

TÍTULO ÚNICO

CAPÍTULO I

Incorporación, por vez primera, a un código

1. En el libro IV del Codex no hay ni la mínima alusión expresa al juicio de separación conyugal; en cuanto a esta materia el Codex contiene unas cuantas leyes sustantivas bajo el capítulo intitulado «De la separación de los cónyuges» (cc. 1128-1132) sin que en relación con el «procedimiento» ordenado a esta «separación» haga otra cosa que suponer que la separación por adulterio puede concederse «por sentencia del juez» (c. 1130) y la separación por otras causas puede concederse por el «Ordinario local» (c. 1131).

2. Incluso la P. C. de Intérpretes había respondido el 25 de junio de 1932 que la separación por las causas del c. 1131 del Codex (que son causas de separación temporal y que no comprenden la causa del adulterio del canon 1129) podía concederse administrativamente a no ser que el Ordinario de oficio o a petición de parte estableciera otra cosa¹.

No se les reconocía, por tanto, a las partes el derecho a optar por la vía judicial en lugar de por la vía administrativa.

La práctica constante fue en España la de tratar estas causas por la vía judicial.

3. No obstante el reconocimiento explícito del c. 1960 del Codex de que «las causas matrimoniales entre bautizados pertenecen por derecho propio y exclusivo al juez eclesiástico» y no obstante las múltiples razones que aconsejaban el que la Iglesia resolviera esas causas de separación, se iba creando un derecho particular concordado, en el que la Iglesia consentía en que los tribunales civiles entendieran en esas cuestiones, e iba naciendo una opinión pública que, apoyada en sólidas razones, pedía o al menos veía bien el que esta clase de causas «pasaran» a los tribunales del Estado.

4. No era, pues, fácil encontrar una fórmula flexible que en lo posible asumiera los «pro» y evitara los «contra» de una y de otra tesis; y ésta fue la

1 AAS 24 (1932) 284.

fórmula que encontró la Comisión de reforma del Código y que quedó plasmada en el nuevo c. 1692:

«§ 1. Salvo que para un lugar determinado se haya provisto legítimamente de otro modo, la separación personal de los cónyuges bautizados puede decidirse por decreto del Obispo diocesano o por sentencia del juez de acuerdo con los cánones que siguen.

§ 2. Donde la decisión eclesiástica no produzca efectos civiles, o si se prevé que la sentencia civil no será contraria al derecho divino, el Obispo de la Diócesis de residencia de los cónyuges, atendiendo a circunstancias peculiares podrá conceder licencia para acudir al fuero civil.

§ 3. Si la causa versa también sobre los efectos meramente civiles del matrimonio, procure el juez que, cumpliendo lo prescrito en el § 2, la causa se lleve desde el primer momento al fuero civil».

A) Es evidente que el canon se refiere exclusivamente a la separación conyugal que llamamos «canónica» porque se concede a dos que están unidos en matrimonio canónico y porque de suyo corresponde concederla a la autoridad eclesiástica.

En relación pues, con la concesión de esta separación conyugal «canónica» el § 1 reconoce el derecho (que a tenor del c. 1401, 1.º podría calificarse de «propio y exclusivo») de la autoridad eclesiástica para conceder dicha separación y a la vez respeta el derecho que para concederla hubiera adquirido vgr. mediante un Concordato la autoridad civil.

Ya dentro de la concesión por parte de la autoridad eclesiástica distingue dos modos de hacerla: uno, por vía administrativa (mediante decreto no en general del Ordinario del lugar como decían los cc. 1131 y 1132 del Codex sino en concreto del Obispo de la Diócesis) y otro, por vía judicial (mediante sentencia del juez; con lo que el nuevo canon se aparta un tanto de la orientación expuesta del Codex y de la respuesta de la Pontificia Comisión de Intérpretes).

Pero, ¿a quién corresponde decidir en cada caso si la concesión ha de hacerse por vía administrativa o por vía judicial?; pienso que corresponde decidirlo a la parte que se anticipe a hacer la petición de la separación en el sentido de que deba concederse la misma por la vía administrativa o por la vía judicial según que esa parte dirija su petición o al Obispo en cuanto Obispo o respectivamente al Juez que sea competente para entender en la causa a tenor de los cc. 1694 y 1673; si a esa parte le está permitido solicitar que la causa se tramite por el proceso contencioso ordinario en lugar de por el proceso contencioso oral (c. 1693 § 1), ¿por qué habrá de negársele el derecho a optar por una, en lugar de por otra, de las vías administrativa o judicial? Elegida la vía judicial se seguirá o el proceso contencioso oral o el proceso contencioso ordinario, como indicaré.

B) La redacción del § 2 no es del todo feliz:

a) No es difícil deducir de él que a las partes no les está permitido llevar sin previa licencia de su Obispo diocesano la causa de separación de su matrimonio canónico al fuero civil (es evidente que este § 2 parte del supuesto de que la Iglesia no hubiere concedido sobre el particular una autorización general implícita en el consentimiento que hubiere dado en un Concordato para que esta clase de causas sean «llevadas» a los tribunales de la jurisdicción ordinaria) al menos en los casos en los que se dice que él puede conceder esa licencia.

b) El Obispo diocesano, ¿puede en esos casos conceder la licencia motu proprio?; y si se necesita la previa petición de alguien, ¿se necesitará siempre la petición de alguno de los cónyuges o podrá ser suficiente, por analogía con lo dispuesto en el § 3, la petición del juez eclesiástico a cuyo tribunal hubiere sido eventualmente llevada la causa?.

c) El Obispo diocesano puede conceder la licencia para llevar la causa de separación conyugal del matrimonio canónico al fuero civil:

1.º En aquellos lugares en los que por una o por otra razón la decisión eclesiástica, que se diera en esa causa si la misma se resolvía ante la autoridad eclesiástica, no habría de obtener los efectos civiles que, se sobreentiende, es necesario o al menos es conveniente que obtenga.

Se trata con esta medida de evitarles a los cónyuges los graves inconvenientes que se les seguirían de tener que someter su causa a dos jurisdicciones: a la eclesiástica, para que conceda la separación; a la civil, para que conceda efectos civiles relativos, vgr., a la pensión alimenticia, a la custodia de los hijos, etc.

2.º En aquellas ocasiones en las que se prevé que la sentencia civil, recaída en esa causa de separación llevada al fuero civil, no habrá de ser contraria al derecho divino; ¿en qué sentido puede ser contraria al derecho divino?, ¿en cuanto que la misma podría ser como la base en la que se apoyara la futura concesión del divorcio civil a esos cónyuges? pero, ¿puede con rigor afirmarse que una sentencia civil de separación es contraria al derecho divino solamente porque sirva como de preparación para pedir y conseguir después el divorcio o que una sentencia de divorcio es contraria al derecho divino incluso en cuanto a su efecto de reconocerles a los divorciados la facultad legal —que no la facultad moral— de poder contraer con otros un nuevo matrimonio civil?

Acaso, ¿en cuanto que en ocasiones la sentencia civil impondría o negaría, en contra de la ley divina, la separación? pero, ¿en qué ocasiones puede realmente darse esta hipótesis?

d) Estos dos extremos («Donde la decisión eclesiástica no produzca efectos civiles» y «si se prevé que la sentencia civil no será contraria al derecho divino») están separados el uno del otro mediante la conjunción disyuntiva «o»; lo cual indica que el Obispo Diocesano puede proceder a conceder esa

licencia si se da solamente uno de esos dos extremos; no es necesario, pues, para que la conceda el que, además de que la decisión eclesiástica no hubiere de producir efectos civiles, se prevea que la sentencia civil no habrá de ser contraria al derecho divino o el que, además de prever que la sentencia civil no habrá de ser contraria al derecho divino, la decisión eclesiástica no hubiera de producir efectos civiles; otra cosa será que pueda concederla cuando la decisión eclesiástica no ha de producir efectos civiles pero positivamente se prevé que la sentencia civil ha de ser contraria al derecho divino.

C) El § 3 no se refiere a una causa que verse exclusivamente sobre los efectos meramente civiles del matrimonio canónico, que de suyo pertenecen a la jurisdicción civil (c. 1672), sino a una causa de separación conyugal en matrimonio canónico, que conlleva cuestiones sobre los efectos meramente civiles de dicho matrimonio y que ha sido llevada o que se pretende llevar al tribunal eclesiástico (si no se presupone esto, ¿cómo se explica la cláusula «procure el juez...?»).

Se le ordena al juez eclesiástico que en este caso procure conseguir el que la causa sea desde su comienzo llevada, con licencia del Obispo diocesano, al fuero civil.

Pero, ¿qué debe entenderse por efectos meramente civiles del matrimonio?

a) Aquellos efectos que provienen exclusivamente de la ley civil en cuanto que son «causados» o «producidos» exclusivamente por la ley civil; el que como «efectos» provengan exclusivamente... de la ley civil no significa que el «contenido» total de los mismos sea un producto creado exclusivamente por la ley civil.

b) Ni el negocio jurídico matrimonial en cuanto negocio jurídico matrimonial, ni el vínculo jurídico matrimonial en cuanto vínculo jurídico matrimonial (que proviene inmediatamente de ese negocio jurídico matrimonial), ni las propiedades esenciales (unidad, indisolubilidad) que van inherentes a ese vínculo, ni el conjunto de los derechos/deberes fundamentales conyugales y paterno filiales (que proceden inmediatamente de ese vínculo legítimamente constituido) son efectos «civiles» y menos aún efectos «meramente civiles» del matrimonio.

Pero la ley civil, cuando les da vida jurídica en el fuero civil a esos efectos inmediatamente provenientes del vínculo, hace que esos efectos pasen a ser, sin dejar de ser efectos inmediatos del vínculo, también efectos civiles («efectos civiles» porque la vida jurídica que en el fuero civil adquieren los mismos es causada o producida por la ley civil).

Lo que normalmente hace la ley civil para darles vida jurídica, en el fuero civil, a esos efectos inmediatos del vínculo es «determinarlos o concretarlos», «desarrollarlos» sacando de los mismos las oportunas consecuencias, «rodearlos de protecciones» legales y penales y judiciales, etc.; todas estas «deter-

minaciones», «desarrollos», etc., son como añadiduras que la ley civil les pone a esos efectos inmediatos del vínculo y, por lo tanto, son como «efectos» que tienen su «causa» única, aunque su contenido no provenga al menos en su totalidad de esa fuente, en la ley civil y que, en consecuencia, pueden denominarse «efectos meramente civiles» del matrimonio; ejemplo de esas «determinaciones», etc., son las que hacen las leyes civiles relativas a la patria potestad, a la potestad marital, al régimen de la sociedad de gananciales, etc., etc.

CAPÍTULO II

II. MODO DE PROCEDER EN EL FUERO ECLESIASTICO

1. Ya se ha dicho que la separación personal puede concederse en el fuero eclesiástico o por decreto del Obispo diocesano o por sentencia del juez (c. 1692).

2. *Si se concede por decreto del Obispo diocesano*, deberán seguirse las normas que él libremente determine para ello. El decreto debe estar razonado (cc. 1152-1153). Contra este decreto cabe el recurso administrativo regulado en los cc. 1737-1739.

3. *Si se concede por sentencia del juez:*

A) Se procede contenciosamente.

B) Y entonces:

a) Normalmente se seguirá el proceso contencioso oral (c. 1693 § 1); que en la Parte IV expondré.

b) Pero excepcionalmente, es decir, si así lo piden o alguna de las partes o el promotor de justicia, se seguirá el proceso contencioso ordinario (c. 1693 § 1) que en la Parte I estudié.

4. Canon 1693 § 2:

«Si se ha seguido el proceso contencioso ordinario y hay apelación, el tribunal de segunda instancia procederá, con las debidas proporciones, de acuerdo con el c. 1682 § 2».

A) No se extiende a estas causas la especie de apelación de oficio del c. 1682 § 2.

B) Este c. 1682 § 2 ordena que

«si la sentencia en favor de la nulidad se ha dictado en primera instancia, el tribunal de apelación... debe mediante decreto o confirmar la decisión sin demora o admitir la causa para que sea examinada con trámite ordinario en la nueva instancia».

C) Este procedimiento breve debe aplicarse en virtud del c. 1693 § 2 a las causas de separación conyugal que se encuentren en las mismas circunstancias que las causas de nulidad matrimonial a las que se refiere el canon 1682 § 2. Se requiere, pues, que:

a) La causa de separación se tramite en primera instancia en proceso contencioso ordinario —que es el proceso en el que normalmente debe tramitarse la causa de nulidad matrimonial— que acabe con una sentencia que concede la separación.

b) Esa sentencia afirmativa sea apelada. Puede y debe el tribunal de apelación mediante decreto o confirmar la decisión sin demora o admitir la causa para examinarla él con trámite ordinario en nueva instancia.

Este proceso breve, pues, es aplicable a solas las sentencias *afirmativas* de separación dadas en *primera instancia* del proceso contencioso ordinario.

Este proceso breve, pues, no es aplicable a ninguna sentencia afirmativa de separación dada en cualquier grado de proceso contencioso oral o en grado, distinto del primero, de proceso contencioso ordinario y a ninguna sentencia negativa que se dé en cualquier grado y en cualquier contencioso oral o contencioso ordinario.

5. *En estas causas está interesado el bien público* y por eso en todas ellas tanto si se llevan judicialmente como si se llevan administrativamente, tiene que intervenir (bajo pena de nulidad de los actos procesales, c. 1433) el promotor de justicia (c. 1696) cuya misión es la de defender la «verdad» objetiva tanto si es favorable cuanto si es adversa a la separación.

6. *El fuero de competencia judicial* en estas causas es el mismo que el fuero de competencia judicial en las causas de nulidad matrimonial (c. 1694 y 1673).

En cambio si la causa se tramita y se resuelve administrativamente, el Obispo diocesano competente será el Obispo diocesano propio de los cónyuges por razón de su domicilio o cuasidomicilio a tenor del c. 107.

Teniendo en cuenta que el c. 1692 § 1 menciona expresamente a solo el Obispo diocesano entiendo, a la luz del c. 134 § 3, que ese decreto de separación no pueden darlo sin mandato especial ni los Vicarios Generales ni los Vicarios Episcopales.

7. Se le ordena que, antes de aceptar una causa y siempre que haya esperanza de éxito, emplee medios pastorales para que los cónyuges se reconcilien y vuelvan a convivir (c. 1695); cf. c. 1446.

8. *El juez es unipersonal* (c. 1425 § 1).

Estas causas no pasan nunca a cosa juzgada (c. 1643).