TRIBUNAL ECLESIASTICO DE MALLORCA SEPARACION CONYUGAL POR ABANDONO MALICIOSO

SENTENCIA

(*Omissis*)

I. SPECIES FACTI

1. Don F. y doña E. contrajeron matrimonio canónico el día 3 de diciembre de 1940, en la Iglesia Z., de X. De este matrimonio nacieron dos hijos, llamados A. y F., que, en la actualidad, cuentan 17 y 15 años de edad, respectivamente. El matrimonio, que anteriormente había residido en otras ciudades españolas, fijó su domicilio en X., en el año 1954, a donde vino destinado el marido por razón de su cargo. La esposa, desde hace algunos años, se desplazaba frecuentemente a Y., su patria de origen, y allí permanecía largas temporadas, perturbando con esta manera de proceder la paz y armonía del hogar; ya que no eran del agrado del marido tales ausencias prolongadas. En vista de ello, el marido hizo saber a la esposa de un modo fehaciente, por medio de requerimiento notarial, el 10 de abril de 1959, que quería que permaneciera en el hogar familiar, cumpliendo sus obligaciones de esposa y madre; y que no se ausentara del mismo con sus hijos, a no ser durante los meses de las vacaciones estivales de éstos, en que podía trasladarse a Y. para atender a sus intereses en dicho país. El marido se mostraba dispuesto, además, a permitir el desplazamiento de su esposa a Y., en aquellos otros casos, en que fuese preciso y por el tiempo mínimo necesario. La esposa que, durante cierto tiempo, pareció estar conforme con la proposición del marido, sin embargo, después de las vacaciones de Navidad de 1960, que los hijos y el matrimonio fueron a pasar en Y., se quedó con los hijos allí, y, aunque el hijo mayor vino en el mes de agosto de 1961, ella siguió allí con el hijo menor, siendo inútiles las gestiones realizadas por el esposo para lograr que se reintegrara al domicilio conyugal. Así las cosas, el esposo, el 1 de diciembre de 1961, interpuso demanda de separación conyugal, alegando como causa, el abandono por parte de su esposa. Admitida la demanda y citada la esposa demandada, después de varias prórrogas concedidas a petición de la misma,

y, habiéndosele nombrado abogado de oficio, por decir que atravesaba una situación económica precaria, y otorgada su conformidad para que el mismo abogado la representara; teniendo en cuenta, además, que, en escritos enviados al Tribunal, acusaba al marido de malos tratos, el 30 de junio de 1962 se concertó el siguiente dubio: «¿Procede o no conceder la separación temporal a don F., por abandono malicioso de su esposa, doña E.? O, por el contrario, ¿procede o no conceder la separación temporal a la segunda, por sevicias del primero?».

II. IN IURE

2. Es un grave deber de los esposos, como prescribe el canon 1.128 del Código de Derecho Canónico, la observancia de la comunidad de vida, si no existe alguna causa justa que los excuse. Este deber de la comunidad conyugal está impuesto por la naturaleza misma de la institución matrimonial, como consecuencia de los fines del matrimonio y de los derechos y obligaciones que regulan las relaciones conyugales. Por eso señala la doctrina: «Puesto que la misma naturaleza inclina a la unión del hombre y la mujer y a la propagación de la prole, inclina también a la cohabitación de ambos, para que la misma prole sea educada más fácil y convenientemente. Y, si el contrato conyugal convierte en obligación esa inclinación de la naturaleza, es porque la obligación procede de la misma naturaleza del matrimonio. Por otra parte, como la propagación y adecuada educación de la prole constituyen el fin primario del matrimonio, no se puede eliminar la cohabitación de los padres, puesto que los hijos necesitan de varias cosas, de las cuales unas son propias del hombre y otras, por el contrario, propias de la mujer» (Sánchez, *De matrim.*, lib. IX, d. 4, n. 3 y 4; Le Picard, *La communauté de la vie conjugale*, París, 1930, pág. 29; Miguélez, *El «favor iuris»*, R.E.D.C. II, 1948, pág. 386).

3. Asimismo el deber de la cohabitación inherente al estado conyugal, no sólo tiene un aspecto privado o intersubjetivo, sino que reviste un carácter público. Responde, en efecto, no sólo a una situación jurídica personal que vincula a los casados de un modo recíproco, condicionado al ejercicio del derecho correlativo de la otra parte, sino que, además, responde a una necesidad social, en virtud de la cual, el derecho impone a ambos la obligación de cohabitar, obligación que pesa por igual sobre los dos esposos y de la cual responden ante la sociedad. Sobre este carácter de la cohabitación como deber de orden público, escribe el Auditor de la Rota Española, Del Amo: «La separación conyugal y la cohabitación no son asuntos privados que sólo afecten al interés particular de los esposos, antes muy al contrario, interesan grandemente al bien social. Como interesa a la Iglesia que los matrimonios celebrados no se disuelvan, así interesa socialmente que todos los casados convivan y no desnaturalicen el santo matrimonio, lo cual no se hace sin grave daño para la sociedad» (*La defensa del vínculo*, n. 107, pág. 145).

Y certeramente ya había señalado el interés social de la cohabitación una

resolución de la S. C. del Concilio de 1884: «La comunidad de vida ha de ser perpetua e inseparable... puesto que no sólo conviene al interés público que la sociedad conyugal permanezca para la procreación de los hijos, sino también al interés de la Iglesia, ya por razón del Sacramento, en cuanto al cual, una vez unidos por Dios, no pueden separarse en modo alguno, ya también por el peligro de que un cónyuge, estando el otro ausente, sufra alguna debilidad humana» (A.S.S. vol. 17, pág. 188).

Siendo esto así la comunidad conyugal no puede depender del libre albedrío de los esposos, ni puede tampoco ser destruída ni modificada jurídicamente por la voluntad de uno de ellos, ni siquiera por el acuerdo de los mismos.

4. Mas ocurre, a veces, que la cohabitación se hace imposible para alguno de los cónyuges, o tan sumamente difícil, que resulta una carga demasiado onerosa para su vida y salud o para su alma. En tales circunstancias cede el deber de convivencia, pues, aunque el derecho natural y divino imponen la cohabitación habitual de los esposos, sin embargo, no es dicha obligación de tal género, que no pueda en ningún caso establecerse la separación. A este respecto enseña la S. Rota Romana: «Como la cohabitación de los cónyuges no pertenece a la esencia del matrimonio, sino a la integridad del mismo, nada impide que por justas causas sea suspendida, como consta por el Conc. Trid., ses. XXIV, can. 8». Estas causas excusantes del deber de cohabitación han de ser moralmente ciertas y tan graves que por ellas la convivencia conyugal, en vez de la amorosa unión, resulte una fragua de desdichas, al menos, para uno de los esposos. La misma Rota las señala con estas palabras: «La causa de separación para que sea legítima debe ser proporcionada, esto es, que contenga un peligro para el alma o para el cuerpo, tan grave que al mismo ceda la obligación por la que en derecho los cónyuges están obligados a guardar la comunidad de vida conyugal» (S.R.R.D., Vol. XXII, decís. 47, n. 2).

El canon 1131, entre las causas que constituyen motivo legal de la separación temporal, reseña expresamente las sevicias que hagan la vida en común demasiado difícil. El concepto de sevicias es genérico y en él se comprenden tanto los malos tratos de obra, como los malos tratos de palabra. Y en uno y otro caso han de revestir los caracteres de gravedad, al menos en su conjunto, y de continuidad o permanencia. Así se lee en la sentencia antes citada de la S. Rota Romana: «Hay que tener por justa la causa de separación, cuando se ha probado ciertamente que se da en un cónyuge una malicia duradera y una asidua propensión a inferir al otro algún mal grave, porque entonces exigir la comunidad de vida sería imponerle una carga tan pesada que la recta prudencia prohíbe imponer a las fuerzas de una persona constante. Por el contrario no es lícito decretar la separación a causa de leves incomodidades, aunque reiteradas, como, por ejemplo, por causa de incompatibilidad de caracteres, ni tampoco por riñas más graves, pero que, habiéndose originado por una insólita ira o por una imprevista perturbación, no excluyen la esperanza de una próxima reconciliación, ni mucho menos por una justa corrección o

reprehensión; pues todas las molestias de este estilo no causan grave ofensa ni miedo en un ánimo constante» (Sent. citada, n. 4). No puede, por tanto, pedir la separación por sevicias el cónyuge, que con su conducta las provoca, y, menos, ser declarado parte inocente. Porque, si la separación solamente se concede para evitar un mal, que de otro modo no se puede evitar, el que provoca y sufre las sevicias tiene en sus manos el remedio para evitarlas: modificar su conducta y no cometer en el futuro las acciones provocadoras.

5. Aunque el Código de Derecho Canónico no lo menciona expresamente en el canon 1131, sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina canónica admiten el abandono malicioso como causa de separación temporal. Algunos autores se han esforzado por asimilar esta figura a algunas de las causas genéricas, como el grave peligro para el alma o para el cuerpo. Así, por ejemplo, Aichner, cuya doctrina acerca del abandono malicioso fue recogida muy detalladamente por una sentencia rotal de 17 de marzo de 1913 c. Perathoner, estima que el abandono malicioso debe ser admitido como causa de separación por redundar en odio capital o por producir profundas amarguras en el espíritu del abandonado (*Compendium Iuris Ecclesiastici*, Brixae 1911, pág. 721, nota 17). Según Wernz-Vidal, el abandono malicioso debe ser tenido en cuenta entre las causas que se refieren al peligro para el cuerpo (*Ius matrimoniale*, Romae 1928, n. 645).

La Instrucción Austríaca del Cardenal Rauscher, menciona expresamente el abandono malicioso, como causa de separación. Dice así en el párrafo 209: «El cónyuge, a quien la otra parte abandonó maliciosamente, puede pedir la separación, hasta que el reo de abandono demuestre suficientemente que está dispuesto a cumplir las obligaciones conyugales». Mas, como en el párrafo 208 de esta misma Instrucción se lee: «Los cónyuges en tanto están obligados al consorcio de vida, en cuanto puedan continuarlo sin peligro del alma, de la vida, o de la salud», puede decirse también que el abandono malicioso se asimila en este documento a las diversas causas que constituyen un «*periculum corporis*», y en este sentido se manifiesta Aichner al comentarlo (S. Cipriani, *Instructio matrimonialis Rvdmi. D. de Rauscher Archiepiscopi Vindebonensis*, 1853-1856, en *Apollinaris*, 16, 1943, pp. 100 ss.).

La jurisprudencia postcodicial se basa normalmente en el criterio de analogía, admitido por el canon 1131, para fundamentar la acogida del abandono malicioso como causa de separación. Así en la sentencia de 6 de diciembre de 1929 c. Morano se lee: «Las causas de separación son varias, como resulta del canon 1131. Pues las palabras del canon: "Aliaque id genus" significan que existen otras causas de separación temporal, que en el propio canon no han sido expresadas. Entre estas causas debe enumerarse el abandono malicioso» (S.R.R.D., Vol. XXI, decis. 63, n. 4). No falta, sin embargo, alguna sentencia rotal que tiende a dar fisonomía y tipicidad propia al abandono malicioso frente a las restantes causas de separación conyugal. En este sentido se expresa sobre todo la sentencia c. Wynen del 16 de febrero de 1940: «No puede negarse que entre las causas de separación temporal debe enumerarse

tanto la denegación de alimentos como el abandono malicioso. Pues ciertamente en el primer caso apremia el peligro de la vida, es decir, se da en sumo grado el grave peligro del cuerpo, explícitamente enumerado por el canon 1131 entre las causas de separación temporal. Y en el segundo caso la parte abandonada se ve privada de sus derechos, en tanto el abandono sea realmente malicioso, esto es, hecho sin justa causa» (S.R.R.D., Vol. XXXII, decis. 12, n. 2).

Modernamente se acusa también una línea doctrinal que tiende a configurar el abandono malicioso, como causa típica propia, distinta de las demás de separación temporal, y, por consiguiente, como una causa que, sistemáticamente, debe considerarse no incluida en la cláusula «haec aliaque id genus». En esta línea de pensamiento se sitúa Graziani, que, al comentar la sentencia rotal de 17 de marzo de 1913, hace observar que no es posible reducir «la malitiosa desertio» al común denominador del «periculum vitae vel corporis», toda vez que tal peligro, determinado por la convivencia, ha venido a cesar por efecto del abandono (Jurisprudenza della S.R.R. in tema di separazione personale, «Il Diritto Ecclesiastico», 52, pág. 327). Análogas observaciones formula Miguélez, para quien el abandono malicioso no encaja en ninguna de las causas contenidas en el canon 1181, sino que su admisibilidad ha de buscarse en el principio contractual: «frangenti fidem, fides non est servanda» (l.c. pág. 392). Pero es Bernárdez quien de un modo más completo ha establecido la tipicidad autónoma del abandono malicioso, fundado en las siguientes razones: En primer lugar, las causas de separación tipificadas por la ley consisten en una conducta o situación positiva del cónyuge culpable, mientras que el abandono es una actitud fundamentalmente negativa, es decir, el incumplimiento de todo deber conyugal. En segundo término, el fundamento de las causas de separación radica en la peligrosidad o en la grave dificultad que supone la vida en común, mientras que en el abandono no existe de un modo formal y expreso esta peligrosidad o dificultad, toda vez que la convivencia ha sido cancelada por la resistencia de uno de los cónyuges a observar el deber de la comunidad conyugal. Por último, la separación por la causa del canon 1131 tiende precisamente y de un modo formal a establecer la separación; en cambio, la separación judicial por abandono malicioso tiende formalmente a dar eficacia jurídica a un estado de separación de hecho ya introducido arbitrariamente por el cónyuge disidente (Cfr. Las causas canónicas de separación conyugal, Madrid 1961, págs. 546-547).

El Motu proprio «Crebrae allatae» que disciplina el matrimonio canónico en la Iglesia Oriental, alude expresamente al abandono malicioso configurándolo como causa típica independiente de las demás. Pues en el canon 120, que reproduce literalmente los dos párrafos del canon 1131 del Codex, se añade un nuevo párrafo que dice: «También el cónyuge maliciosamente abandonado por el otro puede obtener el decreto de separación del Jarca del lugar por un tiempo definido o indefinido» (A.A.S., 41, pág. 115). Por eso, es de esperar que, en el nuevo Código que se prepara para después del Concilio Vaticano II, se formulará el abandono malicioso como figura autónoma.

6. El abandono malicioso, en su sentido propio y específico, es una especie de separación privada o de separación de hecho establecida por decisión unilateral de uno de los cónyuges, sin que le asista una razón que lo justifique. Son dos los aspectos que puede ofrecer el abandono en su acepción material: el primero constituido por el hecho de alejarse un cónyuge del domicilio, y el segundo por la oposición de cualquiera de ellos a que el otro permanezca en el mismo. Pero, en uno y otro caso, para que el abandono pueda calificarse de malicioso, es preciso que no exista justa causa y se realice dolosamente, o lo que es igual, entrañe el deseo o la resolución de romper el consorcio conyugal en el plano de la realidad social. En las sentencias rotales ya citadas vemos indicados estos elementos y caracteres que configuran el abandono como causa de separación. Así, en la sentencia c. Perathoner se dice: «Para que el abandono pueda ser calificado de malicioso, se requiere que sea injusto y doloso con intención de romper el consorcio conyugal. Y es injusto el abandono, si se hace sin justa causa o sin algún título justo». La sentencia c. Morano, con una mayor sistematización, primeramente, ofreciendo el concepto de abandono malicioso, afirma que éste tiene lugar «cuando uno de los cónyuges se aparta o expulsa de su lado al otro con ánimo de eludir las obligaciones conyugales y sin justa causa». Y a continuación, en conformidad con el concepto formulado, concluye: «Por tanto, para que se dé el abandono malicioso, se requieren estos tres elementos: 1.º la separación o expulsión del otro cónyuge; 2.º el ánimo de cancelar los deberes conyugales; 3.º la falta de causa justa. Y son justas causas aquellas que, por los cánones 1129 y 1131, se atribuye al cónyuge el derecho de separación perpetua o temporal».

Se excluye, pues, como causa justificativa del abandono cualquier circunstancia que no pueda reconducirse a los motivos de separación admitidos por la ley. Y admitir otras causas justificativas del abandono, distintas de las que confieren el derecho a la separación e insuficientes para legitimar ésta, sería un contrasentido manifiesto. Equivaldría a reconocer indirectamente o por otro camino, lo que no se puede obtener directamente o por el camino legal. Y el juez ante una situación de separación de hecho no podría considerar culpable ni al abandonado, que no tendría motivo legalmente suficiente de separación, ni al fugitivo cuya ausencia vendría justificada por otra causa distinta (cfr. Bernárdez, o.c., pág. 569).

7. La falsa persuasión subjetiva de que existe una causa para entablar la separación, no basta para excluir el carácter malicioso del abandono; ya que la separación por decisión propia sólo está admitida cuando la causa es cierta, y, por lo mismo, no puede justificarse el abandono fundado en la mera creencia de la falta cometida por el cónyuge abandonado.

Con todo, no es malicioso el abandono, cuando la separación se ha pactado de común acuerdo entre los esposos, o el abandono ha sido consentido por la parte abandonada; pues, aunque el consentimiento mutuo no es, en el ordenamiento canónico, causa suficiente de separación, y carece de eficacia jurídica la separación convencional, sin embargo, falta en ese caso el presupuesto ne-

cesario de la injusticia, según el conocido principio: «scienti et volenti non fit iniuria». Pero la cesación por revocación del consentimiento puede transformar la situación de separación convencional en un verdadero y propio abandono malicioso, si uno de los cónyuges, ante la invitación de la otra parte, se niega a reanudar el consorcio conyugal (cfr. S.R.R.D., vol. V, decis. 19, n. 9; Bernárdez, o.c. págs. 559-563).

8. Ciertamente es al varón a quien corresponde elegir el domicilio matrimonial. El Codex le atribuye esta facultad en el canon 93 al ordenar que el domicilio de la mujer será siempre el del marido, a menos que la misma se hallare legítimamente separada. Y, por tanto, la mujer que, sin causa suficiente, se negare a vivir con el marido en el domicilio del mismo, incurrirá en abandono malicioso. Conviene a este propósito invocar la autoridad de Ferraris, cuya doctrina es literalmente recogida en la sentencia de 17 de marzo de 1913: «La esposa, hablando propiamente, es quien tiene la obligación de cohabitar con su marido y no éste con aquélla, es decir, que es facultad del marido y no de la mujer, elegir el domicilio o lugar en donde habiten y vivan conjuntamente, pues, como dice el Apóstol (Eph. VI, 22), el varón es la cabeza de la mujer. De ahí que la mujer ordinariamente tenga obligación de seguir al marido cuando cambia de domicilio en atención a una causa justa, con tal que semejante cambio no resulte excesivamente molesto para la mujer, pues se entiende que ésta no se obligó a seguirle con tanta molestia o peligro para la salud, vida, honra, etc. Por lo demás, la esposa no es esclava y sierva de su marido, sino señora y compañera» (S.R.R.D., vol. V, decis. 19, n. 12). Y la misma sentencia formula en estos términos el abandono por negativa de la mujer a seguir a su marido: «Existe abandono malicioso cuando la esposa pertinazmente y sin justa causa se resiste a seguir el domicilio que el marido tuvo que establecer o cambiar por razón de necesidad, por ejemplo, a causa de su cargo o de su profesión» (l.c. n. 6).

9. Puesto que el abandono malicioso es una causa de separación temporal, la razón que fundamenta la separación depende de la conducta futura del cónyuge disidente. Es evidente que, cuando regresa el cónyuge que abandonó al otro, con ánimo de cohabitar y de cumplir sus obligaciones matrimoniales, cesa la causa de separación y, por lo mismo, ya no hay lugar a ella. De ahí que el regreso del fugitivo no pueda ser impedido por el cónyuge abandonado, que está obligado a recibirle. En este sentido, la sentencia de 16 de febrero de 1940 c. Wynen dice: «Mas el abandono malicioso no atribuye al cónyuge abandonado en modo alguno el derecho de impedir que el cónyuge fugitivo regrese, dispuesto a restaurar la vida conyugal» (S.R.R.D., vol. XXXII, decis. 12, n. 2).

10. Por último, el ánimo de volver a cumplir las obligaciones conyugales debe ser probado legítimamente por el fugitivo. Y sólo, cuando el demandado por abandono malicioso pruebe suficientemente su disposición de retornar al hogar, deberá denegarse la separación. En caso contrario, ésta ha de concederse por tiempo indefinido, esto es, hasta que el culpable de abandono de-

muestre suficientemente su buen ánimo para cumplir los deberes conyugales (cfr. Instruct. Austríaca, párrafo 209; S.R.R.D.; vol. XXI, decís. 63, n. 10).

III. IN FACTO

11. El demandante tiene, por razón de su cargo, el destino, y, por tanto, el domicilio y residencia en esta ciudad de X., desde últimos de 1954. Así se hace constar en el certificado, expedido el 4 de febrero de 1963...

12. Los testigos, que han declarado a instancia del demandante, se muestran unánimes en afirmar, que la esposa se ausentaba con frecuencia del domicilio conyugal, marchando a Y.; y, como estas ausencias repetidas y prolongadas no agradaban al marido, eran causa de disgustos en el matrimonio. Así C., que estuvo catorce meses como asistente en casa de Don F., dice: «Entre ellos no había peleas; pero algunas veces había discusiones, porque ella quería marcharse a Y. Hace unos seis años, durante el tiempo que yo estuve como asistente, la esposa vino a X. tres veces; y la vez que estuvo más aquí, estuvo tres meses. Las otras veces estuvo algo más o menos de un mes» (fol. 108). A., que reemplazó al anterior en el cargo de asistente, declara igualmente: «Había disgustos entre ellos, pues incluso algunas veces comían aparte. A la esposa se la veía que tenía inclinación a ir a Y. Yo estuve diez y seis meses como asistente, y la esposa pasó más tiempo en Y. que en X. Al esposo no le gustaba que ella estuviera en Y., sino que prefería que estuviera aquí» (fol. 109). R., refiriéndose a la época comprendida entre junio de 1958 y octubre de 1959, en que vivió con Don F., en calidad de asistente, manifiesta que la esposa pasó en X. sólo algunos períodos de un mes o dos (fol. 118). Y estos tres testigos coinciden en afirmar que D.^a E. tenía la preocupación de enviar o llevarse zapatos a Y. Razón económica que no puede justificar sus repetidas y prolongadas ausencias en detrimento de las superiores necesidades y obligaciones matrimoniales, sobre todo, porque el ejercicio de la profesión del marido es suficiente para la vida honesta y decorosa de la familia.

13. El marido, que ya había tratado de normalizar la vida familiar, haciendo proposiciones a su esposa para conseguir que las ausencias y traslados de la misma fueran menos frecuentes y menos duraderos, como aquélla no cambiara de actitud, la hizo saber cuál era su postura, por medio de un requerimiento notarial, intimado el 10 de abril de 1959. He aquí el contenido del mismo: «Es firme voluntad del requirente que los hijos del matrimonio permanezcan en el domicilio familiar y en su compañía y sigan en X. sus estudios, cesando en su labor de captación hacia sí, con menoscabo de la autoridad paternal. Es igualmente voluntad decidida del requirente que su esposa permanezca en el hogar familiar cumpliendo en él sus obligaciones de esposa y madre; que deje en lo sucesivo de ausentarse del mismo hogar, para que así se normalice la vida familiar, sin perjuicio de que una vez conseguida dicha normalización y de acuerdo con lo que el requirente le expuso en su carta de fines de septiembre de 1958, la que le fue entregada por medio del

Abogado y Notario Sr. J. de Y., pueda trasladarse a Y., si éste es su gusto, con sus hijos durante las vacaciones estivales de éstos, para así atender a los intereses que tiene en Y. y revisar la gestión de su administrador, y sin perjuicio también de que, si en un caso dado se hace preciso su desplazamiento a Y., pueda ir, con la autorización del requirente, por el tiempo mínimo necesario» (fol. 2).

La postura del marido ante la actitud reprensible de la demandada, claramente reflejada en este requerimiento, lejos de ser absolutista, es amplia y sumamente generosa. Las condiciones exigidas a la esposa para restaurar la comunidad de vida, en forma habitual, no pueden ser consideradas como onerosas; son más bien concesiones que demuestran buena voluntad y sincero deseo de lograr la paz y armonía conyugal. Por eso lo razonable hubiera sido que la esposa las hubiera aceptado. Pero, de hecho, las rehusó; pues, aunque vino a X. en alguna ocasión y permaneció en el domicilio conyugal algunos períodos breves de tiempo, prolongó aún más sus estancias en Y., durante los años 1959 y 1960, con el consiguiente abandono de sus obligaciones matrimoniales. El testigo H. dice a este respecto: «En 1959 hubo disgustos por diferencias entre ellos, porque ella pasaba mucho tiempo en Y., y su marido no quería que estuviera tanto tiempo allí. Ellos acordaron que la esposa y los hijos irían de vacaciones a Y. y permanecerían allí todo el tiempo de las vacaciones escolares, y volverían al empezar el curso. Ya tenían este acuerdo antes del año 1960. Pero después D.^a E. pasó medio año en Y. y esto no lo quería su esposo» (fol. 110). La señora D., esposa del testigo anterior, se expresa en términos semejantes, confirmando de este modo la actitud de rebeldía de la esposa, en orden a la normal cohabitación: «Ella quería estar siempre en Y., y a su marido esto no le gustaba. Su marido siempre la ha permitido que los meses de vacaciones escolares los pasara en Y. con los hijos. Ella, aunque venía a X., sin embargo, se iba con frecuencia a Y. y estaba allí más tiempo de lo que había acordado con su marido, pues tenía allí un negocio de calzados» (fol. 112). Y el testigo S. narra cómo conoció a los consortes litigantes el año 1960, por haber entrado al servicio de Don F., como asistente; y que apenas trató a D.^a E., porque ésta se marchó a Y. el mismo día en que él inició su servicio de asistente, viniendo luego a X., sólo por quince días, en ocasión que el testigo estaba con permiso en Z., por donde pasó D.^a E. y con la que habló, cuando ésta se dirigía nuevamente a Y. Y el mismo testigo añade: «Pude observar que, cuando la señora marchaba a Y., quedaban el esposo y los hijos sin nadie, debiendo yo cuidar de la casa en general y de los chicos» (fol. 122).

14. Por último el marido, en su noble afán y justo deseo de conseguir la restauración de la comunidad de vida, bien por gestiones directas, bien mediante los buenos oficios o ayuda de personas conocidas y amigas, trató de superar la contumacia y oposición de su esposa, dándole las mayores facilidades, para que, asegurados sus intereses y resueltos sus negocios en Y., se comprometiera a vivir, de un modo habitual, en el domicilio conyugal. Mas la esposa, que pareció acceder a estas nuevas insistencias del marido e incluso

se obligó a ello por escrito, de hecho se quedó en Y., a donde fue con los hijos en diciembre de 1960; y, habiendo ido allí el marido a pasar aquellas navidades, se negó a regresar al hogar familiar, del que ya tres años está ausente. Dice el testigo H.: «Es cierto que Don F. dio a su esposa, por medio del Sr. W., unos tres mil marcos, para que ella viniera a X., pero ella no ha vuelto. Mi esposa y yo hicimos un préstamo, sin interés ninguno, de tres mil marcos a D.^a E. para facilitar la armonía entre los esposos, y ella hasta ahora no me lo ha devuelto ni tampoco ha venido a X.» (fol. 110). Y esto está bien corroborado por el testimonio de la señora D., esposa del testigo anterior (fol. 111). Y la propia «demandada» ha reconocido, en su confesión judicial, que efectivamente recibió el préstamo de 3.000 marcos del matrimonio H.-D.; y obra en autos un documento firmado el 12 de octubre de 1960 por la demandada, que ha reconocido la autenticidad de su firma, en el que, después de hacerse constar que ha recibido 3.270 marcos del señor W., se dice: «Por la presente acepto la condición estipulada por mi marido F. Después de haber cogido y empleado una administradora, residiré siempre en X., como lo desea mi marido y me desplazaré una o dos veces al año a Y., permaneciendo algunas semanas solamente para arreglar las cuentas» (fol. 100 y 88). Compromiso que hizo y firmó libremente en Y., estando su marido en X. A su vez M., como sucedido durante la estancia del demandante en Y., en el mes de diciembre de 1960, refiere lo siguiente, que refleja la buena disposición de ánimo del marido y la oposición de la esposa a la convivencia, así como su voluntad caprichosa: «Don F. tuvo que venir con un hijo a mi hotel, algún tiempo antes de Navidad, en donde estuvo unas tres semanas. Yo invité a los esposos y a los hijos a cenar la noche de Navidad, para ver si lograba la reconciliación. Don F. estaba dispuesto a reconciliarse; pero su esposa, una vez quería una cosa y otra vez quería otra. Don F. quería vivir en X., pero su esposa no quería; pues decía que había mejores colegios en Y. para los hijos» (fol. 112). Motivo especioso, porque en X. existen también buenos colegios católicos, y, como en uno de ellos se venían educando los hijos y habían cursado ya, el menor tres años, y el mayor cinco años de bachillerato, el cambio, más que favorable para su educación católica y humana, podría ser perjudicial. Por otra parte, aunque los hijos se educaran en Y., si los padres lo prefirieran así, jamás podría justificar la separación conyugal, que se debería salvar como bien superior, con el internado de los hijos en un colegio católico. Y G. declara: «El marido no la ha echado, sino que quiere vivir con ella, pues ha venido algunas veces a mi casa diciéndome a ver si yo podía arreglar el que su esposa viviera con él. Yo le decía que era él quien tenía que arreglar esto. Yo creo que, si ella está en Y. es porque quiere; pues él siempre ha dicho que tiene aquí la casa abierta, y conozco muy bien a F.» (fol. 113).

15. Por consiguiente, de lo alegado y probado por el actor resulta plenamente constatado en autos, que D.^a E. tiene a su marido en completo abandono y de una manera reiteradamente contumaz y prolongada a través de los años se ha negado y se niega a llevar a cabo su reintegración al hogar, para cumplir las obligaciones conyugales.

16. La parte demandada para probar las sevicias, alegadas como causa justificativa del abandono, ofreció prueba testifical, y de los cuatro testigos que presentó, sólo han declarado dos; pues uno de ellos no pudo ser citado, por estar ausente del domicilio indicado e ignorarse su paradero; y el otro testigo citado por dos veces, no compareció a declarar. C. B., preguntada si Don F. trataba a su esposa con escasa consideración y si daba malos tratos a la misma, contestó que solamente los había visitado dos veces y no vio nada anormal entre ellos; que no sabía nada sobre sus relaciones conyugales, y que la había extrañado que la citaran como testigo (fol. 176). G., que en su declaración, prestada a instancia del demandante, había dicho que entre los esposos había habido disgustos corrientes en las familias; y que alguna vez oyó decir a la esposa que su marido la trataba mal, al declarar nuevamente, como testigo de la demandada, concreta así lo que le consta en cuanto a los malos tratos: «Las relaciones entre ellos siempre me parecieron normales. Hace tres o cuatro años un día ella me dijo que la había pegado su esposo. Y, al reprocharle yo a él que no debía hacerlo, me dijo que su esposa le había pinchado con un tenedor y había tenido que ir, incluso a curarse. No puedo decir quién fue el culpable de la reyerta» (fols. 113 y 177). Todos los demás testigos del demandante convienen en afirmar que Don F. se ha portado bien con la esposa y con los hijos; y el testigo H. hizo además constar al final de su declaración: «El verano de 1960, vi un día, en la terraza de la casa de ellos, que D.^a E. le pegó a su esposo sin fundamento alguno, en la cara, tirándole las gafas al suelo, y se rompieron» (fol. 111).

En las dos cartas dirigidas por el demandante a su hijo menor y presentadas como prueba por la demandada, no se contiene nada que pueda revelar odio, ofensa o trato sevicial que justifique el abandono (fols. 56-58, 191-196).

Los múltiples y largos escritos, confeccionados por D.^a E. durante la tramitación de esta causa, en los que se vierten acusaciones graves contra el marido, carecen de fuerza probatoria (fols. 24-26, 47-53, 61-71, 157-160, 162-170); ya que son afirmaciones, que aquélla no ha tratado de probar; y la carga de la prueba, según el principio establecido en el canon 1748, incumbe a quien afirma.

17. Consecuentemente, al no existir ninguna causa de separación en favor de la esposa demandada, y negándose ésta pertinazmente a regresar al domicilio, que el marido, según derecho, tiene establecido en X., debe considerarse el abandono injustificado y ya indefinidamente prolongado, como verdaderamente malicioso y legalmente suficiente para decretar la separación a favor del esposo abandonado, hasta que la esposa culpable del mismo demuestre suficientemente su sincera disposición a retornar al hogar y su buen ánimo para cumplir los deberes conyugales.

18. En méritos de lo expuesto, atendidas las razones de derecho y las pruebas de los hechos, Nos, el infrascrito juez eclesiástico, con jurisdicción ordinaria en esta Diócesis de Mallorca, visto el informe del Ministerio Fiscal y de conformidad con el mismo, invocado el Santo Nombre de Nuestro Señor

TRIBUNAL ECLESIASTICO DE MALLORCA

Jesucristo, sin otras miras que Dios y la verdad, definitivamente juzgando, *fallamos y sentenciamos* que, a la fórmula de dudas propuesta, debemos responder, como de hecho respondemos, *afirmativamente* en cuanto al abandono malicioso, y *negativamente* en cuanto a las sevicias; o sea, que procede conceder y de hecho concedemos a Don F. la separación conyugal por tiempo indefinido, contra su esposa D.^a E., por causa de abandono malicioso por parte de la esposa. Los hijos quedarán al lado del padre para su educación. Disponemos que las expensas causadas en el Tribunal sean satisfechas por el actor, a salvo de su derecho de resarcirse de los bienes de la sociedad conyugal, o en su defecto, de los propios de la esposa, si los hubiere, ejercitando para ello las acciones que, conforme a derecho, le asistan.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos en la Ciudad de Palma de Mallorca y Sala de Audiencias del Provisorato, a nueve de enero de mil novecientos sesenta y cuatro.

JOSE RODRIGUEZ
Provisor

BARTOLOME PASCUAL
Notario