

LAS SENTENCIAS DE LA S. ROTA ROMANA EN 1961 *

Consecuente con la norma, que en mis anteriores comentarios he venido observando, me propongo desarrollar, a propósito de este último volumen de decisiones Rotaes, unos cuantos puntos que considero de gran importancia.

I

A) COMPETENCIA DEL JUEZ "A QUO" PARA DECRETAR LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE UNA SENTENCIA DEFINITIVA AUN DESPUÉS DE QUE LA APELACIÓN CONTRA DICHA SENTENCIA HA SIDO INTERPUESTA

y

B) ESE DECRETO DE EJECUCIÓN PROVISIONAL NO ADMITE APELACIÓN INDEPENDIENTE DE LA APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA

Confieso que no he visto tratadas expresamente por nadie estas dos cuestiones cuyo planteamiento, análisis me sugiere la sentencia "Perusina", del día 14 de julio de 1961, c. *Sabattani* (pp. 367-388).

A) *En cuanto al problema 1.º* 1) La respuesta afirmativa a este primer interrogante supone que ese decreto del juez "a quo" no es un atentado.

Para que exista atentado en el sentido del can. 1854 deben concurrir las siguientes condiciones: 1) innovación en relación con el objeto de la "litis"; 2) innovación hecha contra la inhibición impuesta por el derecho (como la establecida en el can. 1725 n. 5: "lite pendente, nihil innovetur") o por el juez; 3) innovación hecha durante la litis pendencia; 4) innovación perjudicial para una o para ambas partes litigantes y a la que la parte perjudicada se opone; 5) innovación realizada por el juez o por una de las partes.

Los atentados son "ipso jure" nulos (can. 1855, § 1); por ser nulos, están sujetos a interpretación estricta (can. 19) sin olvidar que "in dubio standum est pro valore actus" (cfr. D. XXIV, 5, 12; c. 25, X, V, 40; cáns. 11 y 15) de suerte que ya en el mismo derecho romano se requería expresamente, para

* Tribunal Apostolicum Sacrae Romanae Rotae: *Decisiones seu sententiae selectae inter eas quae anno 1961 prodierunt cura eiusdem Apostolici Tribunalis editae*, vol. LIII, Typis polyglottis Vaticanis, 1971, 695 pp.

declarar la nulidad de un acto, que constara con toda certeza esa nulidad (1.12 y 19, Dig. 49,1).

Aunque los atentados sean "ipso jure" nulos, el juez no está obligado a declararlos nulos, si la parte interesada no lo solicita, cuando se trata de un asunto de interés privado (cfr. can. 1682; Lega-Bartocchetti, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. II, p. 896, n. 5 y p. 1006, n. 6); por tanto, si en esos casos, la parte interesada no hace uso de la acción rescisoria, que es renunciable, encaminada a obtener la declaración de nulidad del atentado (can. 1855, § 2), se presume que consiente en el atentado y que renuncia a su revocación.

Esta acción rescisoria debe proponerse y tramitarse ante el juez "ad quem" si la causa principal, en la que se cometió el atentado, está pendiente ante el juez "ad quem" en el momento en el que se hace uso de dicha acción; porque el juez, que conoce de la principal, puede y debe conocer de los accesorios, como son las cuestiones sobre revocación de atentados, de esa causa principal (Reiffenstuel, *Jus Canonikum Universum*, libro II, tit. 28, n. 265; Schmalzgrueber, *Jus Ecclesiasticum Universum*, t. II, pars III, tit. 28, § 8, n. 129).

2) Una vez dada la sentencia, el juez "a quo" no puede ni antes ni después de que su sentencia haya sido apelada, ordenar, de una manera absoluta, la ejecución definitiva de esa sentencia; porque en esos dos períodos la sentencia aún no ha adquirido la condición "sine qua non", necesaria para recibir esa ejecución, de cosa juzgada o quasi juzgada (cáns. 1880, n. 4; 1902-1904; 1917, § 1).

En este sentido debe interpretarse la afirmación de Roberti de que sería atentado el acto con el que el juez "a quo" ordenara, una vez interpuesta la apelación, la ejecución (se sobreentiende: definitiva) de la sentencia apelada (*De Processibus*, vol. II, p. 154, n. 131).

3) Pero, ¿qué decir respecto a la ejecución provisional de esa sentencia?

Distingo dos períodos: a) antes de que la apelación haya sido interpuesta y b) después de que la apelación haya sido interpuesta.

En cuanto al primer período. Antes de que la apelación haya sido interpuesta de hecho, no puede hablarse de que está *pendiente* la apelación ni, por tanto, de efecto suspensivo de la apelación (cfr. García Failde, Juan José, *Jurisprudencia*, Rev. Esp. de Derecho Canónico, enero-abril, vol. XXVII, 1971, n. 76).

En este período podrá únicamente hablarse de que está en vigor el principio general "lite pendente, nihil innovetur"; pero este principio no prohíbe, bajo pena de atentado, toda clase de innovaciones hechas durante la litispendencia sino únicamente aquellas innovaciones que la ley prohíbe hacer durante la litispendencia; ahora bien, el decretar la ejecución provisional de una sentencia es ciertamente una innovación hecha durante la litispendencia; pero, si se dan las condiciones que de suyo exige la ejecución provisio-

nal, no es una innovación prohibida por la ley y, consiguientemente, no es bajo este aspecto atentado (can. 1917, § 2).

El juez, que pronuncia la sentencia, puede ordenar en el mismo texto de dicha sentencia la ejecución provisional (cfr. Roberti, o.c., vol. II, p. 287, n. 546). Pero ¿puede hacerlo fuera del texto de su sentencia y durante el tiempo hábil para interponer la apelación contra la misma? Suele decirse que el juez *deja de ser juez en la causa una vez que ha pronunciado la sentencia* (cfr. Ulpianus, 5 D.XLII, n. 1; Reiffenstuel, o.c., Lib. II, tit. 27, § 2, n. 34 y § 5, n. 143).

Pero *deja de ser juez en la causa* en el sentido de que “non amplius possit se impendere cognitioni illi causae” (Reiffenstuel, o.c., Lib. II, tit. 27, § 6, n. 168). Ni siquiera la apelación con efecto suspensivo le impide al juez “a quo” realizar en la causa todas aquellas cosas “quae tendunt in favorem et faciliorem exitum causae appellationis, dummodo iudex “a quo” illa expedire possit *absque cognitione articuli appellationis*” (Scaccia, *De Appellationibus*, Quaestio 3, n. 20; Reiffenstuel, o.c., Lib. II, tit. 28, § 7, n. 220).

Puede ocurrir que en ese intervalo (entre el pronunciamiento de la sentencia y la interposición de la apelación contra la misma) sea *urgentísimo* ordenar la ejecución *provisional* de la sentencia; si el juez “a quo” no pudiera ordenarla, esa ejecución no podría tener lugar porque tampoco el juez “ad quem”, que ni siquiera ha sido aún invocado en ese período, podría ordenarla.

Es cierto que Roberti sostiene expresamente: “*post latam sententiam, executionem provisionariam concedere... pendet a iudice appellationis*” (o.c., vol. II, p. 287, n. 546); pero Roberti apoya su afirmación exclusivamente en la decisión del 28 de mayo de 1917 de la Signatura Apostólica en la causa Malinen. (AAS., 10 -1918- pp. 39-44); leyendo detenidamente esta decisión de la Signatura Apostólica se advierte con toda claridad que este Supremo Tribunal Apostólico se limita, en este punto, a afirmar que del art. 228 de las Normas de la Rota Romana no se deduce, como deducía la parte recurrente, que no podía ser solicitada *en apelación* una ejecución provisional que no hubiere sido pedida en primera instancia; y la Signatura Apostólica sostiene, por el contrario, que “*executionem provisionariam in appellationis iudicio peti posse etiamsi, petita in primo gradu, non fuerit concessa*”.

En cuanto al segundo período, es decir, *después de que la apelación ha sido interpuesta*. La apelación, una vez interpuesta, produce *siempre* el efecto devolutivo de la causa al juez “ad quem” y, si no consta lo contrario, el efecto suspensivo de la jurisdicción del juez “a quo” (can. 1889).

Sabido es efectivamente que ese efecto devolutivo consiste en que la causa apelada con sus accesorios y la jurisdicción sobre todo esto pasa del juez “a quo” al juez “ad quem” (Panormitanus, *In Lib. II Decretalium*, tit. 28, c. 55, n. 1); pero en virtud de este *solo* efecto de la apelación no pasa del juez “a quo” al juez “ad quem” la jurisdicción para ordenar la ejecución provisional de la sentencia; ese efecto devolutivo “non suspendit executionem

sententiae" (can. 1889, § 1) y "per solam devolutionem jurisdictio in iudice "a quo" est appellatum non suspenditur cum ad ipsam executionem sententiae a se latae procedere possit" (Wernz-Vidal, *De Processibus*, p. 580, n. 607 sub II).

El otro efecto —el suspensivo— de la apelación consiste en suspender de tal modo la jurisdicción del juez "a quo" sobre la causa que las innovaciones, que en ella haga dicho juez, constituirían verdaderos atentados (Wernz-Vidal, o.c., p. 580, n. 607 sub III). La consecuencia, por tanto, de que esas innovaciones sean atentados proviene del efecto suspensivo de la apelación (Lega-Bartocchetti, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. II, art. 6, p. 1006, n. 6). No serán, por consiguiente, atentados aquellas innovaciones que el juez "a quo" haga en la causa, cuya sentencia ha sido apelada sin efecto suspensivo.

Como quiera que la apelación, interpuesta contra la sentencia definitiva, no tiene efecto de suspender la jurisdicción del juez "a quo" en lo concerniente a ordenar la ejecución provisional de esa sentencia (el principio de que las apelaciones producen efecto suspensivo, can. 1889, § 2, tiene, entre otras, la siguiente excepción general, que menoscaba el principio en su misma raíz: la excepción de que, no obstante la apelación, el juez puede conceder, *suppositis supponendis*, la ejecución provisional de la sentencia: can. 1917, § 2), resulta que la innovación, que el juez "a quo" hace ordenando la ejecución provisional de la sentencia ya apelada no es atentado contra el principio "appellatione pendente, nihil innovetur".

Expresamente afirma Wernz-Vidal que, por razón del efecto suspensivo de la apelación, no puede el juez "a quo" hacer innovaciones en la causa, "salvo jure executionis *provisoriae* ad normam can. 1917, § 2" (o.c., p. 579, n. 607); y Reiffenstuel escribe: "Etsi regulariter per appellationem a definitiva suspendatur jurisdictio iudicis "a quo" simulque appellatione pendente nihil sit innovandum, haec tamen regula fallit in pluribus casibus" (o.c., Lib. II, tit. 28, § 7, n. 210) añadiendo, entre estas excepciones, ciertos casos en los que se trata de verdadera ejecución *provisional* de la sentencia (o.c., Lib. II, tit. 28, § 7, n. 221).

B) *En cuanto al problema 2.º: Apelación del decreto judicial de ejecución provisional de sentencia.*

A tenor del can. 1880, n. 6, no cabe apelación, independiente de la apelación contra la sentencia definitiva, contra el decreto o sentencia interlocutoria que no tenga fuerza de sentencia definitiva.

Estas sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas solían llamarse en el derecho antiguo "mixtas" y se distinguían tanto de las "simples" *apelables* (por irrogar un daño que no podía ser reparado por la apelación contra la sentencia definitiva) como de las "simples" *no apelables* (por no irrogar un daño que no podía ser reparado por la apelación contra la sentencia definitiva) como de las "simples" *no apelables* (por no irrogar ese daño): cfr. Reiffenstuel, o.c., Lib. II, tit. 27, § 1, n. 38). Si bien el canon citado expresa-

mente considera como apelables sólo a las que tienen fuerza de definitivas, la doctrina y la jurisprudencia tienen como apelables también a las que irrogan ese daño que o de ninguna manera puede ser reparado o únicamente con dificultad puede ser reparado por la apelación contra la sentencia definitiva.

Suelen decir los autores que en contra del ejecutor, que en la ejecución no exceda sus atribuciones, *no cabe apelación* y añaden que “si sentio me gravatum (se sobreentiende: por esa ejecución) debeo appellare a committente qui id jussit excutori” (Reiffenstuel, o.c., Lib. II, tit. 28, § 11, n. 309; Lib. I, tit. 29, n. 157; Schmalzgrueber, o.c., t. II, pars III, tit. 28, § 3, n. 22; Wernz-Vidal, o.c., tit. 17, n. 660, sub 9). Estos mismos autores mencionan como sentencias interlocutorias apelables “omnis interlocutoria quae continet aliquid dari vel fieri a parte”, lo cual ocurre “in praecepto iudicis de solvendo ac in sententia mulctam imponente et huiusmodi” (Reiffenstuel, o.c., Lib. II, tit. 27, § 1, n. 23).

Pero estos autores no defienden la apelabilidad del mandato judicial de ejecución provisional de la sentencia definitiva porque o se refieren únicamente a la ejecución definitiva de la sentencia “quae in rem transiit iudicatum” (Reiffenstuel, o.c., Lib. I, tit. 29, n. 309) o tratan en general de ejecución de sentencia distinguiendo entre mandatos judiciales de ejecución, que son apelables (los de ejecución definitiva) y entre mandatos judiciales de ejecución, que no son apelables (los de ejecución provisional): “adversus hunc —el juez que ordena la ejecución de la sentencia— appellatio fieri deberet *vel si adversus eum non poterit...*” (Schmalzgrueber, o.c., t. II, pars III, tit. 28, § 3, n. 22); y cuando concretan que es *apelable* la sentencia interlocutoria, que obliga a la parte “ad aliquid dandum vel faciendum”, sobreentienden, en conformidad con su doctrina sobre la apelabilidad de las sentencias interlocutorias “simples”, que eso que se ordena “dar” o “hacer” *no pueda* “per sententiam definitivam reparari” (Wernz-Vidal, o.c., p. 579, n. 606, nota 61).

Es evidente que cabe apelación independiente contra el mandato judicial de ejecución definitiva de la sentencia, porque ese mandato supone precisamente que la sentencia, cuya ejecución se ordena, ha adquirido la firmeza de cosa juzgada o quasi juzgada y ha dejado, por tanto, de ser apelable y, si ha dejado de ser apelable, no puede ser reparado, mediante la apelación, el hipotético perjuicio irrogado a cualquiera de las partes por esa ejecución.

Por el contrario, el mandato judicial de ejecución provisional de la sentencia supone que esta sentencia aún no ha pasado a ser cosa juzgada a quasi juzgada y, por consiguiente, que esta sentencia aún puede ser impugnada mediante la apelación y, si aún puede ser apelada, puede en principio ser reparado, mediante la apelación, el perjuicio tal vez ocasionado a cualquiera de las partes por esa ejecución ya que, si la sentencia es en apelación revocada, queda también revocada la precedente ejecución provisional de la misma sentencia: “Provisoria autem eatenus executio est quia si appellationis judi-

cium revocat priorem sententiam, executio est revocanda” (Lega-Bartocetti, o.c., vol. III, p. 82, n. 7); además para garantizar la indemnización de la parte perjudicada, en el caso de que la sentencia, mandada ejecutar provisionalmente, sea reformada en apelación, se le exigen previamente a la otra parte una serie de cauciones (can. 1917).

Tal vez se arguya que el perjuicio ocasionado con la ejecución provisional no puede ser reparado mediante la apelación contra la sentencia ejecutada, porque precisamente ese perjuicio consiste en poner a la parte perjudicada en la necesidad de ensayar un nuevo proceso con la finalidad de obtener la revocación de la ejecución. Pero, en realidad, el ensayar ese nuevo proceso es más bien beneficioso para la parte, que lo promueve, puesto que de él puede seguirse la revocación de la sentencia que a esa parte le fue adversa.

A tenor del can. 1880, n. 7, no admiten apelación independiente las cuestiones que deben ser resueltas “expeditissime”; una de esas cuestiones es sin duda la ejecución provisional de sentencia. Ya en el derecho antiguo no se admitía apelación “quando res dilationem non recipit” (Reiffenstuel, o.c., Lib. II, tit. 28, § 9, n. 278) y no admitía dilación la cuestión en la que “pronuntiatur pro alimentis futuris inopia laboranti debitis” (Schmalzgrueber, o.c., t. II, pars III, tit. 28, n. 28) y, podemos por analogía añadir, aquellas cuestiones en las que se ventila algo de urgente necesidad.

La apelación, sin embargo, contra la decisión judicial de ejecución provisional de sentencia puede ser *acumulada* a la apelación contra la sentencia definitiva (can. 1880, n. 6) y, si dicha apelación se *acumula*, puede ser interpuesta aún después de transcurridos los diez días hábiles, con tal de que dentro de este tiempo hábil se hubiera interpuesto la apelación contra la sentencia definitiva; y esto porque esta apelación contra la sentencia definitiva lleva necesariamente consigo el conocimiento concerniente a la ejecución provisional. Tampoco existe ninguna dificultad en que en este caso de *acumulación* se traten ambas acciones por separado e incluso dándole la preferencia a la cuestión incidental que es urgente y que viene a plantear una especie de incidente de “despojo” con el que la parte recurrente intenta que se le restituya en la posesión de los derechos de los que hipotéticamente le privó la ejecución provisional (can. 1698); ahora bien, “si de spolio incidat quaestio, haec ante omnia est dirimenda” (can. 1633, § 3) por tratarse de una de esas causas que exigen “celerem prae ceteris expeditionem” (can. 1627).

4) *Cuestión complementaria*: algunas observaciones sobre los requisitos para decretar la ejecución provisional de una sentencia.

Voy a fijarme exclusivamente en la hipótesis contemplada en el n. 2.º del canon 1917: “Si alia gravis urgeat necessitas”.

No suelen los autores explicar este inciso “si alia gravis urgeat necessitas”. Pero Lega-Bartocetti ha escrito: “In n.º 2 eiusdem par. in genere, notatur, concedi provisoriam *ex alia justa causa*; quae tamen non determinatur sed a iudice singulis in casibus est aestimanda. Ut percipiatur legis intentio

in hoc secundo genere causae, antea advertatur in primo comprehendi omnes casus in quibus grave periculum vel damnum oritur ex dilata sententiae executione" (o.c., vol. III, p. 81, n. 6). Este "grave daño" puede ser evidentemente de naturaleza material o de naturaleza espiritual y puede afectar o a cualquiera de los litigantes o a sus hijos o al mismo bien público.

La Signatura Apostólica estimó, en su decisión anteriormente aludida, que era motivo suficiente para ordenar la ejecución provisional de la sentencia apelada la conducta injustamente dilatoria que venía observando durante el proceso la parte apelante. Este motivo tiene una especial importancia en España por cuanto en España compete a la autoridad civil, en virtud del art. 24 del vigente Concordato, decretar las medidas cautelares que han de regir durante la tramitación del proceso matrimonial y ejecutar, en lo concerniente a los efectos civiles, las resoluciones firmes y ejecutivas emanadas de los tribunales eclesiásticos en esos procesos. El presupuesto jurídico de aquellas medidas cautelares es la incertidumbre del éxito de la incoada "litis" mientras que el presupuesto jurídico de las disposiciones que regulan la separación legalmente decretada radica en el resultado de la "litis" definida por la sentencia.

Entre los susodichos remedios provisionales figura el señalamiento tanto de pensiones alimenticias como de litis expensas (art. 68, nn. 5 y 6 del Código civil; art. 1880 y 1890 de la Ley de 24 de abril de 1958). La ejecución de una sentencia firme y ejecutiva, favorable a la separación matrimonial, hace que esas medidas provisionales sean sustituidas por los efectos de la sentencia quedando el cónyuge culpable privado del derecho a los alimentos (art. 73, n. 5 de la citada Ley de 24 de abril de 1958); esta disposición, que priva del derecho a los alimentos al cónyuge culpable, es una consecuencia de otros preceptos legales en virtud de los cuales el cumplimiento de la obligación alimenticia queda suspendida "cuando el alimentista... hubiere cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación" (art. 152, n. 4 del Código civil) como serían aquellas causas que dan lugar al divorcio o separación (art. 855, n. 1 del Código civil), v. gr., el adulterio, los malos tratos de obra y las injurias graves (art. 105 del Código civil).

Deseo recordar, finalmente, la diversidad de consecuencias que, respecto a la adjudicación de los hijos menores de siete años, se derivan, en la legislación civil española, de la ejecución de una sentencia de nulidad matrimonial y de la ejecución de una sentencia de separación conyugal. Porque, en virtud del art. 70 del Código civil, la ejecutoria de nulidad de matrimonio produce el efecto de confiar en principio (salvo el caso de comprobada mala fe en cuanto a la nulidad o el caso de que el tribunal eclesiástico hubiere dispuesto otra cosa) los hijos menores de siete años a la madre, sin tener en cuenta el peligro de corrupción que junto a la madre pudieran correr. En cambio el art. 73 de este mismo Código civil prevee que, mediante la ejecución de una sentencia de separación, sean los hijos puestos en principio, y especialmente si así lo hubiere dispuesto el tribunal eclesiástico, bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

II

APELABILIDAD DE LA DECISIÓN POR LA QUE EL JUEZ RECONOCE SU COMPETENCIA

La decisión "Oveten.", del día 14 de julio de 1961, c. B. Filipiak (pp. 389-393) se plantea la cuestión de si es o no es apelable la sentencia interlocutoria por la que un juez se declara competente en una causa cuya *materia*, según oponía una de las partes, "processum in formam juris et telam judicariam vel non exigat vel non patiatur".

Establece el siguiente principio general: "Non videtur... quomodo sustineri possit doctrina, juxta quam pronuntiatio Judicis pro suimetipsius competentia... gravaret partem in judicio conventam: agnita enim competentia haud significat querelantis partis petitionem admittere aut definire. Ceterum quaestio aliunde etiam dirimi potest. Statuit enim can. 1880, 6.º, locum appellationi non esse "a judicis decreto vel a sententia intelocutoria, quae non habeat vim definitivae"; concinit art. 114, § 1, Normarum S. R. Rotae. Jamvero "Decretum vel sententia habet vim definitivae si damnum causat quod per sententiam definitivam reparari non possit aut sit talis ut efficiatur definitivam sententiam necessario determinato quodam sensu esse pronuntiamdam" (Wernz-Vidal, *Jus canonicum*, t. VI, *De Processibus*, ed. 1949, p. 578, n. 606, 6.º; utiliter ibidem confer casuum huiusmodi enumerationem). Atqui, Judicis pronuntiatio de sua competentia admissa nullimodo causat damnum irreparabile per definitivam sententiam, neque efficit ut haec necessario determinato quodam pronuntietur. Quin etiam, quovis in statu et gradu causae a parte opponi potest incompetencia absoluta (de hac in praesentiarum sermo unice est), sicuti Judex quovis in causae stadio suam absolutam incompetenciam agnoscens declarare tenetur. Concludendum igitur decretum vel sententiam interlocutoriam, qua competentia firmatur Tribunalis, appellationem pati non posse...".

Y concluye: "Patres praesentis Turni censuerunt in casu jus appellationis parti conventae haud competere, cum agatur de decisione vim definitivae non habente".

Me pregunto si es o no es *acceptable* esta tesis. Tal vez sea discutible:

a) La excepción de incompetencia absoluta es una excepción dilatoria (cfr. Reiffenstuel, o.c., Lib. II, tit. XXV, § 1, n. 10 ss.; Noval, o.c., p. 134; Wernz-Vidal, o.c., p. 243; Lega-Bartocetti, o.c., vol. I, p. 257, n. 3; Gómez Orbaneja, *Derecho Procesal Civil*, 1962, p. 227).

b) Son bastantes los autores que consideran apelable la decisión por la que el juez resuelve esa excepción declarándose competente (Noval, o.c., p. 117, n. 193; Cappello, *Summa juris canonici*, vol. III, *De Processibus*, p. 99, n. 113 sub 3; Wernz-Vidal, o.c., p. 129, n. 144, porque: "cum sen-

tentia iudicis *absolute* incompetentis insanabili nullitatis vitio laboret, per injustam reiectionem talis exceptionis damnum irreparabile parti inferretur eam obligando ad actus judiciales omni valore destitutos pro casu defectus competentiae; quibus damnis satis non provideretur per querelam nullitatis contra definitivam sententiam propositam”: Wernz-Vidal, o.c., p. 130, n. 144).

Otra cuestión:

Si la parte interesada ha interpuesto apelación —que supongo legítima— contra la decisión por la que el juez inferior declaró su competencia absoluta, me pregunto si esa misma decisión puede ser también impugnada mediante querrela de nulidad insanable propuesta o “una cum appellatione quasi in linea subordinata... coram iudice appellationis intra decendum” (Lega-Bartocchetti, o.c., vol. II, art. 1, p. 1025, n. 7; p. 1030, n. 5) o a modo de un *incidente* surgido en el proceso de esa apelación (Lega-Bartocchetti, o.c., vol. II, art. 1, p. 1025, n. 6).

Modestamente entiendo que esa querrela sería totalmente inútil y, por tanto, inadmisibles porque lo que con ella se conseguiría es exactamente lo mismo que se obtiene con la apelación; efectivamente, si el juez superior en apelación: a) confirma la decisión apelada del juez inferior, implícitamente declara que ese juez inferior tenía competencia absoluta y, consiguientemente, que su fallo apelado no es nulo por defecto de competencia absoluta; b) revoca esa decisión, implícitamente declara que ese juez inferior carecía de competencia absoluta y, por tanto, que el fallo apelado es, por falta de esa competencia absoluta, inválido.

III

NULIDAD DE UN MATRIMONIO POR IMPOTENCIA FUNCIONAL PSÍQUICA “COEUNDI” Y POR INCAPACIDAD, DERIVADA DE ESA IMPOTENCIA, DE CONCEDER —ACEPTAR EL DERECHO— OBLIGACIÓN A LOS ACTOS POR SU NATURALEZA APTOS PARA LA PROCREACIÓN

A propósito de dos sentencias (Mediolanen, del 6 de julio de 1961, c. E. Fiore, pp. 350-357 y Mediolanen, del 28 de octubre de 1961, c. C. Lefebvre, pp. 469-477) —que consideran dos casos de nulidad de matrimonio por impotencia *coeundi* funcional psíquica originada por inmadurez sexual, fobias respecto a la actividad sexual (primera sentencia) o por histerismo (segunda sentencia)— voy a plantear y tratar de resolver la siguiente hipótesis: si una mujer, por estar afectada de una fobia de copulación o paranoia copulativa, sufre de un vaginismo tan agudo que, no obstante los adecuados tratamientos médicos empleados, le impide realizar la cópula conyugal, ¿puede ser nulo el matrimonio que en esas condiciones psíquicas celebre esa mujer

tanto por impotentia *coeundi* como por incapacidad de conceder —aceptar el derecho— obligación a los actos por naturaleza ordenados a la procreación? Mi respuesta es afirmativa en cuanto a los dos extremos. Y para justificar esta respuesta voy a fijarme detenidamente en cada uno de esos dos capítulos:

a) *En cuanto al capítulo de la impotencia "coeundi"*.

No voy a explicar, naturalmente, los conceptos sobradamente conocidos sobre la impotencia *coeundi*. Pero me interesa recordar algo acerca del sentido en que una impotencia se considera "antecedente" en relación con la celebración del matrimonio. Tiene que tratarse de una impotencia que sea anterior en cuanto perpetúa a ese momento de la celebración del matrimonio o, lo que es lo mismo, que sea perpetua ya en ese momento. No bastaría, por tanto, una impotencia que existiera, *antes* de ese momento, pero que sólo *después* de celebrado el matrimonio se convirtiera en perpetua, v. gr., a consecuencia de un uso inmoderado del mismo matrimonio. La impotencia no puede decirse antecedente más que en el sentido de que la causa, de la que procede, preexistía a la celebración del matrimonio; y un indicio de esa "preexistencia" lo constituye el hecho de que se desencadenó al primer coito de realizar la cópula conyugal.

Impotencia perpetua es aquella que por ningún procedimiento humano o solamente por procedimientos intrínsecamente ilícitos o, al menos, gravemente peligrosos para la vida o para la salud puede corregirse. Si al tiempo de la celebración del matrimonio no era específicamente previsible la curación de la impotencia, no merece consideración la posibilidad —que posteriormente se previera de una manera genérica— de esa curación. Cuando el defecto, en el que consiste o del que procede la impotencia, es cierto y el remedio de su curación es incierto, prevalece o "possidet" el defecto y, si la curación no puede razonablemente esperarse "ex ordinarie contingentibus", la impotencia debe presumirse incurable.

La impotencia *coeundi* más frecuente en las mujeres es la constituida por el llamado "vaginismo" cuya descripción y división no es preciso exponer en este comentario (cfr. Antonelli, *Medicina Pastoralis*, 1920, vol. I, n. 299, pp. 211-212; Pellegrini, *Sexuología*, versión española, 1968, p. 100).

Se dice vaginismo funcional aquel que no proviene de evidentes defectos anatómicos sino de la peculiar constitución neuropática de la mujer de índole frecuentemente histérica (Costantini, *De vaginismo ut causa impotentiae mulieris, Apollinaris*, 1938, p. 377 ss.). A este respecto es necesario tener presente "una serie di malattie psichice che vanno dalla fobia alla schizofrenia" (Fornari, *Sulla impotenza psichica della donna*, Riv. del Dir. matr. ital. e dei rapporti di famiglia, a. XX, 1953, nn. 1-2, pp. 9-14).

Como causa o como efecto del vaginismo funcional se señala el horror a la copulación que Perrando denomina "paranoia de copulación" y que suele describirse de este modo: "Llamamos horror a copularse, a la fobia de copu-

lación, al estado de disgusto y angustia determinado por la imagen mental del propio contacto físico con personas del otro sexo y, más aún, por el contacto físico en sí. Se trata de una interpretación *delirante* de la unión del hombre y la mujer... o de una *obsesión*, esto es, de una *neurosis de angustia*. Puede hallarse en ambos sexos; es más frecuente en las mujeres; unas veces tiene carácter *psicodegenerativo* y *constitucional*; otras, *adquirido* (son muy frecuentes, en esto, los traumas psíquicos por el comportamiento grosero del cónyuge en las primeras intimidades) va acompañado, aunque no constantemente, de frigidez sexual; se une, en algún caso, a dolores copulativos, lesiones genitales, vaginismo, psicoinfantilismo o histeria... semejante situación —cuando son indudables la anterioridad y la perpetuidad del defecto— puede dar lugar a la anulación del matrimonio por impotencia (Pellegrini, o.c., p. 385). Las consecuencias pueden ser tan nefastas que “ne sono mancati casi in cui, addirittura terrorizzate da tale idea, queste disgraziate sono state spinte ad atti disperati di violenza contro se stesse e contro il coniuge” (Palmieri, *Medicina legale canonistica*, 1955, p. 201).

En una aguda y extensa sentencia c. Sabattani (Monitor Ecclesiasticus, fasc. IV, 1965, pp. 560-592) se recogen las opiniones de muchos especialistas en la materia para quienes algunas formas de vaginismo son incurables.

Sin embargo, el vaginismo psicógeno defensivo histérico no se presume incurable porque con frecuencia puede curarse mediante sesiones de psicoterapia: “En general —dice Ljberg— (estadística de 381 casos observados desde 1931 a 1945) en el 62 % de los casos los accidentes se recuperan en menos de un año. La misma neurosis (histérica) evoluciona por brotes y tiende a menudo a estabilizarse bajo forma menor cuando el sujeto ha podido adquirir a pesar de sus defensas una madurez mayor o una neutralización de su angustia... A veces, sin embargo, aunque raramente, la neurosis histérica lleva mal camino y éste es especialmente el caso de los histéricos que se disocian y que caen en la disgregación esquizofrénica” (Henri Ey-Nernard-Brisset, *Tratado de Psiquiatría*, edic. española, 1966, p. 389).

Pero los autores aludidos anteriormente y reseñados en la citada sentencia c. Sabattani (l.c., p. 571 sub d; p. 577 sub 15) estiman que debe presumirse incurable el vaginismo que se acompañe o sea una consecuencia de alguna psicosis fóbica.

Es cierto que la Jurisprudencia de la S. Rota Romana no considera incurable, excepto en casos rarísimos de graves perturbaciones mentales, la impotencia funcional (cfr. SRRD: vol. 39, dec. 53; vol. 43, dec. 62). Pero estimo que cada caso debe ser examinado con especialísima atención porque no todos tienen la misma gravedad ni el mismo origen ni las mismas repercusiones... Esta observación debe tenerse muy en cuenta sobre todo cuando se trate de un vaginismo que es el resultado de una grave psicosis fóbica congénita ya que “La mayor parte de los delirios son por definición enfermedades graves y crónicas. Han sido considerados —y lo son aún— por muchos médicos como *incurables*. Es bien cierto que resultan difíciles de

curar e incluso resulta difícil modificar su curso; pero también es cierto que, desde hace algunos años, gracias a las terapéuticas..., el desagradable pronóstico de estas psicosis afortunadamente se ha modificado a veces... La mejor regla que debe observarse es la de mantenerse lo más alejado posible ya de una ilusión ingenua (puesto que las psicosis delirantes crónicas son formas de existencia imaginaria en la que los enfermos se encuentran sólidamente instalados) ya de un escepticismo demasiado absoluto (puesto que pueden observarse asombrosas remisiones y, a veces, incluso curaciones espectaculares" (Henri Ey..., o.c., pp. 439-440).

En una causa de nulidad matrimonial, tramitada ante la S. Rota Española, el Turno correspondiente, en el que yo fui Ponente, sentenció a favor de la nulidad del matrimonio por impotencia *coeundi* constituida por vaginismo funcional debido a una grave psicosis fóbica copulatoria, a una grave paranoia de copulación (c. Juan José García Failde, N.N., *Nulidad de matrimonio*, X.X, día 9 de julio de 1970).

En la mayoría de estos casos de vaginismo tal vez pueda obtenerse la cópula mediante la violencia. Ahora bien, se disputa si puede considerarse afectado del impedimento dirimente de impotencia *coeundi* el cónyuge que solamente puede consumir el matrimonio mediante el empleo de la violencia por parte del otro cónyuge. El preclaro Cardenal Dino Staffa así como el insigne Cardenal Felici sostuvieron, cuando eran Auditores de la S. Rota Romana, la opinión de que en tal caso no puede hablarse de impedimento de impotencia *coeundi* (D. Staffa, *Consultationes, De impotentia et consummatione matrimonii*, Romae 1955, separata de *Apollinaris*, 1955, p. 391 ss.; *Ephaemerides Juris Canonici*, vol. IV, 1948, n. 3, p. 489, sentencia c. Staffa; SRRD., vol. 39, dec. 65, p. 536 ss. c. Staffa; *Monitor Ecclesiasticus*, 1957, fasc. II, p. 267 ss., sentencia c. Felici).

Otros ilustres Auditores de la S. Rota Romana y otros renombrados canonistas defienden la opinión contraria (SRRD., vol. 31, p. 496, n. 4, sentencia c. Grazioli; *Ephaemerides Juris Canonici*, vol. VII, 1951, nn. 3-4, p. 362 ss., sentencia c. Heard; P. Fedele, *Problemi di Diritto Canonico, L'impotenza*, Romae, 1962, p. 209 ss.; Jemolo, *Il matrimonio nel Diritto Canonico*, 1941, p. 120, n. 44).

Existe la respuesta del *Santo Oficio* del 2 de febrero de 1949, cuyo motivo expone *Ephaemerides Juris Canonici*, 1948, p. 470 ss.; el *Santo Oficio* respondió en esa ocasión negative al siguiente dubio: "An matrimonium haberi debeat inconsummatum si essentialia elementa copulae posita sint a coniuge, qui ad unionem sexualem non pervenit nisi adhibitis mediis aphrodisiacis, rationis usum actu intercipientibus" (la respuesta puede aplicarse por analogía a la hipótesis de la cópula obtenida mediante el empleo de la violencia).

Pero esta respuesta parece haber dejado sin resolver la cuestión de si debe considerarse potente *coeundi* el cónyuge que sólo de esa manera violenta puede realizar la cópula (cfr. Hürth, *Dubia matrimonialia, Periodica*,

t. 38, 1950, p. 224). Yo estimo que, aparte de las gravísimas consecuencias que de este uso del matrimonio pueden seguirse y que, por tanto, hacen que la impotencia no deje de ser perpetua, una cópula conyugal no es jurídicamente perfecta si no es un acto humano en el sentido al menos de que la violencia, sin la que no hubiera podido realizarse, deba ser empleada previo el consentimiento de la víctima.

Puede razonablemente suponerse que en todos los casos de impotencia *coeundi* funcional es posible obtener la cópula por medio de esos procedimientos violentos y, por consiguiente, que en ninguno de esos casos existe, si se sostiene la opinión contraria a la que yo defiendo, impedimento dirimente de impotencia *coeundi*. Sin embargo, no han faltado sentencias del S. Tribunal de la Rota Romana que, aún después de la referida respuesta del Santo Oficio, han declarado la nulidad del matrimonio por impotencia psíquica, a pesar de que sin duda en esos casos también podía haberse logrado la cópula con los mencionados procedimientos (cfr. *Ephaemerides Juris Canonici*, vol. VII, 1951, nn. 3-4, p. 362 ss., sentencia c. Heard; *Monitor Ecclesiasticus*, fasc. 4, 1965, pp. 560-592, sentencia c. Sabattani).

- b) *En cuanto al capítulo de la incapacidad —debida a la anteriormente considerada impotencia “coeundi”— de conceder —aceptar el derecho— obligación a los actos por su naturaleza destinados a la procreación.*

El contrayente, afectado de un impedimento dirimente de impotencia “*coeundi*”, *no puede prestar un auténtico consentimiento matrimonial* (sea lo que fuere de la existencia natural y de la eficacia jurídica “*in actu primo*” del acto de voluntad con el que él tiende al matrimonio) porque nadie puede conceder un derecho ni aceptar una obligación sobre aquello que para él es imposible; su consentimiento carecería de materia o de objeto apto (Sánchez, *De Sancto Matrimonii Sacramento*, Lib. VII, Disp. 92, n. 2; Prümmer, *Theologia Moralis*, t. 2, 1923, p. 475; Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico*, 1941, p. 132; Merkelbach, *Summa Theologiae Moralis*, t. 2, 1923, p. 475).

Por eso, una vez que se ha acusado el matrimonio por el capítulo de la impotencia *coeundi*, es superfluo acusarlo también por vicio de consentimiento causado por esta impotencia; ni el matrimonio podría ser declarado nulo por razón de ese vicio de consentimiento si no se probara que la impotencia *coeundi* fue *antecedentemente incurable*, puesto que el contrayente, que al tiempo de celebrar el matrimonio padece de una impotencia *coeundi* que en ese momento es curable, es dueño de su cuerpo y por tanto capaz de transferir el derecho al uso recto de su cuerpo en orden a la procreación. Pero puede ocurrir que se diga que el contrayente es incapaz de celebrar un válido matrimonio precisamente por razón de su anómala condición psíquica que lo hace, además de impotente *coeundi*, incapaz de emitir un acto consciente y libre o de asumir una obligación de justicia sobre su propio cuerpo. Para declarar nulo el matrimonio por esta anómala condición psíquica no se

requiere que tal anomalía sea incurable al momento de la celebración del matrimonio.

El can. 1081, § 1 exige, para la validez del matrimonio, en los contrayentes una madurez de juicio que sea proporcionada a las gravísimas obligaciones dimanantes de tan grave negocio jurídico y que, por tanto, sea superior a la madurez que basta para los actos ordinarios de la vida (St. Thomas, Disp. 27, q. II, art. 2 ad II; SRRD., vol. 27, dec. 10 c. Heard). Por esto mismo la Jurisprudencia de la S. Rota Romana exige, para la validez del matrimonio, una "mentis discretionem" que supone el ejercicio no sólo de la facultad cognoscitiva sino también de la facultad crítica que es la facultad de juzgar, raciocinar y formar juicios para deducir otros juicios (SRRD., vol. 49, p. 788 c. Felici; *Monitor Ecclesiasticus*, 1967, fasc. IV, p. 593 c. Lefebvre); puede darse en un contrayente, junto a un suficiente conocimiento conceptual de la naturaleza del matrimonio, un insuficiente juicio práctico.

La inmadurez afectiva no es en general más que un signo de alguna perturbación de los afectos que solamente en casos excepcionales alcanza un grado tal que perturbe gravemente y haga desaparecer la requerida deliberación y elección (*Monitor Ecclesiasticus*, 1967, fasc. IV, p. 593 c. Lefebvre; *Monitor Ecclesiasticus*, 1969, fasc. I, p. 53 c. Lefebvre); esto último sucede en ciertas personas psicopáticas que, por razón de su sugestionabilidad o de sus impulsos incoercibles o de su inestabilidad, están privados de la armonía constitutiva de las diversas estructuras de la personalidad (*Monitor Ecclesiasticus*, 1968, fasc. III, p. 469 c. Lefebvre; *ibidem*, 1969, fasc. I, pp. 53-54 c. Lefebvre; *ibidem*, 1961, t. 86, p. 632 c. Sabattani; *ibidem*, 1965, t. 90, p. 410 c. Pinna).

Esta inmadurez afectiva va a veces acompañada de un psicoinfantilismo sexual (Pellegrini, o.c., pp. 597-598) que "puede conciliarse con una elevada inteligencia, puede coexistir con relaciones sexuales normales" (Pellegrini, o.c., p. 612) aunque "a veces se acompaña... incluso de infantilismo mental" (Pellegrini, o.c., p. 596). Luego la inmadurez afectiva, como la llamada "mentis debilitas", tiene varios grados en algunos de los cuales desaparece la suficiente discreción de juicio (*Monitor Ecclesiasticus*, 1961, fasc. IV, p. 636 c. Sabattani).

Otra de las causas, que pueden alegarse como causas tanto de la impotencia *coeundi* como de la incapacidad de discreción..., es el histerismo. Pero el histerismo no es, según la opinión comúnmente aceptada de los psiquiatras, una forma determinada de enfermedad mental sino que abarca una amplia gama de anormalidades del carácter que no suprimen la debida discreción de juicio, salvo en casos excepcionales en los que el paciente no es dueño de sí mismo a consecuencia de los fuertes ímpetus a que está sometido (*Monitor Ecclesiasticus*, 1967, fasc. III, p. 452 c. Filipiak). De aquí que la Jurisprudencia de la S. Rota Romana reconozca que los histéricos conservan en general el dominio de sus propios actos al menos cuando no son víctimas de los ímpetus más graves de su enfermedad (SRRD., vol. 30, p. 14, c. Heard;

Monitor Ecclesiasticus, 1967, fasc. IV, pp. 594-595, c. Lefebvre; ibidem, 1969, fasc. I, p. 58, c. Lefebvre).

Los paranoicos siempre son sujetos mentalmente lúcidos ya que las perturbaciones psíquicas, de que son víctimas, apenas si afectan a su conciencia (Palmieri, o.c., p. 49); “Il delirio é intellettuale, qualunque forma rivesta, ed é il tono affettivo che gli dá il colorito espressivo” (Moglie, *Manuale di Psichiatria*, 1946, p. 633).

“La sintomatologia della paranoia é costituita da vari quadri che rispecchiano i diversi deliri” (Moglie, o.c., p. 634). Y es de importancia, en cuanto al problema propuesto, el delirio que Kretschmer llama “delirio sensitivo de relación” porque “es vivido como la experiencia crucial de un conflicto del sujeto con otro o con un grupo (cónyuge, familia, vecinos, etc.) las ideas y los sentimientos delirantes quedan, por decirlo así, *suspendidos* del acontecimiento que constituye el centro... Esta paranoia sensitiva se desarrolla, por lo general, con angustia y tensión conflictiva, y las reacciones de estos enfermos son más depresivas e hiposténicas que agresivas” (Henri Ey..., o.c., pp. 422-423).

Los paranoicos, aunque gocen de lucidez de entendimiento, carecen de la facultad crítica al menos si su delirio está en perfecta evolución; porque entonces obran inconscientemente bajo el imperio de su delirio y, por tanto, ni moral ni jurídicamente son responsables de sus actos. Si bien esa falta de discreción no es tan plena en el período de incubación o en el período inmediatamente subsiguiente a esta incubación, apenas si puede uno fiarse de las aparentes remisiones de la enfermedad una vez que el delirio ha invadido al enfermo (SRRD., vol. 46, p. 283, c. Felici; vol. 51, p. 143, c. Sabattani).

El delirio paranoico se adueña plenamente de toda la personalidad del enfermo y, en consecuencia, la paranoia no suele ya considerarse como una monomanía (Henri Ey..., o.c., pp. 416-418) llegando los modernos psiquiatras a afirmar que los paranoicos no tienen la necesaria discreción ni siquiera en aquellas materias que parecen sustraídas a su manía o delirio (Weygand, *Psiquiatría forense*, ed. española, 1940, p. 37; Noval, *De semiamentibus et semiimputabilitati obnoxiiis, Jus Pontificium*, 1924, p. 76 ss.; Wernz-Vidal, *Jus Canonicum*, VII, *Jus poenale*, 1937, n. 64; Cappello, *De Matrimonio*, 1933, n. 579; Michiels, *Principia generalia de Personis in Ecclesia*, 1955, p. 80).

Además “in aperto est gravius consideranda esse animi perturbationes quae in rem matrimonialem directe intendunt; hoc in casu adhuc minuuntur ingenii acies libertasque voluntatis in contrahendo quando status constitutio-nalis aut mentalis confusio habetur, dum adsint dementiales formae, ut mythomania et magis adhuc deliria matrimonium ipsum spectantes” (SRRD., vol. 51, p. 246, n. 4, c. Lefebvre). “Defectus necessariae discretionis eo vel magis obtinet ubi delirium proprie provintiam illam invadit quae est contractus ineundi materia propria vel finitima. Nam, praeter quam quod paranoicus intellectu non utitur quoad res in serie erronea idearum comprehen-

sas, voluntas veluti sejuncta manet a facultate cognoscitiva, et non quidem ab ea regitur et determinatur, bene vero ab inconsciis motivis. Quapropter insaniens circa rem uxoriam, etsi forte intelligat naturam et proprietatem matrimonii in genere, difficulter intelliget quae suum ipsius matrimonium respiciunt, et certo certius ad id impellitur pseudomotivis, ut ad frangendas machinationes... Tali modo elicitus consensus ad validum coniugium ineundum impar omnino est. Neque objiciatur, relate ad paranoicos numquam posse directe comprobari consensum reapse fluxisse tali abnormi via... Ast ius succurrit per suas legitimas praesumptiones. Et, sicuti in schizophrenia, admissa amentia ante et post nuptias, praesumitur amentia concomitans, ita in paranoia, admissio delirio systematico praesertim circa res uxorias, capacitas contrahendi, plerumque ob defectum libertatis, adempta praesumitur, cum argui nequeat integritas functionis circa illum nucleum, cui delirium insidet" (SRRD., vol. 51, p. 144, c. Sabbatani; cfr. también vol. 20, pp. 66-68, c. Parrillo y vol. 50, p. 326, c. Heard).

IV

¿PUEDE DECLARARSE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO POR IMPOTENCIA "COEUNDI" SI SE TRATA DE UNA VAGINA "AEQUIVALENTER OCCLUSA"?

La sentencia Gandaven, del día 28 de octubre de 1961, c. H. Ewers (pp. 455-460), apoyándose en la autoridad de la sentencia Rotal del 7 de febrero de 1927, c. Jullien, confirmada por la decisión del 27 de junio de 1931 de la Signatura Apostólica, contesta, a esta pregunta, negativamente.

Acerca de esta interesante cuestión escribí un extenso artículo —al que me permito remitir a los lectores—: Juan José García Failde, *Jurisprudencia*, Revista Española de Derecho Canónico, mayo-agosto 1967, n. 65, pp. 403-414.

V

¿CORRESPONDE AL MARIDO EL DERECHO A FIJAR EL DOMICILIO CONYUGAL EN UN LUGAR DETERMINADO?

La sentencia Hierosolymitana Latinarum, del día 22 de diciembre de 1961, c. O. Bejan (pp. 636-648) escribe, a propósito de esta cuestión, lo siguiente: "Si aequalia sunt jura et officia utriusque coniugis in vita coniugali, uxor tamen marito subiicitur. Vir enim acquirit in mulierem potestatem maritalem vi cuius caput constituitur totius familiae... Uxor tenetur *regulariter* sequi maritum, cui est pro libito suo domicilium eligere et transferre".

Sobre la igualdad jurídica de ambos esposos publiqué un amplio estudio (Juan José García Failde, *Situación jurídica de la mujer fuera y dentro de la sociedad conyugal y familiar*, *Dinámica Jurídica Postconciliar*, Salamanca

1969, pp. 89-130) y tengo en imprenta otro bajo el título *Igualdad jurídica de ambos cónyuges en el matrimonio y en la familia*, que será próximamente publicado en la obra, en colaboración, de la Universidad Gregoriana de Roma *Jus populi Dei*.

No voy a repetir aquí lo que en esos trabajos expongo. Pero no puedo menos de añadir que en mi modesta opinión: a) es urgente abandonar la tradicional concepción de la potestad marital del esposo que ya no responde ni a la evolución ideológica de la sociedad contemporánea ni a la promoción actual de la mujer ni a la más moderna legislación de los Estados e incluso de la Iglesia católica; b) la igualdad jurídica que debe reconocérsele a la mujer casada en relación con su marido exige que en principio sea determinado de común acuerdo por ambos consortes el lugar de la residencia conyugal. A lo sumo podría reconocérsele al marido un derecho *prevalente* de determinar el lugar del domicilio conyugal por cuanto al marido se le puede reconocer una especie de "primacía entre iguales" en orden a las relaciones *externas* del matrimonio y de la familia, relaciones con las que suele estar estrictamente vinculado el lugar de la residencia. Pero en todo caso el marido no podrá nunca guiarse en ese cometido por sus conveniencias personales sino por las conveniencias unitarias del núcleo doméstico y deberá reconocérsele a la esposa el derecho a reclamar ante los tribunales, cuando el marido proceda arbitrariamente o con grave perjuicio objetivo del bien común de la familia, una especial y provisoria autorización para residir en otro lugar distinto al elegido por el marido.

Es más, para salvaguardar ciertas exigencias objetivas individuales de la esposa, que acaso redunden en provecho de la misma familia, debe atribuírsele a ella, como a cualquier persona "sui juris", el derecho a obtener un *domicilio legal* distinto e independiente de la residencia familiar. En la misma legislación española la esposa puede, en virtud de la ley del 22 de julio de 1961, tener, por razón de su cargo público, un domicilio legal distinto de la residencia familiar. En ciudades populosas tampoco es infrecuente que un trabajador tenga en una zona la residencia estable familiar y en otra zona, por razón de su trabajo, un domicilio legal independiente. Me agradecería al menos que en lo posible se ampliara a todas las situaciones laborales el "derecho de consorte" del Decreto de 28 de septiembre de 1951 en cuya virtud la mujer española, esposa de un maestro, goza de preferencia para optar a un puesto de trabajo en la misma localidad en la que tenga el trabajo su marido.

V I

¿A QUIÉN CORRESPONDE DEMOSTRAR EN JUICIO LA FALTA DE DELEGACIÓN PARA ASISTIR A UN MATRIMONIO?

A propósito de la decisión Parisien, del día 30 de octubre de 1961, c. Bonet (pp. 477-481) me interesa deshacer un error, en el que a veces incurren

algunos abogados, en cuanto a la prueba en juicio de la concesión de la delegación requerida para la validez del matrimonio.

Es sobradamente conocido que para la validez de un matrimonio se requiere que el Ministro “autorizante” tenga potestad ordinaria o delegada o subdelegada (can. 1094-1096). La “delegación” para que sea válida debe ser *expresamente* concedida. Y es *expresamente* concedida aquella “*quae actu voluntatis positivo manifestato concessa est. Hoc fieri potest explicitè et implicitè... Excluditur autem delegatio tacita, quae non inclusa habetur in aliquo actu sed in omissione actus, puta: intervenisset parochus nisi voluisset mihi dare delegationem. A fortiori excluditur delegatio interpretativa seu illa quae nullo modo est data sed data esset si aliquid fuisset verificatum*” (Vlaming-Bender, *Praelectiones juris matrimonii*, 1950, pp. 419-420; no es, por ejemplo, delegación *implícita* la mera asistencia física, a la ceremonia, del que tenía facultad para delegar (SRRD., vol. 48, p. 507, c. Doheny); pero sí lo sería, v. gr., el hecho de que el Páraco, sabedor de que tal sacerdote va a proceder a asistir a tal matrimonio en su parroquia sin tener licencia para ello, dispone que a tal sacerdote se le tenga todo preparado para la ceremonia.

La delegación expresa —“explícita” o “implícita”— es válida aunque al delegado no se le conceda directamente sino solo *indirectamente*, v. gr., a través de los mismos contrayentes o de sus familiares. Puede sostenerse como doctrina común y cierta que la delegación no es válida si no es conocida y aceptada al menos “implícitamente” por el delegado (SRRD., vol. 33, dec. 68, c. Wynen; vol. 34, dec. 40 y vol. 35, dec. 1, c. Grazioli, etc.); no obstante la opinión contraria de algunos como Michiels (*De potestate ordinaria et delegata*, 1964, pp. 204-214). La delegación se acepta “implícitamente” cuando, por ejemplo, el delegado —conocedor de que la delegación le fue concedida— procede a autorizar el matrimonio (SRRD., vol. 33, dec. 68, c. Wynen). Si el delegante o el delegando ignoran o, aunque no lo ignoren, no tienen presente que el delegando necesita la delegación para ese matrimonio, *es de suponer* que la delegación o no se concedió o no se aceptó (*Monitor Ecclesiasticus*, 1956, p. 416, sentencia c. Mattioli); en cambio, “*praesumitur pro quovis officiali quod ea, quae spectant ad officium eius recte administraverit*” (Schmalzgrueber, o.c., Lib. II, tit. 23, de praesumptionibus, n. 34) particularmente si consta que esa persona está impuesta en derecho y es diligente en el cumplimiento de su cargo. Y lo mismo se presume en favor de la obtención de la licencia por parte del delegando si éste conocía que necesitaba esa licencia y además era cuidadoso o meticoloso en casos semejantes.

La concesión de la delegación es un hecho y en cuanto hecho no se presume existente sino que debe ser probada por quien afirma haber sido delegado (can. 200, § 2 y 1748, § 1); esto se aplica al menos a las delegaciones “*ab homine*” y rige tanto fuera como dentro del proceso; por consiguiente, mientras no se pruebe con certeza moral por parte del interesado la exis-

tencia de la delegación, el juez no podrá sentenciar que consta la existencia de la delegación y consiguientemente que consta la validez del matrimonio.

Pero la finalidad de un proceso, en el que se acusa la nulidad de un matrimonio por inexistencia de la requerida delegación, no es investigar y declarar que consta la validez del matrimonio porque consta la existencia de la delegación, sino más bien decretar o que la nulidad del matrimonio consta porque consta la inexistencia de la delegación o que la nulidad del matrimonio no consta porque no consta la inexistencia de la delegación. Y es precisamente a la parte, que acusa la nulidad del matrimonio afirmando la inexistencia de la delegación, a la que corresponde demostrar con certeza moral la inexistencia de la delegación a fin de que el juez pueda declarar que consta la nulidad del matrimonio y mientras la susodicha parte no demuestre eso con certeza, el matrimonio no podrá ser declarado nulo porque el "favor juris", del que goza todo matrimonio una vez celebrado, impide que en esa hipótesis se declare la nulidad.

JUAN JOSÉ GARCÍA FÁLDE

*Auditor del S. Tribunal de la Rota
de la Nunciatura*