

DOS COMENTARIOS AL MOTU PROPRIO "CAUSAS MATRIMONIALES" *

1. *Nuestro intento en la recensión de estos estudios.* En torno al nuevo procedimiento matrimonial canónico, desde que apareció en 1971 el Motu propio de Pablo VI *Causas matrimoniales*, han ido apareciendo comentarios más o menos largos en revistas jurídico eclesiásticas y en folletos especiales. Se nos encomendó a nosotros que hiciéramos la recensión de los dos comentarios que hemos citado. Pero hemos creído que para los lectores de la "Revista Española de Derecho Canónico", en la que anteriormente nosotros mismos hemos comentado estas normas procesales de reforma, será más provechoso no contentarnos ahora con una simple recensión, sino más bien detenernos cuanto convenga, no para repetir lo que ya nosotros expusimos y nuestros lectores conocen, sino para recoger otros juicios u otras observaciones atinadas, como hechas por escritores tan autorizados, ambos ilustres canonistas, muy dados al examen y al estudio de las leyes eclesiásticas lo mismo con fines históricos y de pura doctrina, que de recta aplicación a casos concretos que han de resolverse en los tribunales de la Iglesia.

Las modestamente llamadas anotaciones de Orlando de Jorio son en verdad un comentario jugoso, sólido, sucinto, razonado, certero y en algunos puntos muy completo, por ejemplo, en lo tocante a las apelaciones y al derecho que corresponde al demandado que defiende la validez del matrimonio, a interponer apelación verdadera contra la sentencia afirmativa. Transcribe en latín el texto del Motu propio, y va norma tras norma, en la misma lengua, explicando e interpretando su contenido. Recurre con frecuencia a la Jurisprudencia de la Sagrada Rota Romana.

El estudio erudito del Auditor de la Rota Romana monseñor Carlos Lefebvre es el volumen primero de una colección canónica con la que se intenta ilustrar teórica y prácticamente las diversas reformas que vaya promulgando la suprema autoridad eclesiástica, como anticipos particales del futuro Código de Derecho canónico. Dirige la publicación de todos estos trabajos agrupados bajo el título de *Jus Ecclesiae Novissimum* el prestigioso y conocido profesor de la Universidad Pontificia Lateranense, Pío Ciprotti. Patrocinan esta *collana* las casas editoras Marietti, de Turín, y Giuffrè, de Milán.

* ORLANDUS DI JORIO: *De Motu proprio Pauli PP. VI "Causas matrimoniales" quibusdam adnotationibus instructo*. Roma 1971, 26 páginas en 24 x 17 cms.

CARLO LEFEBVRE: *Il Motu proprio "Causas matrimoniales"*. Torino-Milano 1972, 78 páginas en 19 x 14 cms.

El autor de este primer volumen nos da el texto original latino y la versión italiana, a dos columnas, y también en italiano abundantes notas, explicaciones y comentarios. Después de una introducción histórica acerca de la evolución del proceso matrimonial y después de indicar algunas propuestas de reforma, trata la materia del Motu propio siguiendo sus capítulos y el orden de las normas. Por fin, enriquece su trabajo con cuatro apéndices muy importantes en relación con el procedimiento matrimonial: Normas concedidas a la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos, en 28 de abril de 1970; Normas concedidas a la Conferencia Episcopal de Australia, en 31 de agosto de 1970; Facultades concedidas a la Conferencia Episcopal de Bélgica, en 10 de noviembre de 1970; Facultades concedidas a la Conferencia Episcopal de Inglaterra y Escocia, en 2 de enero de 1971.

2. *La reforma paulina respuesta no definitiva a las peticiones sobre el proceso matrimonial.* Indica C. Lefebvre la importancia que tiene en el proceso matrimonial el cargo del defensor del vínculo, instituido junto con las líneas fundamentales de este procedimiento por Benedicto XIV en la Constitución *Dei miseratione*, de 3 de noviembre de 1741. Pero advierte que la exigencia de las dos sentencias conformes ya se mitigó no poco con el Decreto de la S. Congregación de la Inquisición, de 5 de junio de 1889, según el cual no era precisa una segunda sentencia en los casos exceptuados, posteriormente regulados en el Código de Derecho canónico (cfr. c. 1991).

Con el pasar de los tiempos ha ido creciendo el número de las causas matrimoniales, y desmesuradamente en los últimos años. Ha habido sólo en Italia: 281 causas en el año 1937; 722, en 1957; 1027, en 1964. Igualmente venía prolongándose la duración o retraso de los procesos, peso gravísimo para los fieles, contra cuyo mal los Pastores pedían remedio urgente, con clamor más oído a partir de la preparación del Concilio Vaticano II.

Después del Concilio entre las propuestas concretas, unas de canonistas y otras del personal de los Tribunales eclesiásticos; entre las preces elevadas a la Santa Sede y las concesiones que ésta hizo en particular a las Conferencias Episcopales; nada tiene tanta autoridad e importancia como la correspondiente a las Normas de Pablo VI, las cuales, a juicio de monseñor Lefebvre representan "una etapa en la evolución del proceso matrimonial de estos últimos años, no un término de ella, por cuanto sus principios parecen no haber agotado perfectamente su propia virtualidad (C. L., pág. 24).

Acaso con este juicio se avenga lo que anteriormente nosotros dijimos sobre valores positivos y negativos de estas Normas Pontificias en evolución (L. del Amo, *Nueva tramitación de las causas matrimoniales*, Salamanca 1971, pág. 139).

I.—SOBRE EL PROLOGO DEL "MOTU PROPRIO"

3. *Lo que perjudica y lo que favorece a la rapidez del proceso.* En sus anotaciones Orlando di Jorio insiste en que la intención de las Normas pau-

linas no ha sido favorecer las decisiones afirmativas o las negativas, sino hallar un medio de tramitar con más presteza las causas matrimoniales. Según este autor del indicado propósito fluyen tres consecuencias:

1.^a La necesidad de mayor pericia y diligencia en quienes toman parte en estos procesos: Abogados, Jueces y Ministros de los tribunales eclesiásticos.

2.^a La repulsa, nuevamente confirmada, de formulismos y arterías u otros abusos con los que se retarda indebidamente la administración de la justicia.

3.^a Una nueva prueba de la solicitud de la Iglesia en el ministerio pastoral de administrar rectamente el santo sacramento del matrimonio y de tratar las causas matrimoniales con tal acierto que los matrimonios válidos no se declaren nulos y los nulos no se mantengan válidos.

En opinión del mismo autor lo característico de este procedimiento son tres notas:

1.^a No reorganiza por completo toda la materia de la ley precedente (c. 22).

2.^a Es ley universal, por cuanto obliga a todos los tribunales eclesiásticos del orbe católico.

3.^a Es temporal, en el sentido de que tendrá vigor desde el 1.º de octubre de 1971 hasta que comience a obligar el nuevo Código de Derecho canónico (O. J., pág. 4).

A su vez C. Lefebvre advierte que debe podarse en la instrucción de la causa todo cuanto resulte inútil para la eficacia de la prueba pertinente en relación con el capítulo de nulidad alegado. Deduce de las Normas que parece que han contribuido mucho a la tardanza de los pleitos:

- la individualidad del fuero competente;
- la elección de personas para el trabajo de los tribunales;
- la obligada necesidad de la apelación;
- el proceso solemne cuando puede bastar el sumario (C. L., pág. 26).

II.—SOBRE EL FUERO COMPETENTE

4. *La competencia de la Iglesia en las causas matrimoniales.* Nuestros autores comparan la norma primera con el canon 1960 y con el artículo 1, § 1, de la *Provida Mater* y defienden que no se ha cambiado lo sustancial de las leyes canónicas:

- por haber dicho *baptizatorum* en lugar de *inter baptizatos*;
- o por haberse contentado con las palabras *jure proprio* en vez de *jure proprio et exclusivo*;
- o por haber silenciado: *Idem obtinet si una tantum pars sit baptizata.*

¿Han sido estas variantes una pura redacción más sobria y mejor? ¿Ha sido quizá una deferencia para con los tribunales del Estado? Parece más bien una fórmula estudiada en relación con los matrimonios mixtos, regulados hoy por el M. p. *Matrimonia mixta*, de 31 de marzo de 1970.

Advierte O. di Jorio que el tener jurisdicción *propia* no excluye de suyo otra jurisdicción concurrente, ni la expresión *matrimonia baptizatorum* comprende en sentido riguroso los matrimonios entre bautizados e infieles (O. J., pág. 5).

5. *Determinación de la competencia relativa*. Con gran concisión dice O. di Jorio: Abrogado el fuero del domicilio y del cuasidomicilio, quedan los siguientes:

- El fuero del contrato,
- El fuero de la residencia no precaria del demandado, y
- El fuero del lugar en el que hayan de practicarse la mayor parte de las pruebas.

Además se ha concedido el derecho o facultad, bajo ciertos requisitos, de poder pasar de uno a otro de estos fueros alternativos (O. J., pág. 6).

6. *Fuero de la residencia no precaria*. La figura del fuero de la residencia no precaria se cualifica de dos maneras:

- Una, negativa: la no precariedad;
- Otra, positiva: la habitualidad.

Ambas cosas parecen reducirse a una sola e idéntica, y por esto se pregunta el autor: *Quomodo intelligenda est commoratio non precaria seu habitualis?* (O. J., pág. 7). De idéntico parecer es el procesalista P. Cabreiros en su estudio "Reforma del proceso en las causas matrimoniales, según la Carta Apostólica *Causas matrimoniales* de Pablo VI", en "Jus Canonicum", XII (1972), pág. 233, y L. Miguélez, *Derecho Canónico Posconciliar*. BAC. Madrid 1972, pág. 538, IV.

Nos place mucho que hayan coincidido con nosotros en la misma interpretación estos ilustres canonistas, después de haberla impugnado Carmelo de Diego-Lora en la citada revista "Jus Canonicum", XII (1972), pág. 267, n. 2.

Entendemos nosotros que no se trata en teoría de distinguir los conceptos puros de residencia no precaria y de residencia habitual; sino más bien de explicar una ley en la que la residencia que determina una competencia alternativa, una vez se califica de "no precaria" y otra, de "habitual" dentro del párrafo de una misma norma.

De no ser así, habría que admitir contra la letra y el espíritu de la norma la intervención y consentimiento de un Ordinario distinto del de la residencia no precaria, base para la determinación de la competencia relativa.

Por esto, nada tiene de extraño que C. Lefebvre, comentando esta norma IV, § 1, c, al hablar de las condiciones a las que está sujeto el foro de la mayor parte de las pruebas, diga sin género alguno de duda: "Es claro el

motivo del consentimiento primero (*consensus tum Ordinarii loci commo-rationis habitualis partis conventae*), puesto que se trata del Ordinario del tribunal del lugar naturalmente competente en razón del c. 1559, § 3, o del artículo IV, § 1, b, del Motu proprio.

Es decir, la residencia habitual de la letra c en el párrafo 1.º de la norma IV equivale a la residencia no precaria de la que anteriormente habla el apartado de la letra b.

Previendo cuestiones prácticas incidentales, C. Lefebvre advierte que la prueba de la residencia no precaria o estable del demandado debe probarla ante el tribunal al que se acude el actor, sea el demandado bien católico, bien acatólico (C. L., pág. 31).

7. *Fuero del lugar más ventajoso para la instrucción de la causa.* Radica este título de competencia en que la mayor parte de las declaraciones o pruebas tienen que practicarse en el territorio de un determinado tribunal.

La estimación de esta ventaja debe hacerse teniendo en cuenta la importancia de la deposición judicial de las partes, la relevancia y número de los testigos, las peritaciones que hayan de practicarse para la mejor y más certera ilustración de la causa.

El tribunal que ha de evaluar esta ventaja es el mismo al que se acude reclamando su ministerio, a tenor de lo dispuesto en los cánones 1608, 1609 y 1610.

La parte actora, al presentar la demanda, invocará este título de competencia, solicitará que para ello presten su consentimiento el Ordinario del lugar en el que radica el tribunal y el del Presidente del mismo tribunal al que acude; justificará en el libelo que se verifica en el caso la ventaja de la mayor parte de las pruebas que han de practicarse y, además, que cuenta con el consentimiento del Ordinario de la residencia habitual del demandado (Norma IV, § 1, b; C. L., pág. 32).

A diferencia de los tres consentimientos anteriores previos que ha de solicitar y obtener el actor, hay el requisito de tener que oír al demandado, lo cual es incumbencia del tribunal. Esto no se salva con manifestar el actor en la demanda que procede de acuerdo con el demandado o que cuenta con su beneplácito.

El texto de la norma no deja lugar a dudas, ya que expresamente dice: "El tribunal antes de aceptar la causa tiene que preguntar a la parte demandada si tiene algo que objetar contra el fuero al que se ha dirigido el actor".

Cabe que el demandado se oponga al deseo del actor, y entonces surgirá un incidente que ha de resolver el colegio, y puede suceder que no responda. En este último caso opina C. Lefebvre que deberá imponerse al demandado negligente un nuevo término discrecional, teniendo en cuenta todas las circunstancias, el cual plazo pasado inútilmente será interpretado como asentimiento.

Nosotros creemos, supuesto el deseo de brevedad y presteza que se intenta con este procedimiento, que no deja de cumplirse el requisito impues-

to por la norma sobre la facultad de oponer o excepcionar concedida al demandado, si a éste, sin necesidad de repetición de plazo, se le concede únicamente uno solo, a falta de legal, judicial perentorio advirtiéndole expresamente que de no oponerse en el plazo fijado se considerará que nada tiene que objetar. Debe constar que la citación se hizo legítimamente, que llegó a manos del interesado y que éste nada dijo.

Así parece fluir del principio de preclusión, y así se practica en casos análogos de posibles excepciones, o contra los jueces y ministros del tribunal (art. 26 de la *Provida Mater*), o de tacha de testigos (cc. 1763, 1764; arts. 126, 131), o de reprobación de testimonios (c. 1783), o de impugnación de pruebas practicadas (cc. 1858-1860; arts. 175 y 176).

Durante el plazo concedido al demandado para que pueda excepcionar, éste, e igualmente el defensor del vínculo y el promotor de la justicia si interviene, tiene derecho no sólo a proponer excepción de incompetencia por falta de las condiciones exigidas (cc. 1610, 1611, 1617, 1628, § 2), sino excepciones de sospecha, a tenor de los cánones 1614-1617; 1603, § 1, n. 2; 1855, § 3. La proposición y conocimiento de estos incidentes se lleva a cabo, según las normas procesales ordinarias (O. J., pág. 8).

8. *El cambio de tribunal o transferencia de la causa.* En la norma IV, § 3, se echa de menos, entre las condiciones exigidas para que pueda efectuarse la transferencia, la mención expresa sobre la intervención del defensor del vínculo.

Hasta el presente no sabemos que ningún comentarista del *Motu proprio* haya expuesto tantas razones a favor de tener que oír al Defensor del vínculo cuantas nosotros mismos dimos en su día (L. A., pág. 104).

Orlando di Jorio da por descontado que es preciso el consentimiento *utriusque partis, ideo et imprimis Defensoris vinculi et utriusque tribunalis* (O. J., pág. 8).

Carlos Lefebvre supone la intervención del Defensor del vínculo en este trámite procesal, por cuanto este cargo debe considerarse como parte en la causa, a tenor del canon 1587, § 1 (C. L., pág. 35, nota 44). El mismo autor —igual que nosotros— no halla impedimento o inconveniente en que la transferencia pueda ser propuesta a petición de las partes, o a instancia del defensor del vínculo (c. 1587, § 1), o de oficio por el tribunal *a quo* (c. 1618).

Estudiando este ilustre canonista el efecto procesal de la inobservancia de las condiciones exigidas por el legislador para el cambio de tribunal, por una parte, afirma en la nota 40 de la página 34 que “tali condizioni sono essenziali in base alle parole della legge”; mas, por otro lado, apoya la necesidad imperiosa del consentimiento de las partes en su respectivo derecho a una defensa legítima (cfr. c. 1559, § 3), bajo pena de nulidad (cc. 1866, § 2; 1894, 1.º), y funda la exigencia indispensable del consentimiento de ambos tribunales, el *a quo* y el *ad quod*, en la imposibilidad de conocer simultáneamente dos tribunales la misma causa (cc. 1568 y 1725, 2.º); pero opina que la transferencia *después* de la conclusión en la causa no afecta a

la validez, con tal que se verifiquen todas las demás condiciones, dado que la nulidad no se puede recabar en virtud del canon 1861, § 1.

Nosotros, concediendo que se puede en las causas matrimoniales admitir nuevas pruebas después de la conclusión en la causa, a tenor del canon 1861 y del artículo 178 de la *Provida Mater*, entendemos que la clave para dirimir si es posible o no la transferencia permitida, no son las normas sobre admisión de pruebas, sino más bien la esencialidad proclamada por el mismo Lefebvre acerca de las condiciones impuestas por las palabras de la norma paulina que contemplamos.

Acaso, en cambio, la razón aducida por C. Lefebvre acerca de la posibilidad de aportar nuevas pruebas, pueda valer para justificar nuestra sentencia de que la transferencia tiene lugar "de suyo en la primera instancia, aunque, por analogía la norma igualmente podría aplicarse a la segunda instancia si concurren varios tribunales competentes de apelación" (L. A., pág. 99). Este caso no es imposible en España, a la vista del art. 38, c. 2.º, del Motu proprio *Apostolico Hispaniarum Nuntio*, de 7 de abril de 1947 (AAS., XXXIX, 155).

Sin embargo, nosotros no fundamos nuestro parecer en la posibilidad de la transferencia con posterioridad a la conclusión en la causa, puesto que partimos de que también en la apelación hay proceso normal con trámite de posibles pruebas (c. 1891, § 2) y trámite de conclusión en la causa (art. 213 de la *Provida Mater*); sino más bien en la posibilidad de varios tribunales competentes y del cambio sustancial de circunstancias.

Ciertamente, el tribunal de apelación, salva la competencia de la S. Rota Romana (c. 1559, § 1, 1.º; 1599, § 1, n. 1.º) es el correspondiente a la jerarquía de tribunales en relación con el juez *a quo* que sentenció la causa en la primera instancia; pero en España cabe dentro de esa jerarquía que, bajo ciertas condiciones, pueda apelarse del tribunal sufragáneo, o al respectivo metropolitano, o a la Rota española. Siendo esto así, parece que puede ser viable la transferencia del tribunal metropolitano de apelación al tribunal de la Rota española también de apelación.

O. di Jorio, limitando su consideración a las apelaciones del tribunal ordinario de primera instancia a su respectivo superior, salvo lo correspondiente a la S. Rota Romana, concluye: "In gradu appellationis optiononni ad bina tribunalia restringitur sine ulla possibilitate translationis causae quamvis forte instructiones suppletivae peragenda sint".

Y el mismo autor añade oportunamente: "Pro Supremo Tribunali Signaturae Apostolicae, rariores fient in posterum competentiae prorogationes, nisi forte, v. gr., ob suspicionem, itemque concessionem fori peregrinorum in Urbe, quae extraordinariis dumtaxat in adjunctis et gravissimis de causis jam fieri legitime jubentur (Cfr. *Regimini Ecclesiae Universae*, n. 105)" (O. J., pág. 9).

Hemos notado en España estos últimos años cierto desmán proveniente de algunos abogados empeñados no en buscar la justicia ni en descubrir mejor la verdad histórica, sino más bien en burlar, por intereses inconfesables, la

competencia de los tribunales eclesiásticos de España, para lo cual conjugan a su gusto en el mismo caso causas de separación y causas de nulidad, y se valen de apelaciones a Roma simulando circunstancias extraordinarias y motivos gravísimos, cuando en realidad lo que se alega es motivo fútil e injurioso a los tribunales españoles que administran justicia sólo con la mira puesta en Dios y sin otro móvil que la verdad y el cumplimiento del sagrado ministerio pastoral que desempeñan.

Por esto conviene proclamar que tales abogados, cuando alegan que su cliente tiene este o el otro matiz político, está a un lado u otro de la política actual, perteneció en otro tiempo a la zona roja o a la nacional durante nuestra guerra civil, no aducen sino color de razones o pseudoargumentos, con los que ofenden a las autoridades civiles, como si éstas se entrometieran en la marcha del ministerio sagrado, y ofenden a los jueces eclesiásticos, como si éstos tolerasen estar sometidos a la dictadura del poder del Estado. No; este género de razones no son valederas sino para encubrir arterias y la *auri sacra fames*.

III.—SOBRE LA CONSTITUCION DE LOS TRIBUNALES

9. *Podere de las Conferencias Episcopales.* Supuesto el texto claro de la norma V, que habla expresamente de “tribunal diocesano o regional” y de la constitución de tribunales “en primero y segundo grado”, si es caso de colegio de tres jueces: dos clérigos y un seglar varón, o de tribunal unipersonal “en primer grado”; debe darse por descontado que las Conferencias Episcopales, en virtud de esta Carta Apostólica de Pablo VI, carecen de poderes para constituir tribunales de tercera instancia, para lo cual necesitarán de indulto especial (C. L., pág. 37, nota 4).

Tampoco es aplicable lo del juez unipersonal y lo del tribunal colegiado con un seglar a los Tribunales Apostólicos o a otros —como la Rota española— que se rijan por normas propias (O. J., pág. 11).

Como las Normas del *Motu proprio* no restringen el término “clérigos” a sacerdotes y diáconos, nosotros desde el principio tomamos esa palabra “clérigo” por alguno en cualquier grado, ya que todos se distinguen de los seglares. Así también lo interpreta C. Lefebvre (págs. 38, 3.º; 40, 1.º); en cambio O. di Jorio restringe la denominación de clérigos a los sacerdotes y diáconos. ¿Razones? “Cum autem clerici in hac lege certo non sint qui per primam tonsuram Christo et Ecclesiae manciantur (can. 108), neque qui ordines minores receperunt (can. 949), cumque subdiaconatus supprimendus praevideatur, consequitur quod iudices esse possunt non solum sacerdotes sed etiam diaconi juxta exaltationem diaconatus et renovationem factam vel auspiciatam Concilio Vaticano II. Aliis verbis, cum Judicium officium aliquam stabilitatem habere debeat et clerici, qui nunc stabilitatem habere possunt, tantum diaconi sint (facta praecisione a sacerdotibus et Episcopis) —cfr. M. p. *Sacrum Diaconatus Ordinem* diei 18 junii 1967— clerici omnes infra

diaconos Judices esse nequeunt" (O. J., pág. 11). Hoy día la admisión al estado clerical se realiza en virtud de la ordenación diaconal (Pablo VI, *Nuevas normas sobre el Sagrado Orden del Diaconado*, n. IX, y *sobre Ordenes Menores y Subdiaconado*, n. I, unas y otras del 15 de agosto de 1972).

¿Quién nombra al seglar varón en los colegios de tres jueces y a los seglares asesores o auditores en los tribunales unipersonales de primer grado? Sí, es de la Conferencia Episcopal conceder para tribunales diocesanos o regionales de primero y segundo grado que el colegio se forme con dos clérigos y un seglar varón, y en los de primer grado que puedan conocer las causas matrimoniales jueces unipersonales, los cuales, en donde pueda hacerse unirán a sí un asesor y un auditor en el juicio. La Conferencia Episcopal puede conceder estos permisos en forma general, de una vez para siempre, puesto que la norma V no fija restricciones para el uso de su poder (C. L., pág. 39).

Pero la pregunta más bien se refiere a quién, concedido el permiso por la Conferencia Episcopal, corresponde nombrar esos seglares que pueden desempeñar el cargo de conjuer o de asesor y auditor. Nosotros hemos respondido que en estos nombramientos debe procederse siguiendo en lo posible las normas canónicas generales (c. 1575; *Provida Mater*, art. 14, § 4; cc. 1580 y 1581). Concuerda con nuestro parecer la opinión de C. Lefebvre, quien afirma que el nombramiento de seglares para los colegios de tres jueces corresponde a los Ordinarios en los Tribunales diocesanos y a la Comisión competente de Obispos en los tribunales regiones. También advierte con buen acuerdo que los seglares así designados pueden ser varios, entre los cuales el colegio o el juez pueda luego elegir uno en concreto para cada caso (C. L., pág. 39).

10. *Tribunales que han de resolver las causas de separación de los cónyuges*. La facultad relativa al juez único en el tribunal de primer grado, a quien, a tenor de la norma V, § 2, puede la Conferencia Episcopal encomendar el conocimiento de las causas de nulidad de matrimonio en cada caso, no parece extensiva ni aplicable a las causas de separación: "L'esplicita formulazione dell'articolo (Norma V, § 2) non sembra consentire l'estensione del giudice unico alle cause di separazione dei coniugi, tanto più che queste possono essere definite in via amministrativa" (C. L., pág. 40).

A esto permítasenos advertir que las causas de adulterio se resuelven con procedimiento judicial (c. 1130), regulado por los cánones 1552-1924. En la *Instrucción Provida Mater*, art. 13, § 1, se insiste en la necesidad de que conozcan las causas acerca del vínculo tribunales colegiados de tres jueces por lo menos (c. 1576, § 1, n. 1.º). Más las causas de separación perpetua de los cónyuges por adulterio (c. 1130), o de separación temporal por otras causas legítimas (c. 1131), evidentemente no son causas matrimoniales sobre el vínculo, lo cual es tanto más cierto cuanto las de separación temporal pueden ser resueltas por lo general administrativamente con la autoridad del Ordinario del lugar (c. 1131).

Y si en alguna parte de la Iglesia por rescripto singular, como sucede en España, incluso las causas de separación temporal de los cónyuges se tramitan judicialmente, no fluye ni por ley general ni por la concesión particular otorgada, que el tribunal de estas causas tenga que ser de tres jueces y no unipersonal.

Por esto se explica que unánimemente todas las diócesis españolas en primer grado y los tribunales metropolitanos de apelación siempre hayan conocido y sigan conociendo las causas de separación de los cónyuges, sea por adulterio, sea por otro capítulo legítimo, con juez unipersonal. En España la única excepción de esto es la Sagrada Rota de la Nunciatura Apostólica de Madrid; mas esto no por interpretación distinta en lo concerniente a exigencia del objeto del juicio en relación con el canon 1576, § 1, n. 1.º; sino más bien por imperio del *Motu proprio Apostolico Hispaniarum Nuntio*, de 7 de abril de 1947 (AAS, XXXIX, 155), según el cual este Tribunal de la Rota es colegiado (art. 1) y juzga por turnos de tres Auditores, cualesquiera que hubiese sido el número de jueces del tribunal que juzgó en la precedente instancia (art. 21).

Por tanto, parece que huelga el pretender que se aplique lo del juez unipersonal concedido para las causas matrimoniales del vínculo, al juez que ha de conocer las causas de separación de los cónyuges (Véase M. Cabreros, Comentario al c. 1576, en el Código bilingüe).

11. *La notificación de los jueces y ministros del tribunal.* No hay duda de que tanto en el tribunal colegiado (dos clérigos y un seglar varón) como en el unipersonal con un asesor y auditor en el juicio, a tenor de la norma V, §§ 1 y 2, se deben notificar inmediatamente los nombres de los jueces y de los ministros del tribunal a las partes, para que éstas puedan proponer excepciones, si el caso lo pide; e igual debe hacerse en los casos de sustitución (*Instr. Provida Mater*, art. 26).

Mas no por ello, como es lógico, cambian las facultades y los deberes de cada cargo: juez que dirige el juicio y sentencia (c. 1571), auditor (c. 1580), asesor consultor (c. 1575), ministros (cc. 1585-1593). Y a este respecto no implica dificultad alguna el que se hayan usado en la norma V, § 2, las palabras: "Qui iudex... assesorem et auditorem in iudicio sibi asciscat".

La expresión *in iudicio* equivale a durante el proceso (c. 1552, § 1) y no tiene otro alcance que lo significado en el canon 1575, al disponer que "el juez único *in quolibet iudicio* puede asociarse dos asesores consultores". Por consiguiente, en los casos de tribunal unipersonal en las causas de nulidad de matrimonio, quien juzga propiamente o quien dicta sentencia y la firma como juez es solamente el juez único. De ello hace fe el notario (c. 1874, § 5).

12. *En la sentencia del juez único deben consignarse los nombres del auditor y asesor asociados.* Es verdad que el canon 1874, § 2, prescribe que en la sentencia se debe exponer por orden quién es el juez o el tribunal, el actor, el reo, el procurador, con sus nombres y domicilios claramente expresados, el promotor de la justicia, el defensor del vínculo, si tomaron parte

en el juicio, y sin embargo, no menciona explícitamente al asesor y al auditor que hayan intervenido. Y pasa lo mismo en la Instrucción *Provida Mater*, art. 202, § 2, en el cual sólo se añadió el *abogado* de las partes.

Pero a pesar de este silencio compartimos gustosamente con C. Lefebvre la opinión de que deben consignarse en los casos del supuesto de juez unipersonal de primer grado los nombres del auditor y del asesor que el juez haya unido a sí para el desempeño de estos cargos en el juicio. ¿Por qué? Sencillamente, porque forman parte del tribunal aunque realmente y en sentido estricto no sentencien la causa (C. L., pág. 41).

Sin embargo, ni que decir tiene que su omisión no afectaría a la validez de la sentencia y que su inclusión no arguye que tengan que firmar la sentencia, lo cual implicaría confusiones, porque ni el asesor ni el auditor de suyo pronuncian la sentencia, como es claro.

El mismo canon citado 1874, § 5 y el art. 202, § 5, mandan explícitamente que la sentencia se concluirá con la firma del juez o de todos los jueces, si fueron varios, y del notario. Como el supuesto que contemplamos es el de clérigo, juez único (norma V, § 2), se deduce que él solo con su notario firmará la sentencia que dicte.

13. *La cualidad de católicos en los seglares que desempeñen cargos en los tribunales eclesiásticos.* La tetra y el espíritu de la norma VII parecen claros, generales y terminantes: "Laici ad hujusmodi munera assumendi fulgeant catholica fide...". Ahora bien, si estos seglares han de distinguirse por su fe católica, no es fácil poder introducir distinciones o concebir que, si se salva la prescripción de la norma, puedan asumirse seglares jueces (norma V, § 1), auditores o asesores en sentido propio (norma V, § 2, y VI), o notarios (norma VI), que no sean católicos (norma VII). Creemos que no hay paridad entre estos cargos y el de un puro consultor profesional o el de procurador y abogado que patrocinan a las partes (Cfr. c. 1657, § 1; Instr. *Provida Mater*, art. 48, § 1).

Por lo dicho no compartimos, y nos resulta extraña, la opinión que permite asumir para el cargo de asesores y auditores en sentido estricto a seglares acatólicos: "Si tratta solo di catholici... di buona fama; non si dice niente in questo canone degli acatholici, ma si capisce che questi non possono essere ammessi all'ufficio di giudici, sebbene non sembrano esclusi dall'ufficio de assessore e uditore qualora dotati di buoni costumi e scienza canonica" (C. L., pág. 44, nota 30). ¿Por qué las buenas costumbres y la ciencia canónica, sí, y la fe católica, no, cuando la norma prescribe: "... fulgeant catholica fide et bonis moribus ac simul juris canonici scientia"?

14. *El exigir la cualidad de ciencia canónica no implica necesidad de títulos académicos.* Por lo que hace a la "ciencia canónica", la norma parece recordar los cánones 1573, § 4; 1574, § 1; 1581; 373, y por consiguiente, como las palabras del texto no exigen títulos académicos, bastará que los seglares elegidos para jueces, auditores, asesores o notarios, brillen por su saber en la ciencia del derecho canónico. Respecto a la "experiencia del foro"

(no se ha distinguido entre eclesiástico y civil), es indiscutible que ayudará mucho al recto cumplimiento del oficio de juez el haber sido anteriormente juez en los tribunales del Estado o el haber desempeñado la abogacía o procuradoría en todos los fueros, especialmente en el eclesiástico (O. J., pág. 11).

IV.—LAS APELACIONES

15. *La obligación del defensor del vínculo en cuanto a tener que apelar.* Es unánime la interpretación sobre la obligación del defensor del vínculo respecto a tener que apelar contra la primera sentencia que declara la nulidad del matrimonio. Fácilmente se reconoce en la norma VIII, § 1, una confirmación de lo prescrito en el canon 1986 y en el art. 212, § 2, de la *Provida Mater*, incluso de la jurisprudencia de la Sagrada Rota Romana (Cfr. la sentencia de 20 de junio de 1931, c. Wynen, en SRRD, vol. 23, pág. 251, n. 3), según la cual es obligación del defensor del vínculo apelar contra cualquier sentencia de cualquier grado, si ésta es la *primera* en declarar la nulidad del matrimonio (C. L., pág. 46, nota 5).

Distinto de esto es que el defensor del vínculo contra la sentencia afirmativa pueda apelar del tribunal diocesano o regional al metropolitano o al ordinario de apelación (igual la parte demandada), o a la Sagrada Rota Romana (c. 1599, § 1, n. 1.º; *Provida Mater*, arts. 216 y 85). Para estas apelaciones en España ha de tenerse en cuenta el *Motu proprio Apostolico Hispaniarum Nuntio*, arts. 38 y 39.

Respecto a esta facultad, nada se ha innovado por el *Motu proprio Causas matrimoniales*. Manda éste en su preámbulo que se observen las normas canónicas vigentes sobre procesos matrimoniales. Por consiguiente, se procederá en los supuestos indicados en conformidad con la jurisprudencia tradicional. Véase la sentencia de 3 de diciembre de 1930, c. Wynen, SRRD., vol. 22, pág. 641, n. 1. (C. L., pág. 47 y nota 11).

16. *Condiciones para la pertinencia del recurso de alzada en el procedimiento paulino.* Nosotros hemos defendido con insistencia, como consecuencia ineludible de la defensa legítima de la parte que litiga *pro matrimonio*, que tiene derecho a impugnar la sentencia afirmativa que repute perjudicial a su derecho. Así lo hicimos en *Nueva tramitación de las causas matrimoniales*, pág. 119, y más extensamente en *La apelación contra la sentencia que declara la nulidad del matrimonio*, en "Revista de Derecho Privado", 1972, págs. 362-365.

Contra nuestra opinión, que comparten explícitamente Orlando di Jorio y Marcelino Cabrerós, mantiene Carmelo de Diego-Lora ("Jus Canonicum", XII (1972), págs. 148 y 171) que en el proceso paulino ha desaparecido en absoluto la apelación en sentido propio y que no queda otra impugnación contra la primera sentencia afirmativa que la apelación que tiene que interponer el defensor del vínculo.

Orlando di Jorio con claridad y firme resolución defiende que el recurso paulino oalzada no procede ni tiene lugar, a no ser que se verifiquen las dos condiciones siguientes:

1.^a Que la causa se haya conocido únicamente en tribunal de primera instancia, o en otro de apelación, pero *tamquam in prima instantia*. Este caso es posible: Cfr. M. p. *Apostolico Hispaniarum Nuntio*, art. 38, c. 1.^a

2.^a Que la sentencia afirmativa sólo haya sido apelada por el defensor del vínculo,

— no por la parte que litiga *pro matrimonio*,

— no por el actor, si éste impugna la sentencia por haber sido negativa respecto a alguno de los capítulos alegados.

Por tanto, según Di Jorio, el conocimiento de la causa en apelación ordinaria es preciso:

1.º Si la sentencia afirmativa contra la que apela el defensor del vínculo es una posterior a otra negativa resuelta en tribunal de grado inferior.

2.º Si contra la primera sentencia afirmativa del tribunal de primer grado apela también la parte demandada, por considerar que le perjudica la sentencia afirmativa.

3.º Si el actor impugna en parte la sentencia por haberle sido negativa en alguno de los capítulos de nulidad alegados.

17. *Razón de las condiciones exigidas.* Juzgamos conveniente detenernos en las razones que expone O. di Jorio, para mantener su criterio. Las consideramos bien fundadas. Acaso no todas convenzan a todos. Pero su fuerza es tan valiosa que parece suficiente para que ningún tribunal de apelación se decida a ratificar con un simple decreto cualquier sentencia afirmativa, si ésta no fue pronunciada en la primera instancia o si contra ella, aunque fuera de primera instancia, apela alguno de los esposos litigantes o acaso los dos si la decisión en parte es afirmativa y en parte, negativa y por ello perjudicial a uno y al otro. Veamos las razones alegadas:

1.^a El recurso paulino con trámites abreviados es una excepción del procedimiento ordinario de apelación (Cfr. Instr. *Provida Mater*, art. 213). Por consiguiente, debe ser interpretado estrictamente (c. 19).

2.^a Pide la interpretación dada la significación obvia de las palabras de la norma en su texto y contexto (c. 18). La apelación del defensor del vínculo contra la primera sentencia afirmativa se restringe en el párrafo 2.º de esta norma VIII al tribunal que conoce en segunda instancia. En consonancia con esto el siguiente párrafo 3.º, tratando de la resolución que ha de dar el colegio dice: "Ratifica la decisión de *primer grado* o admite la causa para examen ordinario de *segundo grado*".

3.^a La norma VIII, tanto en el párrafo 2.º como en el 3.º, siempre habla de la "decisión de primer grado", a la que el Defensor del vínculo tiene o no algo que objetar, y la que el colegio, o ratifica, o decreta que la causa sea examinada de modo ordinario en segundo grado. Igualmente en las dis-

posiciones transitorias 2.^a y 3.^a la referencia es “al defensor del vínculo del tribunal de segunda instancia”, “a la decisión tomada en primer grado”, “a las actas de segundo grado”, “al examen ordinario de segundo grado”, “a la ratificación de la sentencia de primer grado”. La fuerza de esta razón también la reconoce monseñor Lefebvre (l. c., pág. 46).

4.^a Si contra la razón anterior alguien objetara que es aplicable el proceso abreviado en la apelación contra la *primera sentencia afirmativa* pronunciada en cualquier instancia o grado de tribunal, y que debe interpretarse el tribunal de primer grado o de primera instancia por cualquier sentencia afirmativa del grado que sea, y que igualmente el tribunal de segundo grado debe entenderse puramente por un tribunal de grado superior; sin duda, habría que decir que tal interpretación es artificiosa y que violenta el significado claro de las palabras. La norma podía haber dicho, y no lo dijo: “Del tribunal inferior al superior”.

5.^a Si a la respuesta anterior se replicase que es posible el caso de que sólo en instancias posteriores a la primera quede clara y evidente la resolución afirmativa *pro nullitate*, y que como es razonable esta primera sentencia afirmativa cuenta a su favor con la *ratio legis*; a esto también ya se ha respondido: “La *ratio legis* e la legge sono due cose diverse, e il legislatore avrebbe potuto scrivere altrimenti se l'avesse voluto” (C. L., pág. 47).

6.^a Además, el argumento de que la sentencia primera afirmativa después de otra u otras negativas, acaso debida a la luz de instrucciones supletorias más completas, siempre abreviaría la tramitación ordinaria, parece no tomar en cuenta la sospecha jurisprudencial que casi siempre rodea a las pruebas tardíamente propuestas y practicadas.

7.^a Después de la sentencia afirmativa en la primera instancia es fácil presumir la nulidad del matrimonio en litigio y, por esto, queda justificado un procedimiento más rápido. Pero idéntica presunción no puede formarse, o resulta carente de fuerza, si sobre la causa han recaído dos o más sentencias entre sí contrarias.

8.^a Cuando se ha conocido una causa con procedimiento ordinario solemnemente en varias instancias, en las que diversos jueces sentenciaron en sentido contrario, parecería una incongruencia el que se concediera en último término resolver la cuestión definitiva y ejecutoriamente por nuevos jueces con un simple decreto de un procedimiento abreviado. ¿No implicaría esto apariencia de parcialidad contra el vínculo?

9.^a Otra limitación al procedimiento abreviado surge de haber interpuesto apelación, junto con el defensor del vínculo, la parte que se ha sentido perjudicada con la sentencia *pro nullitate*. En estos casos de apelación de la parte, cuyo derecho no debe excluir por el débil argumento del silencio de las normas, el recurso de alzada no puede tener lugar, primero, porque la ley no lo permite si se interpreta estrictamente, y después, porque este recurso restringiría el libre ejercicio de la legítima defensa del litigante perjudicado.

10.ª En el procedimiento el cargo del defensor del vínculo tiene por finalidad amparar los intereses del bien público y, dada su obligación procesal de apelar contra la sentencia afirmativa, hace bien la ley mitigando el rigor de esa obligación por medio de un procedimiento rápido descargado de los trámites ordinarios. Pero el cónyuge que litiga en favor de la validez del matrimonio defiende un interés privado, y en el recurso abreviado apenas y casi sin apenas puede hacer oír su voz, porque todo depende de que los jueces le concedan facultad para presentar contraobservaciones. Esto supondría denegar al litigante el derecho de su legítima defensa.

11.ª Contra el derecho a la verdadera apelación no vale decir que la parte perjudicada puede impugnar la sentencia uniéndose al recurso, porque este remedio jurídico es algo completamente distinto de la apelación, la cual exige nueva y completa instancia en proceso ordinario antes de que la doble sentencia conforme se convierta en final y ejecutoria. De no conceder al demandado la apelación en sentido propio, se negaría a las partes la igualdad de derechos y no habría en el proceso la debida bilateralidad.

12.ª Tampoco debe proceder el recurso de alzada, si apela contra la sentencia, en parte negativa y en parte afirmativa, el actor por aquello que se le niega, y el defensor del vínculo por la nulidad por diversos capítulos. La razón de la improcedencia aquí indicada está en que en estos supuestos no es posible compaginar a la vez ambos procedimientos, el ordinario y el breve. Tampoco sería razonable que una misma causa en instancia superior pudiera ser conocida de manera distinta, según se hubiese decidido que constaban o no los capítulos alegados (O. J., págs. 13-15).

A todas estas razones hay que añadir el criterio de la S. Rota Romana expuesto en los Decretos de 11 de diciembre de 1971 y 12 de enero de 1972, c. Bejan. Además, hay una comunicación de la Secretaría de Estado, de 29 de febrero de 1972, según la cual es precisa la apelación ordinaria siempre que a la sentencia afirmativa haya precedido otra negativa.

18. *Las observaciones del defensor del vínculo y las contraobservaciones de las partes o de sus abogados.* En nuestro comentario a este trámite nos fijábamos principalmente en que las contraobservaciones no son obligadas en este proceso, ni facultades exigibles como derecho por los litigantes, ni puro poder dejado a la discreción del Presidente del tribunal o del Ponente en la Rota Romana o en la de Madrid, sino más bien del colegio; que tales contraobservaciones en determinados casos son más oportunas y convenientes; que este sistema de observaciones del defensor del vínculo con posibles contraobservaciones de las partes implica cierto menoscabo de los principios de bilateralidad e igualdad con desfavor para el matrimonio; que el contenido pertinente de las observaciones y contraobservaciones ha de ponerse en una sana crítica de la sentencia impugnada en relación con la forma y el fondo del juicio.

En cambio, los comentaristas que venimos examinando nos ofrecen tres cuestiones singulares:

1.^a *Las contraobservaciones de los abogados ¿son oportunas de ordinario?* “*Interventus patronorum autem, ni partium, perraro videtur opportunum, non tantum quia patroni habent utilitatem oeconomicam contrariam processui breviori (quod supponere esset gratuitum et offensivum), sed quia eorum interventus significat causam esse implexam, ideo minus aptam breviori processui*” (O. J., pág. 15).

Ciertamente, la indicación del autor, si se generaliza, es gratuita y ofensiva para muchísimos rectos y nobilísimos abogados; pero puede ser verdadera y objetiva en casos concretos en los que no faltan abogados que demuestran con sus actos ser capaces de fabricar a su gusto demandas de nulidad y de separación, o de multiplicar incidentes y recursos mientras interese el retraso de la causa o el aumento de los honorarios, o de maquinarse cualesquiera fraudes importándoles poco la moralidad profesional. Sí, gracias a Dios, estos profesionales son los menos en los tribunales de la Iglesia; pero no casos tan raros que resulte imprudente pensar en estos graves peligros.

El mismo *Motu proprio*, hablando de la constitución de los tribunales, insiste en que los seglares que hayan de intervenir en los juicios brillen por sus buenas costumbres (norma VII). El que no siempre a jueces, ministros de los tribunales, procuradores y abogados se hayan exigido en la medida debida esas buenas cualidades de moralidad y de pericia canónica hace escribir a C. Lefebvre con suma delicadeza la siguiente nota: “*Spiace del resto che talvolta sia stata soddisfatta con eccessiva ampiezza questa esigenza*” (C. L., pág. 38, nota 6).

2.^a *Las contraobservaciones ¿pueden ser necesarias y obligadas?* Di Jorio afirma que no es necesario e indispensable que las partes o sus patronos respondan a las observaciones del Defensor del vínculo. La no necesidad de los abogados la demuestra por el hecho de que los litigantes por sí mismos personalmente pueden ser facultados para contraobservar, y llega a sugerir que, llegada la sentencia impugnada al tribunal de apelación, el Colegio que se constituya no tiene motivo para invitar a las partes a que designen patrono que las defienda (O. J., pág. 15).

La opinión de C. Lefebvre es menos terminante y parece de orientación contraria: “*Di qui sembra potersi dedurre che i giudici non sono tenuti a chiedere le contro-osservazioni se non quando la ratifica della sentenza si presenti difficile; deduzione questa, basata nel dovere di non ledere il diritto alla difesa. Se deduce altresì che i giudici non possono negare la ratifica se prima non avranno domandato le contra-osservazioni delle parti*” (C. L., pág. 48).

Esta deducción que saca tan ilustre Auditor de la Rota Romana no parece tan clara; porque si las contraobservaciones no son un derecho de las partes, sino más bien una facultad que puede conceder o no el colegio; no se ve cómo pueda resultar de la ley que los jueces *están obligados* a pedir las contraobservaciones, si la ratificación de la sentencia se presenta difícil o si los jueces han de negar la ratificación. Tal deber del colegio no parece avenirse con el significado obvio de las palabras de la norma VIII, § 2, que

suenan así: "Contra quas animadversiones collegium, si opportunum censuerit, partium earumve patronorum animadversiones exquirat". Enhorabuena, pues, que si es oportuno, se pidan las observaciones de las partes o de su abogado; mas sin llegar al extremo exagerado de obligar a los jueces, sea el acto oportuno o inoportuno, a que no admitan la causa a examen ordinario sin antes haber oído las contraobservaciones de las partes o de sus abogados.

Precisamente en los casos de dificultad o complejidad de la causa, es para cuando O. di Jorio entiende que tales contraobservaciones son menos oportunas y el procedimiento abreviado menos apto (O. J., pág. 15).

Tampoco nos gusta mucho la frase: "i giudici non possono *negare* la ratifica..."; porque la misión de los jueces de apelación en este recurso paulino no es "ratam habere" o "ratam non habere"; sino más bien "vel decisionem primi gradus ratam habere, vel ad ordinarium examen secundi gradus causam admittere" (norma VIII, § 3).

Por lo demás, ¿dónde prescribe la ley que los jueces no pueden admitir la causa a examen ordinario de segundo grado si antes no han solicitado las contraobservaciones? Desde luego, la interpretación y la práctica de los tribunales metropolitanos en España y de la Rota de la Nunciatura Apostólica en Madrid no concuerdan con la interpretación de Lefebvre desde el momento que los jueces colegialmente, si entienden que no es oportuno pedir las contraobservaciones, no las piden, y ello no obsta para enseguida resolver: O ratificar la decisión de primer grado, o admitir la causa a examen ordinario de segundo grado.

3.^a *Las contraobservaciones ¿se piden a las partes o a sus abogados?* Al decir la norma que puede el colegio, si lo cree oportuno, pedir las contraobservaciones *partium earumve patronorum*, no cabe prácticamente que pueda surgir conflicto procesal alguno entre las partes y sus patronos, porque si bien el procurador nombrado para una instancia puede en ella interponer apelación (c. 1664, § 2), no puede, sin embargo, si carece de poder legítimo, patrocinar a la parte en la instancia superior (c. 1658, § 2; art. 48, § 4). Ahora bien, si el tribunal se dirige a las partes directamente para concederles la facultad de poder presentar contraobservaciones, nada podrá oponer ninguna de las dos partes, las cuales, según creemos tienen derecho a contraobservar por sí mismas personalmente o a nombrar procurador y abogado, quienes con pericia y arte, en nombre del poderdante, defiendan los intereses de la parte (Cfr. *Provida Mater*, art. 43).

En todos estos casos lo propio del colegio es conceder o no conceder la facultad de contraobservar, y concedida ésta, invitar o no invitar a las partes a que constituyan abogado que las asista (O. J., pág. 15). En algunas circunstancias puede convenir que el colegio, para evitar inmoderación, apasionamiento o impertinencia, mande al litigante que actúe por medio de abogado (Cfr. *Provida Mater*, art. 43, § 1).

De lo aquí por nosotros expuesto en relación con el *Motu proprio* difiere la norma 4 del Procedimiento Norteamericano de 1970 en experimentación,

según la cual el abogado de la primera instancia también lo será en la segunda, a no ser que la parte decida cosa distinta (Cfr. *Lex Ecclesiae*, Salamanca 1972, págs. 480-482).

Finalmente, ni que decir tiene que de pedir las contraobservaciones, lo justo es que se pidan, según bilateralidad procesal, a las dos partes. Interesan sobremanera las del demandado, si éste se opone a la sentencia afirmativa. Y será correcto que el colegio señale o fije un plazo razonable, dentro del cual puedan las partes presentar sus contraobservaciones. Y si dejan pasar inútilmente ese plazo, se presume que las partes o sus defensores no quieren responder o que nada tienen que oponer a las observaciones del defensor del vínculo (C. L., pág. 48).

19. *El Decreto del Tribunal Colegiado de segundo grado.* Tiene un carácter típico *sui generis*. Propiamente no es una sentencia, final de un proceso ordinario, y sin embargo, lleva consigo los efectos jurídicos de una sentencia. Se redacta *majore concisione et minore solemnitate*.

El decreto que decide admitir la causa para examen ordinario de segundo grado no es apelable, porque carece de valor de sentencia definitiva (c. 1880, 6.º). En cambio, contra el decreto confirmatorio cabe recurso al tribunal superior en el plazo de diez días, a tenor de la norma IX, § 1.

Ambos decretos pueden adolecer de vicio de nulidad senable o insanable con los efectos jurídicos propios de la nulidad (O. J., págs. 16 y 17). Ambos deben ser razonados brevemente en derecho y en hecho.

No hay lugar a incompetencia o a reprobación de jueces por el hecho de que sean las mismas personas quienes decidan que ha de procederse a examen ordinario en segunda instancia y quienes en ella conozcan la causa, no obstante la doctrina de la sentencia rotal de 13 de octubre de 1942, c. Teodori, vol. 34, pág. 567, n. 6 (C. L., pág. 50).

Ninguno de los dos comentaristas se detienen en explicar los motivos por los que puede en concreto el tribunal de segundo grado dejar de ratificar la sentencia afirmativa. El criterio "se invece dagli atti emerge un dubbio grave e insolubile avverso la sentenza, non si potrà non decretare la rimessione della causa all'esame ordinario" (C. L., pág. 50), nos parece un poco indeterminado, porque todavía cabe preguntar: ¿Y cuándo emerge esa duda grave e insoluble contra la sentencia? ¿Qué motivos son suficientes para no ratificar la sentencia? Este problema hemos pretendido examinarlo en el estudio que publicamos en la "Revista de Derecho Privado", Madrid 1972, págs. 365-367). Allí pasamos revista a los puntos básicos de los que depende la rectitud de la sentencia:

- La motivación;
- La congruencia;
- Los elementos del juicio: personas, objeto y factores que integran la *causa petendi*;
- La controversia, según lo alegado, discutido y resuelto.

20. *Recurso contra el decreto confirmatorio.* O. di Jorio compara este recurso con los regulados en los cánones 1987 y 1989, y en esta confrontación advierte dos novedades: Una, que al Defensor del vínculo deja de concedérsele la apelación *pro sua conscientia*, y otra, una mezcla (commixtio quaedam aut contaminatio) de dos recursos: el de la apelación con sus plazos fatales y el de la revisión de causa con la necesidad de exhibir argumentos nuevos, graves y prestos.

A la vista de tales requisitos se pregunta el hábil comentarista: ¿Son perentorios o fatales esos términos? El autor se siente un tanto perplejo; porque, por un lado, las causas matrimoniales nunca pasan a cosa juzgada, y por otro lado, puede la Iglesia dueña del proceso, sancionar la decadencia o caducidad. Pero advierte: De no inclinarse uno por esto último y preferir la no perentoriedad de los términos, ¿para qué fueron éstos impuestos?

Como es natural, también C. Lefebvre relaciona este recurso con la firmeza de la doble sentencia conforme, con la revisión de la causa y con la apelación que, según su conciencia, podía interponer el defensor del vínculo (cc. 1987, 1989). Hace resaltar la exigencia peculiar, tanto para la parte como para el defensor del vínculo, de argumentos nuevos, graves y prestos, y además la eficacia de los términos fatales (cc. 1881, 1883).

No disintimos de apreciaciones tan autorizadas, que, por otra parte, fluyen con facilidad del texto de la norma. Sin embargo, creemos nosotros que no por esta revisión de causa singularísima, o recurso contra el decreto confirmatorio de la sentencia afirmativa, deja en absoluto de ser válido el principio general: "Las sentencias de causas matrimoniales nunca pasan a cosa juzgada y en cualquier tiempo pueden tratarse de nuevo". Decimos esto en atención a que la observancia de sentencias contrarias a la verdad histórica pueden implicar razón de pecado, como nadie ignora.

21. *El abandono del recurso por el defensor del vínculo y el tener que oír éste al Presidente del tribunal.* En el párrafo 2.º de la norma IX se dispone que el defensor del vínculo de tercer grado puede abandonar el recurso interpuesto por su compañero el defensor del vínculo de segundo grado, "oído el presidente del tribunal".

O. di Jorio comenta con acierto que "oír" no es tener que contar con el consentimiento del Presidente (O. J., pág. 18). C. Lefebvre califica ese *audito Praeside Tribunalis* como una consulta que ha de hacer el defensor del vínculo de tercer grado al presidente de su tribunal, y advierte: El texto legal no determina si el Presidente ha de manifestar su parecer personal como algo correspondiente a su iniciativa, o al contrario, si su consejo representará la opinión o parecer del Colegio. Y añade a continuación: "E certo tuttavia che il presidente deve agire cautamente e prudentemente, sentendo i colleghi" (C. L., pág. 54, nota 34).

Siendo prudentes, ni uno ni otro comentarista han querido descender al terreno práctico de poner en claro los trámites procesales que deben seguirse en la práctica para observar ese requisito procesal de tener que "oír" al Pre-

sidente del Tribunal. ¿Pide por escrito el consejo el defensor del vínculo al Presidente? ¿Cuándo? ¿Después de haber recibido el Presidente el recurso? ¿Después de la presentación de los nuevos argumentos? ¿Tiene el Presidente que dar un decreto para que los autos pasen al defensor del vínculo? ¿El Presidente da su parecer por escrito en dictamen razonado? ¿Manifiesta en su dictamen que ha oído a los colegas? ¿Quién señala plazo al defensor del vínculo para que éste oiga al Presidente y para que el Presidente, a su vez, estudiados los autos y ponderados los nuevos argumentos, exponga su parecer? ¿Y si los colegas han de aconsejarle no a ciegas podrán cumplir su misión sin tiempo congruente para el estudio de todo lo actuado?

Estos interrogantes u otros parecidos, que no son quiméricos, sino fundados en la práctica del proceso escrito, camino hoy día para tramitar con orden lo que mandan las normas, nos confirman en las reservas que ya indicamos sobre este trámite en nuestro comentario al *Motu proprio*, páginas 127-129.

En el caso de que el defensor del vínculo se decida a proseguir el recurso, sea en conformidad sea en desacuerdo con el parecer del Presidente, ¿qué juez decide? ¿El Presidente? ¿El colegio que se constituya con el Presidente? ¿El Presidente con los colegas a quienes antes oyó? ¿Y qué deciden?

O. di Jorio contempla la posibilidad del caso y manifiesta: "Supponi potest alterutram rem esse faciendam: scilicet *aut* procedendum esse statim et recto tramite ad ordinarium causae examen in tertio gradu propter potiore auctoritatem defensoris vinculi tertiae instantiae, *aut* propter analogiam cum norma VIII, § 3, decernendum esse *vel* recursus rejectionem, *vel* causae admissionem ad examen ordinarium tertii gradus" (O. J., pág. 18).

Esto supuesto, como en el párrafo 3.º de la norma VIII es el colegio quien resuelve, resulta que la autoridad de di Jorio confirma lo que nosotros defendimos (l. c., pág. 128, d) sobre la intervención del colegio y la posible tacha contra el Presidente.

De estas opiniones no parece disentir C. Lefebvre quien se limita a consignar que nada extraño tiene que el tribunal de tercer grado declare terminado el pleito cuando el defensor del vínculo de tercer grado abandona el recurso, sin que los jueces tengan necesidad de examinar el fondo de la causa. La razón de esto es otra, en consonancia con el art. 221, § 3, de la *Provida Mater*, según el cual "en caso de que la abandone, pueden las partes pasar a segundas nupcias, una vez que se les haya notificado el decreto por el cual haya acordado el colegio que la apelación ha de considerarse abandonada (cfr. c. 1886) o caducada (cfr. cc. 1736, 1737)" (C. L., pág. 54, nota 35).

22. *El recurso de la parte y su abandono.* Cuando es la parte, ordinariamente el demandado, quien recurre contra el decreto confirmatorio, el tribunal de tercer grado admite el recurso o lo rechaza. Matemáticamente no es posible que lo haga *intra mensem ab interposito recursu*, sino más bien, como nosotros ya habíamos interpretado, a contar desde el día en que fueron presentados los argumentos nuevos, graves y prestos (O. J., pág. 18).

Esta última parte de la norma, aunque prevee la posible admisión o no admisión del recurso (cfr. cc. 1903, 1989; art. 217), no ha previsto el caso posible de que la parte recurrente abandone su petición. Si esto sucediere, parece que, por analogía con la renuncia a la instancia, deberá procederse a tenor del canon 1740, § 2. Así O. di Jorio, pág. 18.

Nosotros precisaríamos más y responderíamos a la cuestión suscitada distinguiendo diversos casos:

— El de renuncia a la instancia, en sentido propio. La instancia comienza con la litiscontestación (c. 1732), por tanto, después de la admisión del recurso, en cuyo caso aplicaríamos lo prescrito en el canon 1740, § 2.

— El de caducidad de la instancia, a tenor del canon 1736, sobre la falta del impulso procesal debido.

— El de recurso interpuesto y no proseguido dentro del mes legal con la presentación de argumentos nuevos graves y prestos, en cuyo caso habría abandonado del recurso (c. 1886) y el tribunal lo declararía abandonado o lo rechazaría por falta de los requisitos indispensables.

— El de desistimiento de la prosecución del recurso: O antes de haber exhibido los argumentos nuevos y graves, o antes de que el colegio haya decretado su admisión o no admisión. En ambos casos, como no cabe ni, la caducidad, ni la renuncia a la instancia aún no existente, habrá que proceder analógicamente a como se hace cuando el actor retira el escrito de demanda antes de la admisión y citación, o cuando el apelante desiste de la apelación antes de citar al apelado y de haberse realizado la litiscontestación (cfr. cc. 1725; 1731; 1732).

23. *Conclusión acerca de las apelaciones.* Termina Carlos Lefebvre el comentario al apartado sobre las apelaciones confesando: "Con queste variae modifiche, pertanto, pare soddisfatto il desiderio quasi unanime dei canonisti che hanno domandato almeno una diminuzione delle solemnità di appello del Difensore del vincolo" (C. L., pág. 55).

También nosotros aplaudimos los aciertos de este procedimiento, aunque sin dejar de anhelar que en la reforma definitiva se salven mejor algunas imprecisiones que parecen dar lugar a ciertas incoherencias:

1.ª La de regular únicamente la apelación contra las sentencias afirmativas.

2.ª La de no haber limitado en el párrafo 1.º de la norma VIII la apelación contra la primera sentencia afirmativa o la de no haber distinguido con claridad este acto de la obligación general que incumbe al defensor del vínculo en cualquier grado contra la primera sentencia afirmativa, de idéntica obligación propia del defensor del vínculo de primer grado. Tanto más cuanto la misma norma en los párrafos 2.º y 3.º reduce la apelación a la sentencia del tribunal de primer grado.

3.ª La de silenciar el derecho del demandado a apelar contra la primera sentencia afirmativa, cuando luego le reconoce expresamente la facultad de poder recurrir contra el decreto confirmatorio de la primera sentencia afirmativa.

4.ª La tocante a la incompatibilidad simultánea de recurrir presentando razones nuevas *intra mensem ab interposito recursu* y de resolver el colegio también *intra mensem ab interposito recursu* (Norma IX, §§ 1 y 2).

5.ª La de tratar del posible abandono o desistimiento del defensor del vínculo en el tribunal de tercer grado, y silenciar esa misma facultad correspondiente a la parte recurrente (Norma IX, § 2).

6.ª La de admitir la posibilidad de una tercera instancia o examen ordinario de tercer grado sin haber precedido propiamente un examen de segundo grado.

7.ª La de tener que oír el defensor del vínculo al Presidente de su tribunal antes de abandonar el recurso que interpuso su antecesor del tribunal de segundo grado. A ello se une que el mismo Presidente puede formar parte del colegio que ha de resolver si se ha terminado la litis o si ha de rechazarse el recurso proseguido por el defensor del vínculo de tercer grado, de acuerdo o en disconformidad con el Presidente.

De todo esto no se sigue que haya que oponer algo contra la afirmación que se ha salvado en los límites de lo posible la defensa del vínculo, después de haber intervenido en el proceso tres defensores del vínculo, tres jueces del tribunal de apelación y el Presidente del tribunal de tercer grado con su consejo, y además que también se ha logrado con estos trámites evitar la segunda instancia (C. L., pág. 54).

Estamos de acuerdo con la opinión de tan experimentado Auditor de la Sagrada Rota Romana; pero en bien de la perfectibilidad de la reforma esperada parecía conveniente indicar eso que parece tener visos de no avenirse perfectamente con los sanos principios procesales de la bilateralidad y de la igualdad, junto con los papeles propios de las partes, de los ministerios públicos y de los jueces, máxime cuando en los procesos de las causas matrimoniales se ventilan intereses privados espirituales y temporales de los esposos y a la vez intereses del bien común que afecta a la familia, a la Iglesia y a la sociedad civil.

V.—CASOS ESPECIALES

24. *Los casos especiales son extensión de los exceptuados.* Es fácil ver que las normas X-XIII, que regulan el proceso judicial sumario de los casos llamados especiales apenas si necesitan otro comentario que el correspondiente a los casos exceptuados previstos en los cánones 1990-1992 y explicados en los artículos 226-231 de la Instrucción *Provida Mater*.

En realidad, los casos especiales sólo son una extensión de los casos exceptuados. Estos comprendían taxativamente los siete impedimentos enume-

rados en el canon 1990. Los especiales son los que ahora se añaden a los exceptuados, de modo que pueda el procedimiento sumario aplicarse a cualquier impedimento dirimente (n. X) y a los casos de nulidad de matrimonio por defecto de forma canónica o por defecto de mandato válido de procurador (n. XI), con tal que se verifiquen las condiciones exigidas.

Advierte O. di Jorio que la *impotencia*, la cual es impedimento de derecho natural (c. 1068, § 1), no dispensable, no permite la tramitación de su causa en proceso sumario, y lo mismo sucede con la *amencia* (cfr. c. 1982) si es que ésta puede incluirse entre los impedimentos propiamente dichos.

Tan experimentado autor se propone la cuestión de si bastará la sola existencia de un documento cierto y auténtico que advere la impotencia o la amencia, para que con él pueda el Ordinario proceder sumariamente. Finge el caso de alguien que haya sido parte en un proceso de causa de nulidad de matrimonio por amencia o impotencia y que, a pesar de haberse declarado la nulidad con prohibición de contraer nuevas nupcias al impotente o amente; no obstante esto, las contrae. Y pregunta: ¿Vale este segundo matrimonio? ¿Los autos de las dos sentencias conformes del proceso anterior constituyen documento cierto? A esta pregunta Di Jorio responde negativamente, por la posibilidad de que el contrayente con posterioridad a la sentencia firme haya curado por el medio que sea.

Igualmente el mismo comentarista observa con oportunidad que así como en los casos exceptuados no siempre se verifican las condiciones exigidas para tramitar sumariamente la nulidad por consanguinidad ilegítima, disparidad de cultos, afinidad y parentesco espiritual; de igual modo ahora en los casos especiales resultará difícil y raro el proceso sumario cuando el capítulo alegado sea el impedimento de raptó *intuitu matrimonii* (c. 1074, § 1), o el de adulterio con promesa de casarse (c. 1075, n.º 1.º).

También es pertinente advertir que si el raptó, el adulterio con conyugido, el concubinato público y notorio en la pública honestidad constan en el caso *por alguna sentencia del foro civil*; no ya por esto y de suyo hay en el foro eclesiástico la prueba fehaciente de documento cierto, porque los criterios en uno y otro foro no miran de ordinario al resultado de los mismos efectos. Por ello, en cada caso será preciso ponderar los documentos que se aduzcan, lo que ellos prueben y el intento y fin de la causa canónica que se ventila (Cfr. SRRD, 8 de abril de 1957, c. Bonet, vol. 49, pág. 291).

Por lo que hace a la nulidad por defecto de forma O. di Jorio indica con acierto que frecuentemente esta especie de causas "*sunt tam intricatae ut vere non conspiciatur quomodo vel interdum subjici possint processui sumario*". Respecto a las causas por defecto de mandato procuratorio observa que si se trata "*de ficto mandato, aut de mandato realiter revocato, aut de mandato inefficaci quia mandans interim in amentiam incidit, tum quaestio potius quam de defectu mandati, est de defecto consensus, quam ob rem... processus summarius adhiberi nequit*" (O. J., pág. 21).

En los casos especiales, como sucede en los exceptuados, pueden seguir moviéndose las cuestiones conocidas en torno a la *par certitudo*, al Ordinario competente, al Provisor que intervenga, al Arzobispo del tribunal regional, al Obispo de los cónyuges a quien corresponde informar en lugares en los que funcionen los tribunales regionales (O. J., pág. 20).

Monseñor Lefebvre insiste en que la palabra *impedimento dirimente* que usa la norma, debe tomarse en sentido estricto (cc. 1067-1080) y, por consiguiente, “non sembra que l'incapacità d'intedere e di volere possa annoverarsi fra i casi speciali”.

Tocante a la prueba de la existencia del impedimento recuerda que los autores reconocen que “in mancanza di documento, sono sufficienti altri argomenti *evidenti*”, según el decreto del Santo Oficio, del 5 de junio de 1889 (*Fontes Codicis*, J. C., t. 4, pág. 447, n. 1118). En este decreto ya se mencionaba el defecto de forma, intencionadamente omitido en el canon 1990; en cambio, hoy, junto con el defecto de mandato procuratorio, admitido entre los casos especiales (Norma XI).

Como el procedimiento que ha de seguirse en los casos especiales (nn. XII y XIII), no difiere del propio de los casos exceptuados, huelga repetir lo ya ampliamente explicado por los autores que comentaron el Código de Derecho canónico; pero atinadamente advierte Lefebvre que si el procedimiento de los casos especiales abre un camino hasta ahora cerrado en el conocimiento de muchas causas matrimoniales, “non bisogna peraltro nasconder il pericolo di abusi derivabile da tale estensione e quindi la necessità di ancor maggiore attenzione e vigilanza da parte dei Difensori del vincolo nello svolgimento di questi processi” (C. L., págs. 56-60).

VI.—CONCLUSION SOBRE LA REFORMA PAULINA

25. Ambos autorizados comentaristas, después de examinar las disposiciones transitorias, que más que hoy tuvieron en su día suma importancia, a modo de conclusión dicen:

Monseñor Lefebvre juzga con acierto que la reforma paulina contribuirá a una rapidez mayor en los juicios matrimoniales, siempre que las personas que trabajan en los tribunales eclesiásticos tengan la necesaria formación para poder aplicar correctamente las normas; porque aún las buenas leyes valen poco si faltan personas capaces de observarlas y de hacerlas observar (C. L., pág. 64).

Orlando di Jorio responde a ciertas reservas que se han formulado en torno a este procedimiento. Convenimos con tan experimentado procesalista en que el servicio de administrar justicia, que incumbe a la Iglesia, debe prestarse por igual a todos los fieles, sean pobres o ricos, cultos o incultos, vivan en una nación o en otra. Para todo esto será oportuno pensar en tribunales no sólo de primera, sino de segunda y de tercera instancia.

También compartimos el mismo sentir sobre la seriedad e imparcialidad de los tribunales de la Iglesia, estén próximos a los litigantes o alejados de ellos; lo cual deberá armonizarse con el principio de intermediación y con las exigencias de la economía procesal.

Igualmente sostenemos idéntico sentir acerca de los exhortos o comisiones rogatorias y acerca de la importancia del cargo del Defensor del vínculo, el cual ha de ser persona física distinta en los tribunales de la primera, segunda y tercera instancia, sobre todo cuando después de la primera sentencia afirmativa, el defensor del vínculo de segundo grado ha de presentar sus observaciones, o cuando el de tercer grado ejerce la facultad de proseguir o abandonar el recurso interpuesto contra el decreto confirmatorio de la primera sentencia afirmativa.

Pero no concordamos del todo, ni él parece del todo coherente consigo mismo (Cfr. O. J., págs. 14 y 25) en lo relativo a que brille siempre el principio de bilateralidad e igualdad en esta reforma; porque aún defendiendo los dos el poder del demandado para apelar contra la primera sentencia afirmativa, y aún sosteniendo ambos que en ese supuesto es precisa una verdadera instancia con examen ordinario de la causa, y aún admitiendo también uno y otro la razonable y máxima confianza que pone la Iglesia en los defensores del vínculo y en los jueces; todavía nosotros no vemos claro que haya perfecta igualdad en la tramitación regulada:

1.º Porque la paridad ha de establecerse no entre el defensor del vínculo que tutela el bien común y el actor que defiende sus intereses privados, espirituales y patrimoniales; sino más bien entre los intereses privados del actor *pro nullitate* y los intereses privados del demandado quien litiga *pro matrimonio*.

2.º Porque, si bien no hay paridad entre el *officium appellandi* del defensor del vínculo y el *jus appellandi* de las partes, es innegable la paridad entre el *jus appellandi actoris* y el *jus appellandi conventi*. Atendiendo a esto falla la bilateralidad e igualdad desde el momento en que el actor para contar con sentencia firme y ejecutoria tiene bastante con una sentencia afirmativa y un decreto confirmatorio, mientras que el demandado no contará con el reconocimiento de su derecho sobre la validez controvertida de su matrimonio hasta tanto que se pronuncien a su favor en dos instancias ordinarias dos verdaderas sentencias negativas.

Según parece, esta diferencia y desigualdad no dejarán de verla con claridad quienes con práctica y experiencia de foro tengan comprobado que no pocas causas matrimoniales con manifiesta sentencia negativa se han prolongado años y más años a causa de apelaciones fútiles o frustratorias, a las que han seguido por impertinencia machacona revisiones de causa para las que los argumentos nuevos, graves y prestos eran sólo aparentes y fabricados, más de una vez injuriosos para esos defensores del vínculo y para esos jueces, en los que la Iglesia tanto confía y tiene razón para confiar.