

EL TRIBUNAL EN LAS CAUSAS MATRIMONIALES

SUMARIO; § I. *Principios generales en su relación con el proceso matrimonial.* A) Jerarquía de los tribunales. B) Clasificación de los tribunales. C) Figuras o personas del tribunal. § II. *Potestad del Obispo en el proceso matrimonial.* § III. *Juez principal en las causas matrimoniales.* A) En las causas de nulidad. B) En las demás causas matrimoniales. § IV. *El provisor y los jueces sinodales.* Cualidades. Excepción de incompetencia y de sospecha. El principio de identidad de los jueces. Designación del provisor y de los jueces sinodales. Facultad de delegar. § V. *Las otras clases de jueces.* Jueces adjuntos. Juez relator o ponente. Juez delegado, auditor o juez auxiliar y jueces asesores. § VI. *Modo cómo el tribunal ha de proceder en las causas matrimoniales.* A) Impulso del tribunal e impulso de las partes en la constitución del proceso, en la alegación de las pruebas y en la evolución de la causa. B) El tribunal colegiado procede colegialmente. Competencia del presidente. § VII. *Los oficiales del tribunal y su modo de proceder.* El promotor de justicia o fiscal. El defensor del vínculo. El notario o actuario. Cursores, alguaciles y otros ministros inferiores. *Conclusión* sobre el alcance y significación del presente estudio.

§ I. PRINCIPIOS GENERALES EN SU RELACIÓN CON EL PROCESO MATRIMONIAL

A) *La jerarquía de los tribunales.* Sobre toda jerarquía de los tribunales hállase la persona augusta del *R. Pontífice*, a quien todo fiel puede llevar o introducir una causa, para que la juzgue, en cualquier grado del juicio. Este recurso, por ser extraordinario y personal, carece de efecto suspensivo (canon 1569).

Dentro de la jerarquía normal de los tribunales distínguese primeramente, como es sabido, el tribunal *diocesano* o del Obispo y de aquellos que se le equiparan. Ahora no hablamos de los tribunales religiosos. Tampoco interesa describir aquí los tribunales del decano y del arcediano, inferiores al Obispo, que existían en el Derecho de las Decretales. Su potestad fue notablemente coartada por el Concilio Tridentino¹ y finalmente quedaron abolidos por la costumbre contraria o por el desuso.

¹ *Conc. Trid.*, sess. 13, c. 20 de ref; sess. 24, c. 20 de ref. *Bened. XIV*, De Synodo dioecesana, lib. III, cap. 2, n.º 3 ss.

El segundo grado en el conocimiento de las causas corresponde normalmente al tribunal *metropolitano* y el tercero a la *Rota Romana*.

La *Signatura Apostólica* no es, ordinariamente, tribunal de apelación sino más bien de casación respecto de las sentencias rotales, aparte de realizar una función propia de Tribunal supremo, velando por la observancia de las leyes precesales en los tribunales inferiores, especialmente en el de la Rota Romana, y resolviendo, en determinadas circunstancias, los conflictos de competencia en los demás tribunales. Particularmente, como se consigna en el canon 1603, § I, n.º 5.º, conoce "de los recursos contra las sentencias de la Rota en las causas matrimoniales cuando ella rehusa admitirlos a nuevo examen". Se comprende fácilmente de qué recursos se trata aquí. Las causas matrimoniales, por versar acerca del estado de las personas, no pasan nunca a *cosa juzgada*, por lo cual siempre pueden admitirse a nueva instancia, no obstante de haber recaído sobre ellas dos sentencias conformes, o haber transcurrido inútilmente el plazo apelatorio, o concurrir alguna otra circunstancia que, normalmente, cierra el paso a la apelación. Con todo, en el supuesto de haberse ya dictado dos sentencias conformes, son necesarios nuevos y graves argumentos para aceptar la revisión de la causa en una nueva instancia. El determinar si ha de admitirse la revisión o nueva propuesta de la causa ya fallada corresponde no al juez o tribunal que dictó la última sentencia impugnada sino al juez *ad quem* o ante el que ha de proseguirse la causa. Pues bien, cuando este tribunal es la Rota Romana, si ésta se niega a revisar la causa matrimonial, cabe el recurso de que habla el canon 1603 a la *Signatura Apostólica*, a fin de que ella decida si ha de admitirse el recurso, devolviendo en caso afirmativo la causa a la misma Rota Romana.

El *Santo Oficio* juzga, con competencia exclusiva, en todo lo que directa o indirectamente, en cuanto al derecho o en cuanto al hecho, se refiere al privilegio Paulino (cc. 247 § 3 y 1962). También juzga el Santo Oficio sobre los impedimentos de disparidad de cultos y de mixta religión, cuando éstas causas son llevadas a la S. Sede. Pero la constitución del S. Oficio cuando actúa como tribunal y todo su modo de proceder se regula por normas especiales, de las que en el Código no se hace mención alguna.

En España, la jerarquía judicial, particularmente en lo que atañe a las causas matrimoniales, se halla ampliada y, en parte, modificada por la institución del Tribunal de la *Rota de la Nunciatura Apostólica*, que es tribunal de apelación pero a veces puede juzgar las causas matrimoniales en primera instancia². Esta falta de correspondencia

² *Motu proprio* de Pío XII "Apostolico Hispaniarum Nuntio", 7 abril 1947, art. 38, 2; A. A. S., vol. XXXIX, p. 155.

entre la serie de las instancias y el grado propio de los tribunales ocurre excepcionalmente en toda clase de causas.

B) *Clasificación de los tribunales*. En cuanto a las clases de tribunales, tanto para las causas matrimoniales como para cualquiera otra, el tribunal puede ser singular o unipersonal y colegiado, ordinario y delegado. Después estudiaremos cuándo para determinadas causas matrimoniales se requiere una clase también determinada de tribunal. Según la opinión hoy en día más probable, la sentencia dada por un tribunal *delegado* se considera dada por el tribunal *ordinario* correspondiente o del mismo grado, respecto del cual aquél no es jerárquicamente inferior, y por tanto la apelación ha de dirigirse, no al delegante mismo sino al superior de éste en la escala judicial³.

El *tribunal de apelación* se constituye de la misma forma que el tribunal de primera instancia (canon 1595 y art. 213 de la Instr. "Provida" de 15 de agosto de 1936, y el tribunal delegado lo mismo que el ordinario. Añade el canon 1596 que "si la causa fue juzgada colegialmente en primera instancia, debe también decidirse colegialmente en el grado de apelación y por un número de jueces no menor". La prescripción de este canon no afecta por sí misma a la validez del proceso apelatorio, con tal que no se infrinja ninguna otra ley que imponga bajo pena de nulidad un determinado y mínimo número de jueces, como sucede en las causas de nulidad matrimonial (cc. 1576 § I y 1892, 1.º).

La ley canónica no se opone a que la causa juzgada por un tribunal colegiado sea después vista por otro tribunal de mayor número de jueces. Tampoco puede colegirse de la ley canónica que la causa vista por un solo juez deba ser juzgada también en ulteriores instancias por un tribunal unipersonal y no por un tribunal colegiado. Sin embargo, esta última prohibición se contiene en el proceso oriental: "si autem ab unico iudice, etiam in gradu appellationis ab unico iudice definienda est"⁴.

C) *Figuras o personas del tribunal*. En la constitución del tribunal para las causas matrimoniales intervienen o pueden intervenir *diversas figuras de personas*, casi todas ellas comunes a los demás procesos. Estas figuras son el juez principal, ya singular ya colegiado, a quien compete dictar el fallo o sentencia judicial; el juez auxiliar llamado, fuera de la Rota Romana o española, auditor o instructor de la causa; el asesor o consultor del juez, cuando éste es único; el po-

³ Cfr. nuestros "Estudios Canónicos", Madrid, 1956, p. 606.

⁴ *Motu proprio* de Pío XII "Solicitudinem Nostram", 6 enero 1950, canon 76; A. A. S., v. 42, p. 5 ss.

nente o relator en el tribunal colegiado; el juez delegado en el tribunal colegial para realizar un acto particular en nombre y representación de todo el tribunal. En este caso el juez delegado forma parte del tribunal delegante como miembro que es del mismo. Todos éstos ejercen directa y activamente la potestad judicial o coadyuvan a su ejercicio, aunque no siempre participen de su jurisdicción.

Las otras figuras que aparecen en el tribunal, si bien el oficio de alguna de ellas se requiere para la validez de las actuaciones procesales, como el oficio de actuario, no están propiamente destinadas a integrar la personalidad del juez o coadyuvar en sus funciones de juzgador, sino que tienen otras finalidades diferentes relacionadas con la administración de la justicia, como defender el interés público y garantizar el cumplimiento de la ley, o dejar constancia fehaciente de lo actuado, o simplemente notificar o ejecutar las decisiones judiciales. Todos éstos a que ahora nos referimos pueden comprenderse en la categoría, más alta o más baja, de *oficiales* o auxiliares del tribunal; están en el tribunal pero no lo constituyen. Tales son el notario, el promotor de justicia, el defensor del vínculo, cuya actuación es tan destacada en las causas matrimoniales, los cursores y alguaciles.

Todas las figuras que hemos hecho desfilar, en dos categorías diferentes, puede decirse, con razón, que constituyen el tribunal o, al menos, le prestan su ayuda, formando así lo que puede llamarse *sujeto activo* del proceso.

Hay, empero, otras figuras o personas que intervienen en el proceso pero no en el tribunal, y por eso, distinguiéndolas o enfrentándolas con las primeras, decimos de ellas que se presentan ante el tribunal "sistunt coram iudice. Estas personas son las partes litigantes o *sujeto pasivo* del fallo judicial, junto con aquellas otras que las ayudan o representan (abogados o procuradores) y cuantas intervienen para atestiguar o impugnar sus asertos o interpretar sus declaraciones. En las causas matrimoniales de nulidad el promotor de justicia y el defensor del vínculo actúan, no pocas veces, más bien en función de partes litigantes que de altos oficiales del tribunal, como cuando el promotor fiscal acusa el matrimonio o el defensor del vínculo apela.

§ II. LA POTESTAD DEL OBISPO EN EL PROCESO MATRIMONIAL

El juez nato en cada diócesis es el *Obispo*, conforme se declara en el canon 1572. Al Obispo se equipara el Abad o el Prelado *nullius* (c. 215 § 2). Como *Ordinarios locales* que son, constituyen también tribunal, por derecho propio, además de los dichos, el Vicario y Prefecto Apostólico, el Vicario Capitular y el Administrador Apostólico. El Vicario General, aunque comprendido también bajo el nombre de Ordinario de lugar, no goza, en cuanto tal, de potestad judicial.

La norma general que determina cuándo el Obispo o el Ordinario local ha de ejercer por sí mismo la potestad judicial se contiene en el canon 1578, que dice así: "Fuera de las causas que se mencionan en el canon 1572 § 2, el Obispo siempre puede presidir el tribunal por sí mismo; pero es muy conveniente deje las causas, sobre todo las criminales y las contenciosas de mayor gravedad, para que las juzgue el tribunal ordinario presidido por el provisor o viceprovisor". No cabe duda que entre las causas de mayor gravedad deben contarse las matrimoniales, no sólo por la dificultad intrínseca que suelen ofrecer, ya en cuanto al hecho ya en cuanto al derecho, sino por las delicadas y apasionantes situaciones personales y familiares a que dan frecuentemente origen. Por este motivo no suele el Obispo intervenir casi nunca en estas causas en función de juez, y aun en las otras causas tampoco acostumbra a hacerlo. Tocante a las causas matrimoniales de nulidad, el art. 14 § 3 de la ya citada Instrucción "Provida" de 1936 advierte expresamente que "si bien puede el Obispo presidir el mismo tribunal, es muy conveniente que no lo haga, si razones especiales no lo exigen". Sin embargo, hay algunas causas incidentales que están reservadas al Obispo y son aquellas en que se propone alguna acción de sospecha contra el juez único delegado o contra la mayor parte del tribunal delegado por el Obispo, o bien contra el mismo provisor (c. 1614 § I). Lo mismo debe decirse de las acciones dirigidas contra los jueces que rehusan desempeñar su oficio cuando ciertamente son competentes, o por el contrario se declaran temerariamente incompetentes, o realizan algún acto nulo o injusto, o faltan al secreto (c. 1625, § I, 2). Mas, aparte de estos casos en que la alta intervención episcopal se hace necesaria por razón de las personas sobre que recae la acción y cuyo superior inmediato es el mismo Obispo, hay un proceso principal que por disposición canónica debe dirigir personalmente el mismo Obispo u Ordinario local. Este es el *proceso matrimonial sumarísimo*, de que trata el canon 1990 y los artículos 226-227 de la Instrucción "Provida Mater" del 15 de agosto de 1936⁵. Este proceso tiene lugar "cuando por un documento cierto y auténtico, que no admite contradicción ni excepción de ninguna clase, consta de la existencia del impedimento de disparidad de cultos, orden, voto solemne de castidad, ligamen, consanguinidad, afinidad o parentesco espiritual, y cuando a la vez se sabe con igual certeza que no se ha concedido dispensa de estos impedimentos..." canon 1990 y artículos 226 y 227 de la Instr. "Provida".

En el proceso ordinario de nulidad, la *denuncia* de nulidad del ma-

⁵ S. Congregación de Sacramentos, Instr. "Provida Mater Ecclesia", 15 agosto, 1936; A. A. S., vol. XXVIII, p. 313 ss. La Instrucción "Provida" trata de las causas de *nulidad* matrimonial. Ella nos sirve, después del Código, de principal base legislativa para este estudio, porque muchas de sus normas son aplicables también a las demás causas matrimoniales.

rimonio se hace al *Ordinario*, sin excluir en este caso al Vicario General, porque el recibir la denuncia es un acto administrativo, o al fiscal (canon 1971 § 2 y art. 37 § 4 de la Instr.). Si la denuncia de la nulidad del matrimonio se hace por alguno de los cónyuges culpables y autores de la misma nulidad, sólo en circunstancias especiales, a *juicio del Ordinario*, puede el fiscal acusar en forma el matrimonio denunciado (art. 38 § 2 y 39, b de la Instr.). Jamás, empero, el Ordinario mismo, según manda el art. 40, entablará la acusación, aunque se le haya hecho a él la denuncia, sino que pondrá el asunto en manos del fiscal de su tribunal.

Además de la potestad *estrictamente judicial que*, según acabamos de ver, el Obispo puede y debe ejercer en las causas matrimoniales, al Obispo compete, dentro del proceso matrimonial o en orden a él, como en todo otro proceso, el ejercicio de una función gubernativa o rectora, en virtud de la cual dirige el proceso, nombra los jueces y ministros, aprueba los abogados y procuradores, determina en Concilio provincial o Junta de Obispos los aranceles, señala el lugar y tiempo del juicio, vigila para que se observe la disciplina y las leyes procesales y ejerce otros muchos actos de carácter administrativo, siempre con arreglo a las prescripciones particulares del Derecho.

Son especialmente dignas de notarse las facultades que el Código y la legislación posterior conceden al Obispo en la *dirección de las causas matrimoniales*. He aquí algunas de estas facultades:

Ya hemos indicado las atribuciones generales del Obispo en orden a nombrar los jueces y fijar su número, dentro de lo marcado por la misma ley, así como también en lo que toca al nombramiento de los oficiales y a la intervención de éstos en el proceso. En cuanto al derecho que el canon 1850 § 2 otorga al fiscal o al defensor del vínculo para hacer suya y proseguir la instancia que el actor haya dejado desierta, el art. 91 § 2 de la Instr. "Provida" especifica y restringe más todavía, reservando ese derecho solamente al fiscal y ésto, añade, a *juicio del Obispo*. Incumbe igualmente al Obispo publicar un índice o catálogo en el cual han de inscribirse los abogados y procuradores (art. 53 § I). Al mismo se le reserva también el decidir cuándo en los casos exceptuados se ha de proceder en forma sumaria y documental (art. 226). En el proceso *super rato* deben remitirse a la S. Congregación de Sacramentos todas las actuaciones acompañadas del *voto escrito del Obispo*⁶. Estas y otras muchas actuaciones del Obispo o del Ordinario local prueban que la dirección externa del proceso se halla efectivamente en manos del Obispo, aun en los casos en que él no de-

⁶ Canon 1985; n.º 98 § 2 de la Instrucción de la S. Congregación de Sacramentos, 7 mayo 1923 (A. A. S., v. XV, p. 389 ss.); art. 206 § 2 de la Instrucción de la S. Congregación de Sacramentos, 15 agosto 1936.

sempeña el oficio de juez. Pero esto no coarta en lo más mínimo la libertad de criterio y de acción de que gozan tanto los jueces como los oficiales y servidores del tribunal en el desempeño de sus cargos.

§ III. EL TRIBUNAL O JUEZ PRINCIPAL EN LAS CAUSAS MATRIMONIALES

Conforme ya queda consignado, se entiende por *juez principal* —bien sea singular bien sea colegiado, ya juzgue con potestad ordinaria o con potestad delegada— el que común y simplemente llamamos juez o tribunal, es decir, aquella persona pública que está legitimamente investida de potestad para conocer y definir las controversias presentadas al tribunal eclesiástico. Se diferencia el *juez principal* (canon 1614 § I) del *juez auxiliar* llamado *auditor* o instructor de la causa, en que éste último prepara el proceso y, sobre todo, recoge las pruebas pero no dicta sentencia. La diferencia respecto de los otros que también, en sentido menos estricto, se denominan jueces en cuanto que ejercen aisladamente alguna función propia del juez —aparte de ser o no miembros del tribunal colegiado— aparecerá por lo que iremos exponiendo.

A). *El juez o tribunal en las causas de nulidad matrimonial. Tribunal unipersonal o tribunal colegiado.*

El tribunal en las *causas de nulidad matrimonial*, salvo las excepciones que luego apuntaremos, debe constar, por lo menos, de tres jueces. Trasladamos aquí íntegro el texto del artículo 13 de la Instrucción "Provida" de 1936 en el que se citan los cánones correspondientes.

§ I. Reprobada toda costumbre contraria y revocado cualquier privilegio en contra obtenido antes del Código, y quedando firme lo que se prescribe en el art. 2, las causas acerca del vínculo matrimonial están reservadas al tribunal colegiado de tres jueces por lo menos (véase canon 1576, § I, n.º 1.º); y si se diera sentencia quebrantando esta prescripción, adolecería de vicio de nulidad insanable (v. canon 1892, n.º 1.º).

§ 2. Esto no obstante, en los países de misiones pueden conocerse las causas matrimoniales según instrucciones especiales dadas por la S. Congregación competente".

El tribunal colegiado ordinario lo preside el Obispo o el provisor o un vice-provisor y está constituido, además, por dos o cuatro jueces sinodales, a no ser que el Obispo juzgue oportuno elegir otros jueces distintos de los sinodales (cánones 1572, 1577 § 2; 1574, 1576 § 3).

Aunque la norma general es que el juez obra con potestad ordinaria, se entiende que el juez o tribunal puede ser también *delegado*. No puede admitirse la opinión del *Card. Lega*, quien afirma que en las

causas de nulidad matrimonial de que trata el canon 1576, § I, ha quedado suprimido por el Código el tribunal delegado⁷.

Las causas *sobre el vínculo matrimonial*, a que se refieren el canon 1576 y el artículo 13 que hemos transcrito, son las que versan acerca de la validez o nulidad del matrimonio o de sus propiedades esenciales, no de sus efectos espirituales o temporales, como la separación, la legitimidad de la prole, la cohabitación y otros. Es muy de notar, sin embargo, que en el nuevo proceso de la Iglesia Oriental (canon 46, § I, 1.º) se reserva también al tribunal de tres jueces las causas contenciosas de separación de los cónyuges, de legitimación de la prole y de los derechos promanantes de la validez del matrimonio, principalmente de la dote y de los alimentos.

Queda asimismo exceptuado de la prescripción canónica y del artículo 13 de la Instrucción el proceso sumario sobre la nulidad del vínculo de que tratan los cánones 1990-1992, según luego veremos.

Tampoco el proceso sobre la inconsumación del *matrimonio rato* está sujeto a la prescripción del artículo 13 en lo relativo a la constitución del tribunal, porque, aunque se trata del vínculo, no se discute su validez sino su disolución. Lo mismo debe decirse de las demás causas reservadas al R. Pontífice o a la S. Sede. De la constitución del tribunal en cada una de las causas matrimoniales no comprendidas en el artículo 13 y en el canon 1576 trataré a continuación.

En relación con el § 2 del artículo 13 que ahora comentamos, debe observarse que la S. Congregación de Propaganda Fide suspendió el año 1939 la facultad anteriormente concedida para China de juzgar las causas de nulidad un solo juez. Este hecho revela que las excepciones que se hagan en adelante al art. 13 no serán frecuentes.

Fuera de los casos exceptuados por el mismo Derecho, la *costumbre antigua* contraria a la constitución por tres jueces del tribunal que ha de juzgar la existencia del vínculo se halla no sólo prohibida sino *reprobada* tanto en el canon 1576 como en el artículo 13 de la Instrucción "Próvida". Por lo tanto, debe aplicarse el principio de la no reviviscencia, en conformidad con lo que establece el canon 5. La misma ley viene confirmada para las costumbres futuras en el canon 27 § 2, que dice: "La costumbre que el derecho reprueba expresamente no es racional" y, faltando este elemento esencial, toda costumbre es ilegítima.

El canon 1576, § I, 1.º habla de las *causas contenciosas sobre el vínculo matrimonial*, mientras que el artículo 13 de la Instrucción "Próvida" dice, en términos generales, que las *causas* acerca del vínculo matrimonial están reservadas al tribunal colegiado de tres

⁷ *Lega-Bartocetti*, *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica*, v. I, Roma, 1950, p. 126.

jueces. La razón de no llamar *contenciosas* a las causas matrimoniales, en este caso, puede ser porque, según una opinión que no compartimos, dichas causas son más bien *criminales sui generis* que contenciosas,⁸ o bien, al contrario, porque, siendo todas las causas acerca de la existencia o validez del vínculo matrimonial contenciosas por su naturaleza y por su fin, aunque con algunos caracteres diferenciales específicos, el añadir el calificativo de *contenciosas* resulta del todo superfluo. Nosotros admitimos esta segunda explicación.

Las causas *criminales en torno al matrimonio* se rigen, en cuanto a la constitución del tribunal, por los principios generales del proceso canónico y por lo que establece el canon 1576, con tal que se presenten únicamente como criminales sin que entre en discusión la existencia del vínculo. Con todo, debe observarse la ley de la conexión de las causas (canon 1567). Por lo cual, si no habiendo sido todavía elevada a segunda instancia la causa sobre la existencia del vínculo, surge una causa criminal conexa con ella, ésta debe ser conocida *por el mismo tribunal* que juzga la causa contenciosa, conservando su propia constitución, si bien cada proceso ha de seguir su trámite particular. Ambos procesos matrimoniales, el contencioso y el criminal, aunque muy distintos en su tramitación, conviene, en fuerza de la conexión objetiva o causal, que se desarrollen *simultáneamente*, buscando así la economía procesal. Pero si la causa criminal se hubiese incoado antes que la contenciosa sobre el vínculo ante un tribunal singular o unipersonal, no podría cumplirse la ley de la conexión por impedirlo otra ley superior que impone un tribunal colegiado para la causa contenciosa de nulidad. Y aun fácilmente puede ocurrir que la causa criminal ha de suspenderse hasta la solución de la contenciosa sobre el vínculo, que puede ser preliminar de aquélla.

En las causas de nulidad que enumera el *canon 1990*, si por documento cierto y auténtico consta de la existencia de ciertos impedimentos y a la vez se sabe con certeza que no se ha obtenido la dispensa del impedimento existente, ha de seguirse un proceso sumario pero verdaderamente judicial. En estos casos llamados *exceptuados*, porque en ellos no hay que observar todas las reglas del proceso general contencioso, el tribunal no es colegiado sino unipersonal y el juez es el mismo Ordinario de lugar, actuando precisamente en calidad de juez. No puede juzgar el Vicario General, ni siquiera con mandato especial,

⁸ Así opina *Bartoccelli*: "Hic processus (matrimonialis de vinculo) assimilandus potius videtur processui poenali, quo reus quidam morti vocatur: declaratio enim nullitatis matrimonii importat eius eliminationem, nempe vinculi... Concludendum proinde videtur processum nullitatis matrimonii esse processum... qui notabiles similitudines habet cum processu poenali seu criminali"... (V. *Bartoccelli*, in opere "Commentarius in iudicia ecclesiastica" Card. Lega, vol. III, Roma, 1950. tit. XX, De causis matrimonialibus, p. 5, 6.

porque no es juez; ni el Provisor porque no es Ordinario, a no ser que el Ordinario esté ausente o impedido⁹.

Cuando se trata de un matrimonio *ciertamente nulo por falta de forma*, a causa de haberse celebrado civilmente, o ante un ministro acatólico, o de apóstatas de la fe católica que se casaron civilmente, o en rito no propio, no es preciso constituir tribunal, ni son necesarias ningunas solemnidades procesales para declarar la nulidad del primer matrimonio y el estado libre de los presuntos cónyuges. Estos casos ha de resolverlos el mismo Ordinario o el párroco, consultando al Ordinario, en la investigación que precede al matrimonio, de que tratan los cánones 1019 y siguientes. Cfr. Instr. "Próvida" de 1936, art. 231 § I.

B). *El juez en las demás causas matrimoniales*

1.—*El juez en el matrimonio rato y no consumado*. Las causas sobre la disolución del matrimonio *rato y no consumado* están exclusivamente reservadas a la S. Congregación de Sacramentos. Por esta causa ningún juez puede instruir tal proceso sin delegación de la S. Sede¹⁰.

El juez en las causas de dispensa *super rato* es uno solo, según la práctica general, y se llama meramente *instructor*, porque a él corresponde únicamente informar a la S. Sede acerca de la celebración válida del matrimonio, de su inconsumación y de los motivos que aconsejan la dispensa o disolución del matrimonio por el Romano Pontífice.

Acostumbra la S. Congregación de Sacramentos delegar en el **Ordinario propio**, que es el del lugar donde se celebró el matrimonio o donde el orador demandante tiene su domicilio o cuasidomicilio (nn. 8 y 12 de la Instrucción de 1923). El Ordinario junto con la delegación suele recibir también la facultad de subdelegar y lo más frecuente es que haga uso de esta facultad, si bien en el proceso sobre el matrimonio *rato y no consumado* la S. Congregación de Sacramentos, en el documento ya citado de 1923, no reitera la indicación canónica de que el Obispo actúe por medio de otros. Creemos que esta omisión se debe, primeramente, a la misma importancia excepcional del asunto y, en segundo lugar, al hecho de ser la subdelegación un recurso jurídico que supone circunstancias especiales que dificulten notablemente la ac-

⁹ P. Comisión de Intérpretes, 6 diciembre 1943; A. A. S., v. XXXVI, p. 94. Art. 226-228 de la Instr. "Provida".

¹⁰ Cfr. cánones 1962 y 1963. S. Congregación de Sacramentos, 7 mayo 1923 (A. A. S., v. XV, p. 389 ss.). Instrucción de la S. Congregación para la Iglesia Oriental, 10 junio 1935 (A. A. S., v. XXVII, a. 1935, p. 334, n.º 4).

tuación del primer delegado, como, por ejemplo, la multiplicidad de sus ocupaciones, o cualquier otro motivo digno de consideración que aconseje la comisión del acto a un subdelegado. En realidad, esas circunstancias o dificultades especiales se dan con harta frecuencia.

La formulación precisa de estos conceptos la hallamos en los números 13 y 14 de la Instrucción de la S. Congregación de Sacramentos, de 7 de mayo de 1923, sobre el matrimonio rato y no consumado. He aquí su texto:

"13. El Ordinario, una vez recibida la facultad de la S. Congregación de Sacramentos para instruir el proceso sobre la afirmada inconsumación del matrimonio, procurará constituir el tribunal lo más pronto posible, sirviéndonos para ello de los ministros que ya tiene en su Curia, o también eligiendo y tomando otros, a menos que otra cosa disponga el rescripto de delegación, y con tal que los elegidos se hallen dotados de aquellas cualidades que el derecho exige para el oficio de cada uno (canon 1607 § I)".

"14. El Ordinario, si hace uso de la facultad de subdelegar, redactará por escrito el auto de la subdelegación, mencionando la delegación que la Sede Apostólica le ha concedido con la potestad añadida de subdelegar, expresando los nombres de los cónyuges, de cuyo matrimonio se tramita la causa y consignando las instrucciones, si algunas le hubiere dado esta S. Congregación". Omitimos otras prescripciones de menor importancia que se contienen en los nn. 15-19.

2. *El juez en las causas de separación de los cónyuges.* Cuando la separación de los cónyuges, de que tratan los cánones 1129-1132, se realiza judicialmente, el tribunal se constituye en la forma común prescrita para todo juicio contencioso. Generalmente el Derecho canónico deja al criterio del Ordinario local la facultad de constituir un tribunal singular o un tribunal colegiado (canon 1576 § 2), siendo preferible el primero en los casos ordinarios y el segundo en los más difíciles o de mayor trascendencia. La separación no es, por regla general, un caso teóricamente difícil, y por esto el tribunal que juzga tales causas suele estar formado por un solo juez. Si se nombra un tribunal colegiado, ha de estar constituido por tres o por cinco jueces (canon 1576, § 2). Pero no afecta a la validez de este proceso el hecho de componerse el tribunal por un número par de jueces o por un número superior a cinco.

3. *El juez en las causas sobre los efectos del matrimonio.* Aparte de las cuestiones de jurisdicción sobre estas causas entre el tribunal eclesiástico y el civil, en lo que atañe a la constitución del tribunal eclesiástico, cuando es él el que ha de juzgar, tiene aplicación lo que acabamos de decir acerca de la separación de los cónyuges. El juez en estas causas suele ser único.

4. *Causas de aquellos que ejercen la suprema autoridad de las naciones.* Estas causas están siempre reservadas al Romano Pontífice (canon 1557, § I, 1.º). Pero el Papa no suele conocer por sí mismo tales causas sino que delega para cada caso en un tribunal o comisión especial (canon 1962), cuya constitución se determina para cada vez a voluntad del delegante.

5. *En las demás causas reservadas a la Santa Sede.* Las causas sobre el *privilegio Paulino* y sobre los impedimentos acerca de la *disparidad de cultos y mixta religión* están reservados al Santo Oficio. Nada tenemos que advertir sobre la constitución del tribunal en estos casos, porque el Santo Oficio "suo more institutoque procedit" (c. 1555 § I). Cabe, sin embargo, observar que las interpelaciones al cónyuge infiel —siempre necesarias en las causas que se relacionan con el privilegio Paulino— se hacen ordinariamente bajo la autoridad del Ordinario del cónyuge convertido a la fe católica. En lo que respecta a aquellas causas que se fundan en la disparidad de cultos o mixta religión, aunque, si son llevadas a la S. Sede, caen bajo la competencia exclusiva del Santo Oficio, esto no quiere decir que no pueda seguirse la vía ordinaria de los tribunales diocesanos, tanto en primera como en segunda instancia. Y en este último supuesto el tribunal será colegiado siempre que se trate de la validez del matrimonio, así como podrá ser singular o colegiado cuando la cuestión no gira en torno a la validez del vínculo.

§ I V. EL PROVISOR Y LOS JUECES SINODALES

a) *Cualidades.* Las cualidades de los jueces se expresan en los cánones 1573 y 1574. Tanto el *provisor* (*oficial* según el Código) como los *viceprovisores*, dice el canon 1573, deben ser sacerdotes, de fama intachable, doctores o al menos peritos en derecho canónico, y que no cuenten menos de treinta años de edad. Parecida norma se establece para los *jueces sinodales*: han de ser sacerdotes de probada santidad y peritos en derecho; pueden ser extradiocesanos (canon 1574 § I). El provisor debe ser sacerdote del clero secular, no del religioso (canon 626 § I). Pero el oficio de juez sinodal no se considera incompatible con el estado religioso. Los seglares o laicos quedan siempre excluidos del oficio de provisor o viceprovisor, aunque exista costumbre centenaria en contrario, porque son incapaces de jurisdicción eclesiástica¹¹. En el nuevo proceso de la Iglesia Oriental, al oficial o provisor se le denomina, más acertadamente, *vicario judicial*.

¹¹ S. Congregación del Concilio, 14 dic. 1918; A. A. S., v. XI, p. 128.

En las causas de nulidad debe seleccionarse más cuidadosamente a los oficiales principales. "Teniendo presente la gravedad y dificultad de estas causas, dice el art. 21 de la Instrucción *Próvida*, tanto por lo que se refiere a la observancia de las leyes procesales como al mérito intrínseco de la causa, deben los Obispos, *onerada gravemente su conciencia*, seleccionar con cautela y diligencia sacerdotes cuya prudencia y probidad esté por encima de toda excepción, y que sean doctores o al menos licenciados en derecho canónico, o en caso contrario que *verdaderamente* posean ciencia y experiencia jurídica".

Como garantía del cumplimiento de su oficio, todos cuantos constituyen el tribunal o le prestan su ayuda, a excepción del Obispo cuando por sí mismo ejerce la potestad judicial, deben emitir ante el Ordinario o ante el juez que los eligió, o ante un varón eclesiástico delegado por uno de los dos, *juramento* de cumplir bien y con fidelidad su oficio; y esto deben hacerlo al comienzo de su cargo, si son estables, o antes de incoar la causa, si han sido constituidos para una determinada (canon 1621 § I; art. 20 de la Instr. *Próvida*). También el juez delegado por la S. Sede tiene obligación de prestar juramento (canon 1621 § 2). Lo mismo se prescribe para el *matrimonio rato* en el art. 19 de la Instrucción de 1923.

b) *Excepción de incompetencia*. El juez competente no puede rehusar su ministerio a quien legítimamente lo reclame; si rehusare, incurrirá en responsabilidad civil y criminal (cc. 1608, 1625).

La S. Congregación del Concilio declaró, con fecha 11 diciembre 1920¹², que, en el supuesto de ser competente el juez eclesiástico y aunque se trate de causas de fuero mixto, no puede tolerarse que el juez eclesiástico remita al tribunal civil a las partes litigantes que legítimamente requieren su ministerio, y mucho menos si la demanda se dirige contra alguna prescripción del mismo Ordinario. Observemos que este caso puede darse, en las causas matrimoniales, sólo respecto de los efectos meramente civiles y ésto cuando la causa se plantea incidentalmente en el tribunal eclesiástico. Si una causa sobre los efectos civiles del matrimonio se propone como causa principal, pertenece al magistrado civil (canon 1961).

Oportunamente advierte el artículo 26 de la Instrucción "Provida" de 1936 —aunque ya se sobreentendía— que los nombres de los jueces, del auditor y de los ministros del tribunal deben inmediatamente ser notificados a las partes, para que puedan proponer excepciones, si el caso lo exige; lo mismo debe hacerse en el caso de que sean sustituidos.

De la *excepción de incompetencia contra el tribunal* tratan los ar-

¹² A. A. S., v. XIII, p. 262.

títulos 26, 27, 28 y 29 de la Instrucción de 1936, regulando lo que sobre la materia prescriben los cánones 1610, 1611 y 1628.

La excepción de incompetencia contra el juez *ha de resolverla el mismo juez o tribunal* contra quien se propone. (c. 1610 § I). No obsta a ello el principio de que nadie es juez en su propia causa; porque en la cuestión de incompetencia, a diferencia de la de sospecha, no se discute acerca de las cualidades personales del juez sino de la interpretación y aplicación objetiva de la ley de competencia, que igualmente puede aplicar el juez a sí mismo que a otro.

En caso de incompetencia relativa, si el tribunal se declara competente, su decisión no admite apelación" (art. 28 § I de la Instr. Próvida; canon 1610 § 2). La incompetencia relativa o territorial no es libremente prorrogable ni a voluntad de las partes ni menos al arbitrio del juez. Pero si éste, aun siendo relativamente incompetente, juzga una causa, bien proponiéndose la excepción de incompetencia que suponemos que el juez resuelve a favor suyo, bien sin que la excepción llegue a proponerse, la competencia, en el caso concreto, existe porque, si es necesario, el Derecho la concede o prorroga. Este es el motivo de que contra la resolución del juez no se admita ninguno de los remedios ordinarios contra la sentencia, aparte de que la sentencia interlocutoria, cuando no tiene fuerza de definitiva, es inapelable, a no ser que se proponga juntamente con la definitiva. Lo que podría directamente oponerse contra el fallo resolutorio favorable de la excepción de incompetencia relativa es el remedio extraordinario de la restitución *in integrum* por infracción de las leyes procesales¹³.

"Si el tribunal se declara incompetente, añade el art. 28 § 2 de la Instrucción de 1936, la parte que se crea perjudicada puede interponer apelación ante el tribunal superior dentro de los diez días" (cfr. canon 1610, § 3). En este caso se admite la apelación, porque el declararse el juez *incompetente* equivale a denegar la demanda del actor, es decir que este fallo tiene fuerza de sentencia definitiva y por esto se da lugar a la apelación (canon 1860, 6.º).

La legislación general canónica sobre el proceso contencioso, al hablar de la excepción de incompetencia *absoluta* (canon 1611), nada prescribe sobre la posibilidad de recurso contra la decisión del tribunal, aunque se entiende, por analogía con lo que se dice en el canon 1610 § 3, que, si el juez se declara incompetente, la parte perjudicada puede apelar. ¿Y si se declara competente? El silencio de la legislación general lo suple, muy acertadamente, la Instr. "Provida" de 1936 en el sentido de que también en este caso se admite la apelación. "Con-

¹³ Erróneamente afirma J. TORRE (Processus Matrimonialis, Neapoli, 1947, p. 29: "Codex et Instructio loquuntur de appellatione a decisione iudicis, qui se competentem relative declarat". Es lo contrario, como se deduce de lo arriba expuesto.

tra la decisión del tribunal, que admite o rechaza la incompetencia absoluta, se puede apelar dentro de los diez días al tribunal superior" (art. 29).

En cuanto al tiempo en que ha de oponerse la incompetencia, el art. 27 § I de la Instr. "Provida" se limita a citar y aplicar el canon 1628 § 1 y 2. La excepción de *incompetencia relativa*, se dice en el § 1 del art. 27, debe proponerse y conocerse antes de la contestación a la demanda (v. canon 1628 § 1). La razón es la misma que se expresa en el canon 1628 § 1, a saber, porque la excepción de incompetencia es una de las excepciones *dilatorias* que se refieren a las personas. La célebre Instrucción Austriaca "Pro iudiciis ecclesiasticis quoad causas matrimoniales" del Arzobispo de Viena *De Rauscher*, 2 febrero 1856, que constituye el primer ensayo completo de articulación sobre la materia, decía en el número 103 que la excepción de incompetencia del tribunal debía proponerse al mismo "dentro de los diez días después de intimada la citación". La legislación general no señala un plazo determinado de días, sino que únicamente dice "antes de la litis contestación".

Mas la excepción de *incompetencia absoluta*, prosigue el art. 27 § 1, puede proponerse por las partes en cualquier estado o grado de la causa (v. canon 1628 § 2). Fúndase esta última prescripción en la naturaleza misma de la incompetencia absoluta, que no se subsana como la incompetencia relativa e invalida todo acto procesal, debiendo por lo mismo revelarse en todo momento y cuanto antes. El mismo tribunal que en cualquier período de la causa se reconozca absolutamente incompetente, está obligado a declarar su incompetencia (art. 27, § 2).

c) *Excepción de sospecha contra el tribunal y sustitución de los jueces*. Cuando los jueces pueden infundir sospecha a las partes por tener algún interés en la causa, ellos mismos deben espontáneamente inhibirse o abstenerse de juzgar. Las causas por las cuales el juez o tribunal debe abstenerse por sí mismo de juzgar una causa, aun antes de que sea propuesta la excepción contra él, se hallan enumeradas en el art. 30 § I de la Instr. "Provida", que es una reproducción literal del canon 1613 § I. He aquí el texto: "No aceptarán los jueces, para conocer en ella, la causa en que ellos mismos tienen algún interés por razón de consanguinidad o afinidad en cualquier grado de línea recta o en primero o segundo grado de línea colateral, o por motivos de tutela o curatela, de íntimo trato, de gran enemistad, de reportar lucro o de evitar perjuicios, ni en la que antes hayan sido procurador o abogado". Lo mismo se aplica al proceso sobre el matrimonio *rato y no consumado* (n.º 16 § I de la Instrucción de 1923).

Creemos, contra la opinión de algunos autores,¹⁴ que la enumeración

¹⁴ T. MUNIZ, Procedimientos Eclesiásticos, v. III, n.º 147, nota³. *Coronata, Institutiones Iuris Can.*, vol. III. De processibus, ed. 2, Turín, 1941, n.º 1146.

del canon 1613 y de la legislación complementaria es taxativa y no meramente demostrativa o por vía de ejemplo. Así se deduce de la forma de expresión y de la misma detallada exposición de motivos que se hace, si bien algunos motivos, como el reportar lucro o evitar perjuicios, son de dimensión muy amplia y difíciles de aplicar en no pocos casos concretos.

Pero, aunque las causas por las que el juez debe inhibirse él mismo hayan de estar comprendidas en las cláusulas de la legislación ya citada, no puede afirmarse que la acción externa contra el juez, es decir, la *excepción de sospecha* solamente puede ser propuesta por las partes a base de esos motivos legales; la sospecha puede apoyarse en otros motivos no explícitamente enumerados, con tal que éstos influyan probablemente en el ánimo del juez o del tribunal. Lo dicho se comprueba con el mismo texto del canon 1614 y del correlativo art. 32 de la Instr. "Provida", donde se habla, hipotéticamente, del caso en que alguno o todos los jueces que componen el tribunal sean declarados sospechosos, sin señalar motivos.

La recusación o excepción de sospecha produce, como natural efecto, la suspensión del proceso principal; y, si es admitida, la sustitución de la persona sobre la que recae la sospecha. "Si son declarados sospechosos alguno o todos los jueces que componen el tribunal, deben cambiarse las personas pero no el grado del juicio. V. canon 1615 § I" (art. 32 § I de la Instr. "Provida"). "Pertenece al Ordinario sustituir a los jueces que fueron declarados sospechosos por otros exentos de sospecha (canon 1615 § 2)" (art. 32 § 2 de la Instr.). "Y si el mismo Ordinario fuere declarado sospechoso, hará lo propio el juez inmediato superior (canon 1615 § 3), o juez de apelación" (art. 32 § 3 de la Instrucción). Parecidas normas establece la Instrucción de 1923, n.º 17, para el matrimonio *super rato*.

Aparte de la *sustitución* de los jueces —y lo mismo ha de decirse de los ministros del tribunal— practicada por razón de sospecha, la *designación de sustitutos* podrá hacerse por otros motivos y realizarse antes de que se haga necesaria y efectiva la sustitución. Así lo prescribe el n.º 18 de la Instrucción de 1923 para el matrimonio *rato* y no consumado. En parecidos términos se expresa la Instr. "Provida" de 1936, art. 19 § I, que dice así: "Tanto a los jueces como al fiscal y al defensor del vínculo, al actuario, al cursor y al alguacil, puede el Obispo mediante decreto, del cual debe hacerse mención en los autos, darles sustitutos, al comenzar el proceso o en el decurso de él, los cuales harán sus veces, siempre y cuando se hallen impedidos aquellos que antes habían sido elegidos".

Aunque la Instrucción "Provida" va repitiendo sobre la materia que tratamos los cánones "de los juicios en general", ha omitido los §§ 1 y 2 del canon 1614, y por esto no determina a quién compete

resolver la excepción de sospecha. No cabe duda que lo que prescribe el canon 1614 es aplicable también en las causas matrimoniales.

Los jueces delegados, de que habla el canon 1614, se supone que forman un tribunal *delegado*, no un tribunal *ordinario* cual es el que suele juzgar las causas de nulidad matrimonial. Con todo, creemos que del mismo canon 1614, analógicamente, podemos sacar la norma para el tribunal ordinario colegiado, distinguiendo entre provisor o viceprovisor como presidente, mayoría del tribunal y minoría del tribunal. Cuando la excepción de sospecha se propone contra el provisor o viceprovisor, la cuestión la resuelve el Obispo u Ordinario local. La sospecha contra la mayoría del tribunal ordinario debe resolverla también el Obispo. La recusación de la minoría la resuelve la mayor parte de los jueces no sospechosos, salvo siempre el derecho del provisor o viceprovisor a ser juzgados por el Obispo.

La recusación del Ordinario queda siempre resuelta a tenor del § 2 del canon 1614, ya anteriormente aludido.

La excepción de sospecha se ha de resolver, conforme advierte el canon 1616, *con la máxima celeridad*, oídas las partes, el promotor de justicia y el defensor del vínculo, si intervienen y no recae sobre ellos la sospecha. La rapidez con que ha de procederse implica que esta causa de sospecha, aun cuando se falle por sentencia, no admite apelación (c. 1880, 6.º, 7.º). Véase también el art. 33 de la Instr. "Provida".

Por lo que hace al momento procesal en que ha de proponerse y fallarse la excepción de sospecha, vale el mismo principio dado para la incompetencia relativa. "Las excepciones de sospecha, dice el art. 27 § 3, se han de proponer y fallar antes de la contestación de la demanda, a no ser que surgieren después, o que la parte afirme bajo juramento que no tuvo antes conocimiento de ellas (v. canon 1628 § I)". Estas excepciones de sospecha son dilatorias procesales y por eso se aplica el canon 1628 § I, cualquiera que sea la causa que se ventila.

d) *El principio de identidad de los jueces*. Como prudente contrapeso al arbitrio episcopal en la sustitución de los jueces y ministros a que acabamos de referirnos, es muy digno de notarse lo que se advierte sobre la *continuidad* de los mismos jueces durante toda la causa en el § 2 del art. 19 de la Instr. "Provida": "Se ha de procurar que unos mismos jueces conozcan y sentencien la causa; y si un juez sustituto ha tomado parte en alguna sentencia incidental, debe él terminar el proceso". En estas palabras se marca la tendencia al principio de identidad de las personas físicas en la sustanciación del mismo proceso. Este principio general, tan conforme a la lógica y estructura del proceso, no había sido expresamente formulado en el *Codex I. C.*

La conveniencia de observar, aunque no invariablemente, el principio de *identidad personal* en la tramitación del mismo juicio es a todas luces manifiesta. El juez que ha de dictar la sentencia, escribimos

en nuestros "Estudios Canónicos", p. 554, no puede recoger la impresión viva de las declaraciones y pruebas si, aunque sea el verdadero juez quien actúa siempre en el proceso, éste se cambia en el mismo juicio o no es todo el tribunal colegiado en pleno el que interviene en la instrucción y discusión de la causa, sino tan sólo uno de ellos, v. gr., el presidente u otro miembro en funciones de delegado del tribunal. El principio general de la identidad de las personas físicas no impide que en la ejecución de los actos preparatorios o meramente accesorios sea un solo miembro del tribunal colegiado el que actúa en representación de todos los otros.

El *proceso canónico latino*, aunque sanciona la estabilidad de los jueces, no exige rigurosamente su identidad durante un mismo juicio, ya que en él pueden ejercer las funciones judiciales, además del Ordinario de lugar, el provisor o el viceprovisor y, fuera de esto, como ya hemos visto, no se prohíbe la sustitución de un juez por cualquier otro, si bien es evidente que la sustitución durante un mismo pleito no sería conforme a la intención de la ley, salvo el caso de sospecha u otro motivo justo y razonable.

En el *proceso oral de la Iglesia de Oriente*, que es el contencioso ante un solo juez, se admite claramente el principio de *inmediación* y de *identidad personal*; pero ni la oralidad ni los otros dos principios se extienden preceptivamente al proceso matrimonial. Acerca de la identidad de los jueces en las causas matrimoniales, actualmente la norma más apremiante, aunque no rigurosamente obligatoria, es la del § 2 del art. 19 de la Instr. "Provida", que poco ha citamos. Claro que si, en el tribunal para las causas de nulidad matrimonial, que es colegiado, se aconseja tanto la permanencia e identidad de los jueces, desde el principio hasta el final de una misma causa, con mayor razón debe aconsejarse ésto en el tribunal unipersonal.

e) *Designación de la persona del provisor y de los jueces sinodales. A quién corresponde designarlos.* La designación de los jueces en cada caso es distinta del grado y competencia del tribunal. Y, aunque se preceptúe un número determinado de jueces y se exijan en ellos especiales cualidades, o hayan de ser superiores a toda excepción y tacha, en su designación siempre tiene buena parte el prudente arbitrio del Superior.

"Todos los Obispos, dice el canon 1573 § I, están obligados a elegir un *Provisor* (Oficial le llama el Código) con potestad ordinaria para juzgar, distinto del Vicario General, a no ser que lo reducido de la diócesis o la escasez de asuntos aconseje encomendar este oficio al mismo Vicario General". "El Provisor constituye con el Ordinario de lugar un solo tribunal; pero no puede juzgar las causas que el Obispo a sí mismo se reservare" (§ 2). Estas causas reservadas solamente con mandato especial puede conocerlas el provisor, si a ello, por otra par-

te, no se opone alguna ley canónica. Lo mismo debe decirse de las causas reservadas al Ordinario por el mismo Derecho. Por esta razón se prescribe en el art. 228 de la Instr. "Provida" para el proceso de nulidad matrimonial que, en los *casos exceptuados* de que trata el canon 1990, si el Ordinario, a quien dicho proceso está reservado, se hallare ausente o impedido, la sentencia la da el provisor en virtud de mandato especial del Ordinario.

"Pueden darse al provisor algunos auxiliares llamados viceprovisores" (canon 1573 § 3). Estos gozan de la potestad ordinaria como el mismo provisor y, cuando actúan tienen sus mismos poderes" (Cfr. Intr. "Provida", art. 14 § 2). El provisor y los viceprovisores pueden sustituirse aun dentro de la misma causa, si bien esto no es conveniente, según arriba dijimos. Pueden también actuar al mismo tiempo, formando tribunales o salas distintas.

Los *jueces sinodales* son designados por el Obispo en Sínodo o fuera de él, conforme establece el canon 1574 § 2, donde se remite a los cánones 385-388.

f) *Facultad de delegar*. Una cuestión importante y debatida reclama ahora nuestra atención. Se refiere a la potestad del oficial o provisor *para delegar*. Tanto la sentencia afirmativa como la negativa tienen defensores, aunque la cuestión apenas ha sido tratada. La primera sentencia la han defendido, entre algunos otros, el P. *Regatillo* y el Prof. *Ariño*. La razón que alega el P. Regatillo¹⁴ es la siguiente. Según declaró la P. Comisión de Intérpretes, el 28 de julio de 1932 (A. A. S., v. XXIV, p. 314), el provisor puede constituir el tribunal colegiado, llamando por turno a los jueces sinodales, a no ser que el Obispo determinare otra cosa en cada caso particular. Ahora bien, los jueces sinodales no adquieren, por el solo nombramiento en el Sínodo, jurisdicción o potestad judicial. Por tal nombramiento solamente reciben una patente oficial de idoneidad para tomar parte en las causas judiciales, cuando sea preciso. La jurisdicción la reciben *delegada* cuando se les designa para juzgar una causa determinada. Y como esta designación puede hacerla el oficial sin contar con el Obispo, a no ser que éste en cada caso se la reserve a sí, infiérese de aquí que el oficial les otorga entonces la delegación. Este es el razonamiento del P. Regatillo, quien añade que el provisor podría prescindir del turno y aun designar a otros jueces no sinodales.

El Prof. de la Universidad de Salamanca, Dr. Ariño,¹⁵ escribe en "Las Causas matrimoniales": Si compete al provisor de la Curia diocesana nombrar el tribunal colegiado, podrá delegar su propio y personal poder judicial? Aplicando, dice, el principio del canon 199 § I,

¹⁴ *Regatillo*, "Sal Terrae", a. 1950, p. 186, 187.

¹⁵ *Ariño*, A., "Causas Matrimoniales", Salamanca, 1953, p. 29.

según el cual toda jurisdicción ordinaria, aun la judicial, puede ser delegada, parece que el provisor puede delegar su jurisdicción. Autores hay, prosigue el Prof. Ariño, que niegan esta conclusión, afirmando que el provisor no puede delegar su potestad judicial, por haber recibido ésta *ex industria personae*. Ambas opiniones, concluye, son probables, pero llamaríamos más probable la primera.

Entre los que niegan la potestad del provisor para delegar está el P. *Cappello*, quien dice así: "Episcopus, non autem Officialis, causae cognitionem committere potest iudici delegato"¹⁶. Mons. *Roberti*¹⁷ defiende también esta misma opinión, aunque advierte que en el Código no hay prohibición expresa. Funda su parecer en el canon 199, § 2, diciendo que el oficio de provisor se da por la aptitud especial de la persona. Acepta la sentencia de *Roberti*, apoyándose en la misma razón, V. *Bartocetti*¹⁸. Admiten estos autores que debe exceptuarse el caso en que se trate de delegar para un acto no jurisdiccional (canon 199 § 4), en el cual caso ciertamente puede darse la delegación.

Nosotros creemos más fundada la sentencia que niega al provisor la facultad de delegar plenamente su potestad, lo cual es muy diferente de designar la persona del delegado. Pero esto no porque la potestad judicial se conceda al provisor por la aptitud especial de tal persona determinada, ya que el oficio se puede otorgar a cualquier persona que reúna las condiciones legales, sino por estas otras dos razones. Primeramente porque la facultad de delegar es propia de la potestad administrativa y en este sentido ha de entenderse el § I del canon 199. Ciertamente que el juez tiene también potestad administrativa para dirigir el proceso, pero esta potestad no se extiende hasta la subrogación total de sí mismo, aunque sólo sea para una causa. El juez sólo puede delegar para la ejecución de determinados actos procesales que no impliquen jurisdicción.

La segunda razón es porque los jueces sinodales, de entre los cuales el provisor ha de constituir el tribunal colegiado, dice expresamente el canon 15, 74 § I que juzgan *con potestad delegada por el Obispo*, no obstante de formar parte de un tribunal ordinario. El provisor no hace otra cosa que designar las personas en cada caso, lo cual es condición para que desde ese mismo momento reciban la potestad delegada por el Obispo.

Lo dicho sobre la designación del juez único debe aplicarse también a la designación del presidente del tribunal colegiado, que suele ser el provisor o uno de los viceprovisores cuando el tribunal juzga con potestad ordinaria (cc. 1577 y 1578). En el proceso sobre el *matrimonio*

¹⁶ CAPPELLO, Praxis processualis, Roma, a. 1940, p. 17, n.º 27.

¹⁷ ROBERTI, De Processibus, v. I, ed. 2, Roma, a. 1941, p. 268.

¹⁸ BARTOCETTI, V., Processus matrimonialis, p. 52, en Commentarius in iudicia ecclesiastica Car. Lega, v. III, Roma, 1950.

rato y no consumado la designación del juez delegado ya hemos dicho que está reservada a la S. Congregación de Sacramentos.

§ V. LAS OTRAS CLASES DE JUECES

a) *Jueces adjuntos*. En lo tocante al nombramiento de los *dos o cuatro jueces* que acompañan al presidente en la constitución del *tribunal colegiado*, la norma es, según queda dicho, que los elija por turno el *Ordinario* de entre los jueces sinodales, a no ser que en su prudencia juzgare más oportuna otra cosa (canon 1576, § 3). La última cláusula potestativa creemos que se refiere tanto a la facultad excepcional del Ordinario para designar jueces a los extrasinodales como para no observar los jueces sinodales el turno preestablecido.

También el *provisor*, cuando actúa, puede designar a los jueces que acompañan al presidente en la constitución del tribunal colegiado, pero con facultad más restringida que el Ordinario local y si éste no dispone otra cosa. Es decir que, aparte de la prevalencia de la decisión episcopal, al provisor sólo se le concede lo que el Obispo puede hacer como norma general, que es designar entre los jueces sinodales y por turno, pero no lo que puede hacer excepcionalmente, cuando lo estime oportuno, que es nombrar jueces extrasinodales o sinodales sin guardar turno. Así lo declaró la Comisión Intérprete, el 28 de julio de 1932¹⁹, diciendo que el provisor puede constituir tribunal colegiado llamando por turno a los jueces sinodales, a no ser que el Obispo disponga otra cosa en cada caso particular. De la misma manera se expresa el art. 14 § 4 de la Instr. "Provida" con las siguientes palabras que confirman y explican la declaración de la Comisión de Intérpretes, aplicándola a las causas de nulidad: "Los otros dos jueces para constituir el tribunal colegial han de ser elegidos entre los jueces sinodales, pudiendo también designarlos, pero por turno, el provisor, que haya sido elegido por el Obispo con potestad ordinaria de juzgar sin reservación alguna de causas...".

b) *Juez relator o ponente, juez delegado, auditor o juez auxiliar y jueces asesores*.

I. *Juez relator o ponente*. "El presidente del tribunal colegiado, se dice en el canon 1584, debe designar como ponente o relator a uno de los jueces del colegio, el cual informará la causa ante los otros jueces y redactará por escrito las sentencias; y el mismo puede por justa causa sustituirlo por otro". Lo mismo establece el art. 22 § I de la Instr. "Provida", con la sola diferencia de que en las causas de nuli-

¹⁹ A. A. S., vol. XXIV, p. 314.

dad se prescribe, sin las atenuaciones del canon 1642, § 2, el uso de la lengua latina. Al ponente corresponde, según el citado canon 1584, redactar las sentencias. Pero el art. 200 § 2 de la Instrucción de 1936 admite que, por causa justa, se dé este encargo a algún otro juez del colegio en la discusión final que precede a la sentencia. En esta discusión es el ponente el primero que presenta sus conclusiones (canon 1871 § 3).

La doctrina admitía ya comúnmente que el oficio de *ponente* o *relator* podía sumirlo el presidente mismo del tribunal colegiado, entendiéndose que esto podía determinarlo por sí mismo el presidente, mas ahora el art. 22 § 2 de la Instr. "Provida" exige para las causas de nulidad matrimonial el consentimiento del tribunal y este consentimiento, con mayoría absoluta, se requiere para la validez del acto: "Con el consentimiento, dice, del tribunal puede el mismo presidente desempeñar el cargo de ponente o relator".

El *modo* como ha de informar el ponente en la deliberación final del tribunal colegiado, antes de la sentencia, lo determina el canon 1871 § 3. La *redacción* de la sentencia debe hacerla el ponente según prescribe el canon 1873 § 2.

2. *Juez delegado*. Puede suceder que para la ejecución de alguna diligencia judicial, por ej., para la inspección de un local o el cotejo de algún documento, que no puede o no hay razón para que realice el tribunal colegiado en pleno, sea oportuno comisionar, no al auditor que no ha de intervenir en la sentencia, sino a un miembro del mismo tribunal pero distinto del ponente. Entonces ese miembro del tribunal actúa como su representante o *delegado* del mismo tribunal. La designación de este delegado creemos que puede hacerla el presidente por sí solo.

También, algunas veces, la comisión para ejecutar un acto procesal se otorga a una persona *ajena al proceso* que obra como delegada del tribunal. Puede ser un juez sinodal que no forma parte del tribunal para aquella causa, o también una persona no investida de potestad judicial, como un párroco u otro sacerdote a quien se comisiona, v. gr., para oír a un testigo impedido de presentarse ante el tribunal. Véase en este sentido el n.º 24 de la Instrucción de 1923 para el proceso sobre el matrimonio rato y no consumado, que puede servir de norma para otras causas.

Puede darse también la *subdelegación*. Los jueces delegados, dice el canon 199 § 4, pueden subdelegar algún artículo no jurisdiccional, aunque no tengan comisión expresa.

Distinto del *delegado* con comisión particular que hemos considerado, es el caso en que el tribunal mismo, unipersonal o colegiado, juzga toda la causa con potestad *delegada*. Entonces la designación del tribunal compete a la S. Sede o a los Ordinarios locales (cánones 106, 107). En el matrimonio rato y no consumado la S. Congregación de Sacra-

mentos suele enviar letras de delegación al Ordinario local que recomendó al orador, a fin de que instruya la causa (n. 12 de la Instrucción de 1923), y aun el Ordinario suele recibir facultad para subdelegar (n. 14 Instr. 1923).

3. *Juez auditor*. En un proceso escrito, como es el canónico, puede tener amplia cabida el *principio de mediación*, y su representación más característica se halla en la intervención del *auditor* o instructor de la causa. La Instr. "Provida" de 1936 habla directamente del auditor en los artículos 23, 24 y 25.

Nombramiento del auditor. La Instr. "Provida" recoge y aplica a las causas matrimoniales de nulidad las normas generales del Código sobre el auditor. He aquí el texto del artículo 61 § 23: "§ 1. Puede el Obispo tanto de una manera estable como para una causa determinada, nombrar uno o varios auditores o instructores de autos. El provisor solamente puede hacer esto para una causa determinada, si no ha provisto ya el Obispo (v. canon 1580). § 2. Los auditores deben elegirse, en cuanto sea posible, de entre los jueces sinodales (v. canon 1581)".

La designación del auditor o juez instructor es potestativa. En el tribunal de *apelación* no suele designarse auditor, porque la causa está ya instruída. Si en grado de apelación se admite un nuevo capítulo de nulidad matrimonial, se juzgará acerca el dicho título como en primera instancia, y entonces la intervención del auditor puede ser tan oportuna como en los casos ordinarios.

El auditor puede ser al mismo tiempo relator o ponente. Los seglares nunca pueden ser auditores, según declaró la S. Congregación del Concilio, el 15 de diciembre de 1918²⁰.

La extensión y naturaleza del oficio de auditor se insinúa vagamente en el canon 1582 y en el art. 24 de la Instr. "Provida", enumerando algunas funciones que le corresponden y negándole otras. Dicen así ambos textos: "Propio de los auditores es citar y oír los testigos e instruir otros actos judiciales, pero no dar la sentencia definitiva". Suele decirse, con frase genérica pero muy exacta, que el auditor tiene poder *in cognoscendo sed non in decidendo*. Los términos del texto transcrito abren un campo casi ilimitado a la actividad del auditor. Como su misión particular es preparar la solución de la controversia planteada ante el juez, parece que a él se le puede encomendar la ejecución de todos los actos judiciales, a excepción de la sentencia definitiva, y que, después de dada la comisión por el Obispo o por el provisor, el auditor puede ejercer su oficio con plena autonomía. Sin embargo, este concepto conviene aquilatarlo con más rigor. Aparte de lo que es incumbencia de los oficiales mayores (fiscal y defensor del vínculo) y considerando sólo el oficio del auditor en relación con el del juez principal, a

²⁰ A. A. S., v. XI, p. 192.

quien presta ayuda y sustituye en la ejecución de los actos preliminares a la sentencia, particularmente en la instrucción de la causa, debe tenerse en cuenta que al juez principal —unipersonal o colegiado— corresponde la *dirección del proceso*, lo cual significa que el auditor debe obrar bajo su dependencia, pero con criterio propio en cuanto al modo y con autoridad suficiente para cumplir y hacer cumplir, dentro del proceso y mandato recibido, cuanto sea necesario o conducente a la preparación e instrucción de la causa. Hay actos, en concreto, y son muchos, según hemos indicado, los cuales están reservados por la misma ley al tribunal o a su presidente.

Ni es ésto solo. Además de estar limitada la acción del auditor por las prerrogativas anejas a la dirección del proceso, lo está igualmente por otra prerrogativa más preeminente del juez principal y del todo inalienable. El artículo 24 de la Instrucción "Provida", como el canon 1582, excluye taxativamente de la competencia del auditor sólo el dar la sentencia definitiva. Pero es indudable que el tribunal no puede tampoco autorizar, con un *visto bueno* previo y general, cualquier solución de las causas incidentales que surjan en el proceso, salvo las cuestiones de forma o de mero trámite. Las sustanciales o de fondo y todas las que tengan fuerza de sentencia definitiva debe resolverlas autoritativamente el tribunal, aunque las prepare el auditor y aun las formule él mismo.

Aun ciertas cuestiones o actos meramente procesales no conviene encomendarlos al auditor, porque su mismo planteamiento o solución puede influir decisivamente en la sentencia definitiva. Tales son, por ej., la citación introductoria de la causa, la litiscontestación, la conclusión del período probatorio, la vista o discusión final de la causa. Quedan totalmente excluidos de la competencia del auditor todos los actos que tienen valor de sentencia definitiva, como la transacción, el juramento decisorio, la reprehensión judicial.

No obstante las limitaciones que hemos puesto, la esfera de acción del auditor es muy extensa. El Código enumera expresamente algunos pocos actos en que interviene el auditor y la Instrucción de 1936 mucho más, sin que la enumeración sea exhaustiva. El cl. *Roberti* trae una larga lista de casos en los que, según la legislación vigente, el auditor puede intervenir en la tramitación de las causas matrimoniales²¹, pero los casos pueden multiplicarse en conformidad con la naturaleza del oficio de auditor.

Doctrinalmente, la misma *conveniencia* del nombramiento del auditor puede discutirse. El ideal sería que el tribunal mismo o, al menos uno de sus jueces, se hallase siempre presente a la causa y observase todas sus particularidades e incidencias, en contacto directo con per-

²¹ ROBERTI, o. c., n.º 113, I.

sonas, hechos y documentos. El mero estudio posterior de tantos escritos, no pocas veces revueltos y hacinados, si bien permite un conocimiento y análisis más reposado, no sirve para captar muchísimos detalles que pueden tener gran valor, especialmente para apreciar la buena fe de las partes y testigos. Con todo, razones de orden práctico hacen aconsejable, de ordinario, el nombramiento del auditor. Su conveniencia es generalmente reconocida, sobre todo en el tribunal colegiado, para abreviar la tramitación del proceso y facilitar el trabajo de los jueces. Pero ello no debe ser óbice para que el juez, si es único, y por lo menos alguno de los jueces en el tribunal colegiado, se pongan en relación inmediata con las partes litigantes y estudien a fondo la causa.

La potestad del auditor es jurisdiccional, porque el conocimiento de la causa forma parte constitutiva del proceso, que se desarrolla en virtud de la potestad de jurisdicción. Pero se ha propuesto la cuestión de si la potestad del auditor es *ordinaria* o *delegada*. El citado Prof. *Roberti*²³ juzga que debe tenerse como ordinaria cuando el oficio de instructor en un tribunal se halla permanentemente constituido, pero no si el auditor es elegido para casos particulares. Esta doctrina nos parece muy dudosa. Es difícil concebir que, siendo delegada la potestad de los jueces sinodales, pueda considerarse como ordinaria la del auditor, que es nada más que un juez auxiliar. Este obra siempre "a tenor del mandato" del juez principal, es decir, por comisión particular. Y esto significa que el oficio del auditor no está legal y objetivamente definido, ya que no puede decirse que en fuerza de la ley —aun cuando exista el oficio de modo estable— tiene derecho el auditor a ejecutar un solo acto en concreto.

Excepción de sospecha y remoción. Si el auditor fuese recusado, la *excepción de sospecha* debe resolverla el juez principal (canon 1614 § 1). Lo mismo afirma, en términos más generales, la Instrucción de 1936, art. 69: "Contra los actos del presidente o del instructor cabe recurso al colegio, al cual le toca dar decreto o sentencia interlocutoria, oyendo al defensor del vínculo y, si interviene, al fiscal".

"El auditor puede ser *removido* de su cargo en cualquier estadio del proceso por aquel que lo eligió; pero con justa causa y sin perjuicio de las partes" (canon 1583 y art. 25 de la Intr. "Provida" de 1936). Es claro que puede remover al auditor no sólo el Ordinario sino también el juez cuando fue éste quien le eligió para la causa en que juzga por no haber provisto el mismo Ordinario. La remoción sin causa justa podría dar motivo a la excepción de sospecha contra el juez. El perjuicio de las partes tiene lugar principalmente cuando la remoción se hace durante la pendencia del pleito. Este perjuicio debe estar justifica-

²³ ROBERTI, o. c., n.º 113, I, 3.

do por razones que afectan a la mejor administración de la justicia, como si el auditor se muestra incapaz o poco diligente o parcial hacia uno de los litigantes. Si la remoción del auditor se hace a instancia de una de las partes, pueden cargársele a ella los perjuicios causados a la otra.

4. *Jueces asesores.* El asesor toma parte en las causas aconsejando al juez que ha de dictar sentencia. Carece de jurisdicción y su voto no es deliberativo sino meramente consultativo; por lo cual, su intervención no hace el tribunal colegiado sino que, por lo contrario, supone que el juez es único. No obstante, como los asesores pueden tener gran influjo en el ánimo del juez y en sus deliberaciones, el decreto de nombramiento debe notificarse a las partes, a fin de que éstas, si hay motivo, puedan recusarlos; la excepción de sospecha debe resolverla el juez principal. Puede nombrarse asesores para todo el proceso o sólo para una parte de él, v. gr., para la instrucción de la causa.

No tiene por qué constar en actas lo que los asesores aconsejan al juez. Pero sí debe constar su presencia en los actos procesales y sus intervenciones públicas en los mismos, ya orales ya escritas. Los asesores tienen derecho a conocer las actuaciones sobre las cuales hayan de emitir su dictamen o dar consejo, así como también están obligados a prestar *juramento* de cumplir bien y con fidelidad su oficio, según prescribe el canon 1621.

Se diferencia el asesor del *jurisconsulto* en que éste aconseja fuera del tribunal, bien al juez bien a las partes, mientras que el asesor aconseja y ayuda al juez en el mismo tribunal.

Los asesores *son elegidos* libremente por el juez pero deben ser remunerados a expensas de los litigantes, porque en beneficio de ellos requiere el juez su ayuda. Las personas *seglares* no pueden ser asesores en los tribunales eclesiásticos, a pesar de que el oficio no es jurisdiccional²³.

§ VI. MODO COMO EL TRIBUNAL HA DE PROCEDER EN LAS CAUSAS MATRIMONIALES

Después de haber visto cómo se constituye el tribunal o las diversas figuras que en él pueden intervenir, interesa conocer cómo procede el mismo tribunal en el conocimiento y resolución de las causas matrimoniales.

A) *Impulso del tribunal e impulso de las partes.*

Entre los principios generales reguladores de la marcha del proceso interesa estudiar aquí, en relación con las causas matrimoniales, el

²³ S. Congregación del Concilio, 14 diciembre 1918; A. A. S., p. 132.

llamado principio *inquisitivo* y el *dispositivo*: el primero da la iniciativa en la constitución y desarrollo del proceso al juez, bien sea que actúe por sí mismo, bien sea que lo realice por medio de otra persona pública, que es el fiscal o el defensor del vínculo. El segundo, o sea el principio *dispositivo*, deja la iniciativa y por tanto la evolución del proceso a merced de las partes litigantes. Legalmente, la cuestión se centra en la aplicación de los cánones 1618, 1619 y 1620 a las causas matrimoniales.

1. *Constitución del proceso*. Establece el *canon 1618* cuándo el proceso ha de estar regido por el *principio dispositivo* o iniciativa de las partes. "En las causas, dice, que interesan tan sólo a los particulares, el juez únicamente puede proceder a instancia de parte; mas en los delitos y en aquellas causas que atañen al bien público de la Iglesia o a la salvación de las almas, también puede hacerlo de oficio".

En el antiguo proceso oral prevalecía la iniciativa del juez; en el escrito, la de las partes. Actualmente se hace distinción entre el derecho sustantivo y la relación o derecho procesal, concediendo a las partes la facultad de hacer uso del derecho sustantivo particular y reservando al juez la determinación sobre la observancia de las leyes procesales y sobre el derecho sustantivo que interesa al bien común de la Iglesia y a la salvación de las almas. Por este motivo, la constitución del proceso y de su materia en las causas contenciosas de interés *privado* depende exclusivamente de las partes; al contrario, en las de interés público la acción o acusación compete o puede competir al fiscal o al Ordinario. El juez, en cuanto tal, no puede nunca introducir por sí mismo la causa, porque no puede ser al mismo tiempo juez y parte: "nemo index sine actore".

Son *causas de interés público* las criminales, las benéficas, las de sagrada ordenación y las matrimoniales. Sin embargo, el interés público en estas últimas se halla íntima e indisolublemente conjugado con el interés particular, aunque no siempre en el mismo grado y proporción. Hay causas matrimoniales en que prevalece el interés privado así como en otros predomina el público. En las *causas de esponsales* la acción procesal se ordena exclusivamente a obtener la reparación de los daños causados por el incumplimiento de la promesa de matrimonio. La acción tiene, pues, un interés meramente privado y la constitución del proceso tiene que estar necesariamente a disposición de las partes, no del arbitrio judicial.

Acerca de las *causas de separación* se ha discutido si tienen un interés público o privado. No son ajenas, ciertamente, al interés público, pero siempre con subordinación y a base del legítimo interés privado. Públicamente, interesa tanto que los cónyuges inocentes puedan separarse legalmente de aquellos otros que infringen sus más graves obligaciones conyugales —quedando a salvo la existencia del vínculo—

como que la separación sin causa canónica se prohíba y se niegue toda acción jurídica y procesal al causante culpable del impedimento. Prevalciendo en las causas de separación el interés privado, la iniciativa procesal, en la constitución del juicio, debe estar en manos de los mismos cónyuges y no del promotor fiscal.

En las *causas de nulidad matrimonial* con frecuencia interviene parejamente el interés público y el privado. Este último existe siempre; el primero, cuando el impedimento es público por su naturaleza, o cuando es denunciado al tribunal y concurren especiales razones de urgencia y de escándalo o de orden público. La constitución del proceso puede siempre determinarla la iniciativa privada, y también la iniciativa fiscal cuando el interés público es esencial a la causa y por razones extrínsecas es notario y de especial relevancia²⁴.

En las *causas sobre el matrimonio rato y no consumado* así como las que tratan de los *efectos* del matrimonio, el interés relevante, en lo que toca a la demanda, es siempre de índole privada y por tanto la iniciativa en la constitución del proceso no puede ser oficial.

2. *Alegación de pruebas*. La aplicación más difícil del principio *inquisitivo u oficial* y del *dispositivo* tiene lugar en la *alegación de las pruebas* y la dificultad se agrava en las causas matrimoniales.

El *canon 1619* sienta el principio general en estos términos: “§ 1. Si el actor no aduce en favor de su causa las pruebas que puede aducir, o el reo no contrapone las excepciones que le corresponden, el juez se abstendrá de suplirlas. § 2. Pero tratándose del bien público o de la salvación de las almas, puede y debe suplirlas”.

El impulso o iniciativa procesal del juez o de las partes —principio inquisitivo o dispositivo— se manifiesta no sólo en la constitución del proceso sino también en su desarrollo y principalmente en la instrucción de la causa por la alegación de pruebas. En las *causas de interés particular*, el juez no puede aducir nuevas pruebas principales, como son la prueba testifical, la documental y el juramento decisorio; pero aun en estos casos puede prescribir pruebas complementarias, como la prueba pericial, el reconocimiento judicial, el juramento supletorio o estimatorio. Aun las pruebas principales que el juez no puede introducir, puede completarlas o perfeccionarlas. Respecto de las *causas públicas* y de las que directamente interesan a la salvación de las almas, puede el juez aducir toda clase de pruebas, salvo que él mismo no puede hacer de testigo.

Al hacer la aplicación del *canon 1619*, sobre la alegación de pruebas por iniciativa del juez o impulso de las partes, a las causas matrimoniales, se nos vuelve a presentar la cuestión del interés público o priva-

²⁴ Cfr. “Estudios Canónicos”, p. 709 ss.

do en cada una de ellas. Pero debemos adelantarnos a advertir que el mayor interés público o privado de una causa no se refleja necesariamente de la misma manera sobre la intervención del juez en los diversos actos del proceso. La alegación de pruebas, por ej., es más abierta y susceptible de iniciativa oficial que la demanda o constitución del proceso. Por este motivo tenemos que aplicar de distinta manera los principios inquisitivo y dispositivo a las pruebas que a la constitución del proceso.

En las *causas de nulidad*, primeramente, aunque estas causas sólo pueden incoarse por iniciativa oficial cuando el impedimento es por su naturaleza público, no cabe duda que encierran siempre un interés de carácter social, y por ende el tribunal puede y debe, en la tramitación de ellas, suplir las pruebas no alegadas por las partes. A este objeto debe coadyuvar el *ministerio fiscal* cuya intervención, situándose al lado de una u otra parte litigante, ha de encaminarse a la realización del bien general, suministrando al juez los medios necesarios de prueba para garantizarlo.

En el *proceso sobre el matrimonio rato*, aunque su constitución es de iniciativa privada, en la alegación de pruebas tiene plenísima aplicación el principio *inquisitivo*, conforme se deduce de su misma naturaleza que, ciertamente, interesa al bien público, porque la disolución del vínculo implica un cambio de estado social. Así consta también por el artículo 20 de la Instrucción de 1923, en el que se dice: "Pertenece al juez, luego que se le hubiere encomendado legítimamente la instrucción del proceso, practicar la inquisición judicial acerca de la supuesta no consumación del matrimonio...".

Más difícil es determinar la intervención judicial en orden a la alegación de pruebas, cuando la causa que se agita es la *separación de los cónyuges*. Creemos que en este caso no puede fijarse ninguna norma concreta, quedando al arbitrio o apreciación del juez suplir o no las pruebas *de hecho* no alegadas por las partes. En todo caso puede el juez aducir las pruebas o alegaciones de *derecho común*, cuyo conocimiento siempre le incumbe, conforme al aforismo *iura novit Curia*.

Las *causas sobre los efectos del matrimonio* presentan un aspecto típicamente privado, rigiéndose en consecuencia por el principio dispositivo en la alegación de las pruebas.

Las causas en que se trata del *privilegio Paulino* se tramitan sin recurrir a los tribunales eclesiásticos y sabido es que en el orden administrativo la acción del Superior se mueve con mayor autonomía, sin las trabas del procedimiento legal.

3. *Evolución del proceso*. El principio *inquisitivo* o el *dispositivo* influyen en toda la marcha o evolución del proceso, haciendo que éste dependa principalmente, en la ejecución de los diversos actos que jalonan el proceso, o bien de la voluntad del tribunal o de la voluntad e

instancia de las partes. También aquí la pauta debe darla el diverso interés prevalente, público o privado de cada causa, no obstante el favor que históricamente —hoy en trance de revisión —ha gozado el principio dispositivo en el Derecho canónico.

El principio general, indiscutiblemente de carácter dispositivo, por lo que se refiere a la evolución del proceso, se contiene en el canon 1620, que dice así: “Procuren los jueces y los tribunales que todas las causas se concluyan cuanto antes, aunque sin menoscabo de la justicia, y que no se prolonguen más de dos años en el tribunal de primera instancia, ni más de un año en el tribunal de segunda instancia”. El libre impulso de las partes, señalado en este canon, por el que una larga serie de demandas incidentales o preparatorias queda a merced de las partes, está frenado por múltiples e importantes excepciones, una de las cuales es la establecida en los cánones 1620 y 1736, cuya finalidad es impedir la paralización del proceso, debida a la inactividad o mala voluntad de las partes contendientes. De estos recursos debe valerse el juez, por propia iniciativa o impulso, cuando en la prosecución de la causa se halla afectado el bien público. Si de la paralización del proceso únicamente se sigue daño a una de las partes, el juez debe esperar la instancia de ella, respetando así el principio dispositivo predominante en nuestro Derecho. Uno de los recursos en manos del juez para la impulsión del proceso, principalmente contra el actor moroso, consiste en dirigirle nueva citación o llamamiento, a instancia del demandado, o del promotor de justicia o del defensor del vínculo, declarándole en rebeldía si no obediere (canon 1849; art. 91 de la Instrucción “Provida”). Los efectos de la declaración de contumacia del actor en las causas de nulidad matrimonial son distintos de los efectos en los demás procesos contenciosos, como se deduce de la confrontación del artículo 91 de la Instrucción con los cánones 1849 y 1850²⁵. En el *proceso oriental* (canon 64, 2.º) se ha arbitrado otro recurso general para que el proceso no se paralice por negligencia o mala voluntad de las partes, cuando la ejecución de un acto procesal requiere la instancia o impulso de ellas. “Quoties instantia partis requiritur ut iudex quid decernere possit, instantia promotoris iustitiae vel vinculi defensoris, qui iudicio intersint, eadem vim habet”.

La aplicación del *impulso judicial* en la evolución del proceso a las

²⁵ He aquí el texto del art. 91 de la Instr. “Provida”: § 1. Cuando el actor, ni por sí ni por medio de procurador legítimo, comparece para la contestación de la demanda, se le ha de citar de nuevo, si el demandado insta, conminándole con la contumacia: y si ni esta segunda vez comparece, declarará el presidente desierta la causa, salvo que inste el reo en favor de la nulidad del matrimonio (véanse cánones 1849, 1850 § 1). § 2. Se permite, sin embargo, al fiscal hacer suya la instancia y proseguirla siempre que, a juicio del Obispo, parezca exigirlo el bien público, esto es, la remoción del escándalo (véase canon 1850 § 2). En las causas que no son de nulidad matrimonial se conceden al reo varios otros recursos contra el actor contumaz, las cuales se hallan especificadas, algo confusamente, en el § 3 del canon 1850.

diversas causas matrimoniales depende del mayor o menor grado de publicidad de cada una de ellas, según ya queda declarado.

B. *El tribunal colegiado procede colegialmente*

En el tribunal singular o unipersonal la sentencia o cualquier otra resolución equivalente la da el juez principal, quedando excluido de este acto decisorio el juez auxiliar o auditor. El juez decide en conformidad con lo alegado y probado, apreciando las pruebas según su conciencia, salvo aquellos casos en que existen pruebas legales, con valor determinado por la misma ley, supuestas las circunstancias de hecho que el mismo juez debe valorar.

Cuando el tribunal es colegiado, lo mismo pesa la sentencia de un juez que la de otro de los que forman el tribunal y todos tienen las mismas obligaciones. Por eso deben obrar colegialmente y decidir por mayoría. Así lo establecen el canon 1577 § I y el art. 14 § I de la Instrucción "Provida": "El tribunal colegiado debe proceder colegialmente y dar las sentencias por mayoría de votos".

Discuten los autores sobre el modo cómo debe computarse la mayoría de votos. Falsamente han opinado algunos, como el Card. *Legas*,²⁶ que las resoluciones del tribunal colegiado deben tomarse por mayoría absoluta en el primero y segundo escrutinio, y por mayoría relativa en el tercero, a tenor del canon 101, § I, 1.º, en el que se trata del modo de decidir propio de las personas jurídicas. No hay razón para afirmar la personalidad jurídica del tribunal colegiado como tampoco la del tribunal unipersonal. El sujeto de derechos y obligaciones no es el tribunal sino cada uno de los jueces y la sentencia es el dictamen conjunto y prevalente de todos ellos. Desechado el recurso interpretativo al canon 101 para definir el resultado de la votación, es preciso afirmar que la mayoría de votos es, en todos los escrutinios, la mayoría pura y auténtica, es decir, la *mayoría absoluta*. La misma naturaleza y gravedad del fallo judicial, cuando se requiere pluralidad de jueces, exige que la resolución se tome no por el exiguo margen de una mayoría relativa sino por una verdadera mayoría absoluta. Una sentencia no apoyada por la mayor parte de los jueces carecería de autoridad moral. La mayoría *absoluta* fue ya exigida en la citada Instrucción Austríaca "pro iudiciis ecclesiasticis quoad causas matrimoniales" propuesta por el Arzobispo de Viena *De Rauscher*. Leemos en el ejemplar publicado por el Card. Viale-Prelá, el 2 de febrero de 1856, n.º 99: "Decisio fertur per suffragia absolute mayora".

²⁶ LEGA-BARTOCCEI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, v. I, Roma, 1950, p. 134.

Requerida la mayoría absoluta, surge la cuestión de cómo ha de procederse cuando esta mayoría no se puede conseguir. Ante todo, debe notarse que el caso es más hipotético que real, si la duda o los artículos de la controversia fueron bien definidos en la litiscontestación; pues cada voto de los jueces es una respuesta a la duda, objeto del proceso. Ahora bien, estas respuestas no pueden por menos de ser favorables o desfavorables, total o parcialmente, a la cuestión planteada. Por lo tanto, siendo impar el número de jueces, por necesidad tiene que resultar mayoría absoluta, y aquello en que la mayoría absoluta conviene, afirmativa o negativamente, es lo que obtiene fuerza de sentencia. Si los votos son en su mayor parte diversos, la consecuencia es que no consta, en aquello en que discrepan, del derecho del actor, o sea, que según la mayoría este derecho es dudoso y, por lo mismo, debe serle denegado al actor y debe absolverse de la demanda al reo. En el caso de no darse la mayoría absoluta, los autores proponen como solución, pasada inútilmente una semana, el añadir dos jueces al tribunal de tres²⁷ o el sustituir a los jueces²⁸.

La forma de proceder *colegialmente*, impuesta al tribunal pluripersonal no se refiere tan sólo al fallo o resolución final de la causa, sino a la actuación general del tribunal, particularmente en lo que atañe a las decisiones sobre el fondo de la causa, aunque sólo sea en cuestiones incidentales. Siempre es, en realidad, conveniente que el tribunal colegiado, en cuanto sea posible, actúe colegialmente o *hallándose presente todos los jueces*. Sin embargo, este principio general de *inmediación*, por el cual el juez que ha de dictar la sentencia se pone, durante todo el proceso, en relación o contacto directo con los medios de prueba, no es rigurosamente exigido por nuestro Código ni en el tribunal singular ni en el colegiado. A veces interviene solo el presidente, conforme luego expondré; otras veces puede un solo juez representar a todo el tribunal y aun se autoriza el encomendar al auditor no pocos actos principalmente relativos a la instrucción de la causa. En ocasiones, que la misma ley procesal especifica o que la naturaleza del acto exige, es preceptiva la presencia o intervención de todos los jueces del tribunal.

Cabe enumerar a continuación algunos actos principales relativos a las causas matrimoniales de nulidad, los cuales están *reservados*, ya en virtud de prescripciones generales del Código, ya en fuerza solamen-

²⁷ WERNZ VIDAL, *Ius Canonicum*, tom. VI, De processibus, nn. 538, 595, nota 48. El P. VIDAL admite las dos soluciones que se citan en el texto, pero añade que el problema es más moral que jurídico, debiendo moralmente el juez que da su voto menos favorable al reo adherirse al juez más favorable al reo, puesto que el caso es dudoso. No creemos que exista esta obligación moral.

²⁸ CORONATA, *Institutiones Iuris Can.*, vol. III, De processibus, ed. 2, n.º 1400, admite como posible la sustitución de los jueces por el Obispo, pero no excluye otras soluciones. MUNIZ, *Procedimientos Eclesiásticos*, v. III, n.º 442, propone solamente la sustitución de los jueces.

te de la Instrucción "Provida" de 1936, *al tribunal en pleno*. Estos casos se hallan prescritos en los artículos de esta Instrucción, coincidentes muchos de ellos con los respectivos cánones del proceso general canónico. Pueden citarse, entre otros, los artículos siguientes: art. 16 § 1; 28 y 29; 61, 62, 63, 64, 66, 67; 105 § 5; 107 § 1 y 2; 123 § 2; 154; 200 § 5; 201 § 1; 211 § 2; 214; 215 § 2; 234; 236. Las citas pueden fácilmente multiplicarse²⁹.

La reservación de estos actos particulares al tribunal colegiado en pleno no lleva aparejada la sanción de nulidad, porque ni expresamente se dice ni la naturaleza del acto lo reclama, excepción hecha de la **sentencia** tanto definitiva como interlocutoria, conforme se declara en el art. 13 § 1 de la Instrucción de 1936 y en el canon 1892, n. 1.º.

El presidente del tribunal colegiado. En la actuación del tribunal colegiado no puede menos de tener una destacada importancia la intervención de su presidente, ya cuando el tribunal juzga en pleno bajo la dirección de aquél, ya cuando el presidente ejecuta por sí solo determinados actos.

"El Tribunal colegial lo preside el provisor o viceprovisor, nombrando por el Obispo conforme al canon 1573, y a él le pertenece dirigir el proceso y decretar lo que sea necesario para administrar justicia en la causa que se ventila (canon 1577)" (art. 14 § 2 de la Instrucción "Provida").

"Si bien puede el Obispo presidir el mismo tribunal, es muy conveniente que no lo haga, si razones especiales no lo exigen (canon 1578)" (art. 14 § 3 de la Instr.).

La presidencia del tribunal lleva impresa, como característica general, la dirección del proceso. Pero esta dirección es interna, que se realiza dentro y desde el propio tribunal. Por esto se distingue de la alta dirección o moderación externa, que siempre está reservada al Obispo, aun cuando no forme parte del tribunal, y que es más bien de carácter gubernativo.

En el proceso general contencioso —de iudiciis in genere, dice nuestro Código— no existe ningún canon en el que se enumeren las atribuciones que competen *al presidente del tribunal colegiado*, aunque la mayor parte de ellas se deducen claramente de la misma naturaleza del oficio. En el art. 68 de la Instr. "Provida" se expresan amplia, no exhaustivamente, las atribuciones del presidente en las causas de nulidad matrimonial y ello de la norma que razonablemente, si no preceptivamente, ha de observarse en los demás tribunales colegiados.

En el § 1 y en el § 3 del art. 68 señálanse las atribuciones que por prescripción legal se reservan al presidente, lo cual no quiere decir

²⁹ Véase una enumeración más amplia en las obras ya citadas de ROBERTI, pp. 281-283, y de J. TORRE, pp. 20-21.

que estos actos no pueda realizarlos el tribunal en pleno sino que el colegio o tribunal no puede impedir al presidente el ejercicio personal y exclusivo de su derecho si él así lo dispone. En el § 2 del mismo artículo se enumeran varios actos que el presidente puede realizar por sí mismo, con tal que el colegio no se haya reservado alguno de ellos. Esta última cláusula restrictiva está muy acorde con el principio según el cual el tribunal ha de proceder *colegialmente*; por lo que su derecho prevalece sobre el del presidente en todo lo que no está preceptuado o es cumulativo de ambos. Más clara aparece la prelación del tribunal en todos los demás casos en los que no sólo puede obrar colegialmente sin necesidad de especial reserva sino que, de ordinario, conviene que así lo haga y aun en determinados casos debe necesariamente hacerlo, como ya queda indicado. La actuación inmediata del tribunal en pleno es la mejor garantía para la justicia del fallo judicial, aunque a veces puede haber motivo para la actuación individual separada de alguno de los jueces y, sobre todo, del presidente.

He aquí el largo texto del art. 68 de la Instrucción "Provida", en el que se hace una detallada aplicación de los derechos del presidente en las causas matrimoniales de nulidad. Parecida norma ha de seguirse en las demás causas por natural exigencia del mismo oficio de presidente.

"§ 1. Incumbe al presidente: dirigir el proceso y decretar lo que sea necesario para administrar justicia en la causa (art. 14 § 2); designar relator o ponente de la misma (art. 22); conocer en la excepción de sospecha contra los ministros del tribunal (art. 31 § 3); mandar que en ciertos casos se imprima la defensa juntamente con los documentos principales (art. 179 § 2); refrenar la extensión excesiva de las defensas, si esto no está ya determinado por ley peculiar del tribunal (art. 182); designar el día y hora en que han de reunirse los jueces para deliberar acerca de la sentencia que se ha de dar (art. 185); dirigir la discusión moderada que haga al caso (art. 189 § 3), y reducir al cumplimiento de su deber a todos los asistentes al juicio, que faltaren gravemente al respeto y obediencia debidos al tribunal (v. canon 1640 § 2).

§ 2. Puede asimismo el presidente, si el colegio no se ha reservado alguna cosa: hacer la contestación de la demanda, fijar plazos para aportar pruebas y presentar defensas, corregir a los testigos desobedientes y, si es preciso, multarlos, admitir pruebas antes de la contestación del pleito en aquellos casos de que se trata en el canon 1730, tasar la indemnización y gastos de los testigos, elegir peritos, recibirles el juramento y resolver acerca de sus gastos y honorarios, ordenar que se exhiban documentos, designar abogado *de oficio*, declarar que está contestado el pleito, que la causa está concluida, que ha caducado la instancia o que se ha renunciado a ella, etcétera.

§ 3. Puede también el presidente, si no hay instructor conforme al artículo 23, practicar lo referente a la instrucción de la causa".

En muchos otros artículos de la Instrucción "Provida" se mencionan especiales atribuciones del presidente. Sirvan de ejemplo los siguientes

tes artículos: art. 19 § 3; 22; 43 § 2; 47 § 2, 4; 49 § 1; 68; 89; 95 § 1, 2; 96; 148, § 2; 175; 178, § 2; 179, § 3; 186; 198, § 1; 224; 235; 240.

El artículo 69 de la Instrucción concede *recurso* contra los actos del presidente o del juez instructor al colegio, y ésto no sólo en aquellos actos que el presidente ejecuta con anuencia del colegio (§ 2 del art. 68) sino también en los que puede ejecutar por concesión directa de la ley (§ 1 y 3). “Contra los actos del presidente o del instructor dice el art. 69, cabe recurso al colegio, al cual le toca dar decreto o sentencia interlocutoria, oyendo al defensor del vínculo y, si interviene, al fiscal”.

En las atribuciones señaladas por el artículo 68 al presidente del tribunal colegiado se observa al punto que la mayor parte de ellas son propias lo mismo del presidente del tribunal colegiado que del presidente de un tribunal singular. A estas facultades *comunes* a todo presidente de tribunal, enumeradas en el artículo 68, pueden añadirse muchas otras y de ello pueden darnos un elenco, no exhaustivo, el art. 21 de la Instrucción de 1923 sobre el matrimonio rato y no consumado. Lo omitimos por no alargarnos.

En el *proceso oriental* (canon 50 § 1) se reconoce al *ponente*, en el tribunal colegiado, la facultad de dirigir el proceso: “Ponens processum dirigit et decernit quae pro iustitiae administratione in causa quae agitur neccesaria sunt”. La dirección del ponente está subordinada a la del presidente y tiene sólo por objeto el desarrollo práctico de la causa, con la aportación e impulso que para ello se requiera; pero sin ningún poder sobre los otros jueces ni facultad para decidir lo que está reservado al presidente o a todo el tribunal.

§ VII. LOS OFICIALES DEL TRIBUNAL Y SU MODO DE PROCEDER

Ya anteriormente dijimos quiénes se designan en el proceso judicial bajo la denominación genérica de oficiales del tribunal y qué funciones desempeñan.

A). *El promotor de justicia o fiscal.*

a). *Constitución del oficio.*—Fue la costumbre la que primeramente introdujo la obligación de constituir el oficio de fiscal en las Curias eclesiásticas. Después hallamos ya consignada esta obligación en el número 13 de la Instrucción de la S. Congregación de Obispos y Regulares, dada el 11 de junio de 1880³⁰. El Código ha confirmado esta misma obligación: “Debe constituirse en cada diócesis el promotor de

³⁰ Fontes Card. Gasparri, vol. IV, p. 1023.

justicia... para las causas contenciosas en que, a juicio del Ordinario corra peligro el bien público, y para las causas criminales" (canon 1586). La misma finalidad de defensor del bien público se reconoce al fiscal en el *Motu proprio* de 7 de abril de 1947, por el que se restableció el tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España. Dice así el art. 9.º: "Hay también en la Rota un Fiscal para defender el bien público"³¹.

b). *Función general del promotor de justicia. Actuación semejante a la del juez o a la de las partes.*—Pero la función del fiscal es más amplia de lo que, a primera vista, parece exigir el concepto de bien público. El fiscal interviene no sólo en las causas públicas por su naturaleza, como son las criminales y aquellas contenciosas en que directamente se halla interesado o peligra el bien común, sino que aun en las causas privadas es necesaria su presencia, a juicio del Ordinario, siempre que la recta administración de la justicia corra peligro por infracción de las leyes procesales. Por eso, en la citada Instrucción de la S. Congregación de Obispos y Regulares, art. 43, se afirmaba que era propio del oficio del fiscal defender en los tribunales la justicia y la ley. También es conveniente la intervención del fiscal cuando se trata de cuestiones de derecho muy controvertidas o de difícil aplicación, en las que la actuación del juez puede necesitar un asesoramiento oficial del que quede constancia en autos. En este caso es el mismo juez quien conviene que pida informe al promotor de justicia, con lo cual se aumenta la garantía de acierto y la autoridad moral de las resoluciones, sin menoscabar con ello la dignidad y competencia científica del juez quien siempre es el que dirige el proceso y decide según su propia conciencia, interpretando la ley y aplicándola al hecho controvertido. Sin embargo, el continuo recurso al informe fiscal es superfluo y no serviría sino para retardar la evolución del proceso y entorpecer demasiado la acción directiva del juez, que siempre es el primer ministro responsable en la administración de la justicia.

Al fiscal compete, como misión propia, defender el *bien público* y de las almas, no sólo por ser este bien más alto y sagrado que los otros bienes particulares, sino porque los demás bienes tienen sus defensores propios e interesados en las partes litigantes, al paso que el bien público puede quedar indefenso. Es verdad que el juez puede alegar pruebas en favor de las causas que interesan al bien público, pero en esta misma defensa conviene que sea ayudado por una persona pública competente, así como en la defensa de los bienes particulares es ayudado por las partes. Por esta misma causa, es decir,

³¹ *Motu proprio* "Apostolico Hispaniarum Nuntio", 7 abril 1947; A. A. S., v. 39, p. 155 ss. Boletín Oficial del Estado, 6 mayo 1947.

por carecer de la debida defensa, puede el fiscal promover la acción contenciosa en favor de los menores o de las personas morales, cuando no están debidamente asistidas o representadas. Así lo exige el mismo bien público.

Concretando más el derecho del fiscal a intervenir en las causas, diremos que está siempre reservado al fiscal el derecho de *acusación criminal* (canon 1934), bajo la dirección y dependencia del Ordinario, quien juzga de la oportunidad de la acción, de su prosecución y de la conveniencia de aplicar, mitigar, diferir o condonar la pena infligida por sentencia.

Aparte del derecho de acusación criminal, el promotor de justicia debe, preceptivamente, ser oído por el juez en algunos casos, v. gr., en los casos mencionados en los cánones 1709, § 3; 1786; 1793, § 2; 1841; 1856, § 2. En el *proceso oriental*, canon 64, se establece una doble norma sobre la intervención del promotor de justicia y del defensor del vínculo, que también en nuestro proceso conviene sea tenida en cuenta. En el referido canon se dice: "Nisi aliud expresse caveatur: 1.º Quoties lex praescribit ut iudex partes earumve alteram audiat, etiam promotor iustitiae aut vinculi defensor, si indicio intersint, audiendi sunt. 2.º Quoties instancia partis requiritur ut index quid discernere prossit, instantia promotoris iustitiae vel vinculi defensoris, qui indicio intersint, eamdenm vim habet".

Hay otros casos en los cuales el fiscal, aunque no sea llamado por el juez, tiene derecho u obligación de intervenir, ya en las *causas contenciosas* (cc. 1672, § 3; 1688, § 2; 1696, § 2; 1745, § 1; 1759, § 2; 1773, § 2; 1830, § 3; 1850, § 2; 1863, § 2); ya en las *causas criminales* (cc. 1937; 1945; 1955). Otros muchos casos en que interviene el fiscal pueden verse, por ej., en los cánones 663-665; 1734; 1879; 1897, § 1). Como principio general, ha declarado la Rota Romana que siempre el fiscal tome parte en una causa principal, debe ser también citado en la incidental que guarde conexión con ella³².

Pero interesa no tanto traer una larga enumeración de los casos en que el fiscal puede o debe intervenir en las causas —lo cual está determinado en la legislación— cuanto conocer *cómo actúa y qué posición* debe adaptar el fiscal en el proceso.

Siendo el fiscal custodio del bien público, de la ley procesal y de las personas naturalmente indefensas, a pesar de que todo ello se halla primariamente bajo la especial protección del juez, y siendo además el fiscal una persona pública, es forzoso considerarle como un consejero y auxiliar del juez, que coadyuva con él y a veces realiza tácitamente en su nombre diversos actos para la defensa del bien públi-

³² S. B. Rotae decisiones, v. 43, p. 421, n.º 3.

co. Por eso puede decirse que el fiscal completa en muchos casos la acción del juez, por ej., cuando en las causas de interés público suple las pruebas no alegadas, aunque sin participar nunca de autoridad judicial.

Más frecuentemente, sin embargo, el fiscal se asemeja en su modo de obrar a las partes litigantes, ejerciendo sus mismos derechos procesales, pero siempre con la mira puesta en el bien público. A semejanza de las *partes*, cuyo oficio a veces verdaderamente asume, el fiscal puede afirmar o negar un derecho, bien sea poniéndose al lado del actor o del reo, bien oponiéndose a los dos, renunciar a la instancia cuando es él quien la promueve, y gozar de todos los derechos de las partes, sin llegar propiamente a serlo y sin que, por lo tanto, la sentencia recaiga sobre el fiscal, aun en el supuesto de que sea negado el derecho que él propugna o de cualquier manera la sentencia le sea adversa. Algunas veces el promotor de justicia entabla la acción principal, aunque bajo la dirección y dependencia del Ordinario, como en las causas criminales y matrimoniales sobre el vínculo. Otras veces, y más frecuentemente, presenta acciones incidentales, sobre todo las caucionales o preventivas. Puede pedir la declaración de contumacia del actor y, después de declarada por el juez, hacer suya la instancia y proseguirla, siempre que el bien público parezca exigirlo (canon 1850 § 2). Cuando los clérigos discuten sobre el derecho a un beneficio y entre tanto uno de ellos muere o renuncia al beneficio, prosigue la instancia contra el sobreviviente el promotor de justicia (canon 1734).

c). *Función especial en las causas matrimoniales.*—*En las causas matrimoniales* la intervención del fiscal es la misma que en las contenciosas según el mayor o menor grado de publicidad o interés general que cada causa presente. Principalmente debe intervenir siempre que haya de acusar el matrimonio o sea preciso defender la ley procesal. Así lo declara el artículo 16 § I de la Instrucción "Provida": "El fiscal debe intervenir cuando él acusa el matrimonio y cuando se trata de defender la ley procesal. En este caso la intervención del fiscal la decreta el Obispo o el colegio, bien sea *de oficio* o a instancia del fiscal mismo, del defensor del vínculo o de las partes". Cuando sea oficio del fiscal acusar el matrimonio lo preceptúa el canon 1971, en el que se atribuye al fiscal un amplio *derecho de acción* en las causas matrimoniales, aunque bajo determinadas condiciones. He aquí el texto del canon 1971: "§ I. Son hábiles para entablar la acusación: 1.º Los cónyuges, en todas las causas de separación y de nulidad, siempre que no hayan sido ellos causa del impedimento; 2.º El fiscal, tratándose de impedimentos públicos por su naturaleza. § 2. Todos los demás, aunque sean consanguíneos, no tienen derecho a acusar el ma-

trimonio, sino solamente a denunciar su nulidad al Ordinario o al fiscal”.

Es lugar paralelo del canon 1971 el artículo 35 de la Instrucción de 1936, con términos más explícitos, en el § 1, n.º 2.º y § 2, cuyo tenor es el siguiente: “§ 1, n.º 2.º Tratándose de impedimentos públicos por su naturaleza (es hábil para entablar la acusación), el fiscal por derecho propio (Com. Pont. 17 julio 1933, IV) y sin necesidad de previa denuncia; previa denuncia, tratándose de otros impedimentos, cuando el denunciante carece de derecho a entablar acción para obtener la declaración de nulidad de su matrimonio, pero quedando a salvo lo que se prescribe en los artículos 38 y 39”. El § 2 del artículo 35 es igual al § 2 ya transcrito del canon 1971³³. Cuando el fiscal acusa el matrimonio, su intervención debe extenderse a todo el proceso, porque ejerce el oficio de actor.

No sólo cuando el mismo fiscal ha de acusar el matrimonio, sino en todas las causas en que se trate de impedimentos matrimoniales y en las causas de separación conyugal, es ciertamente necesaria alguna intervención del fiscal. Así lo declara expresamente el canon 59 § 1 del proceso oriental y es doctrina igualmente válida en nuestro proceso latino.

Varias otras prescripciones sobre el modo de proceder el fiscal en las causas matrimoniales pueden verse en los siguientes artículos de la Instrucción “Provida” de 1936, escogidos poco menos que al azar: artículos 32, 35, 37, 38; 41 §§ 3, 4; 46, 63, 75, 123 § 1; 204 § 2; 211 § 1. Sobre los *interrogatorios*, aun cuando es norma general que, si el fiscal interviene en la sustanciación de una causa, a él le compete también el derecho de presentar interrogatorios, en las causas matrimoniales en las que interviene el defensor del vínculo, es a éste a quien está reservada la presentación de los interrogatorios (canon 1968 § 1). Ahora el art. 71 § 2 de la Instrucción de 1936 precisa más los conceptos declarando que ésto no priva al fiscal del derecho de proponer al defensor del vínculo artículos para los interrogatorios y que el defensor debe aceptar dichos artículos, sin variación, al formular los interrogatorios.

De todo lo dicho se desprende que el fiscal, aun no siendo de ninguna manera juez ni tampoco propiamente parte litigante, asume y ejecuta a veces actos que son propios del juez o de las partes. Esto lo hace, potestativamente o preceptivamente, el fiscal cuando la ley juzga que aquellos actos no conviene sean ejecutados por el juez o por las partes, a fin de salvaguardar la independencia del juez o garantizar su acierto y para no dejar el bien público al arbitrio de las partes. La

³³ Cfr. “Estudios Canónicos”, p. 716 ss. y el comentario al canon 1971 del Código de la B. A. C., Madrid, 1957.

acción, pues, del fiscal siempre es *supletoria* o coadyuvante, aunque sumamente destaca por su fin y por la amplitud de su intervención. Goza también el fiscal de autoridad propia y de cierta autonomía en aquellos casos en que obra por mandato de la ley. Pero siempre es un oficial subordinado al Ordinario y al juez y generalmente no interviene sino a requerimiento de ellos.

d). *Figura propia y distinta. Incompatible con otros oficios. Acumulación del oficio de fiscal y defensor.*—Hemos señalado las funciones del fiscal y su modo de proceder, en el que a veces se asemeja al juez y con más frecuencia a las partes. Pero su figura, aunque situada en segundo plano, debe considerarse como *propia y distinta* de todas las demás que toman parte en el proceso, sólo coincidente por naturaleza, aunque no en todas sus funciones, con el defensor del vínculo en cuanto que ambos constituyen lo que suele llamarse en los tribunales civiles *ministerio público*. El fiscal es, por consiguiente, un *ministro público* y oficial que tiene por fin defender, según justicia, el interés común y las causas espirituales en el proceso.

No sólo es el fiscal una figura distinta de las otras, con su carácter propio de ministro público, sino que el oficio del fiscal, complexivamente pensado, es *incompatible* en la misma persona con los otros oficios, como el de juez, parte (aunque el fiscal haga sus veces), notario, testigo (canon 1757, § 3, 1.º). La incompatibilidad entre fiscal y actor se produce aun en tribunales distintos. Quien hizo de promotor de justicia en un tribunal, ha declarado la Signatura Apostólica,³⁴ no puede acerca de la misma causa hacer de actor en otro tribunal.

Sobre la *acumulación del oficio de fiscal y de defensor del vínculo* en una misma persona debe tenerse en cuenta lo que prescribe el artículo 36 de la Instrucción "Provida": "En aquellas diócesis donde el oficio de fiscal y defensor del vínculo se acumulan en la misma persona (v. canon 1588) si la causa se entabla por el fiscal, se ha de designar otra persona como defensor del vínculo". Si bien el canon 1588 § 1 señala como única causa que puede impedir la acumulación de los oficios de fiscal y defensor en una misma persona la multiplicidad de asuntos y causas, la doctrina ya había advertido que hay otra razón más grave e intrínseca que impide la acumulación y es la necesidad de impugnar la existencia del vínculo, lo que, naturalmente, no puede hacer el defensor, cuya misión tiene un sentido único, el correspondiente a su cargo. Esta interpretación obvia y necesaria es la que recoge el artículo 36 de la Instrucción, porque cuando el fiscal entabla la acción sobre una causa matrimonial se entiende que es siempre para acusar la nulidad del matrimonio, es decir, para impugnar su validez y de ahí la

³⁴ Signatura Apostólica, 15 marzo 1921; A. A. S., v. XIII, p. 269.

incompatibilidad en este caso del fiscal con el defensor del vínculo. En España una misma persona suele desempeñar los dos oficios.

e). *Naturaleza del oficio.* — Acerca de la *naturaleza del oficio* que ejerce el promotor de justicia no se hallan acordes los tratadistas, prevaleciendo la opinión de que no es un oficio en sentido estricto. Así opina Mons. *Roberti*³⁵, afirmando que el fiscal no ejerce jurisdicción alguna. Tener jurisdicción —recordamos nosotros— es, en efecto, hallarse investido de autoridad pública, es poder ejecutar actos de superioridad. Esta superioridad en el proceso la ejerce el Obispo y el juez, bien sea la potestad estrictamente judicial, bien sea administrativa. Ahora bien, el fiscal, según hemos visto, coopera en no pocos actos procesales con el juez y aun ejecuta actos que son del todo propios del juez, en cuanto custodio de la justicia, aunque por otras razones no sea conveniente que el juez, personalmente, los realice. Por lo cual, no vemos inconveniente en sostener que el fiscal participa, en fuerza de la misma ley, de la potestad jurisdiccional que se halla encarnada en el juez y, por lo mismo, no creemos que haya razón para negar que el fiscal desempeñe un oficio en sentido estricto, a tenor del canon 145 § 1, cuando el oficio está permanentemente constituido en una diócesis.

f). *Cualidades y nombramiento. Su falta de asistencia.* — Las *cualidades del promotor de justicia* y su *nombramiento* se determinan en el canon 1589, § 1, que dice así: "Pertenece al Ordinario elegir al promotor de justicia y al defensor del vínculo, los cuales han de ser sacerdotes de fama intachable, doctores en derecho canónico, o al menos peritos en él, y de comprobada prudencia y celo por la justicia".

Aunque la *constitución del fiscal* es obligatoria en cada diócesis (canon 1586), o para todas las causas o para cada una de ellas en particular (c. 1588 § 2), su *intervención* en las causas es, según ya hemos visto, unas veces *preceptiva* o impuesta por la ley, y otras veces *facultativa*, a voluntad del Ordinario o del colegio en las causas de nulidad matrimonial (canon 1586; art. 16 de la Instr. "Provida"³⁶).

La falta de asistencia del promotor de justicia —dígase lo mismo del defensor del vínculo— puede afectar a la validez de los actos. He aquí lo que establece el canon 1587: "§ 1. En aquellas causas en que se requiere su presencia, son inválidas las actuaciones si no han sido ci-

³⁵ ROBERTI, o. c., pp. 321-322.

³⁶ En la *Rota Romana* es el ponente quien juzga sobre la necesidad de la presencia del promotor de justicia en cada causa (Normas de la R. R., art. 27), y sobre la *Rota Española* dice el art. 27 de sus Normas: "Pertenece al Nuncio Apostólico determinar cuándo debe el Fiscal intervenir en las causas contenciosas, para defender el bien público, a no ser que hubiere inter venido ya en la instancia precedente o su intervención sea necesaria por la naturaleza del asunto".

tados el promotor de justicia o el defensor del vínculo, a no ser que ellos mismos, sin ser citados, hubieran de hecho intervenido. § 2. Si legítimamente citados, no hubieran estado presentes a algunos actos, éstos son válidos; mas es de todo punto necesario que después sean todos ellos sometidos a su examen, para que puedan advertir o proponer, tanto de palabra como por escrito, lo que juzgaren necesario u oportuno". Cfr. art. 16 de la Instrucción "Provida".

Si el promotor de justicia ha sido legítimamente citado, cuando su presencia es exigida por el derecho o bien impuesta por el Ordinario o por el colegio, pero no asiste a *ningún* acto, los actos son válidos, pero deben someterse al examen del promotor. El Código establece expresamente este principio en las circunstancias apuntadas, cuando el promotor o el defensor del vínculo no asisten a *algunos* actos, pero lo mismo debe afirmarse si no asisten a *ninguno*, porque su asistencia no es elemento esencial del proceso ni el derecho lo exige bajo pena de nulidad.

Para que se produzcan los efectos señalados por la falta de asistencia del fiscal a los actos del proceso, es condición necesaria que el fiscal deje de asistir en cuanto fiscal, no como actor en la causa. "Haec dispositio legis, dice la Rota Romana, respicit Promotorem iustitiae *re-duplicative* sumptum, seu valet tantum si Promotor iustitiae *qua talis* iudicio intervenit, non autem si idem vestem actoris induens matrimonium accusaverit. Facta autem accusatione matrimonii et sic causa legitime introducta, Promotor iustitiae munere suo functus est, atque alii actus processuales sicuti in ceteris causis absolvendi sunt... sed obligatio singulis actibus interveniendi, sub poena nullitatis eorumdem non est imponenda"³⁶.

Esta distinción hecha por la Rota Romana es clara en sí misma. Pero es preciso tener en cuenta lo que, según ya hemos visto, establece el artículo 16 § 1, a saber, que el fiscal debe intervenir cuando él acusa el matrimonio. Y esta intervención se entiende no sólo como actor sino también como fiscal, viniendo así a quedar la distinción de la Rota Romana sin efecto práctico.

Colígease de lo dicho que para la invalidez de las actuaciones por falta de asistencia del fiscal se requieren tres condiciones: que la presencia de él sea obligatoria; que no sea legítimamente citado; y que se trate de actuaciones realmente judiciales, no simplemente, por ej., de la presentación de un documento.

g). *Discusión doctrinal acerca de la necesidad o conveniencia del fiscal. Inhibición y excepción de sospecha. Remoción.* — Doctrinalmente se ha discutido la necesidad y aun la conveniencia del ministerio fiscal pero las legislaciones, tanto civil como canónica,

³⁶ S. R. Rotae decisiones, vol. XXVIII, 30 enero 1936, decisio VIII, n.º 9, p. 77.

hacen necesaria la constitución del promotor de justicia y no parece que contra su existencia puedan aducirse argumentos poderosos. Lo dicho anteriormente aboga en favor de su conveniencia.

El promotor de justicia *debe inhibirse* o abstenerse de ejercer su oficio por los mismos motivos por los que debe hacerlo el juez, a tenor del canon 1613. La *excepción de sospecha* puede proponerse también contra el fiscal lo mismo que contra el juez. "Si la excepción de sospecha, dice el canon 1614 § 3, se interpone contra el promotor de justicia, el defensor del vínculo u otros ministros del tribunal, corresponde juzgar de ella al presidente del tribunal colegiado, o al mismo juez, si es único". Cfr. art. 31 § 3 de la Instrucción "Provida". En cuanto a la obligación de prestar *juramento* véase lo dicho acerca de las obligaciones del juez.

La *remoción del promotor* de justicia viene regulada en el canon 1590, que establece lo siguiente: "§ 1. El promotor de justicia y el defensor del vínculo que han sido elegidos para todo género de causas, no cesan en su cargo al quedar vacante la sede episcopal ni pueden ser removidos por el Vicario Capitular; mas al llegar el nuevo Prelado, necesitan ser confirmados en el cargo. § 2. Pero, con causa justa, pueden ser removidos por el Obispo". El promotor de justicia puede ser también removido de su cargo por el Administrador Apostólico permanentemente constituido, pero no por el Administrador Apostólico que ha sido nombrado sólo con carácter temporal.

B) EL DEFENSOR DEL VÍNCULO

a). *La figura del defensor del vínculo. Forma parte del ministerio público.*—La figura del *defensor del vínculo* fue creada por el Papa *Benedicto XIV*, en 1741, separando la función que ahora es propia de este oficio de fiscal que antes la ejercía³⁷. El defensor del vínculo es la figura más característica y representativa del proceso matrimonial de nulidad y desempeña también una función influyente e irremplazable en el proceso sobre el *matrimonio rato*. Aun ahora, conceptualmente, el oficio del defensor del vínculo forma parte del *ministerio público* o fiscal, y sólo considerado así es como se comprende su finalidad, su elevación y sus prerrogativas. El defensor del vínculo defiende no el interés de la parte que afirma la validez del matrimonio, sino el interés público que existe en alejar todo peligro de que el vínculo —base de un estado social y de un sacramento— se relaje cuando en realidad es probable que exista.

³⁷ BENEDICTO XIV, Const. "Dei miseratione", 3 nov. 1741, § 5; Fontes Card. Gasparri, vol. I. p. 697.

El defensor del vínculo no solamente impugna los argumentos falsos o claudicantes, sino que él mismo investiga y aduce cuantos argumentos puedan favorecer a la permanencia presunta del vínculo. Estos argumentos pueden ser procesales o sustantivos. El defensor debe tratar primeramente de impedir, mientras haya alguna buena razón para ello, que el proceso matrimonial llegue a entablarse o, si se incoó, procurará legítimamente que se interrumpa. A este fin debe valerse de las *excepciones procesales* dilatorias o perentorias, como las de incompetencia o sospecha del juez, incapacidad del actor para proponer la demanda, sustitución dolorosa de las partes, soborno de testigos, falsificación de documentos, pleito ya acabado. También ha de valerse de las excepciones *sustanciales* por parte de la forma del matrimonio, de los impedimentos o del consentimiento. Y no tan sólo *excepciones*, sino verdaderas *acciones* puede exhibir en todo momento el defensor del vínculo.

Con esta doble estrategia, pasiva y activa, siempre vigilante, queda garantizada, por el flanco más débil, la defensa del bien público en las causas de nulidad matrimonial. A otros —partes, fiscal— toca defender el bien público o el particular desde otros puntos de vista, y así es como toda la verdad se esclarece y la justicia obtiene su plena defensa³⁸.

Se comprende que la figura del defensor del vínculo, no obstante su grandeza y excepcional importancia, aparezca confusa y desdibujada en nuestro Código. Ello obedece precisamente a la verdad de sus movimientos y formas de actuar, siendo causa de que el defensor del vínculo presente una *figura del todo propia y distinta*, que no encaja en el molde prefabricado de ninguna otra. Su intervención se asemeja algunas veces a la acción directiva del juez, como cuando examina los artículos del interrogatorio propuestos por las partes y se opone a ellos (canon 1968, 2.º); cuando exige que se practiquen otras actuaciones que él sugiera, con tal que el tribunal no se oponga a ello por unanimidad de votos (canon 1968, 4.º).

Otras muchas veces la acción del defensor se asemeja a la de las partes litigantes, bien sea separadamente, bien formando litisconsorcio con ellas, aunque el defensor del vínculo nunca interviene como actor principal adelantándose a proponer la primera demanda de validez, porque el matrimonio, mientras no se impugne, debe presumirse y mantenerse como válido.

Pero más frecuentemente la intervención del defensor se asemeja, sobre todo en su aspecto y razón formal de actuar, al oficio y actividad del fiscal, con el que tiene íntima analogía a causa del objetivo último

³⁸ Cfr. Alocución del Papa Pío XII en la audiencia al Tribunal de la S. Rota Romana, 2 de octubre de 1944 (A. A. S., v. 36, a. 1944, p. 281 ss.).

que propone alcanzar, el cual no es otro que la defensa del bien público, y también por razón del modo de proceder, aunque el defensor, a diferencia del fiscal, debe concluir siempre a favor del matrimonio³⁹.

Por gozar el matrimonio del favor del Derecho, la función del defensor del vínculo, cuando tiene que intervenir, es *más amplia y autónoma* que la del fiscal. Sin embargo, no puede pensarse que el defensor asuma nunca en nuestro proceso una función directiva e independiente y mucho menos decisiva o preponderante en orden a la solución de la controversia judicial. El defensor vela por la incolumidad del vínculo, indagando, aduciendo pruebas, refutando los argumentos contrarios que estima falsos, reiterando el examen, si es preciso. Pero con ello no intenta construir una prueba artificiosa y forzada, ni impedir una prueba contraria válida, ni prevenir u ofuscar el fallo judicial, siempre objetivo e independiente⁴⁰. Sólo intenta que el bien común o patrimonio espiritual de la Iglesia, representado en este caso por el vínculo matrimonial no quede indefenso y a merced de los intereses particulares o únicamente amparado por la mirada y vigilancia genérica del promotor de justicia. Y como todo el proceso matrimonial de nulidad gira en torno de la existencia del vínculo, la intervención y presencia del defensor es casi continua, llegando a coartar alguna vez la iniciativa y libre movimiento del juez en la tramitación de la causa.

b). *Facultades del defensor.*—Las *facultades* del defensor del vínculo se hallan detalladamente expresadas en los artículos 70, 71 y 72 de la Instr. "Provida", donde se citan, como de costumbre, los cánones del Código pertinentes.

En el § 1 del artículo 70 se transcribe literalmente el canon 1968, que en gracia a la brevedad no trasladamos aquí. En el § 2 del mismo artículo se añade lo que sigue: "Procurará el defensor del vínculo que los interrogatorios que se propongan estén formulados con absoluta rectitud, y que sean atinentes, en vista del capítulo de nulidad de que se trata, teniendo facultad para reformar los artículos propuestos por los abogados, lo que no dejará de hacer, sobre todo si parecen sugerir la respuesta, pero en tal forma que no suprima lo que sea necesario u oportuno para conocer plenamente la verdad; reconocerá los documentos exhibidos por las partes y, si es necesario, pedirá *de oficio* otros".

El § 1 del artículo 71 es copia del canon 1696. En el § 2 este mismo artículo se añade: "Cuando el fiscal acusa el matrimonio, puede tam-

³⁹ Cfr. LEÓN DEL AMO, La defensa del vínculo, Madrid, 1954, p. 265 ss.

⁴⁰ En confirmación de lo dicho en el texto nos place citar aquí unas palabras pronunciadas por el Papa Pío XII, en la audiencia del 2 de octubre de 1944 al Tribunal de la S. Rota Romana: "Defensoris vinculi est sustinere existentiam vel permanentiam vinculi coniugalis, non tamen modo absoluto, sed subordinato ad finem tractationis suae, inquisitionem scilicet et declarationem veritatis obiectivae... Ex altera parte, nullo modo exigi potest ut Defensor vinculi quantumque pretio componat ac praeparet defensionem artificiosam, nulla ratione habita utrum affirmationes serio gaudeant fundamento necne".

bién él proponer al defensor del vínculo artículos para los interrogatorios que se han de presentar a las partes, testigos y peritos. El defensor del vínculo debe necesariamente tomar en consideración estos artículos, sin facultad para variarlos, al formular los artículos o posiciones a tenor del artículo 70, § 1, números 1 y 2, que han de entregarse después cerrados al instructor de la causa”.

“Artículo 72. Puede el defensor del vínculo y, si el caso lo pide, no dejará de hacerlo, recabar noticias pertinentes, especialmente del defensor del vínculo de la diócesis donde se celebró el matrimonio, asimismo recabar del párroco a quien le correspondió el derecho de asistir al casamiento una copia auténtica de las investigaciones realizadas antes de la celebración del matrimonio, y de la preguntas que el párroco hizo, conforme a derecho, a los contrayentes”.

Son correlativos de estos artículos los números 28 y 29 de la Instrucción de 1923 sobre el matrimonio rato y no consumado. Pueden verse otros artículos de la Instrucción de 1936 sobre el proceso de nulidad matrimonial, v. gr., el 74; 123 § 1; 204 § 2; así como los cánones generales 1971, 1972 y 1990, fuera de los otros citados en los artículos 70, 71 y 72 que acabamos de transcribir.

c). *Naturaleza del oficio y nombramiento del defensor.*—Acerca de la *naturaleza del oficio* del defensor del vínculo, reiteramos lo dicho sobre el fiscal. Creemos que cuando es nombrado establemente para todas las causas, el oficio del defensor ha de considerarse como oficio eclesiástico en sentido estricto (canon 145 § 1).

El *nombramiento del defensor del vínculo* en las causas en que se trata de la nulidad matrimonial es *obligatorio*. “Constitúyase en cada diócesis el promotor de justicia y el defensor del vínculo... éste para aquellas causas en que se trate del vínculo de la sagrada ordenación o del matrimonio (canon 1856). El canon 1967 especifica más la intervención del defensor: “Tanto si se trata de la nulidad del matrimonio como si de probar la no consumación y las causas para dispensar sobre matrimonio rato, debe citarse al defensor del vínculo matrimonial, a tenor del canon 1586”. El defensor puede ser nombrado o para todas las causas o para cada una de ellas en particular (canon 1588 § 2).

El artículo 15 de la Instrucción “Provida” exige explícitamente el nombramiento y presencia del defensor del vínculo en las causas de nulidad matrimonial, recogiendo las prescripciones de los cánones 1588 § 2 y 1587.

Sobre el matrimonio rato puede verse el n.º 15 de la Instrucción de 1923, en el que se consigna la obligación que el Ordinario tiene de nombrar defensor del vínculo. En el número 27 de esta misma Instrucción se confirma la necesidad de la presencia del defensor en las causas sobre la no consumación del matrimonio, con los efectos que produce la falta de citación del defensor así como su falta de asistencia, en la

misma forma ya dicha para las otras causas. Sin embargo, en el n.º 4 § 4 de la misma Instrucción de 1923 se prevé el caso en que no se encuentre defensor idóneo del vínculo. Entonces el delegado lo hará constar en actas y él mismo, de oficio, hará las preguntas u otras observaciones. El defensor es nombrado por el Ordinario; sus cualidades son las mismas que las del fiscal (canon 1589, § 1).

C) EL NOTARIO O ACTUARIO

a). *Sus funciones y necesidad.*—*Notario* es la persona nombrada por el Superior legítimo, cuya escritura o firma hace fe pública. Cuando actúa en los juicios suele denominarse *actuuario*.

La misión principal del actuuario consiste en levantar o extender legítimamente las actas (n.º 30 de la Instrucción de 1923). El artículo 73 de la Instrucción de 1936 sobre el proceso de nulidad matrimonial especifica más detalladamente las funciones del actuuario. He aquí su largo texto que sirve de explicación, no exhaustiva, del cometido propio del actuuario.

“Incumbe al actuuario consignar todo por escrito con diligencia y fidelidad; reunir y conservar los autos cauta, ordenada y religiosamente; procurar que no lleguen a los extraños los autos, sobre todo los que han de conservarse secretos; dar fe de todos y firmarlos todos con el presidente; llevar bien ordenado el libro de causas, o *protocolo*; hacer las posiciones; estar presente cuando se presta juramento conforme a derecho; firmar las citaciones y, una vez que se han notificado, poner nota de ello; asistir a la instrucción y discusión del proceso; declarar la conformidad de las copias con el original; tener prestos los rescriptos, decretos y decisiones, para que sean ejecutados; notificar a las partes la parte dispositiva de la sentencia; firmar los originales de las sentencias y dar fe de las copias de ellas”. Merece citarse también aquí, especialmente, el canon 1643, cuyo tenor es el siguiente: “§ 1. Numérese cada uno de los folios del proceso y en cada uno de ellos póngase la firma del actuuario y la firma del tribunal. § 2. Firmense por el actuuario y el juez o presidente del tribunal todas las actas completas o interrumpidas o remitidas a otra sesión. § 3. Siempre que se requiera la firma de las partes o testigos en las actas judiciales, si la parte o el testigo no pudiere o no quisiere firmar, se hará constar así en las mismas actas; y el juez y el actuuario, ambos a dos, darán fe de que el acta se leyó palabra por palabra a la parte o testigo, y de que éstos no pudieron, o no quisieron firmarla”.

Hay un *canciller notario*, aunque a veces las funciones de ambos oficios las ejercen personas distintas, sobre todo en lo referente a actos extrajudiciales. El quehacer principal del *canciller* o *archivero* consiste en guardar en el archivo las actas de la Curia, ordenarlas, hacer un índice de las mismas y sacar copias, dando fe de su autenticidad. Si la necesidad lo exige, se le puede dar un ayudante, denominado *vicecanciller* (canon 372; art. 19 § 3 de la Instrucción de 1936; n.º 32 de la Instrucción de 1923). *En España*, las funciones propias del *canci-*

ller suele ahora desempeñarlas el Secretario de Cámara y Gobierno que por éso se llama, después del Código, *Canciller-Secretario*. Además del *canciller-notario* y del *canciller-secretario*, que también es notario, puede el Obispo nombrar otros notarios, que lo sean simplemente, es decir, cuya misión única sea hacer fe pública con sus escritos o firma (canon 373). Al actuario puede el juez darle un auxiliar que le ayude a escribir las actas, a sacar copias o a ejecutar otros actos (cfr. n.º 32 de la Instrucción de 1923).

El artículo 17 de la Instrucción de 1936 reproduce y completa la prescripción del canon 1585, en los siguientes términos: "En todo proceso debe intervenir un notario que desempeñe el oficio de actuario; de tal modo que han de ser tenidas por nulas las actas que no fueren escritas de su mano, o al menos firmadas por él (canon 1585 § 1). Por lo tanto, antes que el tribunal empiece a conocer la causa, debe el presidente del mismo tomar como actuario alguno de los notarios legítimamente nombrados a tenor del canon 373, salvo que el Ordinario juzgue conveniente designar alguno para una causa en particular (v. canon 1585, § 2)".

b). *Cualidades subjetivas. Oficio territorial e incompatible. Juramento y remoción.*—El canciller y los demás notarios, dice el canon 373 § 4, deben ser de fama intachable y libres de toda sospecha. Y sabido es que la *excepción de sospecha* contra el actuario, como contra los demás ministros del tribunal, la resuelve el presidente del tribunal colegiado, o el mismo juez, si es único (canon 1614 § 3). El Obispo, mediante decreto, puede dar al actuario un subtítulo para que haga sus veces cuando el actuario esté impedido. En las causas de nulidad matrimonial, el presidente puede también designarle un auxiliar que le ayude (cfr. Instr. "Provida" art. 19, §§ 1, 3).

El oficio de notario no es jurisdiccional pero sí *territorial* en cuanto al ejercicio de su función, no en cuanto a sus efectos. El notario sólo puede ejercer su oficio *dentro del territorio del Obispo* por quien fue elegido, a no ser cuando el Obispo, excepcionalmente, puede ejercer la jurisdicción fuera de su territorio, por haber sido expulsado de él o impedírsele en el mismo su ejercicio (canon 1637). Pero el notario hace fe, por concesión del Derecho, aun para fuera de su territorio en todo aquello de que certifica.

Es *incompatible* el oficio de notario con los oficios de juez, promotor de justicia, defensor del vínculo y demás oficios principales del proceso. Con todo, advierte el n.º 24 § 4 de la Instrucción de 1923 sobre el matrimonio rato que, "si en regiones poco o nada cultas, no se encuentra quien haga de actuario, puesta la debida anotación en las actas, el juez mismo redactará el acta de haber recibido la declaración con las notas correspondientes".

El actuario debe, en todas las causas prestar *juramento* de cumplir fielmente su oficio (canon 1621; art. 20 de la Instr. de 1936). Además,

en las causas sobre inconsumación del matrimonio debe prestar juramento de guardar secreto (nn. 19 y 32 de la Instr. de 1923).

El notario puede ser *removido* o suspendido por quien le nombró, por su sucesor o Superior, pero no por el Vicario Capitular, sin consentimiento del Cabildo (canon 373).

D) CURSORES, ALGUACILES Y OTROS MINISTROS INFERIORES

Sobre el nombramiento de *cursores* y *alguaciles* la Instrucción para el proceso de nulidad matrimonial reproduce literalmente en el art. 18 lo prescrito para el proceso contencioso general, cánones 1591-1593. Como la materia carece de dificultad y de novedad en su aplicación a las causas matrimoniales, bastan unas breves ideas aclaratorias. Es oficio del *cursor* el *comunicar* las órdenes del juez, por ej., las citaciones. Al *alguacil* le compete *ejecutar* las decisiones del tribunal, exigiendo, v. gr., la presentación de documentos, el pago de las costas, la entrega del depósito. El oficio del cursor y alguacil es *necesario*, pues el Código habla en forma preceptiva (canon 1591 § 1), aunque este mismo canon exceptúa el caso de que en el tribunal exista legítima costumbre contraria. No obstante de ser necesario el oficio, no es menester que todos y cada uno de los actos pertenecientes a él se ejecuten por medio del cursor o del alguacil (cánones 1719, 1720).

En el proceso de inconsumación del matrimonio, el Ordinario instruye el proceso con facultad delegada de la S. Congregación de Sacramentos. Tiene, por tanto, aplicación en orden a los ministros de que puede valerse el canon 1607 § 1, el cual establece lo que sigue: "El juez delegado por la S. Sede puede servirse de los ministros constituidos en la Curia de la diócesis en la que ha de juzgar; puede, no obstante, elegir y tomar cualquiera otros que él prefiera, a no ser que otra cosa se haya determinado en el rescripto de delegación". Concuere con este canon lo que se prescribe en el n.º 15 de la Instrucción de 1923. Respecto del subdelegado añade este mismo n.º 15 que debe servirse de los ministros de la Curia diocesana, a no ser que el Ordinario hubiera mandado al subdelegado designar otros ministros.

El Obispo puede nombrar oficiales *sustitutos*, bien sea al comenzar el proceso, bien sea en el decurso de él, para el caso en que se hallen impedidos aquellos que antes habían sido elegidos (cfr. art. 19 § 1 de la Instr. "Provida" y n.º 18 de la Instr. de 1923). En estas mismas Instrucciones pueden verse algunos otros detalles de menor importancia sobre la constitución del tribunal.

Conclusión. Terminamos advirtiendo que, al exponer conjuntamente la constitución del tribunal en las diversas causas matrimoniales, no hemos intentado dar validez al menos directa a la legislación propia de un proceso para los otros. Hemos querido, eso sí, que apa-

rezca lo que es base y estructura común en todos los tribunales de causas contenciosas, así como lo que en ellos hay de peculiar, análogo o privativo; todo ello resaltado por la simultaneidad y contraste de la exposición. Por este motivo, mucho de lo que hemos expuesto sobre las causas matrimoniales es igualmente aplicable a las demás. No pocas normas legislativas dadas para un proceso sirven de norma directiva y a veces obligatoria, en fuerza de la analogía, para otros, faltos de norma propia.

La enorme complejidad de la legislación sobre la materia estudiada y su dispersión en cuerpos legales distintos, en gran parte no codificados, nos ha obligado a un trabajo de sistematización positiva y formal, con preferencia a una construcción dogmática de conceptos, muchos de ellos ya elaborados y de fácil comprensión. Esta doctrina, sólo en parte aquí recogida, puede hallarse más ampliamente expuesta en los tratados generales sobre el proceso canónico o civil.

M. CABREROS DE ANTA, C. M. F.

Catedrático de Derecho de la Universidad Pontificia de Salamanca