



## MEDIDAS PASTORALES PREVIAS EN LAS CAUSAS DE SEPARACION CONYUGAL \*

CARMELO DE DIEGO-LORA

En un trabajo reciente, sobre las causas de separación de cónyuges en el nuevo Código, excluimos de intento detener nuestra atención, entre otros preceptos, en el c. 1692 § 2. Sin embargo, hicimos constar entonces que si en las diócesis no existía un servicio de asistencia a los fieles, que se hallaran en situación de conflicto en su matrimonio, habría que crearlo, si los jueces eclesiásticos o los ministros del tribunal no podían atender a los problemas surgidos entre los cónyuges. Y añadíamos: «Precisamente, tal deseo de ofrecer solución pastoral a las diferencias y conflictos conyugales, hace que se imponga al Juez un específico deber, de naturaleza no jurídica, sino pastoral, en el can. 1695»<sup>1</sup>.

A nuestro juicio, entre el c. 1692 § 2 y el 1695 existe una relación más profunda de la que a primera vista parece. Asimismo, estos dos preceptos canónicos poseen una profunda conexión con los cc. 1151-1155, comprendidos en aquel Artículo 2, del nuevo Código de

\* Este trabajo fue presentado por su autor en comunicación al Congreso Internacional de Derecho Canónico celebrado en Otawa (Canadá) los días 19-26 de agosto del año 1984.

1. C. DE DIEGO-LORA, *Las causas de separación de cónyuges según el nuevo Código*, VV. AA., *Dilèxit Iustitiam* (Studia in honore Aurelii Card. Sabbatani), curantibus Z. Grochowski et V. Cárcel Ortí, Città del Vaticano 1984, p. 391.

Derecho Canónico, amparado por la rúbrica *De separatione maritima vinculo*<sup>2</sup>.

1. *Función subsidiaria del proceso canónico de separación de cónyuges*

Antes de que el Juez acepte una causa de separación de cónyuges, y en cuanto intuya que hay alguna esperanza de éxito, de solución favorable a que se pueda mantener la convivencia conyugal, debe emplear medios pastorales que a los cónyuges conduzca a reconciliarse. Esto es lo que prescribe el c. 1695. Se ha de tratar de convencer a los cónyuges, sirviéndose de medios pastorales, a que restablezcan la comunidad conyugal: *ad coniugalem convictum restaurandum inducatur*. Es decir, que, a pesar de que pueda darse en ellos una causa legítima que los excuse, sin embargo, se ha de procurar por el Juez que los cónyuges sean inducidos a que voluntariamente observen el deber y derecho que tienen (vid. c. 1151) a mantener la convivencia conyugal.

Se dice por el Código, en este c. 1695, *antequam causam acceptet*. Si se planteara la demanda siguiendo el proceso contencioso oral (vid. c. 1693 § 1), se refuerza, con el c. 1695, el intento de conciliación que siempre debe intentarse entre las partes litigantes según el c. 1659 § 1; pero si se solicita el proceso contencioso ordinario, de igual modo, permanece el mandato del c. 1695, acentuándose la invitación al acuerdo conciliador que de todas maneras hay que intentar, siempre que haya alguna esperanza de éxito, *in limine litis*, según el c. 1446 § 2. Y este precepto canónico abre además la posibilidad de que a tal acuerdo conciliador pueda llegarse *etiam quolibet alio momento*.

Estos preceptos resultan, desde otro enfoque, perfectamente coherentes con las exigencias propias de las causas de separación de cónyuges, pues si contemplamos la cuestión de fondo, la llamada cuestión de mérito, comprobamos que el c. 1155 no sólo otorga en todo instante al cónyuge inocente el poder jurídico de admitir al otro cónyuge a la vida conyugal, sino que alaba esta disposición favorable al poder jurídico de restauración de la comunidad conyugal y de renuncia del *ius separationis* que posea.

2. *Codex Iuris Canonici* (Liber IV, Pars I, Tit. VII, Caput. IX, Art. 2), promulgado por S. S. Juan Pablo II por la Constitución Apostólica *Sacrae disciplinae leges*, de 25 de enero de 1983 (AAS 75 (1983), Pars II).



Cabe decir, con carácter general, que el espíritu que alienta —*mens legis*— a las normas del Libro VII del nuevo *Codex* no es el de la litigiosidad, sino el de la pacificación previa, el de la conciliación entre aquellas partes que puedan verse procesalmente enfrentadas.

En los cánones que acabamos de citar se pone de manifiesto, que antes de que se ponga en ejercicio el poder jurídico de accionar, mediante la admisión de la demanda, debe intentarse el acuerdo, la solución amistosa; que antes que la exigencia del cumplimiento riguroso de la ley, se deje a la autonomía de la voluntad de los sujetos interesados la posibilidad de arreglo, de llegar a un acuerdo concertado de sus posiciones supuestamente enfrentadas. En todo lo que corresponde, pues, al ámbito privado, dispositivo, de los sujetos del ordenamiento canónico, antes está la norma pactada, que surge desde las propias declaraciones de la voluntad, que el imperio de una ley que no engendra un *ius cogens*<sup>3</sup>.

En tal sentido resultan grandemente significativas las palabras con que se expresa el c. 1446 § 1. En ellas se hace patente como un deber moral de los fieles de evitar litigios; pero, además, se traslada ese celo diligente por la paz a los Obispos en primer lugar, para que, sin perjuicio de la justicia, sean evitados en lo posible los litigios en el Pueblo de Dios *et pacifice quam primum componantur*. En este contexto, bien se comprende entonces el contenido del c. 1155 antes citado, así como la recomendación encarecida al cónyuge inocente para que, solícito por el bien de la familia y movido por caridad, no niegue —como se alienta por el c. 1152 § 1— el perdón al otro cónyuge, incurso en adulterio.

No se trata ya, por consiguiente, de llevar a cabo soluciones extrajurisdiccionales, como la transacción o el compromiso para el juicio arbitral, a las que se refieren los cc. 1446 § 3 y 1713-1716, sino que se desea, desde el impulso que le prestan unos cánones específicos, promover una actividad previa de pacificación y reconciliación, en la que se compromete a los propios fieles, excitándoles al perdón, si es posible, y si no a la pacificación derivada del acuerdo

3. A este respecto, cabe recordar la reciente bibliografía que reivindica para el Derecho Canónico ese espacio que merece tutela jurídica surgida de los actos procedentes de la autonomía privada. Cfr. E. MOLANO, *La autonomía privada en el ordenamiento canónico*, Pamplona 1974; G. LESAGE, *L'autonomie privée dans le droit de l'Eglise*, «Ius Canonicum», XV, n. 30 (1975), pp. 181-194; P. BELLINI, *L'autonomia privata nei rapporti fra ordinamento canonico e altri ordinamenti. Considerazione introduttive generale*, *Ius Canonicum*, XV, n. 30 (1975), pp. 195-236.

conciliador nacido de una disposición del espíritu tendente a la reconciliación y no a la contienda. Por Del Amo-Calvo, al comentar el c. 1446, se deja dicho: «Entre los medios para conseguir ese fin el c. indica la posible mediación de personas graves, que pueden ser familiares, amigos, personas de su confianza o recomendables por su imparcialidad, bondad y prestigio»<sup>4</sup>.

Esas iniciativas, sin embargo, no libran de las responsabilidades que a tal efecto, directamente, imputan los cc. 1446 y 1695 al Juez e incluso al mismo Obispo. En un tema como el que consideramos, de tanta trascendencia para la estabilidad de la familia y para las propias conductas de los cónyuges, en relación con sus respuestas personales a las exigencias de la vida cristiana, el ordenamiento jurídico-canónico manifiesta el máximo respeto a la iniciativa procesal de parte, pero al mismo tiempo no deja de expresar de diversas maneras que el ideal de vida cristiana requiere muchas veces de la aceptación humilde del sacrificio, del perdón, obra de la caridad, para salvar la comunidad de vida conyugal. Como ha hecho notar S. S. Juan Pablo II<sup>5</sup>, se ha de tener presente que todo lo que sea tutelar a la familia legítima, va siempre en favor de la persona; mientras que la preocupación unilateral en favor del individuo, puede resultar en perjuicio de la misma persona humana, además de dañar el matrimonio y la familia, que son bienes de la persona y de la sociedad.

Por ello, hacíamos notar, al comienzo de este trabajo, que el deseo de ofrecer soluciones pastorales a los conflictos entre cónyuges debe mover a crear en las diócesis un servicio de asistencia para atender a los fieles que experimenten problemas de convivencia dentro de su matrimonio. Si bien es al Juez a quien se prescribe, por el c. 1695, el empleo de medios pastorales para lograr, antes de aceptar la demanda, la reconciliación cuando fuere posible, esto no quiere decir que sea el propio Juez quien necesariamente deba actuar como mediador, pues la obligación del Juez puede con-

4. L. DEL AMO-J. CALVO, Comentarios al c. 1446, en *Código de Derecho Canónico*, Edición anotada, a cargo de P. Lombardía y J. I. Arrieta, Pamplona 1983, p. 875. Y respondiendo coherentemente a este espíritu de pacificación, no deja de estar la previsión del c. 1733 dirigida a que se puedan crear en las diócesis un departamento o consejo de personas prudentes, para evitar conflictos entre el perjudicado por un Decreto y el autor de éste, aunque tal tipo de previsión se arbitre para una esfera jurídica de naturaleza pública y jerárquica, tan alejada de las cuestiones que se someten a los procesos contenciosos.

5. S. S. JUAN PABLO II, *Discurso al Tribunal de la Sagrada Rota Romana*, de 24 de enero de 1981, AAS 73 (1981), pp. 228-234.



sistir en la de someter al Obispo un plan específico de asistencia pastoral para atender a los cónyuges en estas situaciones, incluso sirviéndose de personas técnicas o experimentadas, otros fieles de la diócesis, aptas para alentar soluciones pacificadoras y crear entre los cónyuges un clima de reconciliación y avenencia.

Ese deber recae además, incluso con carácter general, sobre los propios Obispos, según el c. 1446 § 1, como antes vimos. Pero esas responsabilidades que por precepto canónico recaen sobre Obispos y jueces, no quiere decir que éstas se hayan de afrontar personalmente por ellos, debiendo asumir de modo directo esa tarea pacificadora, puesto que el Código no precisa los medios pastorales concretos de realizarla. Esta tarea, sin embargo no puede faltar, por lo que compete a los Obispos, y, en su caso, a los Jueces, establecer los medios para llevarla a cabo; éstos serán medios prudenciales, no medios sometidos a reglamentos o normaciones rígidas, sino que consistirán en habilitar cauces aptos para que la labor conciliadora, en cada hipótesis concreta, se realice y alcance el éxito deseado si es posible. Parece también, en esta ocasión, oportuno tener en cuenta esos criterios orientativos que el c. 1752 del Código, último de su ordenación, establece: éste, si contempla un caso muy particular, sin embargo, siendo remate de la normativa codicial, ofrece un criterio valiosísimo de orientación cimera para toda la conducta procesal, para toda conducta pastoral, a la vez que jurídica, procedente de la autoridad judicial de la Iglesia: *servata aequitate canonica et prae oculis habita salute animarum, quae in Ecclesia supra lex esse debet*<sup>6</sup>.

Las causas de separación de cónyuges nacen de la iniciativa de

6. Precisamente E. COLAGIOVANNI —*Principi e scelte normative del nuovo Codice di Diritto Canonico*, Monitor Ecclesiastico, CVIII (1983), p. 156— llama la atención de que el nuevo Código ha acentuado el principio de pastoralidad, cuando se refiere a la *salus animarum* como suprema ley de la Iglesia, y cuando señala que la salvación de las almas comporta la «cura delle anima». En el mismo sentido se expresa J. GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL —*Orientación pastoral del nuevo Código de Derecho Canónico*, Estudios Eclesiásticos, 58 (1983), p. 380—, quien afirma: «El nuevo Código, sin dejar de ser un verdadero cuerpo legal —que ha perfeccionado incluso su técnica jurídica especialmente en su libro primero sobre normas generales—, ha dado, sin embargo, una cabida mucho mayor a la pastoral». Como ha indicado F. BERSINI —*Il nuovo Codice di diritto canonico*, Il Diritto Ecclesiastico, 1983, (1-2), Parte I, p. 321— se «ha dato vita a un corpo di leggi maggiormente adeguato alle esigenze attuali della comunità ecclesiastica a uno strumento sempre più atto al raggiungimento del fine supremo della Chiesa contribuendo più efficacemente alla sua vitalità e alla sua missione di salvezza nel mondo».

parte (vid. cc. 1501 y 1693 § 1), porque el sujeto que propone su demanda estima hallarse amparado por los supuestos fácticos que los cc. 1152 y 1153 describen, y de los que nacen el derecho de acción (c. 1491). Pero este llamamiento específico de la *potestas iudicialis*, para que atienda la pretensión procesal formulada en forma debida, sólo despliega su eficacia cuando las soluciones pacificadoras, promovidas incluso desde la sede jurisdiccional de la Iglesia, no se han visto coronadas por el éxito de la reconciliación obtenida de los cónyuges. La solución pacífica, por la vía del perdón, o del convenio en su caso, es anterior en el tiempo, y en el deseo legislativo, a la contienda judicial.

Este deseo en pro de la reconciliación, tan claramente manifestado por el c. 1695, es para toda causa de separación planteada ante la jurisdicción de la Iglesia; aunque este canon se refiera únicamente al Juez, causa de separación es también, en la concepción del Código, cuando el trámite que se siga para obtener esa separación no sea el que termina en la sentencia del Juez, sino el que concluye mediante Decreto del Obispo diocesano (vid. c. 1692 § 1).

En rigor, *debe concluirse que toda causa de separación conyugal, en cuanto sea planteada por la parte interesada en obtenerla, es subsidiaria del arreglo pacífico provocado.*

Para el legislador canónico, antes que la actividad jurisdiccional tendente a decidir acerca de la separación, se halla siempre esta modalidad pastoral de su actividad, que trata de promocionar y dar facilidades para obtener la reconciliación de los cónyuges y el restablecimiento incluso de la comunidad conyugal, si ésta, por vía de hecho, se había interrumpido.

## 2. *La actividad pastoral de la Iglesia en las causas matrimoniales, y especialmente en las de separación*

El *Praefacio* que antecede a los cánones del nuevo Código, recoge —como es por todos bien conocido— esos diez principios que han servido de pauta durante todo el largo camino recorrido para la revisión del Código de Derecho Canónico de 1983; principios orientativos para el legislador y, que fueron aprobados casi unánimemente por la Asamblea General de los Obispos en el mes de octubre de 1967. En el Principio 3.º se declara: *Ad curam pastorem animarum quam maxime fovendam, in novo iure, praeter virtutem iustitiae, ratio habeatur etiam caritatis, temperantiae, humanitatis, moderationis, quibus aequitati studeatur non solum in applicatione legum ab animarum pastoribus facienda, sed in ipsa legisla-*



tionem. El Código tiende —según la Constitución *Sacrae disciplinae leges*— a generar más bien un orden en la sociedad eclesial *qui, praecipuas tribuens partes amori, gratiae atque charismati, eodem tempore faciliorem reddat ordinatam eorum progressionem in vita sive ecclesialis societatis, sive etiam singulorum hominum, qui ad illam pertinent.*

Sobre la influencia que en el *munus iudicandi* ha de ejercer la naturaleza pastoral del Derecho de la Iglesia, llamó especialmente la atención el Pontífice Pablo VI<sup>7</sup>, quien puso de relieve que la labor pastoral de los jueces era constantemente renovada y adaptada a las circunstancias en virtud de la *aequitas* canónica. En efecto, es la *aequitas*, al decir del Pontífice en esta ocasión, el elemento humano correctivo y factor de equilibrio en el proceso mental que debe conducir al juez a pronunciar sentencia. Esta justicia, que debe ser ejercida con equidad canónica, se hará entonces *más ágil*, puesto que prudencia no se identifica con lentitud; *más suave*, que no significa que se deje de urgir lo debido y que la norma pueda ser despreciada, lo que sería perjudicial y causa de permanente incertidumbre; y *más serena*, pues nada perjudicaría más al orden social que una jurisprudencia que, pretendiendo ser pastoral, subestimara el derecho.

Es por ese camino por donde se ha de desplegar con mayor fuerza los deseos de servicio a la persona humana que deben animar las actividades de los jueces eclesiásticos. Sin embargo, como hizo notar también Juan Pablo II<sup>8</sup>, la conveniente fluidez del trámite procesal, procurada diligentemente por el Juez, consciente de la misión que ha recibido, no está reñida con la solicitud en el estudio y en la definición de las causas. Por esto, mediante el acontecer procesal, sometido a leyes que deben ser observadas y respetadas, se garantiza a los jueces la atmósfera necesaria para un examen atento, meditado, completo y exhaustivo de los problemas. Pero todo esto no es fin en sí mismo, sino medio sabio dirigido a una finalidad más alta; de manera que todas esas meditadas simplificaciones y agilizaciones prudentes de procedimiento han de ser entendidas en el respeto pleno a la esencial finalidad del trabajo judicial, permitiendo el examen profundo de las causas, de tal modo que resulte siem-

7. S. S. PAULO VI, *Discurso dirigido al Tribunal de la Sagrada Rota Romana, de 8 de Marzo de 1973*, AAS 65 (1973), pp. 95-103.

8. S. S. JUAN PABLO II, *Discurso dirigido al Tribunal de la Sagrada Rota Romana, de 28 de Enero de 1978*, AAS 70 (1978), pp. 181-186.

pre posible emitir sentencias de acuerdo con la verdad objetiva, teniendo solamente a Dios ante los ojos.

La naturaleza pastoral de la administración de justicia<sup>9</sup> en la Iglesia ha de ser respuesta fiel a la verdad objetiva, cuya certeza *iudex haurire debet ex actis et probatis*; y si esta certeza no se alcanza, la sentencia debe declarar *non constare de iure actoris et conventum absolutum dimittat* (c. 1608, §§ 2 y 3 respectivamente), máxime cuando se esté decidiendo en un proceso de nulidad de matrimonio, en el que éste sigue gozando en el nuevo *Codex* de la presunción favorable proclamada por el c. 1060<sup>10</sup>. La nulidad matrimonial la declara en cada hipótesis el juez o tribunal competente, pero sólo a la autoridad suprema de la Iglesia queda atribuida la definición de los supuestos fácticos que causan la nulidad (vid. c. 1075). Al juez o tribunal corresponde la aplicación de la ley, pero no pueden existir razones —serían falsamente pastorales— que justificaran, en alguna hipótesis, que se declare por el juez nulidad de matrimonio donde legalmente no la hubiere. La nulidad es fruto de la prueba de que el supuesto fáctico sometido al proceso queda subsumido en la definición abstracta de hecho causante de la nulidad, según lo describe la suprema autoridad de la Iglesia. Por esto S. S. Juan Pablo II<sup>11</sup> hizo notar que la objetividad típica de la justicia y del proceso, en la *quaestio facti*, se concreta por la adhesión a la verdad, mientras que en la *quaestio iursi* se traduce por fidelidad del juez a la ley.

Estas ideas distintas de dos factores de diversa naturaleza, el *factum* y el *ius*, que se unen sabiamente en el pronunciamiento judicial, han sido reiteradas por el actual Pontífice en este mismo año 1984<sup>12</sup>, una vez promulgado y adquirido vigencia el nuevo Código. Un *ius* que, según la enseñanza pontificia, guiará a los jueces eclesiásticos, ofreciéndoles, en el reciente Código promulgado, parámetros seguros; un Código que, además, debe ser contemplado bajo la óptica del Concilio Vaticano II, al que ha pretendido conformarse plenamente. Pero esta fidelidad es, ante todo, aceptación sin-

9. D. STAFFA, *De natura pastoralis administrationis iustitiae in Ecclesia*, Periodica, LXI (1972), pp. 3-19.

10. Entendemos que sigue teniendo pleno valor, en el nuevo contexto legislativo, cuanto sostuvimos en anterior trabajo. Cfr. C. DE DIEGO-LORA, *La tutela jurídico-formal del vínculo sagrado del matrimonio*, Ius Canonicum, XVII, n.º 34 (1977), pp. 15-73.

11. S. S. JUAN PABLO II, *Discurso dirigido al Tribunal de la Sagrada Romana, de 4 de Febrero de 1980*, AAS, 72 (1982), pp. 172-178.

12. S. S. JUAN PABLO II, *Discurso dirigido al Tribunal de la Sagrada Rota Romana, de 26 de febrero de 1984*, L'Osservatore Romano, 27.1.84.



cera, leal e incondicional de la ley legítimamente promulgada, la cual es ponderada expresión del *munus regendi* confiado por Cristo a la Iglesia.

La iniciativa que pudiéramos designar como pastoral propiamente dicha, en estos temas de la nulidad matrimonial, se hacen sentir sobre todo en la reforma del proceso mismo, que —como ha indicado el Pontífice—, en el nuevo Código, se ha traducido en hacer la administración de justicia más ágil y funcional, simplificando los procesos, aligerando formalidades, reduciendo términos, aumentando los poderes discrecionales del juez, etc.<sup>13</sup>. Pero todo ello sin desear cercenar en lo más mínimo las necesarias garantías ofrecidas por el *iter* y por las formalidades procesales. Lo más contrario, por consiguiente, a este afán pastoral que inspira al proceso canónico, sería que los jueces cedieran a tácticas dilatorias o que por ellos se diera una falta de diligencia en el estudio de las causas.

Junto a esos afanes, el Pontífice, en este Discurso de febrero de 1984, llama la atención acerca de cómo en el nuevo Código, en materia de consentimiento matrimonial, se han introducido ciertos cánones de relevante importancia, que esperan una ulterior determinación. Así ocurre con el *defectus gravis discretionis iudicii*, o con los *officia matrimonialia essentialia* o con las *obligationes matrimonii essentialia*, mencionadas en el c. 1095, o con la matización del c. 1098 sobre el engaño acerca de la cualidad causado por dolo. Al juzgar estas causas debe brillar —dice— la unanimidad y sabiduría del juez eclesiástico, lo que le exige conocer bien la ley eclesiástica para penetrar en su espíritu, pero que a su vez debe estudiar las ciencias auxiliares —no puede prescindir de los reales e innegables progresos de las ciencias biológicas, psicológicas, psiquiátricas y sociales—, que le permite tener un conocimiento profundo de los hechos y sobre todo de las personas. Y así poder encontrar el debido equilibrio entre la imprescindible defensa de la indisolubilidad del matrimonio y la obligada atención a la compleja realidad humana del caso concreto. Sería, en cambio, una pastoral mal entendida la del Juez o Vicario Judicial que tratara de instrumentalizar la sentencia con el objeto de corregir abusos, o que prescindiera de la ley divina o de la eclesiástica y de la verdad. A nuestro entender, no

13. Estos aspectos han sido con acierto advertidos por J. I. GARCÍA FAILDE —Una primera lectura del nuevo Código de Derecho Procesal Canónico, Revista Española de Derecho Canónico, 39 (1983)— en los casos que enumera de normas para la agilización del proceso (cfr. pp. 150-151) y de normas orientadas a lograr la mayor conformidad de la sentencia con la verdad objetiva (cfr. pp. 152-153).

cabe duda que la respuesta fiel a esa verdad objetiva, propia de la función judicial en la nulidad de matrimonio, es asimismo función pastoral de la Iglesia.

Pero también hay un *prius* en las causas de nulidad, en cuyo momento el juez ha de ser sensible a fin de responder debidamente a la dimensión pastoral de su función en la Iglesia. Nos referimos al c. 1676: antes de aceptar una causa, y siempre que vea alguna esperanza de éxito, el juez debe emplear medios pastorales para inducir a los cónyuges, si es posible, a convalidar el matrimonio y a restablecer la convivencia conyugal.

Se muestra también en este c. 1676 el deseo general del legislador canónico, ya expresado a su vez en el c. 1446, de que antes que la contienda se hallen las soluciones que ofrecen la paz. Pero, dada la naturaleza de la nulidad, se ha de reconocer que el campo operativo para la iniciativa pacificadora del juez tiene que ser necesariamente muy reducido. «No cabe acudir, en este tipo de causas, a la transacción o al compromiso (c. 1715) ya que afectan al bien público (c. 1691); por esto se apunta hacia la convalidación del matrimonio (cfr. cc. 1156 y ss.) y la restauración de la convivencia afectiva»<sup>14</sup>.

El c. 1676 es, para las causas de nulidad de matrimonio, un precepto paralelo al c. 1695, ya antes considerado, en cuanto éste corresponda a las causas de separación de cónyuges. Pero con una diferencia muy notable, cual es que el margen de iniciativa y de operatividad pastorales, que al Juez permite la separación de cónyuges, lleva consigo que dos preceptos paralelos tengan posibilidades de aplicación muy diferentes.

Cierto que, como se ha hecho notar, también las causas de separación «afectan al bien público (c. 1696) y, por tanto, no cabe en ellas la transacción ni el compromiso arbitral (c. 1715)»<sup>15</sup>, pero cierto también que en la regulación de derecho material de la separación de cónyuges (cc. 1151-1155) está subyaciendo siempre la posibilidad del perdón de la ofensa, el deseo de que se mantenga la convivencia conyugal a pesar de sus dificultades, el elogio incluso a la renuncia del *ius separationis*. Y es ahí, en esas posibilidades de arreglo convenido, de renuncia y aceptación, en las que el Juez puede encontrar campo propicio y amplio para el ejercicio de su actividad pastoral.

14. L. DEL AMO-J. CALVO, Comentarios al c. 1676, en *Código de Derecho Canónico*, Edición anotada..., ob. y ed. ctds., p. 1002.

15. L. MADERO, Comentarios al c. 1695, en *Código de Derecho Canónico*, Edición anotada..., ob. y ed. ctds., p. 1014.



Al comentar el c. 1153 se ha dicho lo siguiente: «Para que proceda la separación, que suspende los derechos y deberes conyugales y el fin de la mutua ayuda, la situación contraria a la vida conyugal debe ser culpable, porque sólo la culpa enerva el deber de la otra parte y el derecho propio»<sup>16</sup>.

En efecto, se observa en los vigentes cc. 1152 y 1153 que la causa de separación siempre se justifica en una *iniuria* que un cónyuge comete contra el otro. En estos procesos de separación, si el cónyuge demandado desea oponerse a la separación pretendida, o habrá de negar haber cometido el acto de injuria, o procurará traspasar al otro la culpa, la autoría del acto dañoso, lo que suele originar reconvencción o al menos nuevas y recíprocas acusaciones, que exigirán a su vez de la respectiva prueba. La intimidad de la vida conyugal suele quedar entonces vulnerada, crece el disentimiento, los cónyuges se humillan el uno al otro. Es, en estos momentos, antes de ser aceptada la demanda, cuando ha de entrar en actividad la función pastoral atribuida al Juez eclesiástico, evitando que pueda destruirse, con esas recriminaciones mutuas, toda posibilidad de solución futura pacificadora, convenida entre los dos protagonistas del conflicto.

La causa de separación tiene también connotaciones de naturaleza pública, pero lo es en su tramitación, cuando adquiere estado judicial; por esto debe intervenir en el proceso el ministerio público del Promotor de Justicia (vid. c. 1695), y por esta razón tampoco cabe que, pendiente el proceso, sobre el objeto litigioso medie transacción en sentido estricto, o concreto de compromiso arbitral. Pero antes de nacer la instancia judicial (vid. c. 1517), es decir, antes de nacer la relación procesal; y aun en momento anterior, antes de aceptar el Juez la causa, sí cabe todo intento de mediación conciliatoria, siempre que el convenio al que se llegue no atente a la esencia del matrimonio y a los derechos fundamentales de la familia, sino al contrario, será deseable en altísimo grado ese intento de arreglo cuando los medios pastorales —como dice el c. 1695— se emplean para que los cónyuges se reconcilien y se restablezca la comunidad conyugal.

Como se ha hecho notar, la separación matrimonial es sólo «una suspensión del contenido de la relación matrimonial; los derechos que integran ésta —*ius in corpus, ius cohabitandi*—, permanecen en potencia aunque de hecho no se encuentren actualizados,

16. J. HERVADA, Comentarios al c. 1153, en *Código de Derecho Canónico*, Edición anotada..., ob. y ed. ctds., p. 698.

pero no pueden no existir»<sup>17</sup>. La acción de separación de cónyuges que autorizan respectivamente los cc. 1152 y 1153 está por el legislador sometida, en unos casos, a plazos muy breves de caducidad y a condonaciones expresas e incluso tácitas; puede incluso, si en caso de demora surge el tenor fundado de algún peligro, ejercerse unilateralmente por el cónyuge inocente por su propia autoridad. Como el vínculo permanece en su integridad, los derechos subjetivos que originan la acción de separación, mientras no nazca la instancia judicial por la citación del demandado, siguen perteneciendo al ámbito privado de disponibilidad del cónyuge que padeció la injuria del cónyuge inocente, al que puede perdonar siempre aunque siga soportando el daño o el perjuicio que le suponga la convivencia.

El *ius separationis*, además, queda siempre condicionado por un cambio de voluntad de ese cónyuge inocente. En el c. 1155 se alaba incluso al cónyuge que admite de nuevo a la convivencia matrimonial al otro cónyuge y renuncia al derecho de separación. Este precepto debe entenderse no condicionado siquiera por la eficacia de una sentencia de separación conyugal que haya adquirido firmeza<sup>18</sup>.

No nos hallamos, pues, ante unos *iura* que tengan eficacia definitiva, que produzcan como efecto de su ejercicio situaciones irrevocables. Tampoco es la separación una medida cautelar concedida judicialmente de un modo anticipado, como solución previa a decisiones de mayor trascendencia para los cónyuges. Siempre nos hallaremos con un *ius* del cónyuge inocente condicionado por la voluntad de éste, el cual puede en todo momento volver de su anterior postura, y hacer posible que el vínculo matrimonial, al que nunca dejó de estar sujeto, vuelva a desplegar la plenitud de sus efectos. El deseo legislativo, como hemos visto, es que, permaneciendo el vínculo matrimonial a pesar de la separación de los cónyuges, pueda siempre restaurarse de nuevo la vida familiar. Entonces se comprende que un *ius* de tan limitado contenido y de eventual ejercicio no tenga porqué decidirse necesariamente siguiendo los criterios del enfrentamiento de parte, propios del proceso contencioso, sino que pueda decidirse por vía administrativa mediante Decreto del Ordinario e incluso el c. 1692 § 1 autoriza la posibilidad de un derecho particular al respecto que pudiera darse para un lugar deter-

17. A. DE LA HERA, *Relevancia jurídico-canónica de la cohabitación conyugal*, Pamplona 1966, p. 137.

18. Por su interés en este tema, vid. R. NAVARRO VALLS, *La restauración de la comunidad conyugal*, en *Estudios de Derecho Matrimonial*, Madrid 1977, pp. 127-185.



minado. Pero también —no lo olvidemos nunca— puede también resolverse, y en favor de la continuidad de la convivencia conyugal, por la reconciliación de los cónyuges gracias al buen oficio mediador de los Pastores de la Iglesia, actuando por sí mismos, o sirviéndose de la experiencia y buen sentido del Juez (vid. c. 1695), o por la mediación de otras personas en las que se delegue para que con sus consejos, asistencias y dotes persuasivas, consigan de los cónyuges la avenencia deseada.

El precepto específico en pro de la reconciliación de los cónyuges con conflictos, contenido en el c. 1695, *obliga, a la autoridad pastoral de la Iglesia, a que adopte* por sí misma —o mediante el Juez a quien va dirigido el precepto, si bien haya de entenderse en relación con lo que dispone el c. 1446 § 1—, o por delegados suyos, *una actitud que le lleve a emplear medios pastorales cerca de los cónyuges para que se reconcilien y restablezcan la comunidad conyugal*. Así, no faltará a los bautizados, que se encuentren en situaciones de dificultad, la conveniente ayuda pastoral de la Iglesia para que la familia se conserve apoyada fuertemente en un matrimonio que se mantiene firme aunque haya padecido crisis circunstanciales, pudiéndose con ello salvar situaciones, sean de intolerancia, de infidelidad, de aversión, que pudieran haberse producido entre los cónyuges. La ayuda pastoral a esos cónyuges harán que esas circunstancias, por graves que sean, resulten pasajeras por la permanencia en todos sus efectos del matrimonio, que, como sacramento que es, con su gracia no deja de sostener a los cónyuges frente a sus inconstancias y contra sus propias pasiones y debilidades. A estos cónyuges no puede dejarlos la Iglesia sólo en sus dificultades, sino que ha de proporcionarles todos los medios sobrenaturales y humanos que necesiten para perseverar en la comunidad de vida y amor<sup>19</sup>, y que —como ya dijimos en anterior ocasión— «los esposos han de construir y alimentar cada día con su generosidad, con su sacrificio, con su mutua entrega, a la que no faltará la gracia de Dios»<sup>20</sup>. Y refiriéndonos a los nn. 47-52 de la Constitución Conciliar *Gaudium et Spes*, dijimos en aquella misma ocasión: «La acción pastoral de la Iglesia ha de ser dirigida, en todo momento, a fortalecer esa voluntad constante y firme que habilita para que los cónyuges —superando las pruebas del tiempo y del cambio de las cir-

19. Vid. *Gaudium et Spes*, n. 48.

20. C. DE DIEGO-LORA, *La protección jurídica del matrimonio indisoluble, defensa de la familia*, VV. AA., «Cuestiones fundamentales sobre matrimonio y familia», Pamplona 1980, p. 512.

cunstances— puedan vivir fieles al compromiso contraído irrevocablemente»<sup>21</sup>.

*En conclusión, la disposición contenida en el c. 1695, relacionada hondamente con lo que dispone el c. 1446, no es más que un aspecto específico de esa más amplia acción pastoral con la que la Iglesia cuida y atiende, durante su vida matrimonial, a los cónyuges bautizados.*

### 3. Significación de la licencia para acudir al fuero civil

Una innovación significativa hallamos en el c. 1692 § 2. La posibilidad de que el Obispo de la diócesis de la residencia de los cónyuges, atendiendo circunstancias peculiares, *licentiam concedere adeundi forum civile*. Y este precepto canónico se da como excepción a lo que se dispone en el c. 1671, declarativo de una afirmación jurisdiccional de la jurisdicción eclesiástica sobre las causas matrimoniales de los bautizados, de manera que, sin renunciar la Iglesia a esta jurisdicción propia, permite en cada caso, según lo exijan las circunstancias, por decisión de Obispo diocesano, el traspaso jurisdiccional al fuero civil. Tal solución sólo es posible en aquellos lugares en los que no tienen efectos civiles la decisión eclesiástica. Menor importancia, por el contrario, tiene la disposición del c. 1692 § 3, puesto que ya el c. 1672 atribuye la jurisdicción, con carácter general, cuando se trata de causas matrimoniales sobre efectos meramente civiles, *ad civilem magistratum*.

La justificación de esta nueva norma canónica del c. 1692 § 2 puede hallarse en el hecho de que la Iglesia, a nivel de derecho concordado, ha reconocido más de una vez que el Estado ejerza su jurisdicción sobre las causas de separación de cónyuges. Así lo apuntó ya Acebal, tras señalar los pasos dados por la Santa Sede en ámbito concordatario, desde el año 1929 con Italia, al año 1973 con Colombia: «La realidad, pues, es que hoy, después del Concordato colombiano, es un derecho universal (...) que tales causas de separación, por tolerancia o cesión, bien sea explícita o implícitamente, de la Iglesia, se solventan ante los Tribunales del Estado»<sup>22</sup>.

21. *Ibidem*, p. 528.

22. J. L. ACEBAL, *El problema de la posible remisión de las causas de separación a la Jurisdicción civil*, VV. AA., «Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro (IV)», Salamanca 1980, p. 88.



Hay que pensar, para ser coherente, que si la Iglesia ha cedido, por vía del Concordato, la jurisdicción en las causas de separación al fuero civil, es porque las legislaciones sobre separación de cónyuges de estos Estados, cesionarios de la Jurisdicción, muestran una conformidad esencial, en esta materia, con las exigencias del derecho divino, natural o positivo, límite contenido en cualquier norma de remisión que en materia legislativa se establezca a favor del ordenamiento secular, como se patentiza también en el c. 1290. Asimismo, cuando se hace la remisión, que el Obispo diocesano determinará en cada caso<sup>23</sup>, conforme al c. 1692 § 2, se exige la previsión de que la sentencia civil de separación será conforme con el derecho divino. No siempre las legislaciones civiles se rigen en estos temas por el Derecho natural, sino en razones de conveniencia o utilidad, como puede ocurrir con algunas de las causas de separación, por ejemplo, que contiene el vigente art. 82 del Código civil español<sup>24</sup>. De este modo, el Obispo diocesano de la residencia de los cónyuges, o el Vicario General o el Episcopal o el Judicial si tienen mandato especial<sup>25</sup>, dará la licencia a esos cónyuges para acudir al fuero civil, y sólo la concederá en atención a las circunstancias peculiares que se den en el caso y sólo cuando tenga garantías de que la sentencia civil que se dicte no será contraria al Derecho divino.

Pero, a nuestro juicio, esta licencia del c. 1692 § 2, al tener que anteceder a la incoación del proceso civil de separación de los cónyuges bautizados, es la ocasión propicia para que el Obispo dioce-

23. Inserto el precedente de este canon como § 2 de un canon nuevo, el 356 del *Schema* procesal, a todos los consultores satisfizo la sugerencia de uno de ellos de que se eliminaran del precepto las palabras *singulis in casibus* (vid. *Communicatione*, XI (1979), pp. 273-274). Esta eliminación, sin embargo, no significa que la licencia no sea dada *ad casum*, pues lo que parece intentarse es evitar en el texto legal la reiteración, ya que la referencia a la residencia de los cónyuges, así como la contemplación de las circunstancias peculiares y la utilización del término *licentiam*, están poniendo de relieve, a nuestro juicio, el carácter singular con que se conceden estos trasposos jurisdiccionales del fuero eclesiástico al fuero civil. Basta, a este respecto, la utilización del término licencia por el c. 59 § 2. Cfr. sólo a título de ejemplo los cc. 638 § 3, 668 § 2, 671, 1071, 1102 § 2, 1124, 1188, etc. Opinión diversa ofrece, por el contrario, J. L. ACEBAL —*Comentarios al c. 1692*, en *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada*, Madrid 1983, p. 819— cuando afirma: «Esta licencia podría darse con carácter general para todos los casos».

24. La reforma de este artículo del Código Civil español se debió a la Ley 30/81, de 7 de julio.

25. Al utilizar el c. 1692 § 2 los términos *Episcopus dioecesis*, a nuestro juicio, se está utilizando una terminología distinta de *Ordinarius loci*, y por consiguiente con la restricción interpretativa que ofrece el c. 134 § 3.

sano, por sí o en quien delegue, ejercite previamente el poder pastoral que al Juez eclesiástico atribuye el c. 1695, empleando los medios adecuados, de naturaleza pastoral, que faciliten la reconciliación, induciendo a los esposos a restablecer la comunidad conyugal. Esta es función pastoral, específica, a la vez que derivación concreta de la recomendación general que se prescribe en el c. 1446 para evitar en lo posible los litigios en el pueblo de Dios, máxime cuando de estos litigios pueden derivar daños, *difícilmente* reparables, tanto para el matrimonio como para la familia.

La coherencia jurídica del ordenamiento canónico reclama esta mediación pastoral cerca de los cónyuges, cuando en un tema litigioso que, por propia naturaleza, pertenece a la jurisdicción de la Iglesia, ésta cede que se juzgue de ello en el fuero civil. Gracias a esta exigencia jurídica para el fiel, de acudir previamente en solicitud de la licencia, la Iglesia tendrá la posibilidad de ejercer su función pastoral cerca de los cónyuges y cumplir el deber de diligencia que se impone a los Obispos por el c. 1446 § 1.

Cierto que cuando exista Concordato en el que se cediera tal jurisdicción, por no existir la necesidad de acudir a la solicitud de la licencia regulada por el c. 1692 § 2, se hará más difícil realizar esa mediación pastoral, por no llevar ésta consigo una exigencia jurídica. De aquí que nos parezca también en estos casos altamente deseable que los Obispos diocesanos recomienden a los cónyuges bautizados la conveniencia de acudir a la Jurisdicción eclesiástica como medida previa a la presentación de la demanda de separación conyugal en fuero civil en todo caso, exista o no Concordato, si la decisión eclesiástica carece de efectos civiles. Así no se perdería en ningún evento la posibilidad de llevar a cabo la misión pastoral de avenencia que el Código canónico prescribe. Pero es que, además, en esta materia de separación, para los cambios legislativos internos, que puedan darse en el futuro, en los Estados que firmaron esos Concordatos, al no quedar garantizada la conservación del régimen jurídico de separación, mientras rija el Concordato, en algún caso pueden producirse reformas legislativas que contradigan de algún modo el Derecho divino, lo que no dejaría de plantear conflictos —*sic stantibus*— en las relaciones bilaterales Iglesia-Estado.

Por ello, desde este punto de vista, aunque no pueda imponerse la exigencia canónica de la licencia del Obispo de la diócesis, sí debe recomendarse a los cónyuges en conflicto y urgirles que a ella se sometan antes de plantear el proceso civil de separación conyugal. Y tal recomendación debe hacerse extensiva a los Abogados católicos. De este modo se garantizaría de alguna manera que la ac-



ción pastoral de la Iglesia, en pro de la pacificación y avenencia de los cónyuges, pueda llevarse a cabo; pues, en otro caso, parece que la Iglesia se desinteresa de la suerte que corra el matrimonio de los bautizados cuando se ha remitido, por el Concordato, a la Jurisdicción civil del Estado, en materia de separación conyugal. Esta atribución jurisdiccional no puede eximir a la Iglesia de sus deberes pastorales. Ambos tipos de actividad —la pastoral y la judicial— se mueven en órbitas distintas en estas hipótesis y, desde luego, pensamos que no se contraponen entre sí.

Con mayor razón, tal exigencia de mediación previa pastoral, pacificadora, se impondrá cuando existiendo Concordato entre la Santa Sede y un determinado Estado, no se regule ni se contemple en dicho Concordato el tema de la separación de cónyuges bautizados<sup>26</sup>.

*Concluimos, por tanto, que la licencia del Obispo diocesano, prescrita en el c. 1692 § 2, es una exigencia canónica que han de cuidar tanto los fieles como los propios Obispos, debiéndose adoptar por éstos las medidas adecuadas de orden ejecutivo que aseguren la observancia de este precepto canónico, a la vez que se arbitren los medios pastorales a emplear para la reconciliación conyugal conforme lo establece el c. 1695, por tratarse de una misión pacificadora, coherente con el espíritu que informa el ordenamiento canónico y que sólo bienes producirá a los cónyuges personalmente, al matrimonio y a la familia. Renunciar de hecho a esta concreta actividad pastoral, ahora puesta de relieve de modo patente por el nuevo Código, puede significar abdicar<sup>27</sup> de deberes irrenunciables para la Iglesia.*

26. Así ocurre con los Acuerdos firmados entre la Santa Sede y el Estado Español, fecha 3 de enero de 1979, ratificados en 4 de diciembre de 1979 (Boletín Oficial del Estado, n. 3, de 15 de diciembre de 1979). Si en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, en su art. VI, se contempla el régimen de la nulidad matrimonial y de la dispensa de matrimonio rato y no consumado, se mantuvo en cambio un llamativo silencio en relación con la separación de cónyuges.

27. Cfr. J. L. ACEBAL, *Comentarios al c. 1692 en Código de Derecho...*, ob. y ed. ctsd., p. 818.

