

LA DESAPARICIÓN DE LA *AFFECTIO CONYUGALIS* COMO CAUSA DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 27 de septiembre de 1995)

Andrés Lago Louro*

Universidad de Santiago de Compostela

Recientemente, en concreto el 27 de Septiembre de 1995 salió a la luz pública una sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra que causó un gran impacto y revuelo en medios periodísticos y en general en el seno de la opinión pública, aunque no sea tanta su incidencia en el ámbito estrictamente jurídico por razones que, en el devenir del presente comentario, trataré de ir desvelando.

Para su comentario creo esclarecedor partir de una referencia a los hechos que fueron objeto de resolución en la meritada sentencia. Se trataba de una contención judicial derivada de una petición de separación matrimonial que fue formulada por una mujer frente a su marido al considerarle incurso en la causa legal de separación prevista en el art 82 números 1 y 2 del C.C.; uniéndole a ello una manifiesta pérdida o desaparición de la “*affectio conyugalis*”. Con fundamento en estos dos argumentos, la actora obtuvo sentencia favorable en primera instancia, la cual, siendo apelada por el demandado, fue revocada por la Audiencia Provincial de Pontevedra que declaró no haber lugar a la separación matrimonial solicitada, esgrimiendo para ello básicamente dos razones, a saber: 1ª) Que no se consideran probadas las causas de separación alegadas. 2ª) Que la falta de “*affectio conyugalis*” no cabe como causa de separación.

Procederé a continuación a realizar un análisis pormenorizado de cada una de las razones antedichas al amparo de la doctrina jurisprudencial que

* Alumno de Derecho Civil IV

en los últimos años ha surgido sobre este tema. En concreto, a la nacida tras la aparición de la denominada "Ley del Divorcio" (ley 30/81 de 7 de Julio), que fue la que introdujo en el C.C. la nueva y hasta hoy vigente regulación de las causas de separación matrimonial. Dicho esto, conviene tener en cuenta que, contrariamente a lo que pudiera pensarse, cuando me refiero a la doctrina jurisprudencial, no lo hago tanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuanto a la de las diversas Audiencias Provinciales. La explicación reside en el limitado acceso al Tribunal Supremo por la vía de la casación de los asuntos que se promuevan al amparo de la Ley del Divorcio (1), lo que a su vez impide que este Alto Tribunal pueda sentar criterios unitarios de interpretación, con lo cual se avalora la doctrina de las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales, órganos a quienes, por la razón explicada, corresponderá conocer en última instancia de la mayor parte de esta clase de asuntos. Por lo dicho fácilmente se comprende que la jurisprudencia sobre estos temas emanada del Tribunal Supremo en los últimos años ha sido más bien escasa, y la práctica totalidad de ella referida a procesos suscitados con anterioridad a la ley de 7 de julio de 1981 que, por su carácter irretroactivo, no fue aplicada a dichos litigios, lo que permitió a éstos desembocar en recursos de casación que dieron pie a la limitada jurisprudencia del Supremo con que hoy día contamos.

Advertido lo anterior, sin más dilaciones analizaré la primera de las razones argüidas en su sentencia por la Audiencia Provincial de Pontevedra al revocar la recaída en primera instancia. Dice literalmente en su Fundamento de Derecho 2º que: "No cabe aceptar, como hace el Juzgado de instancia, probadas las causas de separación alegadas; *ni la prueba testifical, ni la denuncia por amenazas son prueba. En ningún momento se han acreditado malos tratos, vejaciones o incumplimiento de los deberes conyugales por el esposo demandado, sino que por el contrario éste ha venido cumpliendo sus deberes conyugales y para con sus hijos, guardando una estrecha relación*

(1) Es de advertir, no obstante, la existencia de una posibilidad de acceso a la casación civil, que viene dada por lo dispuesto en la Disposición Adicional 5ª letra J) de la ley 30/81 de 7 de Julio, a cuyo tenor, "El recurso de casación sólo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la ley". Es este el único resquicio casacional que persiste tras la entrada en vigor de la "Ley del Divorcio" para este tipo de procesos, pero su incidencia ha sido más bien escasa debido no sólo a sus limitados efectos, sino también a su parca utilización por el Ministerio Fiscal.

con el más pequeño, que ha sido admitida de manera contundente por ambas partes”.

En principio, nada habría que objetar a esta afirmación de la Audiencia Provincial toda vez que, como sabemos, es reiterada y abundante la doctrina del Tribunal Supremo en la que se constata vehementemente la libre apreciación de la prueba por parte del juzgador, no siendo apelable en casación dicha valoración probatoria (2).

Con todo, ello no es obstáculo que impida percatarnos de que nos hallamos en este caso ante un supuesto peculiar, cual es el de las relaciones intramatrimoniales; terreno siempre vidrioso, en especial cuando de lo que se trata es de probar unos supuestos malos tratos o amenazas o, en general, lo que sería una situación tensa de permanente conflictividad conyugal; pues como es lógico prever, la intimidad en que tiene lugar la convivencia matrimonial dificulta al máximo esta prueba, sin la cual no puede accederse a la separación matrimonial solicitada.

La situación descrita está perfectamente reflejada en una sentencia de la Audiencia Territorial de Coruña de 6 de Septiembre de 1982 en la que el Magistrado ponente, el Sr. García Caridad, expone al respecto que “En muchos casos, la quiebra de los deberes de mutuo afecto y respeto, pilares fundamentales de la institución matrimonial, por la transgresión que de ella hace uno de los cónyuges, no se manifiesta con carácter de publicidad evidente frente a terceros, sino que muchas veces el cónyuge que padece los malos tratamientos o el trato injurioso, por un sentido de pudor digno de alabanza, trata de ocultarlos ante el público, y sólo al final, cuando ya la vida en común se hace intolerable, es cuando recurre a los Tribunales para poner fin a esa situación; por lo que en esta materia, la teoría del “onus probandi”, no puede ser interpretada en un sentido de estricta rigurosidad, sino que el Tribunal, si no quiere desconectarse de la realidad, ha de hacer una amplia

(2) Ad. ex. STS 30 Mayo 1984 (RJA 1984, Nº 2806): “Los preceptos de carácter admonitivo como el artículo 659 LEC dejan la apreciación de la prueba testifical al soberano y discrecional criterio del tribunal sentenciador, pues la misión de esta Sala no es la de convertirse en una tercera instancia [...]”. Idem: SSTS 26 Octubre y 17 de Febrero de 1984 (RJA 1984 Nºs.507 y 691 respectivamente).

valoración de la prueba practicada y un generoso uso de la prueba de presunciones” (3). Como podemos observar, en el párrafo transcrito queda plasmada la especificidad de la materia tratada en cuanto a la enorme dificultad probatoria que entraña, en especial, debido a la ausencia, en la mayor parte de los casos, de datos objetivos que nos permitan verificar la certeza o falsedad de los hechos, conclusión a la que, muchas veces, sólo podrá llegarse a través de las valoraciones, siempre subjetivas y muchas veces parciales, de los testigos. De este modo es forzado concluir que una problemática tan singular exigirá correlativamente una solución, cuando menos, igualmente especial; pero, ¿cuál sería ésta?. El Magistrado precitado aboga por mantener en este ámbito una interpretación flexible y no rigurosa de la teoría del “onus probandi”, haciendo -y cito palabras textuales- “una amplia valoración de la prueba practicada y un generoso uso de la prueba de presunciones”, criterio que siguen otras muchas Audiencias en sus respectivos dictámenes. No obstante, tal respuesta no soluciona enteramente el problema, pues a nadie se le escapa que esa “interpretación flexible” o esa “amplia valoración” o, en fin, ese “generoso uso”; no constituyen baremos objetivos que permitan calibrar con carácter general la mayor o menor certeza de unos hechos. Más bien al contrario, es ineludible que la valoración será más o menos amplia, la interpretación más o menos flexible, y el uso más o menos generoso, en función de la ideología y formación del juzgador que en cada caso esté conociendo del asunto. Así pues, cabría preguntarse: ¿acaso será inevitable que este ámbito tan íntimo de las relaciones intrafamiliares y sus correspondientes conflictos y disensiones, se tengan que ver abocados sin más al discrecional arbitrio del juez?, ¿acaso no existirán unas reglas, criterios o baremos que, aún siendo ineludible en todo caso la apreciación subjetiva del juez, nos permitan reconducir dicha apreciación por unos cauces de mayor objetividad?. Pues bien, en la búsqueda de estos criterios y en respuesta a estos interrogantes, una sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 6 de Abril de 1982 sienta las siguientes precisiones (4):

A) Que el carácter íntimo de los problemas que generalmente se debaten en los procesos matrimoniales añade una especial dificultad a la tarea de verificar lo afirmado como existente, hasta el extremo de que la temática de

(3) “La Ley”, 1983-1, N° 3086

(4) “La Ley”, 1983-4, p. 1081

la carga de la prueba se convierte, por su conjugación necesaria con el principio de posibilidad probatoria, en un problema de fijación del mínimo indispensable que, una vez cumplido, obligará a la contraparte a su desvirtuación.

B) Que las personas próximas al hecho matrimonial suelen ser el único medio probatorio existente para trasladar al proceso la realidad de los hechos, estando en condiciones, por su vinculación familiar, amistad íntima, o situación de vecindad, de aportar un conocimiento de lo sucedido o de las huellas o pistas que los hechos hayan dejado al producirse.

C) Que dicho medio probatorio, extraído frecuentemente del ámbito familiar, motivó la aparición de la regla 4 de la Disposición Adicional 5ª de la ley 30/81 de 7 de Julio, que al disponer: "no regirán en estos procesos las inhabilitaciones previstas en el 1247 del C.C.", reafirma la necesidad de practicar la prueba testifical con la exigible inmediación para que, examinada críticamente, se obtenga una valoración adecuada que venga a desechar las sospechas de falta de credibilidad del referido instrumento probatorio y la inicial consideración de insuficiencia.

En similares términos, ya para apostillar definitivamente la cuestión se manifiesta la sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 9 de Julio del 82 al sostener que: "en materia tan importante y resbaladiza, la advertencia contenida en los arts 1248 C.C. y 659 L.E.C., tiene singular trascendencia, y aunque el aforismo jurídico "testis unus, testis nullus", sólo tiene un sentido relativo y no absoluto, la más elemental prudencia aconseja dar por válida y acoger la conclusión en este sentido del juzgador de instancia, que, por su inmediatividad con los deponentes, goza de una posición más segura para pronunciarse sobre su sinceridad" (5).

Salta a la vista que los criterios mencionados, en especial el último recogido por la Audiencia albaceteña, parecen no haber sido tomados en consideración por la Audiencia Provincial de Pontevedra en la sentencia que aquí está siendo objeto de comentario, pues ésta en su Fundamento de

(5) "La Ley", 1983-4, p. 1081

Derecho segundo se limita a desestimar, sin más, la prueba testifical aportada por la actora, sin dar otra explicación que la vaga de no considerarla suficiente para acreditar los hechos alegados por la parte demandante (malos tratos, vejaciones o incumplimiento de los deberes conyugales); y ello sin explicitar, ni siquiera por asomo, el por qué de esa insuficiencia, limitándose tan sólo a constatar el riguroso cumplimiento por parte del esposo-demandado de sus deberes conyugales y para con sus hijos, recalcando especialmente la estrecha relación mantenida por aquél con su hijo más pequeño. Todo lo expuesto evidencia que, aún sin dejar de considerar dicha relación paterno filial que, por lo demás, según dice la sentencia “había sido admitida de manera contundente por ambas partes”, debe hacerse notar que lo que realmente debería ser objeto de juicio no es tanto esa relación paterno filial, cuanto la propia relación interconyugal. La relación entre marido y mujer es lo que realmente se está valorando; es la ruptura, al parecer irremediable, de esa relación la que la demandante alega como uno de los fundamentos de su “petitum”, y esa ruptura es la que en mi opinión habría de ser ponderada por parte del juzgador en función de las pruebas presentadas, entre las cuales se hallan no sólo la testifical, sino también una denuncia por amenazas que en su día fue interpuesta por la actora y que, no obstante haber sido considerada insuficiente por el Tribunal, cuando menos revela que la relación interconyugal no discurre por los cauces de la “pacífica convivencia” y del “mutuo respeto” a las que alude nuestro C.C.

Lo anterior me permite enlazar directamente con la segunda de las razones esgrimidas en la sentencia del Tribunal de Pontevedra. En efecto, en el Fundamento de Derecho tercero, establece la Audiencia lo siguiente: “En cuanto a la *“affectio conjugalis”*, si bien es cierto que no lo hay en la actora, *no cabe admitirla como causa de separación*, al no existir separación de hecho ni acreditarse cualquiera de las otras causas legales taxativas que establece el C.C.. Otra cosa implicaría que cualquiera pueda presentar a su capricho demanda de separación y obtener la misma”. En el tenor literal transcrito se evidencia el segundo de los argumentos con los que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra revocó la recaída en primera instancia denegando con ello la solicitud de separación judicial.

En principio, si realizásemos una sencilla operación de cotejo de la legalidad vigente (en este caso el art 82 C.C.) con el antedicho dictamen

judicial, no cabría, en mi opinión, más remedio que reconocer la corrección del mismo, dado su estricto apego a la letra de la ley. En efecto, como bien dice la Audiencia Provincial, no existe en nuestro C.C. ninguna causa taxativa que recoja el desamor o la falta de afecto como causa de separación judicial; por otro lado, cierto es también que no existe separación de hecho pues ésta puede ser bilateral (acordada por ambos cónyuges), cuya inexistencia en el caso de autos es palmaria, o unilateral (impuesta por uno de ellos), lo que tampoco tiene lugar en este supuesto toda vez que el marido en ningún momento desea abandonar el hogar familiar, y la mujer no puede legalmente obligarle a ello (6).

Así pues, la Audiencia Provincial de Pontevedra se enmarca en una corriente jurisprudencial que opta por una interpretación de las causas del 82 C.C. como sistema cerrado, estricto y tasado, no susceptible de ampliación más allá de lo que permita la propia letra de la ley. Son ejemplos de esta corriente jurisprudencial la Sentencia da Audiencia Territorial de Pamplona de 19 de Octubre de 1981 (7) y la de la Audiencia Territorial de Valencia de 18 de Septiembre de 1987 (8).

No obstante, sin menoscabo de la legitimidad y legalidad de los planteamientos jurisprudenciales aludidos anteriormente, es necesario reconocer que no es esa la línea doctrinal mayoritaria. Al contrario, la mayor parte de las Audiencias siguen un criterio mucho más flexible a la hora de interpretar el sistema de causas del art 82 el cual, sin dejar de admitir en ningún momento su carácter taxativo, ha de ser también objeto de una operación hermenéutica más acorde con la realidad social existente al tiempo de su aplicación, tal y como se desprende del art 3.1 del C.C.. En este sentido es de destacar la labor flexibilizadora y aperturista realizada al efecto, en especial, por la Audiencia Territorial de Barcelona. Es, sin lugar a dudas, este Tribunal el mejor y más evidente exponente y paladín de esta nueva orientación que aboga por un ejercicio de la hermenéutica legal no pertrechada

(6) Sólo la autoridad judicial, como de hecho había acaecido en primera instancia, podría decretar, con la separación, dicho abandono; pero esa sentencia lógicamente carece de firmeza y, como estamos, viendo fue revocada por la Audiencia.

(7) "La Ley", 1982-2, Nº 1965.

(8) "La Ley", 1987-4, Nº 8005

en la rigurosa letra de la ley, sino apoyada en el espíritu y fin que subyace en toda norma legal, que no es otro que el de dar plena y satisfactoria respuesta a las necesidades sociales imperantes al tiempo de ser aplicadas por parte del juez; lo contrario podría desembocar en un indeseable anquilosamiento del Derecho y en su desvinculación con la realidad. Son múltiples los ejemplos de esta opción jurisprudencial (9), que también es mantenida por otras muchas Audiencias (10).

Llegados a este punto, conviene advertir que el panorama jurisprudencial hasta aquí expuesto quedaría incompleto en caso de no hacer

-
- (9) “ Como muestra pueden servir la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 27 de Octubre de 1983 (La Ley”, 1984-2, Nº 4131) , conforme a la cual “La moderna orientación doctrinal en esta materia admite como motivo o causa suficiente para decidir la separación matrimonial, la genérica constituida por la quiebra de la convivencia conyugal o la vida en común demasiado difícil, derivada de la ausencia de mutuo afecto y respecto que deben presidir las relaciones matrimoniales, por entender que las específicas contenidas en el art 82 no pueden interpretarse bajo el criterio cerrado del “numerus clausus”). Otras en el mismo sentido sentencia da Audiencia Territorial de Barcelona de 18 de Julio de 1986 (“La Ley”, 1986-4, Nº 8258-R), donde se afirma “Para decretar la separación conyugal no es preciso efectuar una declaración de culpa exclusiva o responsabilidad única de uno de los cónyuges a tenor del art 82.2 C.C., sino que basta constatar una recíproca conducta de intolerancia, como actitud continua de rencor y aversión, que revela un completo rompimiento del afecto y respeto que constituye elemento esencial para una formal convivencia conyugal”. Otras de esta misma Audiencia son las de 20 de junio de 1984 (“La Ley”, 1984-4, Nº 4788), 18 de enero de 1984 (“La Ley”, 1984-3, Nº 4412) o 28 de abril de 1986 (“La Ley”, 1986-4, Nº 8147-R)
- (10) A título meramente indicativo cabe reseñar las siguientes: sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 21 de Diciembre de 1981 (“La Ley”, 1982-1, Nº 1782) (“Las causas de separación previstas en el antiguo 105 [actual 82], si bien no son susceptibles de ampliación, si han de ser interpretadas de acuerdo con lo previsto en el 3.1 del C.C., lo cual implica atender, no solamente al sentido gramatical y lógico de los términos empleados por el legislador, sino también al contexto social vigente al momento de realizar dicha interpretación”) sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 4 de Febrero de 1988 (“La Ley”, 1988-2, Nº 10.345-R) donde se puede ver que “La desaparición de la “affectio conyugal” viene siendo admitida como causa de separación sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de causas de separación, al amparo de lo dispuesto en los arts 67, 68 y 81.1 y .2 del C.C., sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 9 de Febrero de 1988 (“La Ley”, 1988-3, Nº 10.487-R), conforme a la cual “Ante la total ruptura de la relación afectiva y consiguiente desaparición de la “affectio conyugal”, explícitamente reconocida por ambas partes, la separación deviene insoslayable, dentro de la amplia interpretación que la doctrina jurisprudencial ha venido dando al 82.1 C.C.”); o en fin, en similar sentido las sentencias de la Audiencia Territorial de Bilbao de 25 de Febrero y 31 de Diciembre de 1988 (“La Ley”, 1988-3, Nº 10553-R y 1989-2, 11588-R), respectivamente o la más reciente de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de Mayo de 1994 (“Actualidad Civil”, Audiencias, Nº 21/1-15 noviembre 1994).

referencia a la que desde mi punto de vista podría considerarse como una tercera vía que se situaría en un estadio intermedio respecto de las dos anteriormente desarrolladas. Se trata de una línea jurisprudencial que si bien rechaza una interpretación rigorista y hermética en lo que respecta a las causas del art 82, tampoco se muestra decididamente partidaria de considerar la falta de afecto conyugal como una causa propia y directa que permita justificar por sí sola una separación matrimonial, pues ello podría suponer la transformación de un sistema de "numerus clausus" como el del art 82, en otro de "numerus apertus" basado en el libre consentimiento de las partes y que podría poner a disposición de éstas la letra de la ley. Para evitar consecuencias de esta índole es por lo que esta tercera corriente doctrinal sostiene que, si bien por sí sola la falta de afecto conyugal no podrá considerarse como causa directa e independiente de separación, sí podría serlo por conducto del art 82.1 en relación con los arts 67 y 68 C.C. La explicación de lo dicho consiste en que si se constata la existencia de una clara falta de afecto entre los cónyuges, dicha falta de afecto suele desembocar en disensiones o desavenencias que, por graves o reiteradas, supondrán en la mayor parte de los casos una transgresión de los deberes conyugales recogidos en los arts 67 y ss del C.C., lo cual podrá legitimar la petición de separación por la vía del 82.1. Así, en la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 22 de Junio de 1982 se corrobora de manera explícita lo previamente afirmado y se dice la mencionada sentencia que: "Para que la separación conyugal pueda ser acordada a tenor de la causa segunda del hoy derogado 105 C.C. [actual 82.1], no basta ciertamente con la constatación en autos de meras disensiones y disputas producidas de modo esporádico o incidental en el contexto de la convivencia diaria entre los cónyuges, si no se demuestra con ellas la existencia de malos tratamientos de obra o injurias tan reiteradas y constantes que definan un comportamiento o modo de proceder habitual -una "conducta"- dice el vigente 82.1, carente del afecto conyugal que debe presidir las relaciones matrimoniales, y tan graves en orden al mutuo respecto debido (art 67 C.C.) que hagan imposible o excesivamente difícil la convivencia entre los cónyuges al punto de devenir la separación necesaria para evitar el mal o el peligro que el mantenimiento de la vida en común pueda entrañar" (11). En idéntico sentido y aún más esclarecedora

(11) "La Ley", 1983-4, p. 1081.

es la sentencia dictada igualmente por la Audiencia Territorial de Pamplona el 3 de Noviembre de 1988 cuando señala "No existe prueba alguna en el caso de que el marido se encuentre incurso en alguna de las causas de separación previstas en el art 82 párrafos 1 y 2 del C.C., ni cabe admitir que la separación deba fundarse en la pérdida del afecto mutuo, que no es en si misma causa de separación, aunque pueda aceptarse como tal en los supuestos en que esa falta de afecto mutuo determina una situación de profunda discordia con mutua violación de los deberes de respeto y ayuda que a los cónyuges imponen los artículos 67 y 68 del C.C." (12). Sin duda podrían transcribirse aquí otras muchas citas jurisprudenciales en las que se refuerza esta tercera vía de interpretación (13).

Si ahora realizamos una breve mirada retrospectiva de todo el panorama jurisprudencial diseñado en páginas precedentes, concluiremos que la mayoritaria es la tesis que sostiene una interpretación no estricta del sistema de causas del art 82, sino una más flexible y acorde con la realidad del tiempo de su aplicación. En mi opinión, en el fondo de esta opción subyace la lentitud de la evolución legislativa en relación con la evolución social. Es palmario que en el ámbito del Derecho de Familia como en otros muchos, nuestro C.C. precisa de una labor de adaptación legislativa a las circunstancias sociales que priman en nuestros días. A ninguno nos resulta extraño el hecho de que, el legislador, por las razones que sean, siempre camina rezagado con respecto a la realidad social, lo cual hace necesario que, en no pocas ocasiones, los Tribunales, a través de interpretaciones más o menos laxas de la ley tengan que ir adecuando el mandato legal a las demandas sociales más tangibles que carecen de respuesta satisfactoria en el ordenamiento escrito, logrando además de esta manera inmunizar los derechos de los ciudadanos frente a las demoras o retrasos en el funcionamiento de los órganos públicos.

(12) "La Ley", 1989-3, 12042-R.

(13) Como, por ejemplo, las de 19 de Febrero y 29 de Abril de 1987 de la Audiencia Territorial de Pamplona ("La Ley", 1987-2, Nº 7393 y 1987-3, Nº 7568, respectivamente; también las de 25 de Abril de 1986 y 19 de Enero de 1988, ambas de la Audiencia Territorial de Barcelona "La Ley", 1986-4, Nº 6757 y 1988-2, Nº 8439, respectivamente); o en fin, la más próxima de la Audiencia Provincial de Granada de 29 de Noviembre de 1994. ("Aranzadi Civil", Nº 19, 1995, 1962).

No obstante, este planteamiento puede acarrear un nuevo problema: el de la inseguridad jurídica. Esto es, podría darse el caso de que unos mismos hechos pudieran derivar en soluciones diversas según la interpretación más o menos amplia o más o menos estricta que realizase una u otra Audiencia. Es un problema que sólo puede resolverse recurriendo a la interpretación uniformizadora del Tribunal Supremo, intervención que, como ya se apuntó en otro lugar, únicamente podrá producirse a través de la estrecha puerta que ha dejado abierta la Disposición Adicional 5ª de la ley 30/81 en su letra J) (14). A pesar de ello, considero de sumo interés realizar al menos una escueta visión al panorama dibujado por el Tribunal Supremo en torno a las causas de separación matrimonial y más en particular, a la valoración que al respecto realiza el Tribunal Supremo sobre la consideración o no de la falta de afecto conyugal como causa de separación. A tal fin he de traer a colación la sentencia de 19 de Mayo de 1983 en la que desde mi punto de vista se sintetiza de forma precisa la tesis que el Tribunal Supremo mantiene cuando en uno de sus Fundamento de Derecho afirma: "Aún sin desconocer la diversidad en los criterios inspiradores del nuevo texto del C.C., admitiendo la relevancia de hechos objetivos suficientes para decretar la separación de los esposos, siempre será menester, para la adopción de las medidas que lleva consigo la decisión judicial ordenando el cese del deber de convivencia que la ley impone a los cónyuges (art 68), o la anuencia de ambos consortes en los términos previstos por el 81.1 (separación negocial o convencional), bien la petición de uno de los casados cuando el otro se halla incurso en causa legal de separación (81.2), a tenor del elenco contenido en el art 82, lo que significa que de no mediar el mutuo acuerdo de los interesados, será insuficiente la invocación de tensiones o desavenencias entre ambos en tanto no se traduzcan en las conductas o situaciones a que hace referencia dicho precepto por más que se interprete con prudente flexibilidad, que en no pocos casos permitirá subsumir los de palmaria ruptura del recíproco afecto en el nº 1 del art 82 como violación grave o reiterada de los deberes conyugales de respeto, ayuda y socorro (arts 67 y 68), que hace intolerable la convivencia [...]. La jurisprudencia recaída en aplicación del 82.1 actual, ha puesto de relieve la necesidad de una conducta vejatoria o injuriosa y, como tal, informada de la nota de reiteración en los actos y de un elemento psicológico

(14) Vid. Nota 1

de rencor o aversión, indispensable para que tenga entidad bastante a los efectos de servir de base a la separación matrimonial, no siendo suficiente de suyo el que no reúne la mejor armonía en el hogar conyugal, si se desconocen los resultados graves que de esas desavenencias pueden derivarse" (15). En idéntico sentido al expuesto se pronuncian las sentencias de 10 de Febrero de 1983 (16); 14 de Julio y 15 de Julio de 1982 (17); y la más reciente de 11 de Febrero de 1985 (18).

De todo ello parece deducirse que el Tribunal Supremo ha optado por acoger la tesis de la corriente doctrinal intermedia que más atrás han quedado expuestas en relación con la jurisprudencia de las Audiencias. Efectivamente, a este órgano judicial no le parece conveniente flexibilizar de tal manera la interpretación del art 82 C.C. que permita considerar a la "falta de afecto conyugal" como causa directa e independiente de separación; para el Tribunal Supremo no es bastante el hecho de que no exista afecto o que la armonía conyugal no sea la óptima sino que, para decretar la separación por esta vía será preciso en todo caso que a esa situación de disensión, de desafecto o desarmonía se le unan los elementos de reiteración o gravedad junto con el componente psicológico del recíproco rencor o adversión y que todo ello derive en un resultado pernicioso para la vida en común, como es el de la permanente transgresión de los deberes de respeto y de ayuda mutua que a los cónyuges imponen los arts 67 y ss. Una vez verificado este resultado, la cohabitación deviene insostenible y la separación insoslayable por la vía del 82.1 del C.C.

Así pues, de toda la jurisprudencia analizada podría inducirse la siguiente conclusión: en lo que se refiere a la consideración de la falta de afecto conyugal como causa de separación, salvo casos claramente aperturistas y flexibilizadores sobre todo por parte de las Audiencias Territoriales de Barcelona y Bilbao y otras manifiestamente estrictas y rigurosas como el caso analizado de la Audiencia Territorial de Valencia, la mayoría mantienen una posición intermedia en el sentido de que, en principio, las meras disensiones o discrepancias matrimoniales no pueden considerarse por sí solas causa de

(15) RJA 1983, N.º 2848

(16) RJA 1983, N.º 960

(17) RJA 1982, N.º 4236 y N.º 4242, respectivamente

(18) RJA 1985, N.º 542

separación. Sería preciso que tales desavenencias fueran acompañadas del elemento intencional de la aversión o el rencor y de las notas de gravedad o reiteración; desembocando a su vez en el elemento objetivo del resultado, que, como reconoce el propio Tribunal Supremo, es lo más importante de tal modo que, si se logra verificar que dichas disensiones, unidas al binomio reiteración o gravedad + aversión, provocan una clara ruptura o quiebra de la convivencia matrimonial por vulneración permanente de los deberes recíprocos recogidos en los arts 67 y 68, sería ilógico y a veces contra-productivo para los propios cónyuges, mantener la vida en común y la cohabitación, con lo que sería posible la separación judicial. En definitiva, la falta de afecto conyugal no constituye por si sola una causa directa de separación sino más bien una causa que podríamos calificar de indirecta o derivada de una permanente conculcación de los arts 67 y ss que haría intolerable el mantenimiento por más tiempo de la comunidad de vida matrimonial siendo por ello viable la solicitud de separación judicial por la vía del art 82.1.

Tras lo visto, y ya en relación con la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra que fue motivo de este comentario, se puede colegir la siguiente aseveración: la Audiencia Provincial de Pontevedra, en su resolución de 27 de septiembre de 1995 ha optado sin lugar a dudas por la solución más fácil y cómoda: la de parapetarse en la letra de la ley, sin asumir ningún otro tipo de compromiso que, valga la redundancia, podría resultarle más comprometedor. Solución que aún siendo criticable, no está exenta de legitimidad, ni mucho menos de legalidad.

No obstante, la tesis jurisprudencial abrumadoramente orientada en pro de una interpretación del art 82 C.C. más flexible y acorde con la realidad social, provocará en mi opinión que, tarde o temprano, el legislador tenga que reaccionar ante esta innegable evidencia y dar cabida en la ley a estas nuevas demandas sociales. Buena muestra de ello es la Proposición de Ley de Divorcio y Separación que en su día fue presentada en el Congreso por el grupo socialista y que, tanto en su Exposición de Motivos como en su articulado (art 83.3) recogía expresamente la quiebra de la convivencia familiar como causa legal de separación (19).

(19) B.O.C.G., Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie B, 12 de septiembre de 1994.

Finalmente, y ya un poco al margen de lo que ha venido constituyendo hasta aquí la línea metodológica de este trabajo basada en las referencias jurisprudenciales, no me resisto a darlo por terminado sin hacer mención a la opinión manifestada en su día por un abogado matrimonialista (Santiago Sánchez Criado), que en un comentario al hilo de una sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de Febrero de 1991 llegó a cuestionarse incluso la posible inconstitucionalidad de los arts 81.2 y 82 del C.C. Entre los argumentos utilizados por este jurista, las más relevantes son las que transcribo a continuación (20):

1ª) "Si la causa que a una persona lleva al matrimonio es su libre voluntad basada en el amor, lo que le debe sacar del matrimonio ha de ser esa misma voluntad individual basada en el desamor. Esa y no otra es la única causalidad para entrar y salir del instituto matrimonial"

2ª) "No confundamos causas con efectos; lo que el C.C. en su art 82 llama causas de separación no son tales causas, sino meros efectos de la única y auténtica causa de la crisis matrimonial: el desamor, de tan sólo uno de los cónyuges que no precisa de más prueba que la mera manifestación de su voluntad. Con esto se ve claramente que el art 82 C.C. coacciona gravemente nuestra libertad de vivir en intimidad con quien queramos, a cambio de perturbar gravemente dicha intimidad al obligarnos a exhibirla y probarla ante terceras personas" (21).

Tales argumentos que en apariencia parecen seductores, pueden no obstante desvirtuarse con otros, sin duda más prosaicos, pero no por ello menos veraces y efectivos. Brevemente, cabe decir que desde mi punto de vista el fallo del planteamiento transcrito anteriormente reside ya en su raíz al partir de la configuración del matrimonio como un simple contrato que, como tal, puede nacer y morir en función de la libre voluntad de las partes, voluntad de la que además dependen en todo caso los efectos que se vayan a generar. Esta no es, en mi opinión, la forma en la que nuestro Derecho vertebró y configura el instituto matrimonial. Creo más certera la opinión doctrinal que

(20) "La Ley", 1991-2, p. 525

(21) En lo que el autor citado pretende fundamentar la supuesta inconstitucionalidad del art 82, por lesionar los arts 17.1 y 18 de la Constitución española.

considera al matrimonio como un acto jurídico que, si bien es cierto que tiene su origen en la libre voluntad de las partes, una vez creado por ésta, los efectos que despliega ya no dependen tanto de dicha voluntad cuanto de la propia ley (arts. 66 y ss del C.C.), de ahí que, como bien dice el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Febrero de 1983: “Sin perjuicio de la interpretación flexible y no rígida de los supuestos legales en la vigente normativa, no puede olvidarse la subsistencia del principio de “favor matrimonii” y que el deber de convivencia sigue siendo de *orden público* (art 68), todo lo cual impone la inexcusable concurrencia de causa legal en que uno de los esposos esté incurso para que el otro pueda instar la separación poniendo fin a la vida en común, a no ser que la separación se opere por acuerdo o mutuo disenso” (22). Otra cosa implicaría transformar el reconocido y admitido sistema de “*numerus clausus*” de causas de separación del 82 C.C. en un sistema de “*numerus apertus*”, lo que podría conllevar, como ya se ha advertido en otro lugar del este comentario, que cualquiera pudiera a su capricho y arbitrio, demandar y obtener la separación.

(22) RJA 1983, Nº 960