

El alcoholismo, la toxicomanía y las perturbaciones mentales como causa de separación matrimonial

Rosa M. Moliner Navarro

Profesora titular de Derecho Civil. Universitat de València.

Resumen

El alcoholismo, la toxicomanía y las perturbaciones mentales constituyen causas legales de separación matrimonial, permitiendo al cónyuge no enfermo solicitar al juez que decrete la separación. Sin embargo, para que el juez la conceda es necesario que quede acreditado que el interés del otro cónyuge o el interés de la familia exigen la suspensión de la convivencia. También puede ser causa de nulidad matrimonial e, indirectamente, causa de divorcio.

Palabras Clave

alcoholismo; toxicomanía; perturbaciones mentales; separación; nulidad; divorcio; guarda y custodia de hijos menores; régimen de visitas de los padres.

Summary

Alcoholism, drug addiction and mental disturbances are legal causes of marital separation, which allow the non ill spouse to ask the judge for decreeing the separation. However, it is necessary to prove that the other spouse's or family's interest requires the coexistence suspension so that the judge concedes it. It can also be cause of marital nullity and, indirectly, cause of divorce.

Key words

alcoholism; drug addiction; mental disturbances; separation; nullity; divorce; under-age children's guard and custody; parents' visits system.

Correspondencia a:

Rosa M. Moliner Navarro. Facultad de Derecho. Avda. de los Naranjos, s/n. Valencia.



Summary

L'alcoolisme, l'addiction aux drogues et les perturbations mentales constituent causes légaux de separation matrimoniale, permettant au conjoint non malade solliciter au juge qu'il décrète la separation. Cependant, pour que le juge l'accorde, faut-il qu'on accrédite que l'intérêt de l'autre conjoint ou l'intérêt de la famille exigent la suspension de la cohabitation. Cela peut éter aussi cause de nullité matrimoniale et indirect cause de divorce.

Key words

Alcoolisme; addiction aux drogues; perturbations mentales; separation; nullité; divorce; garde et surveillance d'enfants mineurs; regime des visites des parents.

SUMARIO: 1. La separación matrimonial. 2. El alcoholismo, la toxicomanía y las perturbaciones mentales como causas de separación. 2.1. Presupuestos. 2.2. Requisitos. 2.3. Efectos. 2.3.1. Efectos derivados de la propia ley. 2.3.2. Efectos determinados en la sentencia. 2.3.3. Efectos indirectos. 2.4. Consecuencias de la existencia de estas causas de separación en las medidas adoptadas por el juez.

I. LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL.

El art. 32.2 de la Constitución Española encomienda al legislador civil la regulación del matrimonio y, concretamente, entre otros aspectos, las causas de separación y disolución y sus efectos. De acuerdo con ese mandato, el art. 81 del Código civil posibilita que se decrete judicialmente la separación "a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año de matrimonio", o bien "a petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación". Por su parte, el art. 82 enumera las causas legales de separación.

¿Qué es la separación? Muchos autores se refieren a la separación como aquella situación del matrimonio, producida por una sentencia judicial, en virtud de la cual, subsistiendo el vínculo matrimonial, se autoriza a los cónyuges a suspender su vida en común, alterándose, en consecuencia, tanto el régimen económico del matrimonio como el de las relaciones paterno-filiales. Sin embargo, como acertadamente se ha señalado, lo que se hace con esto es describir sucintamente los efectos de la sentencia. La separación es un concepto más amplio, que afecta a todos los supuestos en que los cónyuges suspenden su vida en común, independientemente de que lo hagan en virtud de una autorización legal o judicial, por decisión de uno solo de los esposos o por mutuo acuerdo¹.

La separación puede ser, por tanto, judicial o de hecho, produciendo efectos jurídicos distintos según se trate de una o de otra. Dentro de la separación judicial, el Código civil admite la separación de mutuo acuerdo (art. 81.1) y la separación causal (arts. 81.2 y 82).

Para que el juez pueda decretar la separación de mutuo acuerdo o separación



consensuada, el art. 81.1 Cc exige que la soliciten ambos cónyuges conjuntamente o uno con el consentimiento del otro, que haya transcurrido un año desde en momento en que se contrajo matrimonio y, además, que acompañe a la demanda una propuesta de convenio regulador de la separación.

Por el contrario, el art. 81.2 Cc -que se refiere a la separación causal- no requiere, como es lógico, la solicitud por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, ya que se trata de supuestos de separación litigiosa; tampoco resulta necesario que haya transcurrido el primer año de matrimonio; ni, naturalmente, que se acompañe una propuesta de convenio regulador. Para que se decrete judicialmente la separación causal es necesario que lo solicite uno de los cónyuges y que el otro esté incurso en alguna de las causas de separación enumeradas en el art. 82 Cc.

Este precepto tipifica como causas algunos supuestos que cabe adscribir al sistema de separación-sanción y otros al sistema de separación-remedio. De manera sucinta, por separación-remedio debemos entender aquellos supuestos en los que puede apreciarse la existencia de una situación objetiva de los cónyuges que exige el recurso a la separación. Cuando hablamos de separación-sanción, estamos aludiendo al supuesto en que la separación obedece a una situación que cabe atribuir de modo culpable a uno de los cónyuges².

Hay que tener en cuenta que la existencia de alguna o algunas de las causas de separación enumeradas en el art. 82 del Código civil y, por tanto, la posibilidad de que el cónyuge en quien no concurre dicha causa pueda solicitar (y, en su caso, obtener) la separación judicial, no impide a ambos cónyuges

optar por una situación fáctica de suspensión de la convivencia, pactando -o no- lo que estimen conveniente (separación de hecho). De igual modo, pueden acudir a la vía judicial ambos cónyuges conjuntamente (o uno con el consentimiento del otro) para obtener la separación de mutuo acuerdo, en cuyo caso sería irrelevante la existencia de la causa de separación y sería aplicable lo dispuesto en el art. 81.1 Cc.

2. EL ALCOHOLISMO, LA TOXICOMANÍA Y LAS PERTURBACIONES MENTALES COMO CAUSAS DE SEPARACIÓN.

El art. 82, 4^a del Código civil dispone que son causas de separación "el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia". Las diversas causas de separación aquí contenidas se introdujeron en la reforma de 1981³ y en su proceso legislativo, el texto del art. 82, 4^a sufrió algunas modificaciones importantes⁴.

Se trata de supuestos de separación-remedio, y no de separación-sanción, ya que no se basan en la "culpa" del cónyuge que padece la enfermedad⁵, ni siquiera en la enfermedad misma, sino que, junto a la existencia de la enfermedad, resulta necesario que el interés del otro cónyuge, o el de la familia, exijan la suspensión de la convivencia.

Algún autor ha señalado que el art. 82.4^o del Código civil establece realmente una causa temporal de separación, pues el precepto habla de "suspensión" de la convivencia, considerando que en los casos de alcoholismo,



toxicomanía o perturbaciones mentales la sentencia de separación sólo tendría eficacia mientras los referidos hechos exigieran la suspensión de la convivencia, y que, una vez curada la enfermedad quedaría sin efecto la "suspensión" de la convivencia⁶. No parece, sin embargo, que el Código admita la separación judicial temporal en ningún supuesto –aunque, naturalmente, en cualquier caso cabe la reconciliación de los cónyuges–. El art. 83, cuando establece que, lo hace sin distinguir las causas por las que se haya decretado la separación, por tanto, incluye también la producida por estas causas.

En ocasiones, estas causas de separación concurren con otras que sí deben calificarse como separación-sanción; concretamente, con las tipificadas como 1ª y 2ª en el art. 82 Cc: violación de los deberes conyugales (abandono injustificado del hogar; infidelidad conyugal, conducta injuriosa o vejatoria, etc.) o violación de los deberes en relación a los hijos⁷.

Por otra parte, conviene tener en cuenta que el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, pueden dar lugar –aunque de manera indirecta, como después veremos– al divorcio y pueden constituir, también, causas de nulidad matrimonial⁸. Será nulo el matrimonio en la jurisdicción civil si el padecimiento de estas enfermedades impide prestar consentimiento en el momento de contraer matrimonio (arts. 45.1º, en relación con el 73. 1º, y 56.2º del Código civil)⁹, o por la existencia de un vicio en el consentimiento: error en una cualidad esencial del otro contrayente (art. 73.4º del Código civil)¹⁰. Será nulo el matrimonio en la jurisdicción canónica si el enfermo es incapaz para contraer matrimonio (c. 1095 del Codex Iuris Canonici)¹¹.

2.1. PRESUPUESTOS

Para que se den estas causas de separación se requiere como único presupuesto que uno de los cónyuges padezca alguna de las enfermedades mencionadas en el art. 82. 4ª Cc: alcoholismo, toxicomanía o perturbaciones mentales. En el texto del proyecto de Ley presentado por el Gobierno, con motivo de la reforma del Código civil realizada el 7 de julio de 1981, el padecimiento de estas enfermedades se contemplaba como causa de separación siempre y cuando "no pueda esperarse razonablemente su restablecimiento". La Ponencia del Congreso, sin embargo, suprimió este inciso al aceptar la enmienda del Grupo Parlamentario *Socialistes de Catalunya* aduciendo como justificación que "la etiología de las anomalías o enfermedades contempladas aconsejan no colocar otro condicionamiento que el del interés familiar"¹².

Se ha señalado que los conceptos de alcoholismo y toxicomanía reclaman la idea de habitualidad y el de perturbaciones mentales debe entenderse en un contexto de continuidad y, por ello, situaciones esporádicas y pasajeras de embriaguez o de toma de drogas o los trastornos mentales puramente transitorios y no permanentes o cíclicos no conforman las causas específicas de separación legal aludidas en la norma¹³. Parece, en efecto, que los propios términos *alcoholismo* y *toxicomanía* implican cierto grado de habitualidad.

El diccionario de la Real Academia Española define el alcoholismo como "abuso habitual y compulsivo de bebidas alcohólicas" y su segunda acepción se refiere a "enfermedad ocasionada por tal abuso, que puede ser aguda, como la embriaguez, o crónica. Esta



última produce trastornos graves y suele transmitir por herencia otras enfermedades, especialmente del sistema nervioso". La toxicomanía viene definida como "hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones agradables o que suprimen el dolor".

La jurisprudencia ha venido exigiendo esa habitualidad, no admitiendo como causa de separación la embriaguez ocasional (Sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 17-09-1983 y de 30-10-1987; S. Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 18-09-1986).

Sin embargo, al aludir a las *perturbaciones mentales* —término, evidentemente, más amplio que el de "enajenación mental"— nada se exige, por lo que se ha afirmado que cualquier anomalía psíquica grave o leve, continua o intermitente, orgánica o funcional, con incidencia en la razón, en la voluntad, en la afectividad, en los instintos, en el sentido moral, es decir, cualquier síntoma psicopatológico, podrá ser alegado como causa de separación¹⁴. Ahora bien, la jurisprudencia ha exigido una cierta gravedad en las perturbaciones mentales para decretar la separación, bien considerando que determinados padecimientos no constituyen "perturbaciones mentales" o bien amparándose en que no resulta suficientemente probado la enfermedad o "el interés del otro cónyuge o de la familia" para suspender la convivencia. Así, por ejemplo, la S. de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 1-03-1988 afirma "de la apreciación de las pruebas periciales practicadas ha resultado acreditado que la esposa no padece ningún tipo de perturbación mental, sin que pueda calificarse como tal el hecho de que haya padecido algunos episodios de naturaleza angustioso-depresiva, que no ha

alterado sus facultades mentales, ni su conciencia del yo, ni su sentido de la realidad".

El cónyuge que presenta la demanda deberá probar que concurre la causa de separación alegada, es decir, que el otro cónyuge padece alguna de las enfermedades mencionadas. Para ello podrá utilizar cualquiera de los medios admitidos en Derecho, sin que resulte necesario —aunque sería prueba de ello— que exista una sentencia de incapacitación del enfermo por tal causa, ni que el enfermo esté hospitalizado¹⁶.

La jurisprudencia ha admitido todo tipo de pruebas, denegando la separación cuando ha considerado que no quedaba debidamente acreditada la causa alegada (S. Audiencia Territorial de Zaragoza de 13-01-1986; S. Audiencia Provincial de Badajoz de 5-05-1998; S. Audiencia Provincial de Málaga de 29-04-1999; S. Audiencia Provincial de Toledo de 15-05-2000). En otras ocasiones se decreta la separación pero por causa distinta a la alegada en primera instancia. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 21 de febrero de 1995 afirma "que el hecho de que se haya acreditado el internamiento del recurrente en un centro psiquiátrico durante doce días, con un diagnóstico de alcoholismo crónico, es dato insuficiente para acreditar la perturbación mental de éste, puesto que la separación de hecho se produce unos cinco años después del ingreso mencionado". Curiosamente, la Sala estima que procede decretar la separación del matrimonio, no por la perturbación mental del esposo, sino, como pretende el recurrente, por desaparición de la *affectio maritalis* (causa ésta no tipificada por el art. 82 del Cc).

A efectos de la separación, probada la enfermedad, resulta indiferente que existiera o no en el momento de contraer matrimonio¹⁷.



Naturalmente, la circunstancia temporal sí es relevante para la declaración de nulidad del matrimonio, ya que ésta sólo podrá ser declarada cuando la enfermedad existiera en el momento de prestar el consentimiento matrimonial.

2.2. REQUISITOS

La doctrina ha suscitado una especie de paradoja que podría concurrir en esta causa de separación, si dependiera en exclusiva de la aparición del alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales en un cónyuge¹⁸. En efecto, cuando se produce alguna de estas enfermedades en alguno de los cónyuges, parece elemental que los deberes de ayuda y socorro mutuos, previstos por los art. 67 y 68 Cc, sean exigibles en mayor medida, dada la situación de desvalimiento y la necesidad de cuidados del enfermo. Si la simple presencia de la enfermedad se conceptualizara como causa de separación, la virtualidad de esos deberes quedaría claramente entredicho. Para evitar esta paradoja, el Cc considera la enfermedad como presupuesto, pero contempla un requisito que modaliza la concurrencia de la causa de separación: se trata de que el interés del otro cónyuge o el de la familia "exija" la suspensión de la convivencia.

Por consiguiente, la existencia de la enfermedad no es en sí misma causa de separación, es tan sólo un presupuesto. Para que la causa de separación se produzca, el art. 82.4^a exige que, existiendo la enfermedad, *el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia*. El proyecto de Ley presentado por el Gobierno para la redacción de este artículo en la reforma del Cc de 1981, hacía referencia, únicamente, al interés de la familia. Fue la Ponencia, aceptan-

do una enmienda del Grupo Vasco, la que añadió junto al interés de la familia, "el interés del otro cónyuge". Se ha afirmado que este añadido carece de una justificación clara, porque dentro del interés de la familia quedaría incluido también el interés del otro cónyuge. En todo caso, lo que cabe deducir del añadido es que prima el interés del cónyuge sobre el interés de la familia. En efecto, el cónyuge enfermo puede tener interés en continuar la convivencia conyugal, y este interés debe considerarse también interés de la familia. Ahora bien, el interés del otro cónyuge por obtener la separación habrá prevalecido sobre el interés del cónyuge enfermo (de la familia) si la sentencia decreta la separación basándose en el requisito exigido por el art. 82.4^a del Código civil¹⁹.

Otras legislaciones son más exigentes para evitar que la posible protección que se conceda al cónyuge sano se utilice para eludir la ayuda y socorro que se debe al cónyuge enfermo, requiriendo que quede debidamente garantizada la atención de éste²⁰. También se incluye, a veces, la llamada *cláusula de dureza o de salvaguardia* que autoriza al juez a no conceder la separación —o el divorcio— cuando ocasione graves perjuicios al otro cónyuge o a los hijos²¹. Esta cláusula pretende que la solidaridad matrimonial prevalezca sobre el interés individual.

En nuestro Derecho, no hay más requisitos que el anteriormente mencionado que, en todo caso, supone un límite legal para el juez en un precepto que tan amplias facultades le concede, posibilitándole valorar las circunstancias, decretando la separación cuando se pruebe que el interés del otro cónyuge o el interés de la familia —en el que se incluye el del cónyuge enfermo— exigen la suspensión de la convivencia y declarando que



no hay lugar a la separación si, por el contrario, no queda suficientemente probado, tratando así de proteger el interés del cónyuge enfermo. Así, por ejemplo, se ha concedido la separación por causa de la enfermedad senil arteriosclerótica de un cónyuge, que le impedía mantener una situación normal de interrelación (S. de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 14-12-1989); o con motivo de la inclinación enfermiza al juego, que impedía que el cónyuge afectado entregara el dinero necesario para el sustento de la familia (sentencias de la Audiencia Territorial de Valladolid de 27-04-1984 y Audiencia Provincial de Córdoba de 8-05-1992)²². Por el contrario, no se ha concedido en otros supuestos por falta de prueba; así, la S. de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 13-01-1986 afirma: "...aunque fuese cierto el padecimiento de la enfermedad mental... se requiere... que el interés del otro cónyuge exija la suspensión de la convivencia, pero sobre tan fundamental extremo no se hizo prueba alguna y de las periciales se concluye que la convivencia con su esposa es conveniente para el demandado". La S. de la Audiencia Territorial de Bilbao de 17-06-1986 mantiene que al término interés del otro cónyuge "no debe otorgársele una significación meramente materialista, sino un sentido más humanitario, máxime teniendo en cuenta que el precepto olvida a la enferma, la cual, por su situación, debería ser la más amparada en su personal interés, centrado en la necesidad de ser asistida y no quedar abandonada, debiendo conjugarse, por tanto, ambos intereses". Otras sentencias consideran que no se prueba suficientemente el interés alegado (S. de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25-05-2000).

2.3. EFECTOS

2.3.1. Efectos derivados de la propia ley

De acuerdo con el art. 83 Cc, "la sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica".

La redacción del artículo 83 Cc no es muy afortunada, dado que los dos efectos que establece, puede presumirse que ya se han producido desde el momento en que se aceptó la demanda de separación. En efecto, el art. 102 del Código ya dispone que "admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio... los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal". Esto significa que "la suspensión de la vida en común" en estas situaciones no tiene por qué producirse exclusivamente como efecto de la sentencia, sino que puede haberse producido con anterioridad, incluso antes del momento de presentar la demanda judicial. En todo caso, la suspensión de la convivencia pudo ser efectiva desde el momento en que ésta sentencia fue aceptada. Por otra parte, y con relación a la potestad doméstica²³, el propio art. 102 Cc establece también que "salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica", por lo que el art. 83 apenas tiene la virtualidad de evitar la posibilidad de un pacto en contrario debido al cese definitivo de esa potestad doméstica.

A la vista de lo anterior, puede pensarse que el art. 83 subraya especialmente, no tanto los efectos que produce la sentencia de separación, cuanto los que no produce; esto es, deja claro que, a pesar de la separación, el vínculo matrimonial subsiste (sólo se suspen-



de la convivencia) con todo lo que ello lleva implícito.

La separación judicial produce también efectos en otros ámbitos jurídicos. Así, por ejemplo, como consecuencia de la suspensión de la convivencia, cesa la presunción de paternidad del marido contenida en el art. 116 del Código civil²⁴; y se producen modificaciones en los derechos hereditarios —tanto en la sucesión legitimaria (art. 834 C.c.²⁵) como en la intestada (art. 945 C.c.²⁶.)—. Asimismo, permite la revocación de las donaciones por razón de matrimonio (art. 1343 C.c.) y faculta al juez para conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años que la soliciten (art. 320, 2º Cc.).

2.3.2. Efectos determinados en la sentencia

Si la separación se ha decretado por una de las causas previstas en el art. 82.4ª, el procedimiento seguido no ha sido el de la separación de mutuo acuerdo, por lo que no procedía adjuntar a la demanda el convenio regulador previsto en el art. 90 del Código civil, sino que será el juez quien debe determinar, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 91, las medidas que considere oportunas en relación a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico (en su caso) y las cautelas o garantías respectivas. Estas medidas pueden ser las mismas que se dictaron al presentar la demanda o pueden ser distintas. Además, las medidas decretadas por el juez en la sentencia pueden ser modificadas si se produce una alteración sustancial de las circunstancias.

2.3.3. Efectos indirectos

La separación puede dar lugar al divorcio, y, por tanto, a la ruptura del vínculo conyugal, ya que de las cinco causas de divorcio regu-

ladas por el art. 86 del Código civil, cuatro están basadas en el cese efectivo de la convivencia conyugal, consecuencia de la separación judicial o, incluso, en algún supuesto, de la mera separación de hecho.

2.4. CONSECUENCIAS DE LA EXISTENCIA DE ESTAS CAUSAS DE SEPARACIÓN EN LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL JUEZ

La existencia de las enfermedades a que nos estamos refiriendo (alcoholismo, toxicomanía y perturbaciones mentales) puede incidir en las medidas que el juez adopte; fundamentalmente, en aquellas relacionadas con los hijos. De entre la jurisprudencia más reciente cabe destacar los siguientes elementos:

a) Guarda y custodia:

Normalmente, se concede la guarda y custodia de los hijos menores al cónyuge que no padece la enfermedad y, como consecuencia de la convivencia con los hijos, normalmente, se le atribuye al cónyuge no enfermo el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario que se encuentren en ella (vid por todas, la S. de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11-05-1999, en la que se atribuyó al padre la guarda y custodia y la vivienda por alcoholismo de la madre). No obstante, en algunos casos, la atribución de la vivienda, no es consecuencia directa de la atribución de la custodia al cónyuge no enfermo, en el supuesto de que los hijos no vivan en el domicilio familiar (vid. S. de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21-10-1998: aunque la guarda y custodia se haya asignado al padre, porque la madre se en-



cuentra realizando un tratamiento de rehabilitación por su adicción a las drogas y al alcohol, se le atribuye a la esposa la vivienda familiar puesto que el esposo vive con los hijos en otra provincia). Por último, puede darse algún caso en que, aun concurriendo alguna enfermedad en un cónyuge, se le atribuye la guarda y custodia por considerar que su estado de salud mental y física no le impiden hacerse cargo del cuidado de los hijos. (vid. S. de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9-06-1999, donde se mantiene la custodia a favor de una madre rehabilitada y con alta médica).

b) Régimen de visitas:

Normalmente, se limita, o incluso se suprime, el régimen de visitas al otro progenitor; si concurren circunstancias que así lo aconsejen. Cabe citar como ejemplo el caso de la S. de la Audiencia Provincial de Valencia de 16-07-1998, cuando declara no haber lugar a fijar régimen de visitas de la hija con el padre que está condenado por abusos sexuales con menor; sufre una enfermedad mental que le hace agresivo y padece de alcoholismo crónico. (Vid. también Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 12-09-1998 y de 24-02-2000; y S. de la Audiencia Provincial de La Coruña de 26-10-2001).

c) Modificación de las medidas:

Las medidas dictadas por el juez no son perpetuas. Por el contrario, cuando queda acreditado que se ha superado la enfermedad, el órgano judicial puede modificar la atribución de la guarda y custodia, en función de los intereses de los menores. (Vid. S. de la Audiencia Provincial de Jaén de 03-10-1997, donde se afirma que ha existido una modificación sustancial en las circunstancias, que permiten variar la atribución de la guarda y custodia de la hija menor en favor de la ma-

dre-actora, puesto que ha quedado acreditado en autos que el proceso de dependencia de la apelada a las bebidas alcohólicas está superado totalmente, sin que ello suponga demérito del padre, ya que atiende como preferente al mayor beneficio de la menor. Vid. también, S. de la Audiencia Provincial de Álava de 20-10-1999).

1 Cfr. VALLADARES RASCÓN, E., Nulidad. separación. divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio. Madrid 1982, p. 263. Sobre los efectos de la separación de hecho, vid. pp. 377-392.

2 Sobre el sistema seguido por el legislador: vid. , entre otros. CARRIÓN OLMOS, S., "Notas en sede doctrinal sobre el régimen jurídico de la separación judicial en el ordenamiento italiano. (De la separación por culpa a la separación por justa causa)" en Revista General de Derecho 1980, pp. 650-667; VALLADARES RASCÓN, E., Nulidad. separación. divorcio. cit., pp. 263 y 273-274; PUIG FERRIOL, L., "Comentario al art. 82 del CC", en Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. I, Madrid 1984, pp. 447-448; FOSAR BENLLOCH, E., Estudios de Derecho de familia. t. II-1º. La Constitución de 1978 y el Derecho de familia, Barcelona 1981, p. 23; LUNA SERRANO, A., El nuevo régimen de la familia, t. I. Matrimonio y divorcio. Madrid 1982, pp. 185-187.

3 Si bien en el texto del Código antes de 1981 no se incluían estas causas de separación, la Ley de divorcio de 1932 admitía como causa de separación y de divorcio la enajenación mental.

4 Sobre el iter legislativo del precepto, vid. GARCÍA CANTERO, G., Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. (M. Albaladejo, dir.), t. II (arts. 42 a 107), 2ª ed., Madrid 1982, pp. 270-272; PUIG FERRIOL, L., "Comentario al art. 82 del CC", en Comentarios a las reformas del Derecho de familia. cit., p. 469; VALLADARES RASCÓN, E., op. cit., pp. 300-303.

5 Aunque mayoritariamente los civilistas reconocen que se trata de enfermedades, algunos autores engloban las diversas causas bajo una rúbrica distinta. Así, por ejemplo, GARCÍA CANTERO, G., en Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, cit., pp. 270, las denomina



"perturbaciones de conducta y de las facultades mentales"; LUNA SERRANO, A., en *El nuevo régimen de la familia*, cit., p. 190, las califica de "actitudes psicológicas deterioradas de la convivencia"; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A., en "Comentario al art. 82 del C.C.", en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*, (J.L. Lacruz, coord.), 2ª ed., Civitas, Madrid 1994, p. 857, se refiere a ellas como "causas atinentes a la condición psico-física"; y MORENO QUESADA, B., en *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, (B. Moreno coord.), Valencia 2002, p. 115, habla de "circunstancias que perturban gravemente la convivencia".

6 Cfr. PUIG FERRIOL, L., "Comentario al art. 82 del CC", cit., p. 471. Añade este autor que la suspensión temporal está de acuerdo con la idea de separación-remedio, que debe quedar sin efecto a partir del momento en que desaparecen los hechos que hacen difícil la convivencia de los cónyuges. Apuntan también esta idea, Albácar y Martín Granizo, concluyendo que, a pesar de no ser demasiado justo ni muy racional, el Código no parece admitir la suspensión temporal (ALBÁCAR, J. L.; MARTÍN GRANIZO, M., *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 613).

7 Lasarte, en relación a las causas contenidas en el art. 82, 4º, afirma: "el padecimiento de tales trastornos o adicciones generalmente desembocará en la incursión por parte del cónyuge que las sufre en alguna de las conductas integradas en las causas 1ª y 2ª" (LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, t. VI, Derecho de familia, 2ª ed., Madrid 2000, p. 122); Moreno mantiene que "en cierta manera, pueden considerarse como causas, también, que dificultan o imposibilitan el cumplimiento de los deberes conyugales" (MORENO QUESADA, B., (y otros), *Curso de Derecho civil IV*, cit., p. 115), y Peña opina que "no es claro el fundamento de esta causa. El alcoholismo y la toxicomanía pueden ser signos de infracción grave de deberes conyugales (si se adquirieron culpablemente durante el matrimonio); pero entonces esta infracción habría de ser valorada incondicionalmente como causa de separación" (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, Madrid 1989, p. 95).

8 La bibliografía específica sobre el tema es bastante extensa. Vid., entre otros, GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Trastornos psíquicos y nulidad del matrimonio. Salamanca 1999* y "Alcoholismo y nulidad matrimonial (canónica y civil)", en *Hominum causa omne ius constitutum est*, Madrid 2000, pp. 635-655; PANIZO ORALLO, S., *Alcoholismo, droga y matrimonio. Salamanca 1984*; LÓPEZ ALARCÓN, M., "Nulidad, separación y divorcio por causa de perturbación psíquica, alcoholismo y toxicomanía", en *La Ley* 1982-I, pp. 867-876.

9 Art. 45, 1º: "No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial". Art. 73: "Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 1º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial". Art. 56, 2º: "Si alguno de los contrayentes estuvo afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento".

10 Art. 73: "Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 4º El celebrado 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".

11 Canon 1095: "Son incapaces de contraer matrimonio: 1º Los que carecen de suficiente uso de razón; 2º Los que padecen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y las obligaciones que mutuamente se han de conceder y aceptar; 3º Los que por causas de naturaleza psíquica no pueden asumir obligaciones esenciales del matrimonio".

12 Valladares, en relación a la aceptación de esta enmienda, señala: "no queda muy claro si con ello se quería hacer alusión a que la difícil convivencia en estos casos debe autorizar la separación, siendo indiferente el hecho de que el enfermo pueda o no restablecerse; o si a lo que se refiere la motivación es a que la naturaleza de las enfermedades señaladas dificultan extraordinariamente, en la mayoría de los supuestos, el que se realice un pronóstico razonable en cuanto a su restablecimiento". En su opinión, ambos argumentos justificarían la aceptación de la enmienda (VALLADARES RASCÓN, E., op. cit., p.



301). Fosar considera que es este segundo argumento el que lleva a admitir la enmienda, ya que sería "muy difícil de aportar una prueba pericial plena al juicio que acreditare tales extremos" (FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de familia*, cit., p. 62).

¹³ LUNA SERRANO, A., *El nuevo régimen de la familia*, cit., p. 191. También, en relación al alcoholismo, vid. ROMERO COLOMA, A. M^a., "El alcoholismo como causa de separación matrimonial", en www.peritajemedicoforense.com, p. 1. Matiza esta idea PUIG FERRIOL, L., "Comentario al art. 82 del CC", cit., p. 470, señalando que si bien puede estimarse válido para los casos generales, "no debe descartarse la posibilidad de que pueda obtenerse la separación de los cónyuges con base al art. 82.4^o C.C. en el supuesto de situaciones pasajeras de embriaguez o toxicomanía o en el de perturbaciones mentales transitorias, si, no obstante dichas modalidades, el interés de la familia o el del otro cónyuge –atendidas las particulares circunstancias concurrentes– exigen la suspensión de la convivencia".

¹⁴ Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, M., "Nulidad, separación y divorcio por causa de perturbación psíquica, alcoholismo y toxicomanía", cit., pp. 873 y 868-869. Pone de relieve este autor que la causa de separación es la perturbación mental, sin más condicionamientos intrínsecos, a diferencia de lo estipulado por otros Códigos europeos, que exigen cierta gravedad del disturbio mental, previsiones de irrecuperabilidad y certeza de la enfermedad a través de una experiencia temporal y de las oportunas pericias.

¹⁵ PUIG FERRIOL, L., op. cit., p. 470.

¹⁶ Señala Doral que "se refiere esta causa a los supuestos en que el enfermo no está hospitalizado, forma, en tal caso, de separación de hecho peculiar" (DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A., "Comentario al art. 82 del C.C.", cit., p. 858).

¹⁷ En contra, vid. ALBÁCAR, J. L.; MARTÍN GRANIZO, M., *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. 1, Madrid 1991, p. 613, que mantienen que "en el supuesto del alcoholismo o la toxicomanía anteriores a la celebración del matrimonio, no creemos que la situación pueda

constituir o al menos no como regla general una causa de separación, en cuanto no obstante ser conocida se accedió a la celebración de las nupcias. Y lo mismo decimos de las enfermedades mentales si hubieran sido conocidas previamente al matrimonio". Los propios autores matizan esta afirmación, admitiendo que la enfermedad anterior al matrimonio puede dar lugar a la separación, cuando ésta se base, no en el "interés del otro cónyuge" sino en el "interés de la familia".

¹⁸ García Cantero, en este sentido, afirma lo siguiente: "Si los cónyuges se deben ayuda y socorro mutuos (arts. 67 y 68), tal deber debe exigirse precisamente en las situaciones de necesidad, cuales son, en principio las descritas en la norma. Nadie como el otro cónyuge para intentar la curación de un alcohólico o de un toxicómano; pero si los intentos no llegan a tener éxito y se pone en peligro la salud o la integridad física de su consorte, o la misma vida familiar, no habrá más remedio que autorizar la interrupción de la convivencia. Corresponde al Juez determinar en cada caso lo que exige el interés familiar, que es no sólo el del otro cónyuge y el de los hijos –sin que parezca que se tomen en cuenta el de otros miembros de la familia–, sino hasta el del propio enfermo que rectamente entendido puede aconsejar la separación, en aras de un mejor tratamiento terapéutico, por ejemplo" (vid. GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, cit., p. 281). En el mismo sentido se expresa MORENO QUESADA, B., op. cit., p. 115. Por su parte, Ragel, afirma que: "La enfermedad de un cónyuge, por sí misma, no justifica una separación matrimonial. Al contrario, uno de los deberes conyugales más relevantes desde el punto de vista legal es el de ayuda y socorro mutuo, que ha de manifestarse fundamentalmente en estas situaciones adversas. Ahora bien: cuando la enfermedad (y el alcoholismo y la toxicomanía tienen esta calificación) llega a tal extremo de gravedad que perturba gravemente la convivencia, rompiendo la paz matrimonial e impidiendo que se produzca la transmisión emocional entre los cónyuges, el Derecho prefiere preservar la integridad física y psíquica del cónyuge no afectado por la dolencia y de los restantes



miembros de la familia, posibilitando de esa manera la separación por vía judicial y la consiguiente suspensión del deber de convivencia. (vid., RAGEL SÁNCHEZ, L.F. Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia. Madrid 2001, p. 165).

19 Cfr. PUIG FERRIOL, L., op. cit., p. 471. En el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., Derecho de familia, cit., pp. 95-96 afirma que es "en la referencia al interés del otro cónyuge donde la causa encuentra fundamento". Por otra parte, Roca, aunque no se refiere expresamente a este supuesto, considera que en los casos en que se produce un conflicto entre el interés familiar y el individual, prevalece este último, siempre que pueda afirmarse que el interés tiene como base el ejercicio de un derecho fundamental (ROCA TRÍAS, E., Familia y cambio social (De la "casa" a la persona). Madrid 1999, p. 76).

20 El Grupo Parlamentario Coalición Democrática presentó una enmienda –que no prosperó– en este sentido; la enmienda iba dirigida a impedir al juez la concesión de la separación cuando el cónyuge enfermo no quedara suficientemente asistido y no se asegurase su subsistencia. También la Ley de divorcio de 1932 incluía una condición similar.

21 En el Proyecto de Ley que presentó el Gobierno se incluía para el divorcio, con carácter general, la mencionada cláusula de dureza, pero tras un amplio debate, fue suprimida en el Congreso.

22 Citadas por RAGEL SÁNCHEZ, L.F. Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia, cit., p. 165.

23 La potestad doméstica está regulada por el art. 1319 Cc.: "Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge".

24 Art. 116 C.c.: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y

antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

25 Art. 834 Cc.: "El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora".

26 Art. 945 Cc.: "No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente". Art. 944 Cc.: "En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente".