



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2016/2017
Convocatoria: Marzo

“La evolución histórica de las formas de extinción del vínculo matrimonial.”

“The historical evolution of all the ways to extinguish the matrimonial bond”

Realizado por el alumno D. Demetrio Fernández Ucelay

Tutorizado por el Profesor Dr.D. Antonio Aznar Domingo

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

ABSTRACT

In this Final Degree Project, we are going, in the first place, to analyse the historical evolution of the marriage institution, as an inevitable introduction to study all the different institutions that extinguish the marriage both civil and canonical. Our objective is to analyse and develop the legal norms, that have historically regulated the forms to extinguish the marriage; nullity, separation and divorce. In order to do that, we have studied the different laws that regulated these institutions since the Law of 18th June of 1870 to the last legal reform contributed by the Law 15/2015 on non-contentious proceedings (Voluntary Jurisdiction Law). Consequently, we could confirm that although initially the influence of the Catholic Church on the changes suffered by the Spanish legislative system are evident, however with the entry into force of the Spanish Constitution and the proclamation of Spain as a non-confessional state, Spain was secularized, adapting itself to a society that became more tolerant day by day, about freedom, dignity and the different type of unions, as well as respecting the decision of voluntarily interrupting or dissolving their marriage.

RESUMEN

En este trabajo se realiza, en primer lugar, un análisis de la evolución histórica de la figura del matrimonio como introducción inevitable para poder entrar en el estudio de las distintas formas de extinción del mismo, tanto civiles como canónicas. Nuestro objetivo es analizar y desarrollar el conjunto de normas que han regulado históricamente las formas de extinción del matrimonio; nulidad, separación y divorcio. Para ello hemos estudiado las distintas leyes que han regulado estas figuras desde la Ley de 18 de junio de 1870 hasta las últimas modificaciones aportadas por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria. Como consecuencia de ello hemos podido constatar el cambio que ha sufrido el ordenamiento jurídico español, que si bien en un principio estaba influenciado por la Iglesia Católica, tras la entrada en vigor de la Constitución y la proclamación de España como un Estado aconfesional, se secularizó, adaptándose a los cambios en una sociedad cada día más tolerante con la libertad y dignidad de la persona, las distintas formas de convivencia, así como el respeto a la decisión de interrumpir o disolver voluntariamente su matrimonio.

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
c.	Canon
cc.	Cánones
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese, compárese.
CIC	Código Canónico
Ibídem	Hace referencia a una obra anteriormente citada.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ss.	Siguientes
TS	Tribunal Supremo
UCD	Unión de Centro Democrático.
Vid	Véase
VV.AA.	Varios autores.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO.....	1
CAPÍTULO 1. ANÁLISIS HISTÓRICO JURIDICO DE LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO.....	3
Evolución histórica del matrimonio.....	3
El matrimonio entre personas del mismo sexo.....	11
El matrimonio en la legislación española actual.....	12
CAPÍTULO 2. ANÁLISIS HISTÓRICO JURIDICO DE LAS DISTINTAS FORMAS DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO.....	13
LA NULIDAD.....	13
-Nulidad del matrimonio canónico.....	13
-Nulidad civil del matrimonio.....	20
-Efectos de la nulidad matrimonial civil.....	22
LA SEPARACIÓN.....	23
-El cese del afecto marital	24
-Efectos de la separación.....	25
-Clases de separación.....	27
EL DIVORCIO.....	39
-Evolución histórica del divorcio.....	39
-Características.....	42
CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA.....	50
WEBGRAFÍA.....	53
JURISPRUDENCIA	55

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO

El Trabajo de Fin de Grado que se presenta versa sobre la institución del matrimonio, centrándose fundamentalmente en la evolución de las formas de extinción de dicho vínculo a lo largo de la historia. El matrimonio ha sido una de las instituciones jurídicas más estudiadas por los especialistas del Derecho de familia, civilistas y canonistas, así como por otras disciplinas tales como la psicología, sociología, etc. El gran interés que despierta radica en su evolución doctrinal y legislativa que refleja los cambios que ha sufrido la sociedad española a lo largo de la historia. Nuestro objetivo es analizar, ilustrar y desarrollar la evolución histórica del matrimonio, así como el conjunto de normas que han regulado y regulan las relaciones matrimoniales, haciendo hincapié en aquellas que regulan la disolución del mismo; fallecimiento de uno de los cónyuges, nulidad, separación o divorcio, siendo de señalar al respecto de ésta última que pocas instituciones dentro del Ordenamiento Jurídico han suscitado tanta controversia de índole moral, filosófica, religiosa, sociológica y jurídica entre partidarios y detractores, ya que mientras para algunos es el destructor de los principios básicos de la familia y de la sociedad, para otros es únicamente un ejercicio de libertad¹.

El objetivo principal de este trabajo es mostrar la evolución de las distintas formas que han existido y existen de disolver el vínculo matrimonial, en las que se analizará por un lado, la propia evolución histórica de dicha materia en España; y por otro lado, se examinará la situación existente en la actualidad mediante el estudio de las figuras de la nulidad, separación y divorcio contemporáneas y su regulación jurídica, estudio que se realizará tras un breve repaso de la figura del matrimonio.

La disciplina escogida para realizar el presente trabajo no es otra que el Derecho Civil, pues el derecho matrimonial es un tema esencial de la rama civilística, dada la evidente relevancia que supone la figura del matrimonio y las formas de disolución del mismo en dicha materia. Asimismo, desde la perspectiva del derecho se aborda la incidencia de las

¹ MORILLAS FERNÁNDEZ Marta. El divorcio y su excepción temporal desde un análisis dogmático y comparado conforme a los contenidos del art. 86 del Código Civil. TESIS DOCTORAL, Editorial de la Universidad de Granada. Granada 2008. Pág.7

crisis matrimoniales y su repercusión en el sistema jurídico que rige y coordina el comportamiento social de las personas dentro de la convivencia del matrimonio.

La primera parte del trabajo consiste en un recorrido por la figura del matrimonio, analizando los hitos históricos y jurídicos que han marcado la evolución o involución de dicha figura, tomando como referencia el año 1564, citando al Catedrático Xavier O'Callaghan,² «con anterioridad al siglo XIX el matrimonio civil era una institución desconocida», siendo el matrimonio canónico la única institución existente en España hasta la Ley de 18 de junio de 1870. En este sentido, es importante exponer que si bien este trabajo trata de ofrecer una imagen sobre la evolución de las figuras cuya función es la extinción del vínculo matrimonial, dicho análisis no resultaría completo si se excluyera la propia evolución de la figura del matrimonio.

Posteriormente se estudiarán las formas de disolución del vínculo matrimonial desde su perspectiva jurídica analizando el conjunto de antecedentes históricos hasta su regulación actual, que se hace realidad en el ordenamiento jurídico español a través del Código Civil, destacando las reformas realizadas al mismo por la Ley 30/1981, en la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, la Ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, así como por la última reforma introducida en el articulado del Código Civil en materia de divorcio y separación matrimonial por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que viene a desjudicializar estas figuras siempre salvaguardando las garantías esenciales de tutela de los afectados.

Asimismo, se realizará un estudio jurídico positivo en el que se tratarán los aspectos relevantes de las figuras de la nulidad, la separación y el divorcio, tales como, competencia, procedimiento, capacidad, efectos, etc. El estudio de estas figuras resulta importante puesto que, si bien el efecto que producen puede parecer similar, existen grandes diferencias entre las mismas.

² O'CALLAGHAN Xavier. Compendio de derecho civil. Tomo IV. Derecho de la persona y la familia. Revisado y puesto al día por FERNÁNDEZ GONZÁLES M^a. B. Editorial Universitaria Ramón Areces .2016, páginas 150 Y 151

CAPÍTULO 1. ANÁLISIS HISTÓRICO JURIDICO DE LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO

1.1 Evolución histórica del matrimonio.

El origen de la palabra matrimonio procede del latín «*matrimonium*» proviniendo de dos palabras; «*matris*» que significa madre y «*monium*» que significa carga o cuidado, dado que se atribuye a la madre la carga más pesada en la procreación y crianza de los hijos;

Hasta avanzado el siglo XVI y más concretamente hasta el Concilio de Trento se admitían y aceptaban como válidos tanto el matrimonio «*in facie ecclesiae*» como el matrimonio «*a yuras*», basado en el juramento de los cónyuges sin formalidad alguna, es decir, matrimonios clandestinos que tenían los mismos efectos que el matrimonio legítimo en cuanto a perpetuidad, fidelidad, filiación y derechos inter vivos o mortis causa y eran tan válidos como los que se celebraban en un templo cristiano. Estos matrimonios consensuales eran muy comunes y conllevaron una desestabilización en la sociedad medieval, pues planteaban graves problemas de orden y de seguridad jurídica, ya que al aceptar que el matrimonio podía ser válido mediante el solo consenso de los contrayentes, sin ninguna otra formalidad o publicidad, implicaba que se pudiera contraer matrimonio más de una vez sin que quedara más testimonio que el que los cónyuges hicieran del mismo, por lo que se establecieron sanciones con intención de erradicarlos. Estos matrimonios subsistieron hasta la promulgación del Decreto Ne Temere de 2 de agosto de 1907.³

En julio de 1564 la Real Cédula de Felipe II pone en práctica los principios del Concilio de Trento, estableciendo en España el matrimonio canónico obligatorio para los bautizados, lo que requería de la asistencia de un párroco y dos testigos. Al respecto hemos de señalar que el Concilio de Trento dispuso que el matrimonio era un sacramento y por lo tanto su autoridad y competencia sobre el vínculo era incuestionable.

El matrimonio canónico obligatorio ha regido en España prácticamente hasta la Constitución de 1978, con la excepción de aquellos breves periodos en los que rigió el matrimonio civil obligatorio, durante la Primera y Segunda República.

³ VV_AA. RIVES GILABERT J.Mª., RIVES SEVA A.P. Evolución Histórica del Sistema matrimonial español. Notin.es Noticias Jurídicas 2001.

1.2 El matrimonio civil obligatorio.

Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870.

El matrimonio civil, obligatorio, fue obra del Ministro de Justicia Don Eugenio Montero Ríos, consecuencia de las ideas liberales de la época y de la Revolución de 1868.

Una vez establecida en la Constitución de 1869 la aconfesionalidad del Estado y la libertad de culto, se presentó ante las Cortes un nuevo proyecto Ley del Código Civil, si bien durante la redacción del nuevo Código, el 18 de junio de 1870 se promulgó la Ley Provisional del Matrimonio Civil que estableció que éste sería de naturaleza perpetua e indisoluble y el único reconocido en España.

Al respecto hemos de reseñar que los liberales sostenían que el matrimonio era un contrato civil que, además de las condiciones propias de todo contrato, establecía que los contrayentes habían de constituirse en una sociedad vitalicia siendo que la indisolubilidad de tal contrato respondía a la necesidad que tiene toda ley de ser garante del bien común⁴.

El principio de perpetuidad e indisolubilidad del matrimonio de esta ley rechaza en su art. 1º el divorcio, admitiendo sin embargo la separación de hecho en la que se mantenía el vínculo conyugal.⁵

Ley y Reglamento de Registro Civil de 17 de junio y 13 de diciembre de 1870.

Las diligencias preliminares a la celebración del matrimonio, fueron recogidas en la Ley de Registro Civil de 17 de julio de 1870⁶ y su reglamento de 13 de diciembre del mismo año, donde en su art. 37⁷ se indicaba la manifestación que debían hacer los contrayentes al Juez Municipal, circunstancias y antecedentes necesarios sobre identidad, residencia y actuaciones posteriores hasta la celebración en forma.

⁴ V. ROMERO GIRÓN, Sobre la codificación civil y especialmente sobre el matrimonio, en «Revista de los Tribunales», 10 (1885), Pág.377.

⁵ GRAHIT FERRER E. EL MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO: LEY ESPAÑOLA DE 1870. DADUN. Depósito académico y científica de la Universidad de Navarra. pág. 537.

⁶ «BOE» 20 de junio de 1870. Ley de 18 de junio del Registro Civil., Gaceta de Madrid- Nº 171 Vid.art.66.

⁷ «BOE» 14 de diciembre de 1870. Decreto de 13 de diciembre de 1870.Gaceta de Madrid- Nº 348 Vid.art.37.

El matrimonio civil causó un malestar general en la sociedad de la época, pues se legisló a espaldas del pueblo, sin tener en cuenta que la mayoría de los españoles eran católicos y dicha ley que los obligaba a contraer matrimonio civilmente era una flagrante vulneración de sus creencias. Por lo que el pueblo no aceptó tal concepción y siguió contrayendo matrimonio canónico. Es más, a pesar de que estaban obligados por ley a inscribir en el Registro Civil los nacimientos, matrimonios y defunciones que tuvieran lugar en España, tales inscripciones fueron escasas, pues los ciudadanos continuaron inscribiéndolos en los registros parroquiales, con los consecuentes perjuicios para los hijos de uniones canónicas, ya que los progresistas promulgaron una Orden el 11 de enero de 1872 en la que se disponía que los hijos nacidos en el seno de un matrimonio canónico debían inscribirse en el Registro Civil como hijos naturales, así como una Circular en la que se prescribía no autorizar matrimonio civil cuando los contrayentes se hallaran ligados por un matrimonio canónico no disuelto legalmente.⁸

1.3 El matrimonio civil subsidiario

Decreto de 22 de enero de 1875.

El Decreto de 22 de enero de 1875 derogó la R.O. de 11 de enero de 1872 al establecer que podrían inscribirse como legítimos los hijos procedentes de matrimonio exclusivamente canónico, independientemente de la fecha en la que éste hubiera sido contraído, así como que aquellos mandados a inscribir como «*naturales*» por la citada orden, se inscribirían como legítimos, rectificándose al efecto los correspondientes asientos.

Decreto de 9 de febrero de 1875.

Dado el fracaso de la implantación del matrimonio civil en la sociedad española, el Decreto de 9 de febrero de 1875, firmado por Cánovas del Castillo, planteó un nuevo sistema matrimonial, por el que se atribuyeron plenos efectos retroactivos a los matrimonios canónicos celebrados desde la vigencia de la Ley de 1870, y en el que se restableció la forma canónica del matrimonio, conservando exclusivamente la civil con carácter excepcional, para aquellos que declarasen no profesar la religión católica.

⁸ ESPIN CÁNOVAS D. La Constitución de 1869 y la legislación civil española hasta 1874. Revista de Estudios Políticos, 1969 (163) Páginas 118 a 123. ISSN: 00487694

Ley de Bases de 1888 y Real Decreto de 24 de julio 1889, texto de la edición del Código Civil.

Es de reseñar que esta vez sí que se legisló teniendo en cuenta el sentir de la sociedad y no de espaldas a ella como en 1870, ya que ésta fue consultada y negociada con la Santa Sede, estableciéndose en el Código dos formas de matrimonio: el canónico al que estaban obligados todos los católicos y el civil que se celebraría del modo que determinara el citado código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.

El matrimonio canónico produciría todos los efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, pero sólo cuando se celebrará en conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento, requiriéndose la asistencia al acto de su celebración del Juez Municipal u otro funcionario del Estado con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro Civil.⁹

Interpretación del art. 42 del Código Civil.

La redacción del art. 42 de este Código Civil establece que , «*La ley reconoce dos formas de matrimonio : el canónico que deben contraer todos los que profesan la Religión católica, y el civil que se celebrará del modo que determina este Código*»¹⁰, tal redacción planteo un grave problema en cuanto al significado de la frase «profesar la religión católica» que generó innumerables conflictos en la aplicación de tal precepto, planteando la necesidad de que aquellos que desearan contraer matrimonio civil hiciesen la previa declaración de no pertenecer a la Religión católica. Los cambios en el art. 42 fueron una constante a lo largo de la evolución del matrimonio.

La Orden de 10 de febrero de 1932 dispuso que no se exigiera a los que solicitasen la celebración del matrimonio civil, declaración alguna respecto a sus creencias religiosas o religión que profesaren, volviéndose con ello al sistema de matrimonio civil facultativo.

⁹ ESPIN CANOVAS D. Breve exposición de la eficacia civil del matrimonio canónico en el vigente sistema del Código Civil Español y del Concordato de 1953. Revista Científica de la Universidad de Murcia.revistas.um.es pág..845.

¹⁰ «BOE» 25 de julio de 1889. Real Decreto de 24 de julio por el que se publica el Código Civil Gaceta de Madrid- Nº 206, Tomo III. Pág.250.

1.4 Régimen de matrimonio civil obligatorio durante la segunda república.

El gobierno de la segunda República española, acorde con el principio de aconfesionalidad del Estado que estableció la Constitución de 1931, promulgó la ley del 28 de junio de 1932, que implantó el matrimonio civil obligatorio, lo cual supuso no ya la interpretación del art.42, sino su derogación, aprobándose por la Ley de 2 de marzo de 1932 el divorcio.

1.5 Restablecimiento del régimen del matrimonio civil subsidiario.

Durante la guerra civil española funcionaron dos legislaturas paralelas, la de la zona republicana y la de la zona nacional, lo que creó no pocos problemas de orden jurídico a la hora de poner en orden los registros una vez finalizada la guerra.

Tras la victoria del franquismo, el nuevo régimen estableció un estado confesional que abolió el divorcio y el matrimonio civil, la Ley de 12 de marzo de 1938 derogó la Ley de 28 de junio de 1932 que había implantado el matrimonio civil obligatorio, reconociendo la validez de los matrimonios canónicos celebrados durante su vigencia. A su vez, la Orden de 22 de marzo de 1938 volvió a exigir la necesidad de al menos uno de los cónyuges declarase expresamente que no profesaba la religión católica.

Estableciéndose la obligación de inscribir los matrimonios canónicos celebrados durante la República, mediante Orden de 22 de abril de 1939. Ese mismo año, con la Ley de 23 de septiembre de 1939, se derogó el divorcio civil, declarando nulas las sentencias firmes de divorcio vincular respecto a los matrimonios canónicos, asimismo entendió disueltas las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la Ley de 1932 a quienes estuvieran ligados canónicamente a otra persona a instancia de cualquiera de las partes.¹¹

Así pues, el matrimonio civil desaparece prácticamente de la vida española, excepto en el caso de que al menos uno de los contrayentes profesara otra religión o hiciera apostasía, que era tanto como confesarse ateo en una época en la que generaba multitud de inconvenientes, así es un hecho constatado que no hay testimonio de matrimonios de apóstatas en la posguerra ni durante el franquismo.¹²

¹¹ JIMÉNEZ VILLAREJO C. La destrucción del orden republicano (Apuntes jurídicos) HISPANIA NOVA. Revista de Historia Contemporánea 2007 <http://hispanianova.rediris.es>, páginas 11,12 y 13.

¹² GALAN Lola. Casarse por “lo civil “en España. Reportaje EL PAÍS 1977. <http://elpais.com>.

La Orden de 10 de marzo de 1941.

La Orden del Ministerio de Justicia de 10 de marzo de 1941, impuso una nueva interpretación del art. 42 del Código Civil, por la que este exigía la prueba documental de la acatolicidad de los contrayentes.¹³

Decreto de 26 de octubre de 1956 modificador del Reglamento del Registro Civil de 1870.

El Estado español se obliga por el Concordato de 27 de agosto de 1953 a reconocer plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico, bastando a tales efectos que el acta de éste fuera inscrita en el Registro Civil, disponiendo asimismo que, en materia de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas, el estado pondría en armonía su propia legislación con el Derecho Canónico.

Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil

El ocho de junio de 1957 se promulgó la nueva Ley del Registro Civil, esta reforma dio nueva redacción a numerosos artículos del Código Civil relativos al matrimonio, con el fin de dar cumplimiento a las cláusulas concordatarias¹⁴, las cuales insistían en el requisito de acatolicidad para autorizar el matrimonio civil.

La reforma de 1958. El art. 42 del Código Civil y el Concordato.

La Ley de 24 de abril de 1958¹⁵ se promulgó con la intención de armonizar la legislación civil con lo convenido en el Concordato de 1953, estableciendo el carácter subsidiario del matrimonio civil, viéndose reflejado en el art.42 que requería que ambos contrayentes no profesaran la religión católica, reforzando la legislación a favor del matrimonio canónico. Lo que supuso la absoluta prohibición del matrimonio civil para los católicos.

¹³ MARTIN AGAR Y VALVERDE J.T. El matrimonio canónico en el derecho civil español. EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA. PAMPLONA 1985, páginas 70 y 71.

¹⁴ *Ibíd.* Páginas 76 a 81.

¹⁵ «BOE» núm. 99, de 25 de abril de 1958. Ley de 24 abril de 1958 .Vid art. 42

1.6 El matrimonio civil en régimen de libertad religiosa.

Ley sobre libertad religiosa de 28 de junio de 1967.

Esta ley resulta de la obligación del Estado de asumir la nueva Doctrina del Concilio Vaticano II, *Dignitatis Humanae*, que declaraba « *el derecho de libertad en materia religiosa está realmente fundado en la dignidad misma de la persona humana.....Este derecho a la libertad religiosa ha de ser reconocido en el ordenamiento jurídico de la sociedad, de tal manera que llegue a convertirse en un derecho civil.*»¹⁶, lo que consecuentemente se refleja en leyes y disposiciones positivas al respecto del matrimonio, si bien dejando claro que tal derecho ha de ser compatible con la confesionalidad del estado Español. Esta ley dispone que conforme al art.42 del Código Civil «*se autoriza el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la Religión católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propios de las distintas confesiones no católicas, que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten a la moral o a las buenas costumbres.*»¹⁷

Reforma del Reglamento del Registro Civil de 1969.

Los cambios legislativos realizados tuvieron como objetivo adaptar los nuevos principios de la libertad religiosa establecidos en la Ley de 28 de junio de 1967. Dichos cambios se plasmaron en la reforma del Reglamento del Registro Civil por Decreto de 22 de mayo de 1969¹⁸ con el fin de atenuar el requisito probatorio de la acatolicidad quedando reducido a la declaración expresa de los contrayentes de no profesar la Religión católica.

El Real Decreto de 1 de diciembre de 1977.

Este decreto viene a suavizar de nuevo la prueba de acatolicidad, pues se presumirá la misma por el sólo hecho de la celebración del matrimonio civil, lo que generó una gran controversia por cuanto el art. 42 no había sido modificado sino atenuado.

¹⁶ DIGNITATIS HUMANAЕ. Declaración sobre la Libertad Religiosa. <http://www.vatican.va>. Vid. art. 2.

¹⁷ «BOE» núm. 156, de 1 de julio de 1967. Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad religiosa. Vid. Texto y artículo sexto.

¹⁸ «BOE» núm. 144, de 17 de junio de 1969. Decreto 1138/1969, de 22 de mayo, por el que se modifican determinados artículos del Registro Civil Vid. Texto.

Así se fue evolucionando a un sistema matrimonial más acorde con la sociedad del momento y la situación política del país, en el camino hacia un sistema matrimonial civil facultativo.¹⁹

1.7 El sistema de matrimonio civil facultativo en el estado social y democrático de derecho.

La Constitución de 1978.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 se declara que «*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*» art. 32.1 CE y proclama al respecto que todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de religión, art.14, y garantiza la libertad religiosa, así como el principio de aconfesionalidad del Estado, art.16 CE. El Estado español tal como dispone el art. 32.2 «*La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*» se reserva la facultad de sancionar un sistema matrimonial, en el que de acuerdo con las ideas dominantes en la sociedad respondería a la secularización del matrimonio.

El día 3 de enero de 1979 se sustituye el Concordato de 1953 por el Acuerdo entre el Gobierno español y la Santa Sede que proclama que el Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico²⁰. Mediante este acuerdo se cierra la posibilidad de que en futuras reformas del Código Civil se pueda adoptar como sistema matrimonial en España el del matrimonio civil obligatorio.

La Ley 30/1981, de 7 de julio.

Esta ley modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, adecuándolo a la nueva filosofía de la Constitución.

¹⁹ «BOE» núm. 21, de 25 de enero de 1978. Real Decreto 3455/1977. Vid Art. 249.

²⁰ CONVENTIONES INTER APOSTOLICAM SEDEM ET NATIONEM HISPANAM ACUERDO ENTRE EL ESTADO ESPAÑOL Y LA SANTA SEDE SOBRE ASUNTOS JURÍDICOS. Vid art. VI.

Queda así establecido un sistema facultativo, con un único matrimonio regulado por la legislación estatal, que admite una pluralidad de formas, recogiendo hasta tres modalidades, la civil, la canónica y el matrimonio en otra forma religiosa.²¹

1.8 El matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Tras un intenso debate en el que se enfrentaron diversas posturas a favor y en contra del proyecto de ley para reconocer legalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo, fue aprobada la ley que modifica estructuralmente el derecho matrimonial y el derecho de familia en España.

La sociedad española exigía acabar con la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, garantizándoles los plenos derechos y beneficios del mismo. Permitiendo que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad.

El legislador no puede ignorar lo evidente, que la sociedad evoluciona aceptando los diferentes modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador debe actuar en consecuencia, evitando toda confrontación entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular.²²

Esta la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición., tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.

La ley 13/2005, fue demandada mediante recurso de inconstitucionalidad, que fue admitido a trámite mediante providencia de 25 de octubre de 2005, habiendo sido desestimado por Sentencia 198/2012 de 6 de noviembre de 2012²³.

²¹ «BOE» núm. 172, de 20 de julio de 1981 Ley 30/1981, de 7 de julio. Vid art. 49

²²«BOE» núm.157 de 2 de julio de 2005. Ley 13/2005. Vid Disposiciones Generales I.

²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 198/2012, 6 de noviembre de 2012, que desestimó el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación a la Ley 13/2005 «BOE» núm. 286, de 28 de noviembre de 2012, páginas 168 a 219.

1.9 El matrimonio en la legislación española actual

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

La nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria ha formado parte del proceso de modernización del sistema judicial, separando la jurisdicción voluntaria de la regulación procesal común con el objetivo de acabar con la lentitud de nuestra Justicia civil, basándose no solo en la experiencia de otros países sino también con la intención de solventar las necesidades de la sociedad española, optimizando los recursos públicos disponibles, optando por atribuir el conocimiento de muchos de los asuntos que tradicionalmente resolvía la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles²⁴.

Esta Ley ha introducido cambios muy importantes en el Derecho de familia y concretamente en el ámbito del matrimonio:

- Se reconoce la competencia del Secretario Judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes para la celebración del mismo.
- Se eleva de 14 a 16 años la edad legal mínima para contraer matrimonio.
- Se reconocen efectos civiles a los matrimonios celebrados mediante el rito budista, mormón, ortodoxo o de los testigos de Jehová, teniendo en cuenta que a día de hoy han sido reconocidas con la declaración de notorio arraigo.

²⁴«BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Vid. PREÁMBULO I, X,XI.

CAPÍTULO 2. ANÁLISIS HISTÓRICO JURIDICO DE LAS DISTINTAS FORMAS DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO.

La disolución del matrimonio en España se produce por la muerte o por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio según el art. 85 CC., en el caso de fallecimiento dicha disolución es evidente dado que se extingue la personalidad civil art..32CC.

En cuanto a la figura de la nulidad es aquella, que una vez declarada judicialmente, tiene efectos retroactivos por lo que se considera que el vínculo no ha existido válidamente. Respecto a la nulidad canónica, hemos de señalar que esta solo tendrá efectos civiles cuando se declare ajustada al Derecho del Estado, art. 80 CC.

Finalmente, al respecto de la figura de la separación hemos de destacar la importancia de ésta institución jurídica pues, si bien, no disuelve el vínculo matrimonial, fue hasta la llegada del divorcio la única forma existente de suspender la vida en común de los cónyuges.

2.1 LA NULIDAD

2.1.1 Nulidad del matrimonio canónico.

La Instrucción Dignitas Connubii señala que la dignidad del matrimonio exige que la Iglesia: *«promueva con el mayor desvelo pastoral posible el matrimonio y la familia basada en la unión conyugal y los proteja y defienda con todos los medios a su alcance»*²⁵, así el c. 1057§1 dispone que *« El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir»* estableciendo el c. 1060 que *«el matrimonio goza del favor del derecho; por lo que en la duda se ha de estar por la validez del matrimonio mientras no se pruebe lo contrario.»* Por lo tanto, esta presunción admite prueba contraria, así en el Discurso a la Rota romana de 1978, Pablo VI decía que *«nadie puede sustraerse a las exigencias de un vínculo que solo Dios puede romper, pero también hay que decir que nadie debe venir constreñido por un vínculo que nunca existió.»*²⁶

²⁵ INSTRUCCIÓN DIGNITAS CONNUBII. Que deben observar los Tribunales Diocesanos e Interdiocesanos al tratar las causas de nulidad del matrimonio. <http://www.vatican.va>. Vid primer párrafo.

²⁶ DISCURSO DEL SANTO PADRE PABLO VI A LA SACRA ROTA ROMANA, de 28 de enero 1978, <http://www.vatican.va>.

La firme defensa de la Iglesia de indisolubilidad del matrimonio, derivada del carácter sacramental del mismo se refleja con especial evidencia en las dificultades que ésta siempre ha puesto para disolver tal vínculo, pues la indisolubilidad del mismo está contemplada sistemáticamente en la normativa católica siendo esta una propiedad esencial del mismo, por la que una vez contraído válidamente tiene carácter de perpetuidad disponiendo el c. 1141 que “El matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte.”

Ahora bien, la indisolubilidad del matrimonio no fue absoluta, sino que tuvo excepciones reconocidas por la Iglesia:

- El Privilegio Paulino: el matrimonio contraído por dos personas no bautizadas se disuelve a favor de la fe del cónyuge que ha recibido el bautismo, en caso de matrimonio natural (cánones 1143 a 1147).
- El Privilegio Petrino: (colonización de América), a favor del cónyuge que se bautiza que tenga simultáneamente varias mujeres no bautizadas, si le resulta duro permanecer con la primera de ellas, puede quedarse con una de las otras apartando de sí a las demás. Lo mismo vale para la mujer no bautizada que tenga varios maridos no bautizados (c. 1148). El no bautizado a quien, una vez recibido el bautismo en la Iglesia Católica, no le es posible restablecer la cohabitación con el otro cónyuge no bautizado por razón de cautividad o de persecución, puede contraer nuevo matrimonio, aunque la otra parte hubiera recibido entretanto el bautismo, (c. 1149), quedando en vigor lo que prescribe el c.1141.
- Dispensa del matrimonio rato entre bautizados: el matrimonio entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto con causa justa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga (c.1142 ss.).

Así el Código de Derecho Canónico contempla numerosas circunstancias por las que el matrimonio celebrado no es válido, estas causas de nulidad están reguladas por los cánones 1073 a 1133 dividiéndose en tres grupos²⁷:

²⁷ REYES VIZCAÍNO Pedro María. Las Causas de Nulidad en el matrimonio Canónico. Artículo. IUS CANONICUM <http://www.iuscanonicum.org>

Nulidades por impedimentos: cuando se trata de circunstancias que tienen relación con las prohibiciones para contraer matrimonio.

- a) Las motivadas por incapacidad natural: la edad (c.1083). El varón debe tener al menos 16 años y la mujer al menos 14 años para poder casarse válidamente y la impotencia (c.1084) que debe ser antecedente y perpetua, este último canon establece que la esterilidad no dirime el matrimonio sin perjuicio del canon 1098.
- b) Las motivadas por incapacidad jurídica: vínculo anterior (c.1085), por disparidad de cultos (c. 1086), por órdenes sagradas (c. 1087), impedimentos éstos que requieren de la dispensa necesaria que corresponde a la Santa Sede y vinculados por el voto público y perpetuo de castidad dentro de un instituto religioso (c. 1088).
- c) Las motivadas por razón de delito: el rapto y el conyugicidio regulados por los cánones 1089 y 1090.
- d) Las motivadas por razón de parentesco: consanguinidad, afinidad, publica honestidad y parentesco legal, reguladas en los cánones 1091 a 1094

Nulidades por vicio de consentimiento: el CIC establece que *«El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir.»* c.1057§1.

- a) Las motivadas por incapacidad para consentir: quienes carecen de suficiente uso de razón, por grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar, así como por la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica, todas ellas reguladas en el c. 1095.
- b) Las motivadas por vicios del entendimiento: la ignorancia sobre la esencia y fin del matrimonio (c.1096) error simple de la persona y cualidades(c.1097), al respecto del error hemos de distinguir entre el error en la identidad de la persona que invalida el matrimonio al tratarse de un defecto absoluto y el error en una cualidad de la persona aunque sea causa del contrato, pues éste último con tal que no determine a la voluntad, no dirime el matrimonio, y por error doloso (c.1098) ya que aquel que contrae matrimonio engañado por dolo para obtener su

consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio, contrae inválidamente.

- c) Las motivadas por la violencia: amenaza, miedo y miedo reverencial provenientes de una causa externa, (c.1103).
- d) Las motivadas por simulación del consentimiento matrimonial: cuando la voluntad interna del contrayente no concuerde con la voluntad declarada del mismo, (c.1101). Dentro de estas existen dos tipos, la total en la que el contrayente no quiere contraer matrimonio, y la parcial en la que se excluye alguna propiedad esencial, como el “bonum proles” u obligación de procrear, “el bonum fidei” u obligación de unidad y fidelidad o el “ bonum sacramenti ”la indisolubilidad.
- e) Las motivadas bajo condición: cuando el matrimonio se condiciona a un hecho futuro e incierto es nulo (c. 1102§1.y§2)

Nulidades por defecto de forma: Hay que distinguir entre la forma litúrgica y la canónica, la primera se regula mediante los cánones en los que se regula el propio acto, y la segunda forma comprende los elementos jurídicos donde se establecen las situaciones externas que deben tener lugar a la hora de realizarse el contrato matrimonial.

Al respecto el CIC dispone que para que un matrimonio sea válido, se han de cumplir una serie de requisitos establecidos por la normativa canónica siendo nulos:

- a) Aquellos matrimonios que se celebren sin la asistencia del Ordinario del lugar o el párroco, o un sacerdote o diácono delegado por uno de ellos para que asistan, y ante dos testigos (c. 1108).
 - Solo de forma excepcional (c.1116), si no hubiere alguien competente conforme al derecho para asistir al matrimonio, o no se pudiera acudir a él sin grave dificultad, quienes pretenden contraer verdadero matrimonio pueden hacerlo válida y lícitamente estando presentes sólo los dos testigos, en caso de peligro de muerte o fuera de estos casos cuando se prevea que esta situación va a prolongarse más de un mes.
- b) Aquellos matrimonios que celebren por procurador sin que se haya dado mandato especial para contraer por persona determinada, o/y sin que el procurador haya sido designado por el mandante y desempeñe personalmente esa función, (c. 1105)

- c) Finalmente, también será causa de nulidad el no haber solicitado la dispensa preceptiva en los casos de peligro de muerte, matrimonios mixtos (bautizado católico y bautizado en otra confesión cristiana no católica) y dispares (bautizado y no bautizado), y en la sanación de raíz, reguladas en los cánones 1079§1, 1124 y 1161 § 1.²⁸

2.1.2 Los presupuestos de la nulidad matrimonial, principios rectores.

Los procedimientos ordinarios para la declaración de nulidad matrimonial se rigen por los siguientes principios rectores:

1. El principio de escritura que regula que los actos judiciales deben redactarse por escrito, tanto si se refieren a la sustancia en litigio o actos de la causa, como a la forma de proceder o actos del proceso, (c. 1472 §1).
2. El principio de preclusión; el proceso consta de una serie de periodos en los cuales han de realizarse determinados actos a cuyo término se extinguen los distintos plazos señalados.
3. El principio de dispositividad que se combina con el de oficialidad, el primero dispone que el juez no puede juzgar causa alguna, si el interesado o el promotor de justicia no han formulado una petición, a tenor de los cánones (c. 1501), si bien una vez introducida la causa, el juez puede e incluso debe proceder de oficio, (c. 1452§1), al considerarse que el matrimonio es un bien jurídico público, por lo que el tribunal puede seguir pidiendo la nulidad, aunque las partes desistan.
4. El principio de publicidad (procesal) y secreto, debido a la idiosincrasia de las causas matrimoniales los jueces y ayudantes del tribunal están obligados a guardar secreto de oficio, si bien siempre que quede garantizado el derecho de defensa, cánones 1455 y 1598 § 1, es más en los casos de nulidad los abogados de las partes y las partes públicas tienen la facultad de examinar los autos no publicados, canon 1678.

²⁸ PÉREZ TORTOSA Francesc. Proceso y nulidad matrimonial canónica. Artículo realizado en el marco de la Beca-Colaboración en el Departamento de Arte, Humanidades y Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche 2007/2008 paginas 157 a164.

5. El principio de adquisición de pruebas o adquisición procesal, puede aportarse cualquier prueba, que facilite la resolución de la causa, siempre que su procedencia sea lícita, (c. 1527§1).
6. El principio de inmediación en el proceso, en estos procesos es constante la presencia directa del juez en los actos procesales, son muy numerosos los cánones en los que el juez realiza la práctica de la prueba, ya sea con los testigos o con los peritos, hasta para las pruebas de acceso y reconocimiento judicial, (c. 1582).

2.1.3 Características propias del proceso de nulidad matrimonial

Son características propias del proceso²⁹:

- a) La doble sentencia conforme para que los cónyuges quedaran libres o al menos el decreto confirmatorio de la sentencia del tribunal de primera instancia, (c.1641§ 1).
- b) No existe la cosa juzgada, pudiéndose recurrir siempre que se aleguen nuevas y graves pruebas, se puede volver instar la causa, (c. 1644).
- c) No caben para la terminación del proceso ni la transacción, el compromiso arbitral, ni el allanamiento.
- d) En todas las causas se requiere la presencia del defensor del vínculo, (art. 56§1, «Dignitas connubii») debiendo intervenir o al menos ser citado tanto éste como el promotor de justicia en todos los actos procesales, pues de no citarse a uno u otro, los actos son nulos, salvo que, a pesar de no haber sido citados, hayan intervenido realmente o, al menos, hayan podido cumplir su función antes de la sentencia, habiendo examinado las actas (art. 60 DC cf. c. 1433).
- e) Los consanguíneos son testigos hábiles, pues su aceptación como tales opera al no estar prohibida, (c.1549).
- f) La causa la juzga un tribunal colegial de tres jueces 1425§ 1,1º b, exceptuadas las que se sustancian según proceso documental, (cánones. 1686 y 1688).

²⁹ PÉREZ TORTOSA Francesc. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Volumen I, número 6, marzo 2010, págs., 145-189, ISSN: 1886-6611,

- g) Para que un matrimonio se pueda declarar nulo, el juez debe adquirir la certeza moral de su nulidad (c. 1608). Dicha certeza moral se encuentra entre la probabilidad, que no es suficiente, y la certeza absoluta, que no es necesaria.

2.1.4 Tribunal de Rota Española

El Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España, con sede en Madrid, fue fundado por Clemente XVI en 1771, fue objeto de sucesivas reformas y suprimido por la Sede Apostólica en junio de 1932, ante la legislación de la Segunda República. Restableciéndolo Pío XII en abril de 1947.

Es un Tribunal canónico de apelación, contra las sentencias eclesiásticas pronunciadas en España, lo que constituye un privilegio tanto del Nuncio como del país, pues España es el único Estado que cuenta con un Tribunal de esta índole, en la ordenación de los tribunales de la Iglesia fuera de la Rota Romana.³⁰

2.1.5 Efectos de la nulidad del matrimonio canónico.

El objetivo de los procedimientos matrimoniales canónicos de nulidad es la búsqueda de la verdad objetiva de la validez o no del matrimonio en disputa, así la declaración de nulidad de éste, implica la propia inexistencia del mismo, pues cuando se declara nulo un matrimonio, lo que se declara es que éste nunca ha existido ni ha producido efectos jurídicos válidos, dado que el matrimonio en su origen tuvo defectos tan significativos que inducen a que éste no se tenga por celebrado, volviendo los contrayentes al estado anterior a la celebración del mismo quedando libres del vínculo matrimonial, si bien tal desvinculación no exonera a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2.1.6 El reconocimiento de la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad.

Este reconocimiento de nulidad y las decisiones sobre matrimonio rato y no consumado contemplado en el art.778 de la LEC está limitado por su ajuste al Derecho del Estado, así el art. 80 CC., dispone que estas resoluciones tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado conforme a las condiciones a las que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Estas condiciones constituyen el cauce procesal mediante el cual el juez estatal competente debe comprobar si el juez canónico ha respetado los derechos fundamentales

³⁰ CONCORDATO ENTRE LA SANTA SEDE Y ESPAÑA. Ciudad del Vaticano 1953. Vid. art. XXV

y las garantías de actuación que pertenecen a los ciudadanos implicados en un juicio. Asimismo, a través de ellas el juez civil debe analizar si la causa de nulidad o de disolución del matrimonio recogida en la sentencia canónica, se halla también establecida en el art. 73 CC. como causa de nulidad matrimonial o de disolución por divorcio.

En cuanto a las causas basadas exclusivamente en motivos religiosos, el art. 80 CC., dispone que no tendrán eficacia en el orden civil las resoluciones canónicas contrarias al orden público o si sus causas no son homologables, como por ejemplo aquellas resoluciones canónicas que se basan en el Privilegio Paulino que declara la nulidad del matrimonio porque ninguno de los contrayentes estaba bautizado.

2.1.7 Nuevo proceso de nulidad canónica matrimonial.

El 8 de diciembre de 2015, entró en vigor la reforma que ha simplificado el proceso canónico de nulidad matrimonial, establecido por el Papa Francisco, mediante el Motu proprio: *Mitis Iudex Dominus Iesus*.³¹

Las novedades más importantes que introduce esta modificación son tres:

- Se elimina la obligatoriedad de una doble sentencia conforme.
- En el proceso más breve, casos evidentes, será el propio Obispo quien lleve la causa.
- La gratuidad del proceso de modo que ningún fiel se vea privado del acceso a los tribunales de la Iglesia por razones económicas.

2.1.8 Nulidad civil del matrimonio

La nulidad civil del matrimonio implica invalidación del mismo porque en su celebración han existido vicios o defectos esenciales que impiden que el mismo pueda surtir efectos, la declaración de nulidad de un matrimonio supone que éste nunca haya existido, salvo respecto al cónyuge que lo hubiera contraído de buena fe y respecto a los hijos.

³¹ SUMO PONTIFICE. MITIS IUDEX DOMINUS IESUS. Sobre la reforma del proceso canónico para las causas de declaración de nulidad del matrimonio en el Derecho Canónico. Vid. Criterios fundamentales I, IV, VI.

Los primeros casos afrontados por la jurisprudencia en cuanto a la nulidad de un matrimonio civil datan de las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1919 y 25 de abril de 1929, nulidad que fue declarada por el TS al amparo del art. 101.4º del CC, que abordaban casos de matrimonios civiles contraídos ante funcionarios extranjeros, de aquellos que se celebraron en la etapa republicana o durante la guerra en la zona roja, Sentencias del TS de 13 de junio de 1947, 25 de enero de 1956, 26 de enero de 1956 y 7 de marzo de 1956, aplicándose por primera vez la Orden de 10 de marzo de 1941, mediante sentencia del de 21 de octubre de 1959 del TS en la que se declara nulo un matrimonio civil a causa de la condición católica de uno de los contrayentes.³²

Centrándonos en la nulidad del matrimonio civil he de señalar que éste es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, cuando:

1. Se celebra sin consentimiento matrimonial.
2. Se celebra entre una serie de personas, entre las que se incluyen:
 - a) Menores de edad no emancipados.
 - b) Los que ya estuvieren casados.
 - c) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
 - d) Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
 - e) Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.
3. Se celebra sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.
4. Se celebra por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.
5. Se celebra por coacción o miedo grave.

2.1.9 La acción de nulidad matrimonial

En cuanto a la acción para pedir la nulidad del matrimonio, cabe destacar que corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella.

³² LALAGUNA Enrique. Nulidad de matrimonio civil por confesión católica de uno de los contrayentes Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. IUS CANONICUM, I, N.1, 1961 pág.273

Ahora bien, existen una serie de excepciones que dependerán de la causa de nulidad alegada:

- a) Cuando la causa de nulidad sea la falta de edad; solo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal.
- b) Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla.
- c) Cuando la causa de nulidad es el error, el miedo grave o la coacción; Podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio.
 - a. Pero en este caso, caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.
- d) Cuando la causa de nulidad es el defecto de forma: El Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo si se contrajo, sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin los testigos.

2.1.10 Efectos de la nulidad matrimonial civil.

Como ya hemos señalado con anterioridad y al igual que en la nulidad canónica, la nulidad del matrimonio civil implica que este matrimonio no ha existido nunca, sin invalidar igualmente los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

2.1.11 Modificación tras la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Si bien el anterior Código Civil permitía contraer matrimonio a los menores que fueran mayores de 14 años bajo la autorización o dispensa del Ministerio de Justicia art. 48 CC. la Ley de Jurisdicción Voluntaria, ha elevado el mínimo de edad para poder casarse a los 16 años, eliminando asimismo la posibilidad de que el juez dicte una dispensa de edad ni considere emancipado a un niño de 14 años, pues ésta nueva ley solo permite casarse a aquellos que tengan cumplidos los 16 y estén emancipados.

2.2 LA SEPARACIÓN

La separación es la institución jurídica que conlleva a la suspensión de la vida en común de los cónyuges, permaneciendo intacto el vínculo matrimonial, pudiendo ser restablecida mediante el instrumento jurídico de la reconciliación,³³ se diferencia del divorcio en que, dada la subsistencia del vínculo, se mantiene vigente el impedimento de contraer nuevas nupcias³⁴, por lo que se le ha denominado históricamente “divorcio no vincular”. No obstante, tal y como señala DÍEZ-PICAZO³⁵ el régimen jurídico de derechos y obligaciones de los cónyuges experimenta una transformación.

La separación puede ser de hecho o de derecho, esta última se produce cuando se solicita judicialmente, y a su vez puede ser consensual o causal, art. 81 CC mientras que la separación de hecho, se produce cuando se hace de mutuo acuerdo o de forma unilateral, abandonando uno de los esposos el domicilio conyugal sin intervención judicial.

En el Derecho anterior a la reforma de 1981, la regulación de la separación venía determinada por dos circunstancias, la inexistencia del divorcio vincular y la incorporación a ésta de todos los motivos de agravio y frustraciones existentes entre los cónyuges, considerando a uno de los cónyuges inocente frente a otro que se consideraba culpable y que era el responsable de los incumplimientos jurídicos, obteniendo el inocente en la sentencia un trato de favor.

Hasta la instauración del divorcio mediante la Ley 30/1981,7 de julio, a excepción del breve periodo en el que se instauró el divorcio por la Segunda República, la separación era la única forma de cesar la convivencia conyugal, pues el único matrimonio reconocido en España era el canónico. Esta reforma introdujo cambios significativos como la posibilidad de considerar la separación como una crisis matrimonial diferenciada, y desaparece la influencia de la culpa sobre los efectos jurídicos de la misma, bastando con que el cónyuge estuviera incurso en alguna de las causas de separación que estableciera el art. 82, y se determina a la separación, en cualquiera de sus formas, como requisito para solicitar el divorcio³⁶.

³³ VV AA Coordinado por O' CALLAGHAN, X. Matrimonio: nulidad canónica y civil separación y divorcio LÓPEZ MUÑIZ CRIADO, C. Separación. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 183, Madrid 2007.

³⁴ GARCÍA GÁRATE, A. El matrimonio canónico en su dimensión sustantiva y procesal, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 34

³⁵ DÍEZ- PICAZO Y GULLON A. Volumen IV SISTEMA DE DERECHO CIVIL 2012. TECNOS. Pág.96

³⁶Íbidem. Pág.96

2.2.1 El cese del afecto marital «affectio maritalis»

Podemos definir la «affectio maritalis» como la voluntad continuada de los cónyuges de permanecer unidos en matrimonio, siendo soporte fundamental del matrimonio. Ahora bien, la «affectio maritalis» no se encontraba regulada en nuestro Ordenamiento Jurídico como causa legal de separación puesto que la legislación civil solo era de aplicación a los no católicos y requería de causas graves para su autorización, tal y como se recoge en el antiguo art. 105 CC³⁷. Tras la reforma constitucional de la Ley 30/1981, sigue sin estar señalada la «affectio maritalis» como causa de separación por el art. 82 CC³⁸, por lo que la aplicación de este precepto por la jurisprudencia generó innumerables controversias, puesto que si bien la doctrina mantenía que el artículo citado anteriormente contenía las causas de separación de manera taxativa y su interpretación era restrictiva, la jurisprudencia fue evolucionando y los tribunales empezaron a disminuir las exigencias de la doctrina, dando un paso trascendental a la hora de considerar a la pérdida de la «affectio maritalis» como supuesto para el otorgamiento de la separación³⁹, considerándose como la ausencia de la voluntad de cumplir con los deberes conyugales.

Jurisprudencia que fue recuperando la importancia de la «affectio maritalis», pues la autonomía de la voluntad de los cónyuges se convierte en uno de los principales fundamentos de la separación bastando con el cese de la voluntad de uno solo de los cónyuges para que se autorizara la separación, viéndose reflejada en la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en la que la separación no se hace depender de causa alguna y deja al art.82 CC. sin contenido.

2.2.2 Causas legales de Separación art. 82 CC.:⁴⁰

- Abandono injustificado del hogar, infidelidad conyugal, conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales del art. 68 CC.
- Violaciones graves y reiteradas de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.
- La condena privativa de libertad por tiempo superior a 6 años.

³⁷ BOE núm.206, de 25/07/1889 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Vid. art.105

³⁸ BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981, Ley 30/1981, de 7 de julio. Vid. art. 82

³⁹ VV. AA. LOPEZ SAN LUIZ ROCIO. PEREZ VALLEJO ANA MARÍA, editoras. - Universidad de Almería 2004 Tendencias Actuales en Derecho de familia, pag.25 y ss.

⁴⁰ VV. AA Coordinado por Xavier O´ Callaghan, Matrimonio: nulidad canónica y civil separación y divorcio, Carlos López Muñoz Criado, Separación. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 191 a 200.

- El alcoholismo, toxicomanía o perturbaciones mentales, cuando el interés del otro cónyuge o de los hijos exijan la suspensión de la convivencia.
- Cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido.
- Cese efectivo de la convivencia conyugal durante un plazo de tres años.
- Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3º, 4º y 5º del art. 86 CC.

El art.87.2 del Código Civil de 1981 aclara que la interrupción de la convivencia no implicara el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Modificaciones en la separación por la Ley 15/2005

La entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha suprimido las causas de separación, desapareciendo por lo tanto el anterior sistema causal pues el matrimonio se basa en la actualidad en un sistema absolutamente consensual, tanto en lo que se refiere al momento de constitución del mismo como respecto al momento del fin de la relación, no existiendo ninguna dificultad para que un cónyuge, o los dos de común acuerdo o en desacuerdo, insten la separación matrimonial, o el divorcio, sin motivo alguno.

Tras su entrada en vigor, los cónyuges pueden solicitar el divorcio a los tres meses de la celebración del matrimonio, sin necesidad de pasar previamente por el trámite de la separación. Todo lo aquí expuesto es extrapolable al supuesto de divorcio que veremos posteriormente.

2.2.3 Efectos de la separación

El principal efecto de la separación es la modificación del estado civil, por el que los cónyuges, pasan del estado de casados al de separados. Los efectos de la separación pueden ser reversibles en cuanto a los cónyuges, pues éstos pueden reconciliarse, si bien origina otros efectos que son definitivos como la disolución del régimen económico.

Otro de los efectos de la separación es que esta no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos según lo establecido en el art. 92 CC., cuyo contenido no ha variado en este sentido en las distintas modificaciones que ha sufrido el Código Civil.

2.2.4 La reconciliación

En cuanto a la reconciliación, ya la Ley de 30/1981, contemplaba en su art. 84 CC que *«La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido del litigio.»*⁴¹

El hecho de que la comunicación de la reconciliación al juez, fuera o no un requisito constitutivo de la reconciliación, ha sido ampliamente discutido en el seno de nuestras Audiencias Provinciales, manteniendo los Tribunales de Justicia posiciones encontradas, pues mientras algunas sostenían el criterio de que, aunque ésta no hubiera sido notificada al Juez, si producía efectos entre los cónyuges, ya que se trataba de un auténtico negocio jurídico privado, otras mantenían todo lo contrario. Finalmente, distintas sentencias del TS han clarificado tales discusiones, entre otras la dictada por la Sala de lo Social en Sentencia de 21 de julio de 2011⁴², para unificación de doctrina.

Así como en la sentencia del TS 20 de julio de 2015⁴³ donde se señala que *«Así resulta con toda claridad, entre otras muchas de la jurisprudencia plasmada en nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2004 (rcud. 359/04), seguida en muchas otras posteriores, que, en lo que ahora interesa, dice así: "La separación matrimonial, en tanto se mantiene el pronunciamiento judicial que la decreta produce -ex lege unos determinados efectos, entre los que aparece, como el más esencial, el cese de la convivencia conyugal y la posibilidad de vincular bienes de otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 83 del Código Civil). De aquí que, en tanto subsista y no se modifique por una nueva resolución judicial la decretada situación de separación matrimonial, la convivencia conyugal resulte legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica o, de hecho. Siendo esto así por las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho, la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha". Y llega a la siguiente conclusión: "para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la*

⁴¹ «BOE» núm. 172, de 20 de julio de 1981, Ley 30/1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad separación y divorcio. Vid. art.84.

⁴² Consejo del Poder Judicial Sentencia TS de 21 de julio de 2011 Sala de lo Social, N° Recurso 4066/2010.

⁴³ Consejo del Poder Judicial Sentencia TS de 20 de julio de 2015 Sala de lo Social, N° Recurso 3078/2014, pag.4

pensión de viudedad es preciso que se produzca la comunicación [de la reconciliación] al órgano Judicial, que exige el art. 84 del Código Civil].»

Siendo este requisito aún más restrictivo tras la reforma operada en el art. 84 del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que ha establecido que «*cuando la separación hubiera tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el art. 82, la reconciliación ha de formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones*».

2.2.5 Clases de separación

“En términos generales la separación puede ser una situación puramente fáctica (separación de hecho) o una situación fundada en una decisión judicial (separación legal en el sentido estricto)”⁴⁴ comenzaremos por la primera:

2.2.5.1 La separación de hecho.

En palabras del Profesor A. DOMINGO AZNAR “la separación de hecho, matrimonial se puede definir como interrupción indefinida de la vida conyugal por parte de los esposos, sin intervención de la autoridad judicial competente. Al hablar de interrupción “indefinida” se está indicando, que puede ser temporal o definitiva”.⁴⁵

La separación de hecho es aquella que se establece por los cónyuges con el fin de romper la vida en común, y que opera sin observar las formalidades legales establecidas.

Se trata de acuerdos suscritos por los cónyuges, predominantemente escritos de carácter privado o públicos, aunque en algunas ocasiones sean verbales, en los que éstos ante sus desavenencias matrimoniales, regulan tanto su situación personal y patrimonial como las de sus hijos, ya sean menores o mayores de edad sin intervención alguna de la jurisdicción civil o eclesiástica.

Requisitos de la separación de hecho

Varela de Limia⁴⁶ señala que para que se produzca la separación de hecho deben darse los siguientes requisitos:

- Interrupción temporal o definitiva de la vida en común.

⁴⁴ DÍEZ- PICAZO Y GULLON A. Volumen IV SISTEMA DE DERECHO CIVIL. 2012 TECNOS. Pág.96

⁴⁵ DOMINGO AZNAR A. EVOLUCION HISTORICA de la SEPARACION de HECHO con ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ESPAÑOL.DYKINSON 1996. pág. 149.

⁴⁶ VARELA DE LIMIA, Fernando. La Separación Convencional de los cónyuges y el Derecho Español, E.U.N.S.A, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1972, pag.187.

- Acuerdo de los cónyuges, o voluntad de uno de ellos dirigida a tal fin (art. 82.1 y 5 y 86.3 apartados, a) y b) C.C.
- Sin intervención de la autoridad competente.

Lo fundamental en la separación de hecho es el animus, en cuanto al corpus (distanciamiento residencial), que será normalmente expresión de aquel, y aunque a tenor de la ley no todo distanciamiento supone separación, el art. 87. 1º dispone que el cese efectivo de la convivencia conyugal es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida conyugal en el mismo domicilio.⁴⁷

La separación de hecho es un acto real⁴⁸, que, aun careciendo de la intención de producir efectos jurídicos, las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma son innegables por lo que es evidente que el Derecho no puede permanecer ajeno a decisiones, tan trascendentes para los derechos a terceros especialmente los hijos, el interés público e incluso para ellos mismos cuando pudieran causar efectos abusivos, el ordenamiento civil ha ido pues concretando poco a poco los efectos jurídicos de las mismas y regulándolas.

Efectos de la separación de hecho consensuada.

Excluyó la figura del abandono de familia como causa de separación pues este era consentido por ambos cónyuges.

Estableció un vínculo jurídico entre los cónyuges a modo de pacto normativo, que establece un modus vivendi una vez rota la vida en común, subsistiendo el deber jurídico.

Estableció una serie de límites que derivan del derecho de cada uno de los cónyuges, para exigir la plena efectividad de las obligaciones básicas de los mismos y de la convivencia, así como de la posibilidad de que éstos demanden la separación judicial.

2.2.5.2 La separación legal o judicial

La separación judicial es aquella que pone fin a la vida en común de los cónyuges mediante resolución judicial, sin resolver el vínculo matrimonial, la Ley de 30/1981 ya contemplaba a tenor de su art. 81⁴⁹ que se decretaría la separación judicial, cualquiera que fuera la forma del matrimonio, estableciendo dos modos de hacerlo.

⁴⁷ *Ibidem*. Pág.150

⁴⁸ ⁴⁸ VV AA Coordinado por Xavier O' Callaghan, Matrimonio: nulidad canónica y civil separación y divorcio, Carlos López Muñoz Criado, Separación. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces pág.184

⁴⁹ «BOE» núm. 172, de 20 de julio de 1981, Ley 30/1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad separación y divorcio Vid art. 81.

La separación de mutuo acuerdo, que se fundamenta en la voluntad de ambos cónyuges de separarse sin entrar en las causas que la motivaron, se caracteriza por los siguientes requisitos:

- La voluntad de alejarse
- La voluntad pacífica excluyente de causas
- Acuerdo en la forma de regular los efectos complementarios

Son tres los requisitos que exige el Código Civil para el ejercicio de la acción:

- El primero es que sea a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro.
- El segundo, que la demanda se interponga cuando haya transcurrido al menos un año de la celebración del matrimonio. Requisito que solo se exige en las separaciones de mutuo acuerdo.
- El tercero exige al acompañamiento del convenio regulador de separación a la demanda.

Este modelo consensual de separación define el espíritu que tuvo en su día la reforma de 1981.

Separación por causa legal o contenciosa, es la que instaba uno de los cónyuges frente al otro por estar incurso en alguna de las causas que la ley contemplaba como requisitos para otorgar la separación, tras la reforma del Código Civil de 1981 estas causas a las que nos hemos referido anteriormente estaban reguladas en el art. 82. La acción no tiene plazo, al contrario de la separación de mutuo acuerdo, ésta se puede interponer nada más que acontezcan los hechos.

Modificación de la separación tras la Ley 15/2005

Con la nueva reforma de la Ley 15/2005, de ocho de julio desaparecen las causas de separación, dependiendo la petición únicamente de la voluntad de los cónyuges, facultando el art. 81 de esta ley a ambos cónyuges de común acuerdo o a uno con el consentimiento del otro, para pedir la separación, transcurridos los tres meses de la celebración del matrimonio, facultando asimismo a cada uno de los cónyuges para pedirla unilateralmente cuando se haya cumplido éste plazo, se exceptiona de este requisito en los casos que se acredite la existencia de un riesgo grave para la vida, integridad física, la libertad, la integridad moral, indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

Tramitación y legitimación de la acción de separación

Igualmente se requiere que la demanda se acompañe de una propuesta de convenio regulador cuando la petición es realizada por ambos cónyuges o de una propuesta de las medidas para regular los efectos derivados de la misma., si la separación se solicita por uno solo de los cónyuges.

Cuando la separación es instada por uno solo de los cónyuges, el otro no podrá oponerse, pero si reconvenir por las causas tasadas en el art. 770.2º de la LEC.

La sentencia a tenor del art. 83 CC. origina la suspensión de la vida en común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

De todo lo anterior se desprende que el vínculo matrimonial permanece, aunque suspendido en alguno de sus efectos y tratándose de una acción personalísima pues depende de la voluntad de los cónyuges, el fallecimiento de cualquiera de ellos dará lugar a la extinción del proceso.⁵⁰

Modificación de la separación tras la Ley 5/2015

La separación judicial se mantiene como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio, los requisitos que deben concurrir, así como los trámites procesales que deberán seguirse, son prácticamente coincidentes con los vigentes hasta ahora, pues sólo se ha procedido a reducir a tres meses el tiempo que prudentemente que debe mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud de divorcio. Por lo demás, las partes, necesariamente, deben acompañar a su solicitud una propuesta de convenio regulador redactada de conformidad con lo dispuesto en el art. 90 del Código Civil. Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.⁵¹

⁵⁰ DÍEZ- PICAZO Y GULLON A. Volumen IV SISTEMA DE DERECHO CIVIL. 2012 TECNOS. Pág.97 y 98

⁵¹ DÍEZ- PICAZO Y GULLON A. Volumen IV SISTEMA DE DERECHO CIVIL. TECNOS Madrid 2012 , pág.97

Dada la similitud de las modificaciones que esta Ley ha podido en cuanto a la desjudicialización de la separación y regulación de la misma con las que sufrido la figura del divorcio procederemos a un estudio más detallado en el apartado del mismo.

2.2.5.3 La separación canónica.

La separación conyugal, entendida como separación sin disolución del vínculo, es una figura típica del Derecho canónico, que surge y se va delimitando jurídicamente al aplicar al matrimonio la doctrina, sobre la indisolubilidad de todo matrimonio contraído válidamente⁵².

La Iglesia entiende la existencia de la separación, para situaciones extremas, así el c. 1153 §1 del CIC contempla que *«Si uno de los cónyuges pone en grave peligro espiritual o corporal al otro o a la prole, o de otro modo hace demasiado dura la vida en común, proporciona al otro un motivo legítimo para separarse, con autorización del Ordinario del lugar y, si la demora implica un peligro, también por autoridad propia.»* Hay constancia de que la separación se hacía por propia autoridad, aunque en ocasiones era necesaria la intervención del Obispo, pero salvo en caso de escándalos la separación no se imponía, sino que se permitía.⁵³

No obstante, la separación de cuerpos nada tiene que ver con el divorcio pues el vínculo establecido por el sacramento persiste, no pudiéndose los esposos volver a casar.

Se trata pues de una suspensión de la eficacia del matrimonio a causa de una circunstancia extrínseca, si bien una vez desaparece la causa justa de separación reaparecen los derechos y deberes de los cónyuges.

Evolución histórica de la regulación de la separación canónica

En cuanto a la evolución histórica de la regulación de la separación canónica hemos de señalar que el CIC de 1917 vigente hasta 1983, establecía que *«las causas entre bautizados pertenecían por derecho propio y exclusivo al Juez eclesiástico»*, por lo que todos los casos de separación de católicos eran dirimidos por la jurisdicción eclesiástica y no por la civil, competencia que fue confirmada con la firma del Concordato de 1953, reconociéndose el efecto civil de las sentencias eclesiásticas.

⁵² MARTÍNEZ SAGASTI, A. M. Procedimientos jurídicos para la separación conyugal, pág. 109,

⁵³ *Ibidem* pág. 110 y 111.

Tras la promulgación de la Constitución de 1978, que declaró la aconfesionalidad del estado, se produjo la secularización de las causas de separación, quedando estas reservadas a la ley civil por mandato del art. 32 CE⁵⁴.

Pronunciándose en el mismo sentido el Real Decreto- ley 22/1979, de 29 de diciembre declaró que « *Los acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español sobre asuntos jurídicos, facultan a las partes para acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, pero no prevén los supuestos de demanda de separación y las medidas que por tal causa pueden ser adoptadas por los Tribunales civiles*»⁵⁵ siendo confirmado posteriormente por las distintas reformas del Código Civil en su art. 82.

En definitiva, la consideración que recibe, dentro del ámbito civil, la separación canónica, es equivalente a la de separación de hecho, puesto que en ambas concurre un cese de la vida conyugal, sin intervención judicial.

Códigos Canónicos.

Codex Iuris Canonici de 1917. Benedicto XV

El CIC de 1917 se refería a ésta como la separación de lecho, mesa y habitación, consignando que salvo justa causa los cónyuges debían convivir juntos⁵⁶, sin embargo, este CIC consentía la separación perpetua por causa de adulterio en el c.1129⁵⁷, contemplando excepciones que se han mantenido hasta nuestros días, tales como que éste lo hubiera consentido, hubiera sido el causante del mismo, lo hubiera perdonado o lo hubiera cometido igualmente.

Las causas de separación quedaban recogidas en el c. 1130⁵⁸, que trató de enumerar los supuestos pero dada la cantidad de estos opto por establecerlos mediante una fórmula

⁵⁴ «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, Constitución Española. Vid. art.32

⁵⁵ BOE núm. 5, de 5 de enero de 1980. Real Decreto-Ley 22/1979, de 29 de diciembre, por el que se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial. Vid. Texto.

⁵⁶ CIC. BENEDICTO XV 1917 Vid. c. 1128 «Coniuges servare debent vitae coniugalibus communionem, nisi iusta causa eos excuset.»

⁵⁷ CIC. BENEDICTO XV 1917 Vid. c. 1129§ 1. Propter coniugis adulterium, alter coniux, manente vinculo, ius habet solvendi, etiam in perpetuum, vitae communionem, nisi in crimine consenserit, aut eidem causam dederit, vel illud expresse aut tacite condonaverit, vel ipse quoque idem crimine commiserit. § 2. Tacita condonatio habetur, si coniux innocens, postquam de crimine adulterii certior factus est, cum altero coniuge sponte, maritali affectu, conversatus fuerit; praesumitur vero, nisi sex intra menses coniugem adulterum expulerit vel dereliquerit, aut legitimam accusationem fecerit.

⁵⁸ CIC. BENEDICTO XV 1917 Vid. c.1130

general, tras la separación, el c.1132⁵⁹ regulaba la situación en la que quedarían los hijos habidos en el matrimonio destacando la preocupación por su formación católica.⁶⁰

Se establecieron dos tipos de procedimientos:

- Administrativo: mediante decreto del obispo (decreto singular).
- Judicial: por sentencia del Juez.

En caso de peligro inmediato se podía proceder a la separación «motu proprio», sin perjuicio de regularizar la situación después

Código de Derecho Canónico de 1983. Juan Pablo II

La Ley 30/1981 conocida popularmente como la ley del divorcio, supuso un ataque a la indisolubilidad extrínseca, absoluta para los católicos, de los matrimonios ratos consumados, si bien es cierto que los cónyuges podían seguir ejercitando su acción de separación ante el Ordinario competente, en vía administrativa o judicial, su resolución no tendría efectos civiles.⁶¹

El CIC de 1983 ya no habla de «lecho, mesa y habitación», sino de los derechos y obligaciones derivados del vínculo conyugal, primando el principio de indisolubilidad del mismo, los cánones 1151 a 1155 se refieren al Derecho Sustantivo y los cánones 1692 a 1696 a las normas procesales.

En cuanto a la duración de la separación, esta puede ser perpetua o temporal. La única causa que puede dar lugar a una separación perpetua es el adulterio (c.1152) no obstante la Iglesia recomienda el perdón, y anima a regresar a la vida conyugal. Las demás causas son enunciadas genéricamente y pueden dar lugar sólo a una separación temporal, es decir, la que permanece mientras subsiste la causa (c. 1153).

⁵⁹ CIC. BENEDICTO XV 1917 Vid. c.1132

⁶⁰ HUGUET ABÍO C. LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL EN ESPAÑA: SUBSISTENCIA Y FINALIDAD. Universidad de Zaragoza, pág.33.

⁶¹ PEREZ-LLANTADA GUTIÉRREZ J. LAS CAUSAS DE SEPARACIÓN DE MATRIMONIOS CANÓNICOS ANTE LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO pág. 47

Separación perpetua

La separación perpetua por adulterio se recogía ya en el Nuevo Testamento, siendo admitida por todas las regulaciones canónicas desde el Concilio de Trento hasta nuestros días, destacando la gravedad del mismo como causa de separación.

Requisitos positivos:

- Formal y culpable con conciencia clara de que se comete.
- Consumado (cópula perfecta).
- Moralmente cierto, como a veces es difícil probarlo, basta la certeza moral.

Requisitos negativos (causas enervantes del derecho a la separación en caso positivo):

- No consentido, este consentimiento puede ser expreso o tácito.
- No provocado, (aquí se incluiría la negativa persistente al débito conyugal).
- No compensado (es decir, no cometiendo a su vez adulterio el otro cónyuge).
- No condonado o perdonado.

Antiguamente este tipo de separación solo podía tramitarse judicialmente, pues no cabía la vía administrativa, hoy en día tras la admisión de la vía administrativa, el tratamiento de este supuesto no diferirá sustancialmente del que se siga para la separación temporal⁶² al que nos referiremos a continuación.

Separación temporal

Son causas de separación temporal el grave peligro corporal o espiritual para el cónyuge o los hijos, o que la vida en común sea demasiado dura, para estos casos, se necesita del permiso del ordinario del lugar, si la tardanza implica un peligro se da derecho a separarse por autoridad propia, tal como se establece en el canon 1153.

El peligro espiritual se refiere a cuando uno de los cónyuges abandona la fe católica para unirse a una secta y obliga al otro y/o a los hijos a hacer lo mismo, o no permite que su cónyuge practique su fe, o lo obliga a cometer algún acto inmoral.

⁶² MARTÍNEZ SAGASTI, A. M. Procedimientos jurídicos para la separación conyugal, pág.161

El peligro físico se da cuando existe violencia - física o mental - en el trato con el otro cónyuge o los hijos, sea por enfermedad mental, o por vicios.

Como lo que se pretende evitar con la separación es un peligro, la separación puede durar lo que se prevea que puede durar aquél, por lo que ésta puede ser indefinida.

Diferentes son las manifestaciones de dureza, maltrato o desconsideración, que suponen una grave dificultad en la vida en común, y se conocen con el nombre de sevicias. Estas constituyen actos de crueldad que infiere uno de los cónyuges conscientemente al otro con la finalidad de causar sufrimiento, pueden ser físicas, o morales. Para que proceda la separación deben ser graves de tal forma que hagan la vida en común demasiado dura, y que la separación sea el único medio para evitarlas

Procedimiento y Tramitación prevista para las causas canónicas de separación:

Regulado por el c. 1692 del CIC establece dos posibilidades de separación, bien mediante Decreto del Obispo, o bien mediante Sentencia del Juez competente donde la decisión eclesiástica no produzca efectos civiles, o si se prevé que la sentencia civil no será contraria al derecho divino, incluso se contempla que en el caso de que la causa trate solo de efectos civiles se lleve desde el primer momento por el fuero civil.

Según el c. 1693, se le da prioridad al proceso oral en el caso de no solicitarse el proceso contencioso ordinario, estableciéndose en el apartado segundo del mismo que si hay apelación, el Tribunal de segunda instancia procederá, de acuerdo con el c. 1682§ 2., a notificar la sentencia al Ordinario del lugar para que este la anote en el libro de matrimonios.

La separación por adulterio debe tramitarse judicialmente. Las demás causas, por trámite administrativo (a no ser que el Ordinario determine otra cosa de oficio o a petición de partes).

El c.1694 a la hora de atribuir la competencia del tribunal, se remite al c. 1673 en el que se atribuye la competencia para las dirimir las causas de nulidad matrimonial, estableciendo que serán competentes:

- El tribunal del lugar en que se celebró el matrimonio.
- El tribunal del lugar en que el demandado tiene su domicilio o cuasi domicilio.

- El tribunal del lugar en que tiene su domicilio la parte actora, con tal de que ambas partes residan en el territorio de una misma Conferencia Episcopal y dé su consentimiento el Vicario judicial del domicilio de la parte demandada, habiendo oído a ésta.
- El tribunal del lugar en el que se han de recoger, de hecho, la mayor parte de las pruebas, con tal de que lo consienta el Vicario judicial del domicilio de la parte demandada, previa consulta a ésta por si tiene alguna objeción.

Antes de proceder a la separación es preceptiva la utilización de los medios pastorales en aras a obtener una conciliación previa, de no producirse tal conciliación, establece que dado que las causas de separación afectan al bien público debe intervenir siempre el promotor de justicia cánones 1696 y 1433.

Se ha de probar la concurrencia de alguna de las causas previstas por el CIC, pues al contrario de lo que sucede en la legislación civil, ni la separación de hecho por muy prolongada que haya sido, ni el mutuo acuerdo, constituyen por si solas causas de separación, por lo que no se reconoce la separación judicial ni administrativa en virtud de acuerdo de separación. En el caso de que exista mutuo acuerdo, el proceso administrativo de separación puede simplificarse, siempre y cuando exista causa justa que corrobore la ruptura matrimonial y siempre que no se oponga al Derecho Canónico.⁶³

Actualmente encontramos que la regulación canónica contempla varios tipos de separación:

- En función a su fuente normativa; separación legal y separación de hecho.
- En función al factor temporal; separación temporal o separación perpetua.
- En función al procedimiento: separación administrativa o judicial.

La tramitación del procedimiento administrativo es sencilla, Satorra Fioreti⁶⁴ la sintetiza de la siguiente forma:

- *«Solicitud de separación que señale la causa legal y que acompañe la prueba (si es documental) o que la proponga para que el Obispo ordene su práctica.»*

⁶³ HUGUET ABÍO C. LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL EN ESPAÑA: SUBSISTENCIA Y FINALIDAD Faculta de Derecho de Zaragoza 2012 pág. 37 y ss.

⁶⁴ SATORRAS FIORETTI, R. M VV. AA., Coord. por VILLAGRASA ALCAIDE, C., Derecho de Familia, «Los matrimonios religiosos con eficacia civil». Editor J.M. Bosch, Barcelona, 2011, pág. 95.

- *«Citación de los cónyuges para procurar la reconciliación.»*
- *«Nueva citación de los cónyuges y del promotor de justicia para que formulen alegaciones y propongan las pruebas.»*
- *«Si alguno solicita el proceso contencioso, se clausura el procedimiento y se envía al Tribunal correspondiente.»*

En cuanto a las causas de separación de derecho que se contemplan a diferencia de la legislación civil el CIC de 1983, solo reconoce:

- Adulterio (c. 1152).
- Grave peligro espiritual o corporal de un cónyuge provocado por el otro cónyuge (c. 1153).
- Grave peligro de la prole causado por uno de los cónyuges (c. 1153).
- Que uno de los cónyuges haga demasiado dura la vida en común (c. 1153).

Al respecto del abandono malicioso se ha de señalar que, si bien el mismo no está tipificado como causa autónoma de separación en el CIC, éste ha sido considerada como tal de forma unánime.

Efectos de la separación del matrimonio canónico

- Al respecto de tal separación, he de reiterar que el vínculo matrimonial sigue vigente en los conyuges separados, y por lo tanto no pueden volver a casarse por la Iglesia.
- Entre los cónyuges separados no es exigible el débito conyugal, cesando los derechos y obligaciones, propios de la convivencia, excepto las obligaciones con los hijos y la debida asistencia económica a la esposa.
- La suspensión de la vida en común pues la separación conlleva el derecho a tener un domicilio propio (c. 104).
- La obligación de proveer la debida sustentación y educación a los hijos (c.1154).
- Los efectos meramente civiles (económicos, custodia de los hijos, etc.) corresponden al juez civil.

El computo de separaciones canónico ha ido descendiendo siendo en la actualidad prácticamente inexistente, principalmente a causa del aumento de las separaciones y divorcios por la vía civil, incluso entre católicos practicantes, debido a la necesidad de

que la separación provea de efectos patrimoniales y paternas filiales los cuales la separación canónica no está capacitada para otorgar formalmente.⁶⁵

La separación canónica y la Ley 15/2005

Tras la reforma operada por la Ley 15/2005, se suprimen las causas de separación y divorcio en la legislación civil, sin embargo, en sede canónica aún subsiste el requisito de la causalidad, y puesto que en nuestro ordenamiento pueden concurrir la separación civil y canónica, ésta última tendría la consideración de una separación de hecho. Siendo esta la única referencia, queda claro que la ley 15/2005 en poco o nada modifica la situación de la figura de la separación canónica.

La separación canónica y la Reforma Mites Iudex Dominus Iesus, de 2 de septiembre de 2015

En el ámbito del Derecho Canónico, si bien algunos de los artículos referentes a los procesos matrimoniales canónicos se han visto recientemente reformados por la disposición del Papa Francisco Mites Iudex Dominus Iesus, de 2 de septiembre de 2015, muy poco se ha determinado sobre la separación, que se contempla como una situación excepcional en la que pervive el vínculo conyugal, consignándose en el art.1, de las reglas de procedimiento para tratar las causas de nulidad de matrimonio, la obligación del obispo de acompañar con ánimo apostólico tanto a los cónyuges divorciados como separados que hayan abandonado la práctica de la religión pues entiende que en ambos grupos se encuentran fieles que han fracasado en su matrimonio y necesitan de una especial atención pastoral.⁶⁶

⁶⁵ ARRANZ HIERRO Clara Mª. ANÁLISIS DE LA SEPARACIÓN CANÓNICA Y CIVIL EN EL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL. Revista de Derecho UNED, núm. 17, 2015, pág. 603 y ss.

⁶⁶ SUMO PONTIFICE. MITIS IUDEX DOMINUS IESUS. Sobre la reforma del proceso canónico para las causas de declaración de nulidad del matrimonio en el Derecho Canónico. Vid. art.1, de las reglas de procedimiento para tratar las causas de nulidad de matrimonio.

2.3 EL DIVORCIO:

La palabra divorcio proviene del latín «*divortium* y *divertere*», (separar lo que estaba unido y tomar líneas divergentes), refiriéndose al procedimiento jurídico que tiene como objetivo disolver por sentencia el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal.

2.3.1 Evolución histórica del divorcio:

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, ya en el año 654 el Rey visigodo Recesvinto, promulgó un cuerpo legal conocido como el «*Liber Iudiciorum*», donde autorizaba levemente el divorcio para casos extremos como era la sodomía del marido y la prostitución o adulterio de la mujer.

Ley Civil del matrimonio de 1870

Posteriormente, la Ley Civil del matrimonio de 1870 se introduce la figura del divorcio si bien este solo implicaba la separación de los cónyuges, al que se le denominó divorcio no vincular, y por lo tanto nada tenía que ver con el concepto actual de mismo.⁶⁷

Ley de 2 de marzo de 1932

La primera mención del divorcio, tal y como lo conocemos a día de hoy data de la Segunda República en 1931, donde la ley de 2 de marzo de 1932 decreta por primera vez el divorcio en España, constituyendo la actuación más importante dentro de la legislación matrimonial de la Segunda República.

Para los republicanos el divorcio constituía una exigencia irrenunciable, su debate en las Cortes se desarrolló en un contexto de lucha social, crispación política y tensión religiosa en el que se estableció la voluntad de secularizar el Estado y de que en materia de legislación matrimonial solo éste tuviera competencia para resolver el mismo, siendo la jurisdicción civil la única competente para resolver los conflictos que pudieran generar la aplicación de las normas⁶⁸.

El divorcio podían solicitarlo ambos cónyuges o uno de ellos, si concurrían alguna de las causas determinadas que, con mínimas variantes, fueron las mismas que las

⁶⁷ DÍEZ- PICAZO Y GULLON A. Volumen IV SISTEMA DE DERECHO CIVIL Madrid 1997, pág.115.

⁶⁸ DAZA MARTÍNEZ, Jesús. "La Ley de Divorcio de 1932: presupuestos ideológicos y significación política". Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social. N. 1 (oct. 1992). ISSN 1133-0473, pp. 163 y ss.

contempladas posteriormente en la Ley 30/1981 donde se trataban los trámites, el procedimiento y los efectos en los hijos y bienes.

Ley de 23 de septiembre de 1939 y Decreto de 2 de marzo de 1938

La implantación de este divorcio apenas perduró pues con el estallido de la Guerra Civil Española de 1936, el Decreto de 2 de marzo de 1938 suspendió los litigios pendientes de separación y divorcio, y tras la victoria del bando sublevado en abril de 1939, con la llegada de Franco al poder, no sólo se derogó la ley de 1932 por Ley de 23 de septiembre de 1939,⁶⁹ que abolía el divorcio, sino que en su disposición transitoria primera dispuso la nulidad de todos los divorcios dictados por Tribunales civiles, hubieran contraído o no matrimonio, los esposos, posteriormente al amparo de la ley derogada.

El fuero de los españoles y la ley de 24 de abril de 1958

Instaurada la dictadura, el 17 de julio de 1945 se aprueba el Fuero de los Españoles, una de las leyes fundamentales del franquismo, que establecía una serie de derechos, libertades y deberes del pueblo español. El fuero regulaba en su art. 22, que «*El matrimonio será uno e indisoluble*»⁷⁰ y por lo tanto se considera el divorcio como la mera separación de la vida conyugal⁷¹. Con posterioridad mediante la Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modificaron algunos artículos del CC de 1889, se desterró del código el termino divorcio y sus derivados, sustituyéndolo por la expresión «*Separación personal*»⁷².

Ley 30/1981 por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Hubieron de pasar más de cuarenta años para que se aprobara una nueva ley civil que regulara la ruptura conyugal, ya que hasta la muerte de Franco esto era absolutamente implanteable, así pues, la Ley 30/1981, supuso un cambio radical en la sociedad y un gran avance en la democratización del país.

Tras las elecciones de junio de 1977, y a pesar de las discrepancias con la jerarquía católica, la Constitución de 1978 estableció en su art. 32 que «*la ley regulará las formas*

⁶⁹ «BOE» de 5 de octubre de 1939. Ley de 23 de septiembre de 1939, pag. 5574.

⁷⁰ «BOE» núm. 199, de 18 de julio de 1945, Fuero de los españoles. Vid art. 22.

⁷¹ ESPIN CANOVAS D. Manual del Derecho Civil Español Vol. IV. Madrid 1963 pág. 112.

⁷² «BOE» núm. 99, de 25 de abril de 1958, Ley de 24 de abril de 1958. Vid art. cuarto.

de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»⁷³

De hecho, ya en las segundas elecciones democráticas, celebradas en marzo de 1979, la mayoría de los partidos ofertaban el divorcio dentro de su programa electoral, conscientes de la necesidad de éste para garantizar un triunfo electoral.

La Ley del divorcio fue uno de los asuntos más polémicos que tuvo de tratar el nuevo Gobierno, dentro de la Unión de Centro Democrático, en adelante UCD, mostró la fuerte diversidad ideológica que existía entre los democristianos con Iñigo Cavero como ministro de justicia a la cabeza y los socialdemócratas con Fernández Ordoñez quien ocupó posteriormente el mismo puesto.

Mientras que el proyecto de Cavero contó con el silencio de la mayoría del episcopado que actuó con un inusual progresismo, al decidir no enfrentarse con el gobierno en su proyecto de regular civilmente el divorcio, debido principalmente a que la Iglesia reconocía que la batalla contra el divorcio mantenida en Italia había sido un gran error y a que debía evitarse una división en el seno de la sociedad española.

No se puede decir lo mismo de la reforma del proyecto del divorcio realizada por Fernández Ordoñez, quien considero que el proyecto del divorcio debía formar parte de una ruptura con el pasado, en el cual, con la excepción de la Ley del 32, el matrimonio había sido proclamado indisoluble por la legislación española, desde los tiempos del Concilio de Trento, reforma que contrarió a la Iglesia que se sintió traicionada por el Gobierno.

Así el 3 de febrero de 1981 se hacía pública la *«Declaración de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española sobre el Proyecto de Ley de modificación de la regulación del Matrimonio en el Código Civil»*. El principal blanco de los ataques era el llamado «divorcio consensual».

Finalmente, el 22 de junio de 1981, el proyecto del divorcio alcanzó el rango de Ley gracias a los votos de los partidos nacionalistas, la izquierda y los socialdemócratas de la UCD, votando en contra el resto de los diputados de la UCD y los de Alianza Popular. Lo que provocó la fragmentación de la UCD y la dimisión de Fernández Ordoñez apenas

⁷³ «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Constitución Española. Vid.art.32.

dos meses más tarde. La Iglesia por su parte se sintió engañada porque después de haber obstaculizado lo mínimo posible el proceso legal, éste se lo había pagado con una ley mucho más perjudicial para sus intereses⁷⁴.

Con esta ley se pretendió suprimir el requisito de culpabilidad tan arraigado en nuestro sistema jurídico, y para ello el legislador prefirió regular el divorcio a través de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable⁷⁵. Se ha de reseñar que esta reforma no ha supuesto una modificación fundamental en el divorcio, pues basta con que un solo miembro de la pareja se oponga, e interponga demanda a tenor de las causas contempladas por la Ley en el art. 82 CC. para que quede claro que no se ha conseguido suprimir el requisito de culpabilidad puesto que dicha demanda incoa en cierto modo la culpabilidad del otro.

2.3.2 Características.

Las características de este tipo de divorcio según LOPEZ MUÑIZ⁷⁶ son:

- a) Que el divorcio es un medio de disolución del matrimonio en vida que, junto con la muerte y declaración del fallecimiento, extinguen el vínculo del matrimonio válidamente contraído.
- b) Se trata de un divorcio judicial, que ha de ser declarado por el Estado y mediante sentencia judicial firme
- c) Este divorcio carece de efectos retroactivos, con lo cual una vez disuelto, si quisieran mantener el vínculo matrimonial deberían volver a casarse.
- d) Se trata de un divorcio causal, por lo que deberá darse una de las causas recogidas en el art.86.⁷⁷
- e) La acción de divorcio es personalísima y tan solo pueden ejercerla los cónyuges.

⁷⁴ DE SANTA OLALLA SALUDES P. M. La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica. Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea editores UNED CIRC. 14,2001, págs. 519-551.

⁷⁵ DÍEZ- PICAZO Y GULLON A. Volumen IV SISTEMA DE DERECHO CIVIL. TECNOS Madrid 2012 , pág.105

⁷⁶ LÓPEZ MUÑIZ CRIADO, C. «Divorcio» VV AA Coordinado por O´ CALLAGHAN, X. Matrimonio: nulidad canónica y civil separación y divorcio Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 2001 pág.208 y ss.

⁷⁷ *Ibidem*. Vid. art. 86.

2.3.3 Causas y tramitación del divorcio.

El art. 86 de esta ley dispone que son causas de divorcio:

1.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el art. 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5.^a La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta o convenio regulador de sus efectos, conforme a los arts. 90 y 103 de este Código.

Este divorcio se trata de un divorcio muy vinculado a la separación, pues de las cinco causas que regula el art.86, a excepción de la última, los cuatro restantes se basan en una separación previa que conlleva distintos plazos, bien mediante previa demanda de

separación judicial o sin la interposición de la misma, pero siendo un requisito preceptivo la separación de los cónyuges.

El planteamiento que la Ley hizo del divorcio se entendía justificado pues tras una dictadura de casi cuarenta años, teniendo en cuenta la situación social del país y que este era de mayoría católica, no cabía un divorcio sin causas que lo justificaran, sin previa separación utilizada para dar un tiempo de reflexión a los cónyuges a la hora de ratificarse en la disolución de su matrimonio o por el contrario reconciliarse. El divorcio se concebía como el último recurso al que podían acudir los cónyuges solo tras una dilatada separación, si bien poco a poco la jurisprudencia fue siendo más permisiva con las causas, en los supuestos que desaparecía la « *affectio maritalis* ». ⁷⁸

2.3.4 Modificaciones del divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

En el año 2005 se produjo una profunda reforma de la normativa que regulaba la separación y el divorcio a tenor de la Ley de 1981. Esta reforma contempló el divorcio como una institución sujeta a la voluntad de los cónyuges, por lo que cualquiera de ellos podía solicitarlo, sin necesidad de invocar causa legal alguna o de una previa situación de falta de convivencia, y a los tres meses de la celebración del matrimonio, fundamentándose toda esta normativa, en el respeto al libre desarrollo de la personalidad que garantiza el art. 10.1 CE. ⁷⁹

Así es de señalar que en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 se constata que «*basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales*». ⁸⁰

La principal innovación de esta ley radica en dos preceptos:

- El primero que configura la separación y el divorcio como dos instituciones diferentes, sin que la primera sea requisito para la obtención de ésta última.
- El segundo que radica en la supresión de las causas, de manera que para solicitarlo ya no es necesario invocar las causas recogidas en el antiguo art.82, pues lo único que requiere la Ley es el cese de la «*affectio maritalis*» o voluntad de los

⁷⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ Marta. El divorcio y su excepción temporal desde un análisis dogmático y comparado conforme a los contenidos del art. 86 del Código Civil. TESIS DOCTORAL, Editorial de la Universidad de Granada. Granada 2008.

⁷⁹ Díez- PICAZO Y GULLÓN A. Volumen IV SISTEMA DE DERECHO CIVIL. TECNOS Madrid 2012 , pág.105.

⁸⁰ «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2005, Vid. Exposición de Motivos.

cónyuges, aunque solo sea por parte de uno de ellos, de seguir conformando un matrimonio.

En cuanto a los requisitos, necesarios para ejercer la acción, competencia y tramitación según la Ley 15/2005, es de señalar que son los mismos que los ya mencionados en el apartado de la separación.⁸¹

Podemos constatar dos modalidades de divorcio:

El divorcio de mutuo acuerdo, denominado popularmente como divorcio exprés, en el que el juez carece de facultades para entrar a valorar la conveniencia o inconveniencia del divorcio acordado por los cónyuges, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la ley, limitándose a intervenir en los aspectos del convenio regulador conforme a las prescripciones legales.⁸²

El divorcio unilateral o contencioso que es aquel que se origina cuando existe un desacuerdo de los cónyuges al solicitar el divorcio, bien porque uno de los dos no quiera disolver el vínculo, bien porque estos tienen pretensiones irreconciliables al respecto del convenio regulador o porque uno de los dos esté ilocalizable.⁸³

2.3.5 Modificaciones del divorcio La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

Tal y como ya hemos señalado anteriormente, en la exposición del matrimonio, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha sido desglosada de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se regula de forma autónoma, el legislador ha optado al igual que en la mayoría de los países de nuestro entorno, por separar la jurisdicción voluntaria de la regulación procesal, *«actualizando y simplificando las normas relativas a su tramitación, tratando de optar por el cauce menos costoso y más rápido, desde el respeto máximo de las garantías y de la seguridad jurídica, y tomando especial cuidado en la ordenación adecuada de sus actos e instituciones»*⁸⁴

La reforma de los arts. 82 y 87 CC, permite el acceso sin necesidad de la intervención de un Juez a la separación y al divorcio de mutuo acuerdo, siempre que no existan hijos

⁸¹ SANCHEZ HERNANDEZ A. La modificación del código civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Anales de derecho, n°23, Murcia 2005, pág. 135.

⁸² SANCHEZ HERNANDEZ A. La modificación del código civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Anales de derecho, n°23, Murcia 2005, pág.130.

⁸³ Ibidem.pág.139.

⁸⁴ NOTICIAS JURIDICAS. Contenido y novedades de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. noticias.juridicas.com, 3 de julio de 2015.

menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, que dependan de sus progenitores, , atribuyéndose al Secretario Judicial y al Notario las funciones que hasta ahora recaían sobre aquel , siempre que se den las condiciones requeridas en el art.82 de esta ley, que esencialmente viene a decir que han de haber transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse o divorciarse, se determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación o divorcio en los términos establecidos en el art. 90, así como que el otorgamiento de los cónyuges ante el Secretario Judicial o Notario debe ser de modo personal, debiendo estar asistidos por Letrado y debiendo igualmente otorgar su consentimiento los hijos mayores o menores emancipados por las medidas que les afecten y que convivan con ellos.

Las razones por las que se ha optado por estas dos opciones alternativas, se tomaron en base a los costes de las mismas, pues así mientras que los costes de acudir al Notario son asumidos por el cónyuge o los cónyuges que se benefician de la misma, la opción de acudir a la justicia se supone que es gratuita, si bien siempre hay que contar con los costes del letrado en ejercicio, cuya intervención se configura como preceptiva, a tenor del art. 82 del CC, y art. 54.2 de la Ley del Notariado, que establece que *«los cónyuges deberán estar asistidos en el otorgamiento de la Escritura Pública de Letrado en ejercicio.»*

El divorcio se rige por las nuevas redacciones de los arts. 82, 83, 87, 89 y 90 del Código Civil, el nuevo art. 54 de la Ley del Notariado, y por el art. 61 reformado de la Ley del Registro Civil, todos ellos según la nueva redacción tras la Ley de Jurisdicción Voluntaria.⁸⁵

Si bien con esta reforma se ha pretendido descongestionar la Administración de Justicia, que por todos es conocido que se encuentra colapsada, ésta no ha estado exenta de polémica pues hay muchos ciudadanos que opinan que este tipo de normas favorecen una justicia para ricos y otra para pobres.

⁸⁵ «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015, Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Vid. Disposición final primera. Disposición final undécima.

CONCLUSIONES

PRIMERA: En el presente trabajo, en el que se ha hecho un recorrido por la evolución histórico jurídica del sistema matrimonial en España, desde los matrimonios «yuras» a la admisión del matrimonio ante notario, haciendo especial mención al matrimonio homosexual, lo que más impacta es la importancia del matrimonio canónico en nuestra historia, puesto que prácticamente ha sido el único existente en España hasta la Constitución de 1978, con la excepción de aquellos breves periodos en los que rigió el matrimonio civil obligatorio, durante la Primera y Segunda República. Tras la entrada en vigor de la Constitución, la Iglesia, continuó teniendo una gran influencia en la sociedad, influencia que fue decayendo debido a múltiples razones, entre ellas la apertura a Europa y la Globalización, lo que hizo que la sociedad española se modernizara y fuera mucho más tolerante, lo que dio a lugar a que los tribunales españoles, en consonancia con la sociedad, avanzaran, lo que quedó reflejado en la jurisprudencia, y por lo tanto realizaran interpretaciones jurisprudenciales más acordes con el sentir de la población, viéndose esto reflejado en las últimas leyes de 2005 y 2015.

SEGUNDA: En cuanto a las figuras que extinguen el matrimonio, comenzaré hablando de la nulidad. La nulidad ha ido siempre de la mano de la separación, pues estas instituciones jurídicas fueron durante mucho tiempo las únicas instituciones que hacían posible la resolución de las crisis matrimoniales, siendo de señalar que si bien por un lado tanto las autoridades eclesiásticas como las civiles coincidieron durante mucho tiempo en el carácter indisoluble del matrimonio, por otra parte, eran plenamente conscientes de que existían determinadas situaciones que hacían imposible la convivencia conyugal. La nulidad, como institución, tuvo su apogeo en el periodo anterior a la llegada del divorcio, pues esta era la única forma existente de disolver el vínculo matrimonial y poder empezar una nueva vida.

En lo referente a la nulidad canónica, considero acertada la última reforma realizada por el Papa Francisco y las novedades introducidas en la misma, especialmente la que se refiere a la gratuidad del proceso, pues hasta esta reforma era un procedimiento que prácticamente estaba reservado para los más pudientes y aunque esta reforma no pretenda un aumento de los procesos de nulidad, lo cierto es que los favorece y tras la misma estos, a pesar de seguir siendo pocos, se han duplicado.

En relación a la nulidad civil, cuyo propósito es declarar que el matrimonio nunca ha existido civilmente, creo que esta ha sido la menos utilizada de todas las instituciones que extinguen el matrimonio, pues salvo en la época del franquismo, en la que se declararon nulos los matrimonios civiles celebrados durante la Segunda República, poco uso se ha hecho de esta figura, dada la facilidad con la que se puede obtener el divorcio, de hecho a día de hoy prácticamente no hay peticiones. Ahora bien, pese a que la nulidad conlleva una mayor dificultad jurídica, puede ser de gran utilidad en los casos de ciudadanos extranjeros que contraen matrimonio con españoles con la sola intención de obtener la documentación reglamentaria para regularizar su situación en este país, pues existe un error en las cualidades personales, que dieron lugar al consentimiento.

TERCERA: Al respecto de la separación hemos de concluir que, aunque existen tres tipos de separaciones, la civil, la de hecho y la canónica, la finalidad de las tres es la misma, la suspensión de la vida conyugal, finalidad que no ha cambiado desde sus inicios.

En primer lugar en referencia a la separación judicial, que es aquella que se establece mediante resolución judicial, se ha de señalar que si bien en un principio se exigían causas muy graves para solicitarla, estas se han ido diluyendo con el paso de los años, llegando a suprimirse con el tiempo pues en la redacción del actual Código Civil, en vigor desde el año 2005, no es necesario alegar causa alguna, bastando la voluntad de ambos o uno de los cónyuges de cesar la convivencia., transcurridos tres meses de la celebración del matrimonio. La separación ha sido la figura que más ha durado a lo largo de los años, pues aun a día de hoy existen parejas que, por razones de diversa índole, morales, religiosas, etc. siguen solicitando la separación sin acudir al divorcio, muchas veces a la espera de una posible reconciliación. Es de recordar que, si bien durante una época fue requisito preceptivo para poder solicitar el divorcio, actualmente ambas figuras son autónomas.

Al respecto de la separación canónica es de señalar que es equiparable a la de hecho pues al no tener eficacia civil las sentencias eclesiásticas se consideran, dentro del ámbito civil, de forma análoga a la separación de hecho. En ambas, el cese de la vida conyugal se produce sin cumplir con los requisitos legales de la separación judicial, a pesar de ello, tras la reforma de la Ley de 1981, a la separación de hecho y de forma análoga a la canónica, se les atribuyen consecuencias jurídicas, que el Derecho se ha visto obligado a regular. Lo cual ha de considerarse un total acierto pues la no regulación de dichas

consecuencias, podría ocasionar no solo situaciones de inseguridad jurídica, sino que podría conllevar perjuicios a terceros entre ellos y de manera especial a los hijos.

CUARTA: Por último, señalar que el divorcio, ha sido la institución que más polémica y debate ha generado entre juristas, políticos, representantes eclesiásticos y en la sociedad en general, ya que mientras para unos es un ejercicio de libertad, para otros, sobre todo los católicos, viene a destruir los principios básicos de la familia y sociedad. Sin embargo, a día de hoy, con la introducción de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, y a pesar de que la polémica sigue abierta, se ha normalizado una situación largamente demandada por la sociedad, llegando hasta tal punto que hoy en día en los casos de mutuo acuerdo es posible divorciarse ante el Notario, siempre que se cumplan los requisitos preceptivos.

En la actualidad afortunadamente los trámites para acceder al divorcio se han simplificado facilitando el acceso al mismo, actualmente podemos acceder al divorcio de dos maneras distintas; el divorcio de mutuo acuerdo y el contencioso

El divorcio de mutuo acuerdo es aquel que se produce de forma amistosa entre los conyuges sin necesidad de juicio, habiéndose puesto de acuerdo en el convenio regulador.

El divorcio contencioso es aquel que se produce cuando los cónyuges son incapaces de llegar a un acuerdo y ha de ser el juez el que resuelva.

QUINTA: En este trabajo he tratado de realizar un breve recorrido por la historia y regulación del matrimonio y de las distintas formas de la extinción del mismo, sin embargo, debo admitir que a medida que entraba en el estudio del mismo, descubría que era un tema que, si bien no podía ser más interesante, su amplitud me sobrecogió. Tratándose de un tema en el que se puede ver claramente cómo los cambios en el sentir de la sociedad afectan de una manera tan profunda a la evolución jurídica de un país, que en las últimas décadas ha entrado formar parte de la Unión Europea, España ha dado un salto considerable en la regulación tanto de su Código Civil como de las demás leyes que regulan el matrimonio y determinan los procedimientos a seguir en la causa de nulidad, separación y divorcio estando a día de hoy a la altura de los países más avanzados en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRANZ HIERRO CLARA M^a. «Análisis de la separación canónica y civil en el sistema matrimonial español.» Revista de Derecho UNED, núm. 17, 2015.

-CODEX IURIS CANONICI -1917.

-DAZA MARTÍNEZ JESUS. “La Ley de Divorcio de 1932: presupuestos ideológicos y significación política”. Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social. N. 1, Publicación, Universidad de Alicante. Escuela Universitaria de Trabajo Social.1992.

-DE SANTA OLALLA SALUDES PABLO MARTIN «La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica.» Revista Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea. Edit. UNED CIRC. 2001.

- DÍEZ- PICAZO LUIS Y GULLON ANTONIO Volumen IV SISTEMA DE DERECHO CIVIL. Edit. TECNOS. 1997 y 2012

- DOMINGO AZNAR ANTONIO. « Evolución Histórica de la Separación de Hecho con especial referencia al Derecho Español.» Ed. DYKINSON 1996.

- ESPIN CÁNOVAS DIEGO.

I. «La Constitución de 1869 y la legislación civil española hasta 1874». Revista de Estudios Políticos,1969.

II. «Breve exposición de la eficacia civil del matrimonio canónico en el vigente sistema del Código Civil Español y del Concordato de 1953». Revista Científica de la Universidad de Murcia.revistas.um.es

III. Manual del Derecho Civil Español Vol. IV. Revista de Derecho Privado. Madrid 1963.

- GARCÍA GÁRATE, Alfredo. «El matrimonio canónico en su dimensión sustantiva y procesal.» Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

- GRAHIT FERRER ENRIQUE. «El matrimonio civil obligatorio: ley española de 1870 los promotores del matrimonio civil en defensa de la indisolubilidad.» Cuadernos doctorales. 1993.

- HUGUET ABÍO CLEMENTE. «La Separación Matrimonial en España: Subsistencia y finalidad.» Publicación. Universidad de Zaragoza.2012.

- LALAGUNA DOMINGUEZ ENRIQUE. «Nulidad de matrimonio civil por confesión católica de uno de los contrayentes» Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. IUS CANONICUM, I, N.1, 1961.

- MARTIN DE AGAR Y VALVERDE JOSE TOMAS. «El matrimonio canónico en el derecho civil español.» Ed. Universidad de Navarra Pamplona 1985.

- MARTÍNEZ SAGASTI, ANGEL M^a. «Procedimientos jurídicos para la separación conyugal» Deposito Académico de la Universidad de Navarra. DADUN. 1977.

- MITIS IUDEX DOMINUS IESUS. «Sobre la reforma del proceso canónico para las causas de declaración de nulidad del matrimonio en el Derecho Canónico.» Librería Editrice Vaticana. 2015.

- MORILLAS FERNÁNDES MARTA. «El divorcio y su excepción temporal desde un análisis dogmático y comparado conforme a los contenidos del artículo 86 del Código Civil.» TESIS DOCTORAL, Editorial de la Universidad de Granada. Granada 2008.

- O'CALLAGHAN XAVIER. «Compendio de derecho civil. Tomo IV. Derecho de la persona y la familia.» Revisado y puesto al día por FERNÁNDEZ GONZÁLES M^a. B. Ed. Universitaria Ramón Areces .2016.

PEREZ-LLANTADA GUTIÉRREZ JAIME. «Las causas de separación de matrimonios canónicos ante la jurisdicción del Estado.» Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. 1982.

- PÉREZ TORTOSA FRANCESC.

I. «Proceso y nulidad matrimonial canónica.» Artículo realizado en el marco de la Beca-Colaboración en el Departamento de Arte, Humanidades y Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche 2007/2008.

II. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Volumen I, número 6, marzo 2010, págs., 145-189, ISSN: 1886-6611.

- ROMERO GIRÓN VICENTE, «Sobre la codificación civil y especialmente sobre el matrimonio», en «Revista de los Tribunales».1885.

- SANCHEZ HERNANDEZ ANGEL. «La modificación del código civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio.» Revista Anales de derecho, nº23, Murcia 2005.

- SATORRAS FIORETTI, ROSA M^a. VV. AA., Coord. por VILLAGRASA ALCAIDE, C., Derecho de Familia, «Los matrimonios religiosos con eficacia civil». Editor J.M. Bosch, Barcelona, 2011.

VARELA DE LIMIA, FERNANDO. «La Separación Convencional de los cónyuges y el Derecho Español» E.U.N.S.A, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1972.

-VV AA Coordinado por O´ CALLAGHAN, Xavier. «Matrimonio: nulidad canónica y civil separación y divorcio» LÓPEZ MUÑIZ CRIADO, Carlos, Separación. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 2007.

- VV. AA. LOPEZ SAN LUIZ ROCIO. PEREZ VALLEJO ANA MARÍA, editoras. «Tendencias Actuales en Derecho de familia.» Universidad de Almería 2004

WEBGRAFÍA

- «BOE» Boletín Oficial del Estado que publica determinadas leyes, disposiciones y actos de inserción obligatoria. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. BOE.es.
- CONCORDATO ENTRE LA SANTA SEDE Y ESPAÑA. <http://www.vatican.va> Ciudad del Vaticano 1953. <http://www.vatican.va>.
- CONVENTIONES INTER APOSTOLICAM SEDEM ET NATIONEM HISPANAM «Acuerdo entre el Estado Español y la Santa sede sobre asuntos jurídicos.» 1979. <http://www.vatican.va>.
- DIGNITATIS HUMANAЕ. «Declaración sobre la Libertad Religiosa.» 1965. <http://www.vatican.va>.
- DISCURSO DEL SANTO PADRE PABLO VI A LA SACRA ROTA ROMANA, de 28 de enero 1978, Librería Editrice Vaticana , <http://www.vatican.va>
- GACETA DE MADRID, también Gazeta de Madrid, publicación periódica oficial, editada en Madrid desde 1697 hasta 1936, sustituida por el Boletín Oficial del Estado «BOE».
- GALAN LOLA. «Casarse por “lo civil “en España.» Reportaje EL PAÍS 1977. <http://elpais.com>.
- INSTRUCCIÓN DIGNITAS CONNUBII. «Que deben observar los Tribunales Diocesanos e Interdiocesanos al tratar las causas de nulidad del matrimonio.» <http://www.vatican.va>. 2005.
- JIMÉNEZ VILLAREJO CARLOS. «La destrucción del orden republicano.» HISPANIA NOVA. Revista de Historia Contemporánea 2007. <http://hispanianova.rediris.es>.
- NOTICIAS JURIDICAS. Contenido y novedades de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. noticias.juridicas.com, 3 de julio de 2015.
- REYES VIZCAÍNO PEDRO MARIA. «Las Causas de Nulidad en el matrimonio Canónico». IUS CANONICUM. Revista de Investigación, <http://www.iuscanonicum.org>

- VV.AA. RIVES GILABERT JOSE M^a., RIVES SEVA ANTONIO PABLO «Evolución Histórica del sistema matrimonial español.» notin.es. Noticias Jurídicas 2001.

JURISPRUDENCIA

-STS de 1 de mayo de 1919.

-STS de 25 de abril de 1929.

-STS de 13 junio de 1947.

-STS de 25 de enero de 1956.

-STS de 26 de enero de 1956.

-STS de 7 de marzo de 1956.

-STS de 21 de octubre de 1959.

-STC de 6 de noviembre de 2012.

-STS de 15 de diciembre de 2004.

-STS Sala de lo Social de 21 de julio de 2011.

-STS Sala de lo Social de 20 de julio de 2015.