013, § 1. Por consiguiente, de atenernos estrictamente a la *letra* del artículo 24 del Concordato, habría que decir que éste, al no ceñirse a la fórmula del artículo 81 del Código

Civil, pretendió eliminar a la potestad civil de intervenir autoritativamente en la nueva regulación de los efectos conyugales y paterno-filiales dimanantes de la introducción del litigio y duraderos en tanto dure el pleito incoado, o sea los «relacionados con el procedimiento pendiente». A sólo estos efectos provisionales se reduce toda la cuestión; pues creemos innecesario advertir que, si se tratara de efectos *definitivos* dimanantes de una sentencia firme de separación, en buena doctrina canónica no podría atribuirse a la Autoridad civil otra misión que la de hacer ejecutar en el fuero civil la sentencia pronunciada por el Tribunal eclesiástico. Mas bien pudiera ser que, tratándose de la separación preventiva, no sea apodíctica la razón que acabamos de exponer, para afirmar rotundamente y sin ambages que, en virtud del Concordato, no corresponde al Tribunal civil dictar las normas y medidas que regulen provisionalmente los efectos conyugales y paterno-filiales, de que hemos hablado.

Comencemos por advertir que en el *Codex* no hay norma alguna positiva, a la cual pueda acogerse el juez eclesiástico para decretar la separación preventiva en las causas de separación conyugal. Existe, sí, el artículo 63 de la Instrucción *Provida*, que manda al Tribunal decretar la separación de los esposos una vez que se ha introducido la causa *de nulidad* del matrimonio, si es que de la convivencia resulta escándalo grave. Pero esta disposición no es en manera alguna aplicable a las causas de separación, ni aun por analogía; pues, mientras en las primeras puede resultar escándalo de que vivan juntos quienes se duda si están válidamente casados, en las segundas, por el contrario, no se lleva a juicio la validez o nulidad del matrimonio y, por lo tanto, el hecho de la convivencia de quienes están válidamente casados jamás puede resultar escandaloso. No existiendo, pues, norma alguna positiva—ni aun para las causas de separación perpetua por adulterio, que forzosamente han de tramitarse por vía judicial—, no queda otro medio que acogerse a los principios generales de justicia y equidad, cuya aplicación ha de conjugarse con el derecho del cónyuge a romper *por autoridad propia* la convivencia con el otro, cuando esa ruptura provisional es una medida preventiva necesaria para entablar y proseguir la acción judicial en defensa de su derecho a obtener la separación definitiva. Negar al cónyuge—sobre todo a la esposa—el derecho a esa separación preventiva por autoridad propia equivaldría, en muchos casos, a cerrarle el acceso a la vía legal con las debidas garantías.

Ahora bien, si el cónyuge tiene ese derecho subjetivo-natural, creemos que el recurrir al Tribunal civil, para que éste dicte las normas y medidas preventivas determinadas en la ley, no viene a ser otra cosa que pedir al mismo *protección y defensa* contra el otro cónyuge, para poder llevar su pretensión al Tribunal de la Iglesia, que es la que ha de conceder o denegar la separación definitiva. El recurso, pues, al Tribunal civil no es una condición previa y necesaria para que *pueda actuar el Tribunal eclesiástico* (eso sí sería lesivo para su fuero), sino simplemente una tutela, protección o defensa, que facilita *al cónyuge* el acceso al fuero de la Iglesia. El recurso previo al Tribunal civil tampoco es una condición *sine qua non* que *imponga* la ley al futuro litigante para que pueda después entablar la acción ante el Tribunal eclesiástico, sino una facultad discrecional, mejor, un derecho subjetivo, que se le concede, del cual puede usar o no usar, según le convenga; pues, como dice el artículo 81 del Código, las medidas preventivas enumeradas en el artículo 68 pueden dictarse «a instancia de la parte interesada». Dichas medidas le *ayudan* a defender su derecho, pero en manera alguna coartan su libertad ni la del Tribunal. Si, por otra parte, se tiene en cuenta que tales medidas, objetivamente consideradas, son justas y equitativas; si a esto se añade que en la legislación canónica no hay disposición alguna que vaya contra ellas; y si, finalmente, se considera que su aplicación constante en España no ha causado jamás—por lo menos que nosotros sepamos—roces o fricciones entre ambas potestades, hay que concluir que la cuestión, considerada en su totalidad y bajo todos los aspectos, presenta un matiz muy digno de apreciarse con ecuanimidad antes de lanzarse a afirmar que la intervención del Tribunal civil—esa intervención en la separación y depósito de la mujer y de los hijos con carácter preventivo y provisional—lesiona los derechos del fuero eclesiástico. A nuestro modesto juicio, no hay lesión alguna.

El único reparo de cierta importancia podría surgir de la letra del artículo 24, número 2, del Concordato, el cual, explícitamente, sólo habla de medidas «que regulen los efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente». Ni la separación de los cónyuges—se dirá—ni el depósito de la mujer y de los hijos pueden calificarse de «efectos civiles». Luego, en virtud del Concordato, no es al Tribunal civil a quien corresponde tomar estas medidas. La dificultad no deja de tener su fuerza; pero no tanta—creemos—que sea insoluble.

Por lo que toca a la separación preventiva de los cónyuges y al depósito de la mujer repetimos una vez más lo dicho: esta separación,

hasta que el pleito termine, es necesaria y puede realizarla por autoridad propia el cónyuge. Partiendo de esta base, el Tribunal del Estado, cuando se pide su protección no hace otra cosa que dar *eficacia civil* al estado de separación preventiva decidida por el recurrente y *protegerle* en el fuero civil contra el otro cónyuge. Este podría obligarle, incluso reclamando el auxilio de la fuerza pública, a regresar al hogar conyugal; mas el Tribunal civil, al dar estado oficial a la separación preventiva, elimina ese peligro, dejando sin eficacia para aquel caso las otras disposiciones civiles, entre ellas la contenida en el artículo 56 del Código, según el cual «dos cónyuges están obligados a vivir juntos». Vista, pues, la cuestión bajo este aspecto, se nos figura que no es aventurado afirmar que la separación preventiva y el depósito de la mujer, dada la finalidad y la orientación que tienen en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento, entran dentro de los «efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente», a que se refiere el artículo 24 del Concordato. Que haya sido ésta la mente de las altas Partes contratantes, no lo sabemos con toda certeza; pero, a nuestro juicio, no se puede considerar excluida esta interpretación. Avala esta manera de pensar la consideración de que el hecho en sí no reviste una trascendencia extraordinaria, ni mucho menos. Más trascendencia tiene el que las causas matrimoniales de separación, no sólo temporal, sino también perpetua, sean conocidas y falladas por los Tribunales civiles; y, sin embargo, la Iglesia, según dejamos dicho arriba, permite en el Concordato italiano y en otros que sean falladas por los Tribunales civiles de los Estados. La intervención de los Tribunales civiles españoles en la adopción de medidas preventivas es una verdadera futesa, si se la compara con la actuación permitida benignamente por la Santa Sede a los Tribunales de esos otros países.

Por lo que se refiere al depósito de los hijos, nos limitamos a recordar que en España se hallan establecidos los Tribunales Tutelares de Menores, los cuales funcionan con aplauso de todos y gozan de facultades para separar los hijos de uno o de ambos de los padres, cuando, de permanecer al lado de alguno de ellos, corre peligro su vida, su salud, o su formación moral. Es evidente que el Estado puede y debe preocuparse de defender a estos menores, aun en el caso de que sus progenitores hagan vida en común; pues lo contrario equivaldría a dejarles en la más absoluta indefensión. En el caso de una separación preventiva de los padres, tiene que haber una norma legal que regule las relaciones paternofiliales, si no se quiere dejar a los hijos menores expuestos a todos los

avatares que resulten de la contienda entre sus padres. Esta norma es la contenida en el artículo 68, número 3.º, del Código, según la cual al Tribunal civil—caso de que no haya de intervenir el Tribunal Tutelar—le corresponde «poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de los dos, según proceda»; norma que aclara el artículo 1.887 de la Ley de Enjuiciamiento, diciendo que «mandará el Juez que queden en poder de la madre los que no tuvieren tres años cumplidos, y los que pasen de esta edad en poder del padre, hasta que en el juicio correspondiente se decida lo que proceda». No creemos que la mente del Concordato haya sido derogar esta norma civil, objetivamente tan justa y equitativa.

Réstanos salir al paso a otra objeción contra la aplicabilidad de las disposiciones civiles en la materia. Se dirá: según el Concordato, al Tribunal civil corresponde dictar las normas y medidas precautorias «incoada y admitida la demanda»; luego no puede dictarlas antes de que la demanda sea admitida por el Tribunal eclesiástico. La consecuencia no nos parece del todo lógica, como ocurre no pocas veces en los argumentos *a sensu contrario*. Del hecho de que en el Concordato se haya estipulado que, admitida la demanda por el Tribunal eclesiástico, corresponde al civil dictar las medidas preventivas, no se sigue que carezca de facultades para dictarlas antes de la admisión. Si puede dictarlas después que el Tribunal eclesiástico ha comenzado a conocer en la causa, de ahí no se sigue que no pueda hacerlo antes de la iniciación de las actuaciones canónicas. Más bien habría que deducir lo contrario, sacando consecuencias del derecho de prevención: o sea que, si el Tribunal civil puede actuar en su fuero después que lo ha hecho el de la Iglesia, con mucha más razón podrá hacerlo antes, siempre que su actuación esté condicionada a que en el plazo de un mes se interponga la demanda canónica y a reserva, siempre y en todo caso, de lo que disponga la sentencia que pronuncie el Tribunal eclesiástico.

Podrá replicarse que la admisión de la demanda crea, o, mejor dicho, implica en el demandante un *fumus iuris*, que es bastante para legitimar la adopción de medidas preventivas por el Tribunal civil. Reconocemos que esta réplica tendría fuerza indudable, si nos constara que su contenido fué el que inspiró a las Partes contratantes en la redacción del artículo concordatario. Mas, en ese caso, habría que decir que les pasó inadvertida la situación de la parte, sobre todo de la esposa, que se propone entablar la demanda contra su consorte y no puede hacerlo en debida forma mientras retenga la convivencia conyugal bajo el mismo techo; y esta inadvertencia no es de presumir en el legislador. Damos

por reproducido aquí todo lo que arriba hemos escrito acerca del período preparatorio de la introducción de la demanda y del que corre desde la introducción hasta la admisión de la misma.

Resumiendo, pues, diremos que, así como el Código Civil pasó por alto las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento, pero sin abrogarlas, así también los legisladores condatarios pasaron por alto—voluntaria o involuntariamente—dichas disposiciones de la ley rituaría, sin incluirlas ni excluirlas expresamente del ámbito de la norma concordada. Dentro de la provisionalidad de las medidas preventivas—hasta que haya sentencia ejecutiva—, tienen ellas carácter de mayor firmeza desde el momento en que han sido ratificadas a consecuencia de la admisión de la demanda. A este *estado de ratificación*, pero sin excluir el anterior, es al que se refieren expresamente los artículos citados del Código Civil y el 24, número 2.º, del Concordato.

III.—RESOLUCIÓN PROCESAL DEFINITIVA

1) *Tenor de la resolución*

Tramitado el proceso en forma legítima, el juez ha de dar sentencia, que puede ser: afirmativa o negativa; de separación perpetua o temporal; por un tiempo determinado o por tiempo indefinido. En este trabajo nos abstenemos en absoluto de considerar cuándo la sentencia ha de ser afirmativa y cuándo negativa, por ser cosa obvia en el terreno de los principios, y difícil de sujetar a reglas en la apreciación de las realidades, o sea de los hechos concretos que han constituido la materia del litigio: la sentencia ha de ser afirmativa, cuando del conjunto de las actuaciones procesales resulte probada *con certeza* la existencia de causa legítima para la separación, y negativa en caso contrario. Excusado también es que digamos cuándo, en el caso de concederse la separación, ha de ser ésta perpetua, y cuándo temporal; pues sabido es que ha de ser perpetua cuando es por adulterio, y temporal en cualquier otro caso. Restringimos, pues, la cuestión al caso en que haya de concederse la separación temporal y nos preguntamos qué criterio canónico es el que debe informar el ánimo del juzgador cuando ha de fijar en la sentencia el tiempo de la separación.

No es raro, sino todo lo contrario, que, al fijar el tiempo de separación en la sentencia afirmativa, no se siga otro criterio que el de la mayor o menor gravedad de los hechos alegados y probados, de tal manera que cuanta mayor gravedad tengan los hechos—v. gr., las sevicias,

etcétera—tanto mayor sea el tiempo de separación que se concede al demandante. Y este criterio, adoptado como criterio único e inflexible, es manifiestamente erróneo, aun en el caso de que los hechos con toda su gravedad se hallen plenamente comprobados en los autos. Intentaremos demostrarlo.

Ese criterio erróneo se basa a su vez en un error, que pudiéramos llamar «de principios» y que consiste en considerar la separación temporal como una pena o castigo de hechos culposos anteriores. Y nada más inexacto que esto.

Basta leer el canon 1.131 para percatarse de que la separación temporal, en la disciplina del *Codex*, solamente se concede como un medio de protección o *defensa* contra el peligro inminente de un mal *futuro*, que amenaza a alguno de los cónyuges o a la prole. Si analizamos cada una de las causas concretas que enumera el canon 1.131, vemos que todas ellas pueden reducirse a un denominador común: peligro del alma o del cuerpo o gran dificultad para sobrellevar la vida en común (15); y a las enumeradas expresamente en el canon han de reducirse las comprendidas en la cláusula «y otras semejantes»—*aliaque id genus*—. Es indiscutible que todas ellas se refieren a males *futuros*, no contando para el caso los hechos pasados o presentes sino como indicio o presunción de los que en adelante habrían de producirse. Una prueba incontrovertible de ello es que el § 2 del canon 1.131 establece que, «al cesar la causa de la separación, debe restaurarse la vida en común»; de donde se deduce que, si la separación, después de haber sido concedida, debe cesar tan pronto como cesa la causa que dió lugar a ella, es evidente que no puede concederse la separación, si no se prueba, por lo menos conjeturalmente, que no ha cesado virtualmente la causa y que ésta habrá de seguir dificultando la convivencia. Lo contrario sería tanto como decir que puede concederse una separación que no habrá de poder sostenerse después legítimamente, una vez concedida, o que para concederla se requiere menos que para revocarla, contra lo que establece el principio jurídico: *turpius eicitur quam non admittitur hospes*.

Los autores se fijan de una manera especial en las sevicias, por ser ésta una de las causas más frecuentemente alegadas para obtener la se-

(15) Además de las causas enumeradas en el canon 1.131, la jurisprudencia uniforme de la Sagrada Rota Romana y la doctrina común de los autores admiten otra, que no encaja dentro de ninguna de aquéllas: el abandono malicioso de un cónyuge por el otro. Mas, aun en este caso, la sentencia de separación—de una separación que de hecho ya existe—no tendría el carácter de pena. En realidad de verdad, no vendría a ser otra cosa que una declaración de la culpabilidad de aquel que abandonó maliciosamente a su consorte, al cual le sería imputable, a todos los efectos, el estado de separación por él realizado.

paración temporal y porque, salvo contadísimos casos, a las sevicias—físicas o morales—pueden reducirse las otras causas. Pues bien: tratándose de sevicias, los canonistas—puede decirse que unánimemente—convienen en que éstas, cuando son cosa completamente *pasada*, no pueden invocarse como causa de separación, aunque hayan sido atroces y todo lo crueles que se quiera. En apoyo de esta doctrina cita REIFFENS-TUEL (16) varios autores clásicos y prosigue: «et alii communiter docentes non esse attendendam malam et atrocem tractationem *praeteritam*, sed iustum *timorem* huiusmodi in futurum *secuturæ*... Caeterum ratio quare ob solam *praeteritam* gravem vel atrocem verberationem non potest fieri matrimonii divortium, est: ...tum quia solum ad evitandam iniuriam imminens, *non ad ulciscendam illatam*, permittitur coniugi divortium ob *saevitiam* alterius. Tum quia uxor ob *saevitiam* viri separata iterum redire debet, si *saevitia* cesset et eidem sufficienter cautum est; ergo multo magis, si simile tractamentum in futurum *timendum* non est». Igualmente expresivas son las palabras de SANTI (17): «Notandum vero est non verificari causam divortii quando minae vel insidiae constituunt *factum prorsus praeteritum* et finitum, sed requiritur *factum* permanens et *periculum damni futuri*». Y con estos autores concuerda, entre otras, una sentencia *coram* WINEN (18), la cual, después de decir que las causas enumeradas en el canon 1.131 lo han sido a manera de ejemplos, prosigue: «Ex lege ipsa et iuxta exempla allata, *requiritur* et sufficit ad iudicialiter pronuntiandam separationem esse iuridice probatum *periculum* grae animae vel corporis... Tunc separatio conceditur *non in culpa vindictam*, sed ob malum merito reformidatum» (19).

Si la separación temporal sólo puede concederse para evitar males futuros, es evidente que no puede revestir el carácter de pena, la cual sólo puede aplicarse para castigar hechos criminosos pasados. Es más: la separación se concede algunas veces sin que haya precedido culpa de

(16) *Ius Canonicum*, l. IV, tít. XIX, § 2, nn. 39 y 40.

(17) *Praelectiones Iuris Canonici*, l. IV, tít. XIX, n. 44.

(18) *Sacrae Romanae Rotae decisiones seu sententiae*, Dec. 19, 13 mayo 1932, n. 5, p. 171.

(19) No faltan, sin embargo, autores que, inconsideradamente, dicen que la separación conyugal es pena, entre los cuales se encuentra GASPARRI, quien, hablando de la separación por sevicias, dice: «*Saevitiae* quoque *ius praebet* separationis, sive quia *saevitiae* semel exercitae alias anuntiant, sive in poenam iniuriae uxori illatae (*Tractatus canonicus de matrimonio*, ed. 1932, n. 1.177). WERNER-VIDAL, hablando de la separación por peligro del alma, se expresa así: «At propter alia delicta coniugis, quae in grave *periculum animae alterius* non redundant, separatio non est permissa, nisi forte ad tempus *correctionis causa*...» (*Ius Canonicum*, t. V, n. 645, IV). Mas en contra está una sentencia de la Rota, *coram* JULLIEN, del tenor siguiente: «Enimvero separationem fieri nefas est... *ob iustam reprehensionem et correctionem*» (*S. R. Rotae dectis. seu sent.*, Dec. 47, 6 agosto 1930, n. 4, p. 525).

ninguno de los cónyuges, v. gr., en caso de amencia peligrosa o de alguna enfermedad de alguno de ellos que implique peligro grave e irremediable para el otro, aunque haya sido contraída sin culpa alguna por parte del enfermo. En este caso, que es uno de los comprendidos en el canon 1.131—*periculum corporis*—, sería absurdo decir que la separación es una pena que se impone al que padece la enfermedad.

Hay, sin embargo, un caso entre los enumerados por el canon 1.131, en que a primera vista pudiera parecer que la separación temporal tiene el carácter de pena: cuando la separación se concede porque «uno de los cónyuges ha dado su nombre a una secta acatólica». Mas el que el *Codex* emplee una palabra—*dedit*—que se refiere a tiempo pretérito, no significa que el hecho de estar afiliado a una secta disidente es un hecho ya pasado. El dar el nombre es cosa que no tiene desarrollo sucesivo, sino que se verifica totalmente en un momento determinado; mas la afiliación a la secta permanece en tanto no se realice un acto positivo de abandonarla; y a esta afiliación, y no al hecho material de dar el nombre, es a lo que se refiere el *Codex*. Que ésta, y no otra, es la verdadera interpretación que corresponde a la mencionada norma canónica se corrobora por el § 2 del mismo canon, según el cual, como ya dijimos, debe cesar la separación en el momento en que cesa la causa que dió lugar a ella; luego, para que aquélla pueda concederse, es preciso que subsista la afiliación a la secta acatólica. No se trata, pues, de un hecho totalmente pasado, sino permanente o habitual. Mas si indagamos más a fondo en la *ratio legis*, nos parece que la única aceptable es la que expone N. JUVANY (20): que el hecho de afiliarse uno de los cónyuges, después del matrimonio, a una secta acatólica implica ordinariamente peligro de perversión del otro o de la prole por razón de proselitismo. Y con ello llegaremos en definitiva a otra conclusión, que encaja plenamente dentro del sistema esbozado en el canon 1.131: que la razón por la cual se concede la separación, cuando uno de los cónyuges ha dado su nombre a una secta acatólica, es porque el hecho de permanecer afiliado a ella se presume que envuelve para el otro cónyuge o para la prole peligro grave del alma para lo futuro. (Prescindimos de considerar el caso de que la afiliación a la secta haya sido anterior a la celebración del matrimonio y que éste se haya celebrado con dispensa del impedimento de mixta religión, porque en ese caso se habrán prestado las garantías oportunas que eliminan el peligro, como dispone el canon 1.061, § 1, 1.º)

(20) "Las causas matrimoniales", *Causas de separación temporal*, p. 561.

Que la separación no tiene el carácter de pena, cuya finalidad sea *castigar* hechos delictivos anteriores, se deduce también de los términos en que está formulado el canon 1.131, el cual no hace otra cosa que reconocer un *derecho subjetivo* del cónyuge que desea separarse. «*Haec aliaque id genus—dice el canon—sunt pro altero coniuge totidem legitimaе causae discedendi*». Es un derecho subjetivo, del cual puede hacer uso o no, según le agrade; pero este derecho de ningún modo puede calificarse de facultad punitiva, pues ésta solamente compete a la potestad social, si es que la causa de la separación fuera a la vez *delito* sancionado por la ley, la cual solamente castiga actos *ya realizados*, en tanto que el cónyuge se separa temporalmente para conjurar o protegerse contra un peligro probable que le amenaza o, con mucha más razón, contra un mal que ya está padeciendo y del que intenta librarse.

Siendo así, no nos explicamos cómo una sentencia de la Sagrada Rota Romana, *coram* FLORCZAK (21), dando por supuesto que la separación temporal se concede por las sevicias pasadas, dice que en potestad del cónyuge está condonarlas y que, una vez condonadas, ya no pueden alegarse posteriormente para obtener la separación. He aquí el texto de la sentencia rotal: «*Posita enim reconciliatione post discordias vel rixas, patet easdem iam condonatas fuisse neque amplius deduci posse uti causas ad divortium temporaneum flagitandum. Si enim, ubi agitur de iure separationis perpetuae obtinendae, hoc ius coniugi, qui adulterium alterius coniugis saltem tacite condonavit, non amplius conceditur (canon 1.129), eo magis separatio non datur in casu de quo supra*». La argumentación que se hace en esta sentencia la encontramos lógica en cuanto a su contextura dialéctica; pero partiendo del principio erróneo de que la finalidad de la separación temporal es castigar hechos pasados injuriosos para el cónyuge inocente. No cabe duda de que las injurias pueden perdonarse; pero lo que tampoco puede ponerse en duda es que las sevicias anteriores, aunque hayan sido perdonadas repetidas veces en cuanto constituyan injuria, siempre podrán alegarse como *indicio* y prueba conjetural de lo que espera al cónyuge que ha sido objeto de ellas, si no se separa de su consorte. Una cosa es la injuria *sufrida* y otra cosa es el peligro de *volver a sufrirla*. Por la misma razón, tampoco se nos alcanza cómo en la sentencia rotal ha podido equipararse las sevicias al adulterio hasta deducir de ahí un argumento *a fortiori* en pro de la condonación de las sevicias a los efectos de cerrar la puerta a la sepa-

(21) S. R. *Rotae decis. seu sent.*, Dec. 29, 30 junio 1938, n. 7, p. 271.

ración. La separación perpetua se concede ciertamente por el adulterio consumado y a causa de la injuria que el cónyuge adúltero ha inferido al otro (con lo cual no queremos decir que la separación perpetua sea pena del adulterio, pues no es sino el uso de un derecho subjetivo); por eso admite condonación y, una vez que ha sido condonada la injuria, ya no puede el condonante urgir la separación por el adulterio, lo mismo que el acreedor no puede reclamar el pago de una deuda pecuniaria condonada por él. Mas, tratándose de la separación temporal por sevicias, las pasadas no juegan otro papel que el ser un índice de la mala voluntad y temperamento del seviciante, mala voluntad que no se altera por el hecho de que se condonen las sevicias; de donde se infiere que, si una o más veces le han sido condonadas y, a pesar de ello, ha habido reincidencia en su mal comportamiento, del conjunto de todas ellas resulta una prueba más fuerte para acreditar la dificultad de hacer vida en común en adelante.

Nos hemos detenido algo en estudiar el carácter de la separación temporal y el aspecto bajo el cual han de ser apreciadas las causas que la justifican, porque de esto depende en gran parte el determinar el tiempo de separación, cuando la sentencia haya de ser afirmativa.

No siendo la separación temporal una pena o castigo de hechos pasados, es evidente que no se puede establecer una correlación absoluta entre la gravedad de tales hechos y el tiempo por el que la separación ha de concederse. Siendo, por otra parte, dicha separación un medio de defensa contra un peligro, en éste principalmente ha de fijarse el juez. Por consiguiente, si prudentemente se prevé que el peligro ha de desaparecer pasado un determinado número de años, no puede el juez eclesiástico conceder la separación por más tiempo, y mucho menos por tiempo indefinido, cualquiera que sea la gravedad de los hechos pasados. Mas esto no quiere decir que se ha de prescindir en absoluto de la gravedad del mal que amenaza; pues cuanto más grave sea ese mal, mayores deben ser las garantías que se den al cónyuge para prevenirse contra él por medio de la separación legítima. Si el mal que se teme fuera gravísimo e irremediable, v. gr., la muerte, nadie puede dudar que la gravedad del mal contrarrestaría en gran parte la inminencia del peligro y que, en ese caso, si no constara con certeza que el peligro actual habría de desaparecer pasado algún tiempo, debería concederse la separación por tiempo indefinido. A la misma conclusión habría de llegarse si, aun siendo menos grave el mal que se teme, pero suficiente para la separación, se previera prudentemente la incorregibilidad del demanda-

do con la persistencia consiguiente del peligro. Así, pues, hay que ponderar conjuntamente los dos elementos, gravedad del mal futuro e inminencia y duración del peligro, y de la suma de ambos resultará el tiempo de la separación, estimado por el juez según le dicte su conciencia; pero bien entendido que, en circunstancias normales y por regla general, más atención debe prestarse a la inminencia y duración prevista del peligro que a la gravedad del mal que se teme.

Como se ve, no pueden en esta materia darse normas concretas y detalladas hasta tal punto que, haciendo uso de ellas, pueda el juzgador medir como con un compás el tiempo de separación que ha de conceder. Fuera de esas normas generales que hemos apuntado, extraídas del sistema canónico que regula la separación temporal, todo lo demás queda a cargo de la ecuanimidad y prudencia del juez eclesiástico, el cual no debe olvidar que en España la separación canónica produce también efectos civiles reconocidos por el Concordato, que pueden ser de gran monta.

No queremos, sin embargo, cerrar este apartado sin expresar nuestra opinión acerca de la conveniencia de que las sentencias de separación temporal, en la parte dispositiva de las mismas, sean nítidas y transparentes, y a la vez concisas, como son todas las de la Sagrada Rota Romana (22). Pronunciar un fallo, en el cual el tiempo de la separación se condicione y subcondicione, atomizando hechos o circunstancias que podrán producirse en adelante, hace por regla general oscura la sentencia y es semillero de nuevos pleitos, principalmente en el fuero del Estado; pues no ha de olvidarse que las sentencias matrimoniales de los Tribunales eclesiásticos tienen eficacia en el orden civil y producen efectos puramente civiles de gran envergadura. Es preciso, por consiguiente, que la parte dispositiva de la sentencia sea tan clara que cualquier Tribunal civil, con su texto a la vista, pueda fácilmente conocer si la sepa-

(22) En la parte *dispositiva* de la sentencia es conveniente no consignar, por ser inútil, ninguna de las condiciones que el Derecho entiende sobreentendidas en toda sentencia, v. gr., el derecho a apelar o a pedir la revisión de la causa. Ha de evitarse, asimismo, todo lo que pueda engendrar confusión acerca de si la separación es por un plazo de tiempo determinado o por tiempo indefinido. Una sentencia concebida, v. gr., en los siguientes términos: "Concedemos la separación por tres años, que se han de entender prorrogados en tanto el demandado no justifique haber cambiado de vida y ofrezca garantías para lo futuro", sería una sentencia de separación indefinida, a pesar de hacer en ella mención del plazo de tres años. Una decisión de este género sólo tendría explicación si esos tres años pudieran considerarse como pena por lo pasado, que hubiera necesariamente de cumplirse; pero la separación no se concede como pena de un delito, y, por otra parte, es evidente que debe cesar tan pronto como cese la causa de ella, aunque no haya transcurrido el tiempo determinado por el que fue concedida. En lugar, pues, de aquella fórmula, sería más exacto, más claro y también más técnico decir, simplemente, "que se concede la separación por tiempo indefinido", sin más aditamentos.

ración legítima subsiste o si ha de tenérsela por caducada. Antes de la conclusión del Concordato podría, tal vez, algún Tribunal eclesiástico desentenderse de las consecuencias que en el fuero civil habría de producir la sentencia canónica ; mas hoy ya no puede prescindirse en absoluto de este aspecto, dado que el artículo 24 del Concordato le dice que «las sentencias..., 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».

2) *Efectos de la resolución*

No hemos de tratar de los efectos canónicos de la separación decretada por el Tribunal eclesiástico, porque son obvios.

En cuanto a los efectos civiles, o mejor dicho, eficacia civil de las sentencias canónicas, nos remitimos al artículo 73 del Código Civil español. Mas considerado el tenor de este artículo, nos parece imprescindible no silenciar lo referente a la educación de los hijos ; y esto sólo con el fin de salir al paso de torcidas interpretaciones que pudieran lesionar los derechos de la Iglesia.

La educación de los hijos entra dentro del fin *primario* del matrimonio. Esto es evidente ; pues el fin de la institución matrimonial no es un fin puramente biológico, que termine en la simple reproducción de la especie. Para conseguir esa mera finalidad, no sería preciso que Dios hubiera instituído el matrimonio como sociedad permanente entre un hombre y una mujer, ya que por la unión libre de los sexos podría llegarse al mismo fin. Por eso el canon 1.013, § 1, dice : «La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio ; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario.» Es decir : la Iglesia pone la educación de los hijos por encima de la ayuda mutua de los esposos y por encima del remedio de la concupiscencia.

Al definir el *Codex* los efectos del matrimonio celebrado, dice en el canon 1.113 : «Los padres tienen la obligación gravísima de procurar con todo esmero la educación de sus hijos, tanto la religiosa y moral como la física y civil, y de proveer también a su bien temporal.» El concepto, pues, de «educación», según este canon, es un concepto global, que abarca la educación integral, o sea no sólo la religiosa y moral, sino también la física y civil.

Cierto es que a la Iglesia no le interesa la educación física y civil tan directamente y en el mismo grado en que le interesa la educación religiosa y moral de los hijos ; pero prácticamente le interesa la educación

integral, por ser punto menos que imposible separar la educación religiosa de la civil, sobre todo durante cierta edad de los educandos. Directamente interesa a la Iglesia la educación católica más que ninguna otra; y por eso el canon 1.131, que enumera varias causas de separación temporal de los esposos, incluye entre ellas el que uno de los cónyuges eduque acatólicamente a la prole. Si, pues, la Iglesia puede decretar la separación de los cónyuges por esta causa, sería un contrasentido decir que, una vez separados los padres, la Iglesia ya no puede inmiscuirse en determinar quién de ellos es el que ha de correr en adelante con la educación de los hijos, sino que esta determinación ha de dejarse al Estado.

En contra de esta doctrina no puede alegarse que la ley del Estado español ya provee suficientemente en el artículo 73, número 2, el cual dispone que los hijos han de ser puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente, o, lo que es lo mismo, bajo la potestad de aquel que se presume no ha de darles educación acatólica. Este razonamiento sería correcto solamente en el caso de que la separación se decretase precisamente por razón de la educación acatólica dada a la prole por uno de los esposos, el cual, en este supuesto, resultaría ser el culpable de la separación.

Mas, fuera de este supuesto, pueden darse varios, v. gr., el siguiente: la madre es descreída y sin ideas religiosas de ningún género; el padre es católico práctico y se interesa por la educación católica de sus hijos, pero tiene la desgracia de haber sucumbido a la tentación y haber cometido un adulterio; la madre prueba el adulterio de su marido ante el Tribunal eclesiástico y éste le concede la separación. ¿A quién ha de confiarse la educación de los hijos: al padre culpable de la separación, pero, por lo demás, buen católico, tal vez arrepentido de la falta cometida y buen educador de sus hijos, o bien a la madre, cónyuge inocente en la causa de la separación, pero descreída y pésima educadora? Según la letra del Código Civil los hijos habrían de pasar a la potestad de la madre; según el derecho de la Iglesia y según los dictados de la recta razón, el juez eclesiástico tendría que decretar que los hijos pasasen a depender del padre, no obstante ser él el culpable de la separación (23).

(23) FUENMAYOR, en un trabajo inédito que ha tenido la gentileza de facilitarnos, hace notar que en el Derecho español no se encuentra disposición alguna relativa al cuidado y educación de los hijos, como consecuencia de las causas de separación o de nulidad del matrimonio, hasta la Ley de Matrimonio civil de 18 de junio de 1870. El hecho—prosigue—es más significativo si se tiene en cuenta el tesón con que los monarcas españoles reivindicaron su competencia para conocer acerca de los efectos civiles del matrimonio, que enumeran detalladamente, y entre los cuales no incluyen lo referente a la educación de los hijos (cf. ley 80,

Cualquiera ve, sin embargo, que una cosa son los derechos intersubjetivos de los esposos, y otra los derechos y el bien de los hijos. Del conjunto de todos estos derechos y deberes resulta la sociedad doméstica y su régimen jurídico. Al disolverse—aunque imperfectamente—ésta, hay que proveer a los derechos y deberes de cada uno de sus miembros: de los esposos, en cuanto tales, y de los hijos.

Abundando en este criterio, dispone el canon 1.132 que «verificada la separación, los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente, y si uno de los cónyuges es acatólico, al lado del cónyuge católico, a no ser que en uno u otro caso haya el Ordinario (o el Tribunal que decretó la separación) decretado otra cosa, atendiendo al bien de los mismos hijos y dejando siempre a salvo la educación católica». Con este canon a la vista nos parece oportuno hacer resaltar lo siguiente: a) Que la norma general es la misma que se establece en el Código Civil: los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente. Emplea el canon la palabra «educarse», sin hacer distinción entre educación religiosa y moral y educación física y civil, o sea, educación integral. b) Que, a manera de excepción de esa regla general, puede la Autoridad eclesiástica que decreta la separación disponer que los hijos sean educados por el cónyuge culpable de la separación otorgada al otro. c) Que la única razón para ello es el bien de los hijos, los cuales no tienen porqué sufrir los males y detrimentos que de la separación de sus padres se derivan y puedan serles evitados. d) Que lo que por encima de todo y en todo caso hay que salvar, dentro de lo posible, es la educación católica de la prole.

No procedería, pues, arbitrariamente ni se extralimitaría de sus atribuciones el juez eclesiástico que, pesadas todas las circunstancias del caso, según resulten de todo el volumen de las actuaciones practicadas, decretara en la parte dispositiva de su sentencia que la educación de los hijos se confie al cónyuge culpable de la separación. Este juicio puede fácilmente formárselo el Tribunal que haya instruido la causa de separación y que haya hecho un estudio minucioso de toda ella; pero no puede hacerlo quien no la conozca a fondo y mucho menos puede ha-

tit. I, l. II, de la Novis. Recop.; Real cédula de 22 de marzo de 1787). Mas, promulgada aquella Ley de Matrimonio civil obligatorio, secuela del sistema introducido fué negar eficacia civil a los matrimonios canónicos y a las sentencias eclesiásticas matrimoniales; y entonces, por primera vez, se proveyó acerca del cuidado de los hijos, hecha la separación de los padres. La Ley de 1870 influyó tanto en la redacción del actual Código Civil, que de los setenta y tres artículos que éste contiene relativos a materia matrimonial, cuarenta y seis—entre ellos los referentes al cuidado de los hijos—están tomados literalmente de aquella Ley, como hizo notar en el Congreso el diputado Dánvila en la sesión del 21 de marzo de 1889 ("Diario de las Sesiones de Cortes" n. 75, pp. 2.004 y 2.005).

cerlo la ley con un criterio rígido apriorístico. Por otra parte, la educación, como ya se dijo arriba, está dentro del *fin primario* del matrimonio; y tratándose de un matrimonio canónico, es indudable que la Iglesia es competente para decidir y resolver todo lo que a dicho fin primario afecta. Si ella puede resolver acerca de la separación de los cónyuges—que de una manera especial afecta al fin secundario de la ayuda mutua y del remedio de la concupiscencia—, con mucha más razón podrá resolver acerca de la educación de los hijos después de la separación de sus padres.

Esta misma tesis se halla aceptada, por lo menos en parte, en el Código Civil. El artículo 73 es común a las dos formas de matrimonio; y en el párrafo segundo del número 2.º establece que la madre tendrá a su cuidado a los hijos menores de tres años, «si la sentencia (eslesiástica o civil, según de qué matrimonio se trate) no hubiera dispuesto otra cosa». Por lo cual no cabe poner en duda que la legislación española no rechaza absolutamente el principio de que el juez eclesiástico que falla la separación puede proveer acerca del cuidado de los hijos.

Resumiendo: 1) Si la sentencia de separación dictada por el Tribunal eclesiástico nada dispone acerca de la educación de los hijos, deberá aplicarse en su totalidad el artículo 73 del Código Civil. 2) Si dicha sentencia dispone algo respecto a la educación de la prole, esa disposición debe tener eficacia en el orden civil. 3) Para conseguir de una manera clara y explícita la antedicha eficacia, bastaría adicionar el número 2.º del artículo 73 del Código Civil en la siguiente forma: «Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente, si la sentencia de separación no dispone lo contrario.»

Para que las sentencias puedan ser ejecutadas en el fuero civil es preciso que sean comunicadas al Tribunal civil, y éste las ejecutará en su fuero «cuando sean *firμες* y *ejecutivas*», como dice el artículo 24, número 3.º, del Concordato. Así, pues, el Tribunal eclesiástico debe comunicar al civil que la sentencia es «firme y ejecutiva». Es de notar que el Concordato, refiriéndose precisamente a las sentencias matrimoniales, emplea esas dos palabras, con las cuales da a entender que dichas sentencias pueden ser no sólo *ejecutivas*, sino también *firμες*. Y en realidad así es, ya que sólo las sentencias firmes pueden ser ejecutadas. Consideramos, pues, esos dos términos, como sinónimos, en nuestro caso, a pesar de que el *Codex* no hace uso de la palabra «firme» y de que la jurisprudencia canónica emplea ordinariamente la palabra «ejecutiva».

El Código Civil, por el contrario, y la Ley de Enjuiciamiento hablan siempre de sentencia «firme» para expresar qué sentencias pueden ser ejecutadas (24); y, refiriéndose en concreto a las sentencias matrimoniales dictadas por los Tribunales eclesiásticos, dice el Código Civil que «la sentencia *firme* de nulidad o divorcio del matrimonio canónico se inscribirá en el Registro civil y se presentará al Tribunal ordinario...» (art. 82).

Cierto es que las sentencias matrimoniales nunca pasan a tener autoridada de «cosa juzgada» y que siempre pueden ser revisadas en ciertas y determinadas condiciones (25), por lo cual jamás adquieren firmeza *absoluta* y de tal género que excluya total y definitivamente su revisión; pero ello no es obstáculo para que puedan ser calificadas de «firmes» con firmeza normal y corriente.

Esto mismo ocurre en el fuero civil, pues la Ley de Enjuiciamiento admite también el recurso de revisión contra las sentencias dictadas no sólo en materia matrimonial, sino en cualquier materia, y no por eso deja de llamar «firmes» a las sentencias revisables. Bien claramente se expresan los artículos 1.796 y siguientes de dicha Ley: «Habrá lugar a la revisión de una sentencia *firme*...» (art. 1.796). «El recurso de revisión sólo podrá tener lugar cuando hubiere recaído sentencia *firme*» (artículo 1.797).

Sería, pues, ridículo que un juez eclesiástico se negara a calificar de «firme» una sentencia por el solo hecho de que puede ser revisable. Con ello no haría otra cosa que obstaculizar su ejecución en el fuero civil, yendo mucho más allá de lo que va el Concordato, el cual no ha tenido inconveniente en calificar de «firmes y ejecutivas» las sentencias matrimoniales.

3) Cesación de la separación

Acerca de la cesación de la separación temporal, comenzaremos transcribiendo el canon 1.131, § 2, que va a ser objeto de estudio y dice así: «En todos estos casos (los mencionados en el § 1), al cesar la causa de la separación, debe restaurarse la comunión de vida; pero si la separación fué decretada por el Ordinario por un tiempo determinado o indeterminado, el cónyuge inocente no está obligado a ello, a no ser que medie un decreto del Ordinario o que haya pasado el tiempo». Es decir:

(24) Cód. Civil., art. 82; L. de Enj. civ., arts. 917-920, 1.796, 1.797, 1.803, etc.

(25) Cóns. 1.908, 1.909.

la separación, aun la decretada por un tiempo determinado, no crea en el cónyuge inocente un derecho subjetivo absoluto, sino condicionado y dependiente de la persistencia de la causa. Si cesa ésta antes del lapso de tiempo determinado, debe cesar la separación y cualquiera de los cónyuges tiene el derecho a *exigir* del Ordinario que dicte un decreto ordenando la restauración de la vida en común. Decimos «cualquiera de los cónyuges» porque, si bien el canon menciona solamente al cónyuge inocente, es evidente que ambos pueden ser inocentes y ambos pueden también ser culpables.

Mas lo que nos interesa especialmente en el enfoque que hemos dado a este trabajo es el aspecto procesal del decreto de la Autoridad eclesiástica: a quién corresponde darlo y en qué forma ha de darse.

El *Codex* solamente contempla el caso de que la separación sea decretada administrativamente por el Ordinario; y por eso, consecuente consigo mismo, dice que el decreto de reanudación de la comunidad de vida debe darlo también el Ordinario por aquello de «*illius est tollere cuius est condere*». No encontramos, sin embargo, dificultad para admitir que, con el *consentimiento expreso* del Ordinario, pudiera llevarse el asunto al Tribunal eclesiástico, para que éste conociese y juzgase, no acerca de la justicia o injusticia objetiva del decreto administrativo del Ordinario, sino pura y simplemente acerca de la cesación de la causa, posterior al decreto. Son dos cosas distintas la existencia de la causa legítima de separación en un momento dado y la cesación o no persistencia de la misma en otro momento posterior. Mediando, pues, la aquiescencia del Ordinario, no habría interferencia de jurisdicciones. Reconocemos, no obstante, que esto sería peligroso y harto expuesto a que, al tratar contenciosamente de la cesación de la causa de la separación, se entremezclasen cuestiones y hechos directamente relacionados con la existencia de ella al darse el decreto administrativo, lo que equivaldría a enjuiciar solapadamente la conducta del Ordinario.

Mas, ¿qué decir si la separación fué concedida por el juez previo un proceso judicial? ¿Corresponde también en este caso al Ordinario dar el decreto de restauración de la vida en común? Seguiremos refiriéndonos al caso de que la separación haya sido concedida por tiempo indefinido, o que no haya expirado el plazo determinado y concreto que se fijó en la sentencia.

Con el texto del canon a la vista puede formularse una proposición condicional—compuesta de condición y condicionado—del tenor siguiente: «Si la separación fué decretada por el Ordinario (condición), corres-

ponde al Ordinario dar el decreto de restauración de la vida en común» (condicionado). Ahora bien: ya se sabe que, si falla la condición, el condicionado no fluye lógicamente. Luego si la separación no fué decretada por el Ordinario como tal, o sea administrativamente, sino por el juez, no se sigue, en virtud del canon, que corresponda al Ordinario dar el decreto de restauración de la comunión de vida. Desde un punto de vista puramente dialéctico, esto nos parece indiscutible. Pero, además, hay razones positivas para afirmar que si la separación fué decretada por el juez, a éste, y no al Ordinario, compete declarar que ha cesado la causa de ella, si es que la cuestión llega a plantearse por uno de los cónyuges separados.

Tanto el Ordinario como el juez, en las causas de separación, buscan ante todo la verdad. Procuran averiguar si los hechos alegados son verídicos y si ellos son causa legítima de separación; y si llegan a una conclusión afirmativa, acceden a la pretensión del cónyuge que desea separarse. El decreto o sentencia que se den presuponen la convicción de haber llegado al descubrimiento de la verdad lógica; pero ellos no son más que la verdad jurídica. En la verdad lógica no se dan grados: o hay verdad o no la hay. La verdad jurídica, por el contrario, no es otra cosa que presunción de verdad lógica, por lo cual admite gradación, como la admiten las presunciones. La presunción de verdad lógica será en nuestro caso tanto más grave cuanto más se hayan contrastado los hechos aducidos y cuantas más facilidades se hayan dado a una parte para apoyar su pretensión y a la otra para desvirtuarla. Por eso, cuando se trata de resolver conflictos de derecho privado se impone por regla general la vía contenciosa, y por eso mismo las sentencias judiciales en esas materias contienen ordinariamente más presunción de verdad lógica, o, lo que es lo mismo, mayor verdad jurídica. Síguese de aquí que la sentencia judicial de separación crea un *estado jurídico* de mayor firmeza y estabilidad que el que resultaría de un simple decreto administrativo. De aquí es que las sentencias son siempre respetadas por todos, en tanto que los decretos administrativos son fácilmente revocados por el Superior que los ha dictado o por su sucesor en el cargo.

Si, pues, la sentencia de separación crea un estado jurídico más firme, sería verdaderamente anormal que ese estado de derecho pudiera ser alterado por una simple disposición administrativa. Por eso GASPARRI (26), contraponiendo la separación por decreto administrativo a la obtenida

(26) *Tractatus canonicus de matrimonio*, ed. 1902, n. 1.177.

por sentencia judicial, dice de esta última: «*Quod si divortium iudicis ministerio pronuntiatum fuit ad certum incertumve tempus, coniuge ad meliorem frugem redeunte, innocens vitae consuetudinem restaurare non tenetur, nisi ex sententia iudicis aut transacto tempore*». Proceder con otro criterio, haciendo posible la interferencia de la vía administrativa en la contenciosa, crearía un estado de inseguridad en el litigante vencedor y cedería en menosprecio de las sentencias y de los Tribunales eclesiásticos.

La intervención del juez para declarar que ha cesado la causa que había motivado la separación y, por consiguiente, que debe restaurarse la cohabitación conyugal, implica la instauración, tramitación y resolución de un nuevo litigio, distinto del anterior y que ha de desembocar en la pronunciación de una nueva sentencia; pues el juez, al pronunciar la primera decretando la separación, *junctus est officio suo*, con lo cual expiró su jurisdicción en la causa. No puede, por tanto, considerarse esta segunda intervención del juez como una continuación o prolongación de la anterior ni como una ejecución parcial o prolongada de la primera sentencia, la cual hay que suponer que fué ya entonces plena y totalmente ejecutada. El hecho de la cesación de la causa legítima de la separación es completamente ajeno y extrínseco al procedimiento anterior. Mas si se trata, como nos parece, de un nuevo pleito, cabe preguntar: ¿cuál es el Tribunal competente para conocer de él?

A tenor del derecho constituído creemos no puede decirse que sea competente el Tribunal de apelación, ya que no se trata de impugnar mediante apelación o revisión la sentencia anterior ni se pretende la revocación de aquella sentencia. No se trata de volver sobre los motivos o argumentos que movieron al juez a sentenciar en un sentido determinado, sino de apreciar si la causa de la separación, que entonces existía, ha cesado ya. La primera sentencia debe quedar incólume, lo cual no es lo mismo que decir que no puede perder su aplicabilidad, ya que su aplicación tiene un desarrollo permanente y sucesivo; mas, si deja de ser aplicable, no es porque el juez la revoque posteriormente, sino porque la naturaleza misma de la separación temporal y el derecho positivo así lo reclaman.

Mas no es éste el único problema que puede plantearse, sino también el siguiente: Si el juez de apelación, como tal, no es competente para conocer en el segundo pleito, hay que convenir en que éste es un pleito que se ha de ventilar en primera instancia; pero, ¿ante qué Tribunal? ¿Ante el que falló el primero o ante otro? Nuestra opinión, *salvo melio-*

re, es que puede y debe conocer en él cualquier Tribunal que a la sazón sea competente a tenor de las normas generales que regulan la competencia; de donde puede resultar que el Tribunal que falló y decretó la separación haya dejado de ser competente para conocer en el nuevo litigio, v. gr., por haber cambiado su domicilio la parte que ahora ha de jugar el papel de parte demandada.

No vemos, sin embargo, inconveniente en que las partes, *de común acuerdo*, lleven la cuestión al Ordinario para que él resuelva administrativamente; pues cada una de ellas, así como puede renunciar espontáneamente a la separación concedida, así también, y con mucha más razón, puede renunciar al derecho que le asiste a exigir la vía contenciosa para dilucidar si la causa de la separación ha cesado.

Aunque el Concordato no prevé expresamente el caso de una sentencia que declare extinguido el estado de separación legítima, es evidente que tal sentencia tendría eficacia civil y produciría en el fuero del Estado todos los efectos, una vez que por el Tribunal eclesiástico hubiera sido comunicada al Tribunal civil.

LORENZO MIGUELEZ,

Decano de la Rota Española