

LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL DE HECHO

Por D.^a Alicia LORENZO CRUZ

Profesora Colaboradora de Derecho civil
Universidad de Extremadura

Corresponde este trabajo al extracto de mi memoria de Licenciatura, defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, el 25 de octubre de 1984, realizada bajo la dirección del Profesor Titular de la asignatura Dr. D. Antonio Román García.

LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL DE HECHO

El ordenamiento jurídico por esencia no puede organizar situaciones de hecho; sin embargo hemos de ser conscientes que a veces relaciones personales sociológicas de hecho dan origen a la existencia de una realidad extrajurídica que, de algún modo, más o menos tardíamente, ha de asumir el legislador para proteger los intereses legítimos de las personas que se encuentran inmersas en ellas, ya que el Derecho debe proteger a la familia¹.

Dentro de esta realidad extrajurídica podemos situar a la separación matrimonial de hecho, que la mayoría de la doctrina coincide en definir como la interrupción de la vida conyugal por parte de los esposos, sin intervención de la autoridad judicial competente.

Tras el análisis de la formación y evolución histórica, nos encontramos con que esta figura apenas tiene precedentes históricos. En el antiguo Derecho romano encontramos las primeras referencias para el enfoque del problema jurídico de la separación matrimonial de hecho aunque, el planteamiento de esta cuestión, no puede tener semejanzas con la actual situación en el Derecho moderno, puesto que no debemos perder de vista que las categorías jurídicas que elaboraron los juristas romanos eran todavía poco precisas².

El matrimonio en el Derecho romano, es una situación de convivencia conyugal de personas de distinto sexo (marido y mu-

¹ Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La reforma del Derecho de familia en España*, Hoy, Vol. I, Valladolid, 1981, pág. 16.

² Vid. F. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*, trad. por J. Santa Cruz, Barcelona, 1960, págs. 99 y ss.; M. KASER, *Derecho Romano privado*, trad. J. Santa Cruz, Madrid, 1968, págs. 256 y ss.; A. BURDESE, *Manual de Derecho Público Romano*, trad. cast. por A. Martínez Sarrión y por A. Latorre Segura, Barcelona, 1972; A. GUARINO, *Diritto Privado Romano*, Editore Jovene Napoli, 1976, pág. 509 y ss.; J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, *Derecho Romano II*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pág. 699 y ss.; A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1981, págs. 271 y ss.; J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona, 1983, págs. 565 y ss.

jer), sostenida por la *affectio maritalis*³, esto supone la conciencia en ambos cónyuges de que la comunidad que integran es un matrimonio (D. 23.2.1. *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*), aunque no era necesaria una convivencia efectiva, puesto que el matrimonio existía a pesar de que los cónyuges no habitasen en la misma casa, siempre y cuando uno y otro se guardasen la consideración y respeto debidos —*honor matrimonii*—. Sobre el elemento objetivo de la convivencia, prevalecía el subjetivo de la intención, la *affectio maritalis*, y cuando faltaba la intención de ser marido y mujer, cesaba el matrimonio⁴.

Al no estar sujeto en el Derecho romano la unión y disolución del vínculo a ninguna formalidad legal, no podemos situar la figura de la separación matrimonial de hecho en este Derecho tal como la vemos en los ordenamientos jurídicos modernos, aunque sí podemos encontrar en las fuentes romanas situaciones similares, pero no con las consecuencias jurídicas que genera la separación matrimonial de hecho en el Derecho actual. De tal forma que una situación análoga traía consecuencias jurídicas distintas.

La tradición jurídica germánica aunque no trata especialmente la figura de la separación matrimonial de hecho, la admite en determinados momentos, sobre todo en el antiguo Derecho alemán al permitirse el divorcio por convenio mutuo de los que habían concluido el contrato matrimonial⁵, y posteriormente como consecuencia de la aplicación del Derecho eclesiástico-confesional que sólo admite la separación de mesa y lecho.

La figura de la separación conyugal aparece como institución jurídica, cuando el matrimonio llega a ser indisoluble por el cristianismo y ser aceptado este principio de indisolubilidad por el Derecho Canónico. Históricamente podríamos decir que la separación aparece como un subrogado del divorcio⁶.

³ Cfr. M. KASER, *Derecho Romano privado*, Madrid, 1968, pág. 256.

⁴ Cfr. J. IGLESIAS, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho privado*, Ed. Ariel, Barcelona, 1983, pág. 566.

⁵ Vid. ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho Civil, T. IV, 1.º Derecho de familia*, trad. al cast. por José Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1953, págs. 216 y 217; Cfr. H. LEHMANN, *Derecho de familia, Vol. IV*, trad. por José M.ª Navas, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, pág. 231; H. PLANITZ, *Principios de Derecho Privado germánico*, trad. al cast. por Carlos Melón Infante, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 299.

⁶ Cfr. F. CIPRIANI, «*Dalla separazione al divorzio*», Jovene Editore, Napoli, 1917, pág. 6; Vid. A. FUENMAYOR, *La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español*, en R. D. P., enero 1975, pág. 4; Vid. M.

Ante el principio riguroso de indisolubilidad del matrimonio el Derecho canónico introduce la separación personal de los cónyuges como remedio de matrimonios en los que la convivencia se había hecho molesta e intolerable⁷, admitiendo la separación por autoridad propia en el canon 1.153 del actual Código de Derecho canónico. De este modo la separación personal del Derecho canónico históricamente ejerció una gran influencia en el Derecho civil, inspirándose un buen número de ordenamientos en sus rasgos más característicos.

En la actualidad, teniendo en cuenta la admisión y el reconocimiento de la libertad religiosa y el planteamiento constitucional —aunque se siguen celebrando matrimonios en la forma religiosa—, hay que tener en cuenta que en realidad, después de la reforma de la Ley de 7 de julio de 1981, el tratamiento de la cuestión de las clases y formas de matrimonios varía sustancialmente, al ser el matrimonio civil, celebrado en una forma u otra (forma civil-forma religiosa) el que importa considerar a efectos del planteamiento de la cuestión, con lo cual estamos llegando al punto central del conflicto en las últimas reformas del Derecho de familia cual es el sistema matrimonial⁸.

Del análisis de las Leyes del Fuero Juzgo, de las Partidas y la Novísima Recopilación en el Derecho histórico español, se desprende que no se admitía una separación conyugal sin que la causa fuera determinada y hubiera un procedimiento judicial, por tanto no cabía la separación matrimonial de hecho.

Posteriormente con la codificación española, el Proyecto del Código civil de García Goyena de 1851 y la Ley de Matrimonio civil de 1870, no sólo no autorizan la separación de hecho sino

GIORGIANI, *Problemi attuali di diritto familiare*, M. Riv. Trim. dir. proc. civi., 1956, pág. 785.

⁷ Vid. F. CIPRIANI, op. cit. pág. 5; Cfr. M. LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español, nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 1983, mág. 116.

⁸ Dando lugar a una amplia literatura. Cfr. A. DE FUENMAYOR, *El marco del nuevo sistema matrimonial español*, en R. G. L. J., septiembre 1979, pág. 261 y ss.; Vid. M. LÓPEZ ALARCÓN, *El matrimonio canónico en el proyecto de reforma, del título IV del libro I, del C.c., R. D. P., 1980, págs. 883 y ss.*; M. ALONSO PÉREZ, *Acerca del matrimonio civil*, R. D. P. 1978, págs. 12 y ss.; E. GONZÁLEZ DEL VALLE, *El sistema matrimonial español, situación actual y perspectivas de reforma*, en A. D. C. 1978, págs. 72 y ss.; M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, *El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos Jurídicos con la Santa Sede*, en A. D. C. 1980, págs. 571 y ss.; G. SUÁREZ PERTIERRA, *Matrimonio religioso y divorcio en Derecho español*, en R. D. P. 1981, págs. 987 y ss.; I. C. IBÁN, *El matrimonio en la Constitución*, en R. D. P. 1980, págs. 137 y ss.

que la prohíben expresamente en el art. 77 y 84 respectivamente. Estas disposiciones no pasaron al Código civil, lo que dio lugar a que tal silencio significara un desconocimiento de tal separación matrimonial.

Con la Segunda República, la Constitución de 9 de diciembre de 1931 frente a la regulación del Código civil de 1889, estableció en su art. 43 que el matrimonio se podía disolver por mutuo disenso, y como consecuencia se dictó la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, admitiendo dicha Ley la separación de hecho como causa de divorcio en su art. 3, núm. 12.

La Ley de Divorcio de 1932 tuvo corta vigencia, pues en un primer momento fue suspendida su aplicación por decreto de 12 de marzo de 1938 y luego derogada para todo el territorio por ley de 23 de septiembre de 1939, dejando vigente en esta materia las disposiciones del Código civil, incorporando a las normas de rango constitucional el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945 el principio de indisolubilidad del matrimonio, en su art. 22, párrafo 2.º; y con la Ley de 24 de abril de 1958 desaparece del Código civil las referencias al divorcio, sustituyéndose por la de separación.

Como consecuencia del art. 32,2 de la Constitución española de 1978, se aprobó una Ley que modifica la regulación del matrimonio civil, y determina el procedimiento a seguir en las causas de separación y divorcio⁹, admitiendo dicha ley la separación matrimonial de hecho como causa de separación judicial y divorcio, otorgándose, consecuentemente, gran relevancia dicha separación.

Antes de pasar a tratar la figura de la separación matrimonial de hecho en el Derecho moderno es necesario efectuar una referencia al Derecho comparado, puesto que sólo la adecuada comparación en el tratamiento de esta temática jurídica en otros ordenamientos nos permitirá llegar a adecuadas aproximaciones al espíritu de nuestra actual situación en orden al tratamiento de la separación matrimonial de hecho¹⁰.

Del estudio de diversos ordenamientos jurídicos de la Europa Occidental próximos al nuestro, observamos que en la actualidad

⁹ Cfr. L. PUIG FERRIOL, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid 1984, pág. 439; J. L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil IV, Derecho de familia*, (conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981), Bosch, Barcelona 1982, págs. 55 y ss.

¹⁰ Como acertadamente expone R. DAVID, el mejor conocimiento de nuestro Derecho es una de las principales y más viejas funciones encomendadas al Derecho Comparado. Cfr. R. DAVID, *Tratado de Derecho civil Comparado*, trad. J. Osset, Madrid, 1953, pág. 78 y ss.

la línea más seguida por estos Derechos es la tendencia a la liberación del vínculo conyugal por el simple consentimiento de las partes, es decir, al apartamiento de la culpa en las causas matrimoniales de separación y divorcio, evitando con ello dolorosos escarnios en las Salas de los Juzgados, admitiéndose por consiguiente la separación matrimonial de hecho.

En el Derecho francés la ley de 11 de julio de 1975 ha agregado a esta figura de la separación matrimonial de hecho un efecto importante¹¹, haciendo de ella, bajo la denominación «ruptura de la vida común» una causa de divorcio o de separación de cuerpos mientras constituya una verdadera ruptura de la vida común y que haya durado 6 años conforme al art. 237 del C. c.

El Derecho italiano admitió siempre la figura jurídica de la separación de los cónyuges¹². Con anterioridad al C. c. de 1865, los diferentes Códigos italianos se basaron en el Código de Napoleón pero suprimieron la institución del divorcio, admitiendo sin embargo la separación consensual homologada. El Código de 1865 regula el matrimonio como institución civil, fuera de la jurisdicción eclesiástica, admite la separación por culpa y la separación convencional del art. 158. Posteriormente el Código de 1942 continúa admitiendo las dos clases de separación, sin admitir el divorcio, hasta que después la Ley de 1 de diciembre de 1970 admite el mismo y la Ley de 19 de mayo de 1975 abolió la separación por culpa e introduce una separación jurídica de carácter más amplio.

Como dice A. C. JEMOLO¹³ el ordenamiento italiano admite tres clases de separación personal, separación de hecho, separación consensual homologada y separación jurídica.

L. GRASSI define a la separación de hecho, como la cesación de la convivencia conyugal, con la intención unilateral, súbita, tolerada o aceptada del otro cónyuge o con la convicción entre

¹¹ Vid. H. et León & Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, T. I, vol. 3, Les personnes mariage. Filiation. Incapacités. Divorce et separation de corps.*, 6.ª Ed. Montchrestien, París, 1976, pág. 1005; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, 3.ª ed., Les personnes*, París, 1976, págs. 466; J. C. GROS-LIERE, *La nueva regulación francesa del divorcio*, trad. por M.ª del C. Gómez Laplaza, pág. 17 y ss. *Cuadernos de Derecho Comparado*, Salamanca, 1978.

¹² Cfr. V. FRANCESCHELLI, *La separazione di fatto*, Ed. Giuffrè, Milano, 1978, pág. 36; V. MAROTTA, *La separazione consensuale dei coniugi. Natura giuridica e funzione sociale*, Napoli 1961, págs. 3 y ss.; F. CIPRIANI, *Dalla separazione al divorcio*, Jovene editore, Università di Camerino, 1971, pág. 5 y ss.

¹³ Vid. A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, Ed. Torino, 1961, pág. 438.

ambos de no seguir la vida en común¹⁴, sin ninguna forma procesal¹⁵. Esta separación es admitida como causa de divorcio en el art. 3, n.º 2 de la Ley de Divorcio de 1 de diciembre de 1970.

Por otro lado, un período de separación de hecho, en el cual los cónyuges están de acuerdo en vivir separados, constituye un dato de que la convivencia es intolerable¹⁶, por lo que dicha separación puede ser motivo de separación judicial en el sentido del art. 151-1 del Código civil¹⁷, dado que la convivencia puede resultar imposible e intolerable aunque no hubiera justa causa en un sentido técnico. Como dice F. CIPRIANI la función de la separación conyugal es un remedio a la imposibilidad de la convivencia¹⁸.

Así como es general la admisión del divorcio por mutuo consentimiento en estos y otros ordenamientos, también predomina la exigencia de un convenio regulador de sus efectos para que el consentimiento actúe con la necesaria reflexión de todas sus consecuencias en orden al cuidado de los hijos, situación de la familia respecto a la vivencia habitual, liquidación del régimen económico y derecho de alimentos.

En relación al tratamiento de la separación matrimonial de hecho en el Derecho español, no puede desconectarse este tema desde el punto de vista jurídico de las líneas generales de la reforma del Código civil, que comienzan con la Ley de 2 de mayo de 1975, la Constitución de 1978 y las recientes leyes de 13 de mayo, 7 de julio de 1981 y 24 de octubre de 1983.

Con anterioridad a las últimas reformas aunque la separación matrimonial de hecho se encontraba totalmente ausente del Código civil, no se la podía calificar como totalmente improductiva de consecuencias jurídicas¹⁹, ello gracias al esfuerzo constante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina que se ha ocupado en señalar los posibles efectos que debería producir esta situación fáctica que es la separación matrimonial de hecho.

¹⁴ Cfr. L. GRASSI, *La lege sul divorzio, manual di diritto sostanziale e processuale*, Napoli, 1971, pág. 131 y ss.

¹⁵ Vid. F. DEGNI, *Il diritto di famiglia, nel nuovo codice civile italiano*, Ed. Cedam, Padova, 1943, pág. 254.

¹⁶ Cfr. V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, pág. 84 a 93.

¹⁷ Vid. D. ESPIN CANOVAS, *La separación y divorcio en la Ley de 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pág. 92.

¹⁸ Cfr. F. CIPRIANI, *op. cit.* pág. 5, 122 y ss.

¹⁹ Vid. L. DIEZ-PICAZO, A. GULLON, *Sistema de Derecho civil, Vol. IV, Derecho de familia. Derecho de Sucesiones*. Ed. Tecnos, Madrid, 1982, pág. 55.

Hoy, tras la reforma legislativa llevada a cabo por la Ley 7 de julio de 1981, el Código civil regula la separación con criterios muy distintos de los tradicionales²⁰, adquiriendo gran relevancia la separación matrimonial de hecho, al dejar de ser una situación desconocida para el Legislador²¹, al ser considerada como causa de separación judicial y divorcio en los arts. 82 y 86; produciendo por tanto consecuencias jurídicas cada vez más importantes²².

Podemos decir que la separación matrimonial de hecho es la conclusión de la vida en común de los cónyuges, por acuerdo unilateral o bilateral de los mismos y sin que intervenga ningún órgano jurisdiccional; por lo que presupone dos elementos, uno: objetivo, la no cohabitación entre los cónyuges y otro: subjetivo, el *animus* o intención unilateral o bilateral de los cónyuges de dar por concluida la vida en común y por consiguiente por rota la relación matrimonial²³.

En la separación matrimonial de hecho tiene gran importancia el elemento intencional de los cónyuges esto es, el deseo o la

²⁰ Cfr. J. L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, Barcelona, 1982, pág. 215.

²¹ Cfr. L. DIEZ-PICAZO, A. GULLON, *op. cit.* pág. 135.

²² Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La reforma del Derecho de familia en España, Hoy, op. cit.* pág. 62 y ss.; G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al C. c. y compilaciones forales*, Ed. Edersa, Madrid, 1982, pág. 259 y ss.; M. ALONSO PÉREZ, *El divorcio y la reforma del Derecho matrimonial en España*, Salamanca, 1981, pág. 36 y ss.; J. L. LACRUZ; *op. cit.* pág. 215 y ss.; J. SANTOS BRIZ, *Derecho civil, Teoría y práctica, Tomo V, Derecho de familia*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 288 y ss.; A. ARZA, *Remedio jurídico a los matrimonios rotos, (nulidad separación y divorcio)*, Bilbao 1982, pág. 55 y ss.; A. LUNA SERRANO, *Matrimonio y divorcio, comentarios al nuevo título IV, del L. 1.º del C. c. E. Civitas, S. A.*, Madrid, 1982, pág. 28 y ss. E. FOSAR BENLLOCH, *Estudios de derecho de familia, T. II, la separación y el divorcio en el Derecho español vigente, Vol. 1.º*, Barcelona 1982, pág. 29 y ss.; J. PÉREZ-LLANTADA, *La separación de los cónyuges en el matrimonio canónico*, Madrid, 1983, pág. 356; M. LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, página 119 y ss.

²³ Cfr. M. DE LA CÁMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, en A.D.C. 1969, pág. 4; R. FAUS ESTEVE, *La separación de hecho en el matrimonio*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. II, Madrid, 1950, pág. 314, 315; F. VARELA DE LIMIA, *La separación convencional de los cónyuges y el Derecho Español*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona 1972, pág. 21; H. GATTI, *Tendencias actuales en las relaciones personales*, en R.G.L.J. 1950, pág. 44; A. PÉREZ RAMOS; *El problema sumario de separación conyugal*, en R.G.L.J. 1978, pág. 538; A. LUNA SERRANO, *Matrimonio y divorcio, en el Nuevo régimen de la familia*, Madrid, 1982, pág. 213; V. FRANCESCHELLI, *La separazione di fatto, op. cit.* pág. 69; J. L. LACRUZ, *op. cit.* pág. 216; T. OGAYAR AYLLON, *La separación de hecho de los cónyuges, efectos que produce*, en R.G.L.J. 1972, pág. 69.

voluntad de interrumpir la convivencia conyugal por acuerdo bilateral de ambos cónyuges, a esta situación se le puede denominar separación amistosa o por mutuo acuerdo y en ella los cónyuges ponen fin a toda relación conyugal por mutuo acuerdo, evitando la intervención judicial.

Así, lo fundamental, para esta separación es el *animus*; el *corpus* —distanciamiento residencia— será normalmente expresión de aquél²⁴, pero como en la ley no todo distanciamiento supone separación, ya que el art. 87 del C. c. declara que es compatible la separación de hecho con el mantenimiento o reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos. Solamente alguna de estas razones puede justificar según el Código, que cohabiten cónyuges cuya comunidad de vida espiritual y afectiva ha desaparecido y sigue rota, pues no hay comunidad conyugal sólo corporal o material sino que ha de ser íntegra, espiritual y material a la vez. Es cierto que las intenciones de los cónyuges no pueden indagarse directamente, y, si los cónyuges cohabitan externamente, habrá de presumirse *uris tantum* que hay una plena comunión de vida. Sin embargo, aun en este caso según el art. 87, la ruptura de comunión espiritual de los cónyuges podrá demostrarse indirectamente a través del comportamiento de ellos, de sus propias manifestaciones y de los demás medios admitidos en Derecho. Ahora bien, el cese de la convivencia ha de ser ininterrumpido, y por consiguiente si los cónyuges volvieran a cohabitar, se produciría la interrupción del plazo, éste tendría que contarse de nuevo desde que se reprodujera la separación de hecho, salvo en los casos anteriormente mencionados del art. 87, por ello comenta G. GARCÍA CANTERO²⁵ si uno de los cónyuges obra de mala fe y se aprovecha de la creencia por el otro de una falsa reconciliación o necesidad o interés de los hijos, no debería beneficiarse de la ininterrupción del plazo.

También puede suceder que sea uno sólo de los cónyuges el que desee separarse de hecho, lo que da lugar a que el estado de no convivencia sea el resultado de la voluntad unilateral de uno sólo de los cónyuges, ahora bien, el problema está en determinar si la voluntad unilateral de uno de los cónyuges es suficiente para llegar a la separación matrimonial de hecho²⁶.

La cuestión que se plantea es si el abandono del domicilio

²⁴ Vid. J. L. LACRUZ, *op. cit.* pág. 217.

²⁵ Vid. G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios, op. cit.* pág. 335.

²⁶ Vid. V. FRANCESCHELLI, *op. cit.* pág. 83 y ss.

conyugal supone una separación de hecho, ya que esta conducta satisface todas las condiciones de tipicidad del delito de abandono de familia (cfr. art. 487 C. penal): abandono malicioso del domicilio conyugal e incumplimiento del deber de asistencia, dado que por ésta no debe entenderse solamente el mero soporte físico de cualidad alimenticia; pero es posible que el cónyuge abandonado o expulsado no haya denunciado el hecho, sin que de tal pasividad pueda deducirse, sin más, un asentimiento tácito a la separación producida²⁷. Además el cónyuge agraviado puede pedir la separación judicial, en base al abandono o expulsión llevada a cabo por el otro de conformidad con el apartado 1.º del art. 82; más si no lo hace tampoco en principio, debe valorarse su pasividad como consentimiento a la separación; lo que puede hacer, en esta hipótesis, el cónyuge que ha roto, es constreñir al otro a que se defina al respecto; ya que según el art. 82-5.ª se entenderá libremente prestado este consentimiento (al cese efectivo de la convivencia conyugal) cuando un cónyuge requiera fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no muestre su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pida la separación o las medidas provisionales a que se refiere el art. 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento. Si el cónyuge requerido reacciona pasivamente, la situación se reconduce a una separación de hecho consentida; si pide la separación o las medidas previas (art. 82-5.º se remite a las medidas del art. 103), la situación desemboca, en su caso, en separación judicial, no de hecho, sólo si dentro de los seis meses siguientes al requerimiento muestra su voluntad contraria, estaremos ante una separación de hecho no consentida.

Por tanto la separación matrimonial de hecho puede tener lugar bien por acuerdo de ambos cónyuges, o por el abandono o expulsión de un cónyuge al otro, siempre que el otro no adopte las medidas que conduzcan a la separación judicial.

Se puede decir que el art. 86 del Código civil contempla la separación matrimonial de hecho como la protagonista del divorcio, ya que salvo en la causa 5.ª puede ésta por sí sola o unida a otras circunstancias, permitir obtener el mismo, siguiéndose en este sentido las directrices más generales que marcan su evolución en el Derecho comparado de la Europa occidental.

También produce consecuencias jurídicas en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; ambas leyes han recogido la separación matrimonial de hecho en el

²⁷ Cfr. J. L. LACRUZ, *op. cit.*, pág. 217.

sentido de que ésta pueda llegar a producir una serie de consecuencias que si bien antes se presumían, no se podían aducir, ya que no había norma concreta, teniendo que acudir a la doctrina científica y a la jurisprudencia, no siendo suficiente en ocasiones para resolver determinados casos en la práctica.

Igualmente cabe destacar la gran importancia que dentro de la separación matrimonial de hecho tienen los convenios de separación, mediante los cuales los esposos regulan sus relaciones futuras, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial. En la actualidad dichos convenios son admisibles siempre que no vayan en contra de la Ley, la moral y el orden público sistemático.

A partir de estos presupuestos hemos establecido algunas consideraciones: Al no haber un procedimiento judicial se evita la publicidad de los conflictos y desavenencias nacidos en el seno de la intimidad conyugal, y por consiguiente se facilita la reconciliación de los esposos. Además hay que tener en cuenta que en la separación matrimonial de hecho aún subsiste el vínculo conyugal, por lo cual es más fácil su defensa.

En la actualidad la separación matrimonial de hecho, produce una serie de consecuencias jurídicas, tanto en el aspecto personal como en el ámbito patrimonial al ser contemplada junto a la separación judicial en diversos preceptos del Código civil.

Como consecuencia de esta separación, los cónyuges quedan relevados del deber de fidelidad (art. 82, causa 1.º), y no podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

En cuanto al cese del deber de convivencia, aunque dicho precepto no lo menciona, si tenemos en cuenta que la fidelidad ha venido siendo considerada como el más importante de los deberes conyugales, no tendría sentido que si mediare separación matrimonial de hecho, los cónyuges no pudieran pedir judicialmente la separación por infracción del deber de fidelidad y sí, en cambio, por infracción del de convivencia; además el art. 82 y 86 cuando se refieren a la separación de hecho como causa de separación y divorcio, lo hacen en el sentido de cese efectivo de la convivencia conyugal, pudiendo los esposos dejar de vivir juntos y tener distintos domicilios²⁸.

Desaparece la presunción de paternidad del marido (art. 116 C. c.), señalándose que no se presumen hijos del marido los na-

²⁸ Vid. E. VALLADARES, *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*. Ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 122 y ss.; M. LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial*, op. cit. pág. 153.

cidos después de los trescientos días desde la separación matrimonial de hecho; sin embargo, si concurre el consentimiento de ambos cónyuges, se puede inscribir como hijo matrimonial, el nacido después de los trescientos días, (art. 118). El problema que se puede presentar en este caso a efectos del inicio del cómputo del tiempo, es probar el momento de la separación si no existiese convenio regulador, ni otro medio de prueba que demuestre la efectividad de dicha separación, aunque en caso de duda en la actualidad se permite la investigación de la paternidad (art. 127 C. c. y 39,2 de la Constitución).

La patria potestad, corresponde al padre y a la madre conjuntamente (art. 154). Sin embargo en virtud del art. 156, apartado 1.º, los cónyuges podrán pactar en el convenio de separación de hecho, de mutuo acuerdo el otorgar la patria potestad a uno de los progenitores. En el caso de que los esposos separados no hayan realizado ningún convenio de separación, o no pactasen nada sobre la misma, en este supuesto habría de aplicarse el último párrafo del art. 156 del C. c., que señala que si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. Aunque no se refiere expresamente dicho precepto a la separación de hecho, entendemos se puede aplicar igualmente a la misma.

Los cónyuges podrán estipular en el convenio de separación lo referente a la guarda y cuidado de los hijos, y en caso de que no haya acuerdos entre los padres, corresponderá al que viva con el hijo, que es al mismo tiempo el que ejerce la patria potestad, a tenor del art. 156,5.º, y en su defecto, se aplicará el art. 159 que establece que los hijos menores de siete años estarán al cuidado de la madre. El régimen de visitas de los hijos con el progenitor que no convivan habrán de figurar en el convenio, indicando el tiempo, modo y lugar por ser un derecho que no se pierde como consecuencia de dicha separación.

El deber de prestar alimentos no se extingue con la separación matrimonial de hecho, con las actuales reformas de las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, se han mantenido intactas las grandes coordenadas que rigen el derecho de alimentos. No obstante el planteamiento de los pactos sobre alimentos entre los cónyuges separados de hecho, ha sufrido importantes transformaciones por los que se han desterrado definitivamente los pretendidos obstáculos legales que se oponían a su celebración, y así los actuales arts. 90 y 97 hacen referencia a la pensión alimenticia que los esposos han de estipular en los convenios de separación y divorcio, y en su defecto se fijará en la resolución judicial para el cónyuge que se encuentre en una situación de

desequilibrio económico en relación con la posición del otro, por lo que queda claramente establecido que no se exige que el marido y la mujer tengan que vivir juntos, puesto que el divorcio rompe el vínculo matrimonial, y si existe la obligación de alimentos entre los que fueron cónyuges, existirá igualmente dicha obligación en la separación matrimonial de hecho.

Sin embargo, de conformidad con lo establecido en los arts. 14 y 32-1 de la Constitución, no tiene por qué constituir únicamente una obligación del marido con respecto a la mujer, sino que la pensión entre los cónyuges es un deber que tiene tanto un esposo como el otro en relación al que se encuentra en una posición económica más desfavorable. Por consiguiente, no cabe discriminación que traiga como consecuencia un trato desfavorable a un cónyuge respecto al otro, siempre que estén en igualdad de condiciones.

El convenio en materia de alimentos ha de ser modificado por los esposos cada cierto tiempo, según varíen sus circunstancias económicas y de acuerdo con el coste de la vida. Igualmente ambos cónyuges, o uno de ellos, si el otro carece de medios suficientes, han de pasar alimentos a sus hijos, cuyo deber no es dispensable a pesar de la existencia de la separación matrimonial de hecho.

La libertad de otorgar o modificar las capitulaciones constante motrimonio, tiene gran importancia en la separación matrimonial de hecho²⁹, ya que ello implica la posibilidad de alterar el régimen económico matrimonial, adecuándolo a las nuevas situaciones.

La disolución de la sociedad de gananciales no se produce como una consecuencia jurídica de la separación matrimonial de hecho, pero sería incoherente su mantenimiento. Igualmente esto sucederá si examinamos cualquier otro régimen económico de comunidad, o de tipo mixto (vgr.: el régimen de participación en las ganancias).

Si el régimen es el de separación de bienes no hay ninguna dificultad al producirse esta separación, por ser el que mejor responde a las nuevas necesidades de los cónyuges. En este régimen, con la separación de hecho de los cónyuges no rige la presunción establecida en favor de los acreedores en el art. 1442, protegiendo los intereses de los cónyuges separados, ya que, por una situación patrimonial que le es ajena al cónyuge no culpable de la quiebra o el concurso, todas sus adquisiciones entrarían en

²⁹ Cfr. J. M. LETE DEL RÍO y J. A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Notas sobre la mutabilidad del régimen económico matrimonial en el Derecho común*, en R.D.P., marzo 1977, pág. 170 y ss.

el área de la sospecha y tenían la posibilidad de perder la mitad de su valor a favor de los acreedores de su consorte.

Finalmente, diremos que, uno de los puntos más importantes en la separación matrimonial de hecho es la prueba de la existencia de la misma, que a tenor del art. 69 se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos. Esta presunción obliga a demostrar «el cese efectivo de la convivencia conyugal» para pedir la separación de hecho (art. 82) y el divorcio (art. 86)³⁰, el art. 82-5.º se refiere al cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido; se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en Derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el art. 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento, dicho precepto atribuye al silencio del cónyuge requerido el valor de asentimiento tácito.

Conforme al art. 82, el requerimiento a efectos de prueba ha de realizarse en forma fehaciente, quiere decir que haga fe por sí mismo y constituido en el momento de la notificación, sin posibilidad de sustitución por otras pruebas practicadas en juicio³¹. Además dicho apercibimiento ha de ser expreso, esto es, que han de mencionar expresamente las consecuencias del requerimiento. Por tanto es preciso hacer constar que, en caso de no producirse una manifestación en contra, sin que tampoco se pidan medidas provisionales ni se presente demanda de separación, se entenderá libremente prestado el consentimiento para la separación de hecho. En todo caso, dicho inciso no impide que la concurrencia del consentimiento se apruebe por cualquier otro medio, admitido en Derecho, acta notarial, acto de conciliación y contestación por carta dándose por enterado; sin embargo junto a estos específicos medios de prueba existen otros como son el convenio de separación y el hecho de vivir en distinto domicilio siempre que ello no obedezca a situaciones transitorias como motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de naturaleza análoga (art. 87-2.º), en el primero de los casos la fecha sería la que figurase en el convenio de separación, y, si éstos fuesen verbal, tendrá que probarse su existencia y contenido y en el caso de domicilio distinto, la fecha será aquella en la que los dos han dejado de convivir.

³⁰ Vid. J. L. LACRUZ, *op. cit.* pág. 182.

³¹ Cfr. M. LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial, op. cit.* pág. 141.

También es sabido que en ocasiones se producen separaciones temporales de un cónyuge, reencuentros y nuevos abandonos que revelan la crisis matrimonial que aún no se ha estabilizado mediante la separación efectiva y continuada, en cuyo caso es inseguro señalar el momento en que comenzó la separación. En principio, habría que situarlo en alguna fecha en la que, efectivamente, se hubiera producido ya la separación material, la no cohabitación con independencia de que el alejamiento espiritual estuviera ya consolidado, pues éste es un elemento interno que, ha de acompañar al elemento externo de la no cohabitación.

Por tanto el señalamiento del *dies a quo* es de singular importancia, tanto por razones probatorias como porque ha de establecerse una fecha inicial de la separación, por exigencia de la ley, para el cómputo del respectivo plazo de separación, que, como previene el art. 5 del Código civil, se hará de fecha a fecha y sin excluir los días inhábiles.