

JURISPRUDENCIA CANONICA

Las sentencias de la Rota Romana en 1954¹

A) *Acusación de la nulidad del matrimonio por parte del Fiscal*

Este volumen recoge 15 sentencias de nulidad matrimonial acusadas por el Promotor de Justicia. Ninguna de ellas —excepto brevemente una Matriten. c. E. Bonet, 19 julii 1954, pág. 642— menciona las condiciones requeridas para esa legítima intervención del Fiscal. Nosotros juzgamos interesante comentarlas —después de referir sintéticamente algunas de esas sentencias más destacadas—:

a) c. G. Doheny, Southvarcen., 23 februarii 1954, pág. 141 ss.: la esposa denunció la nulidad de su matrimonio porque ella había excluido el “bonum prolis”.

b) c. G. Doheny, Romana, 30 aprilis 1954, pág. 365 ss.: ante la duda razonable acerca de la capacidad del actor para acusar y apelar (habiendo impugnado la validez de su matrimonio por el capítulo de la simulación total y, subsidiariamente, del de miedo, obtuvo una sentencia afirmativa en cuanto al primero y negativa en cuanto al segundo) el Fiscal de apelación hizo suya “ad cautelam” la acusación.

c) c. A. Canestri, Neo-Eboracen., 6 maii 1954, pág. 375 ss.: la esposa había solicitado la declaración de la nulidad de su matrimonio por razón de su enfermedad mental; el tribunal diocesano había rechazado la petición por considerarla “*exhibitam a persona praejudicialiter incapaci standi in iudicio*”; posteriormente la madre de la esposa denunció por el citado capítulo al Fiscal la nulidad de ese matrimonio; el Fiscal interpuso la acusación.

d) c. E. Bonet, Mechlinien., 10 maii 1954, pág. 387 ss.: Andrea solicitó del tribunal diocesano la declaración de nulidad de su matrimonio por haber sido simulado por el marido; la sentencia fue adversa; la actora se negó a apelar y el convenido denunció la nulidad al Fiscal que apeló al tribunal superior.

e) c. D. Wynen, Basileen., 19 junii 1954, pág. 497 ss.: una joven protestante, deseando convertirse al catolicismo y casarse con un católico, denunció al Ordinario del lugar la nulidad de su precedente matrimonio por exclusión total de la prole; el Fiscal, en cumplimiento de un mandato del Ordinario, acusó el citado matrimonio.

¹ Tribunal Apostolicum Sacrae Romanae Rotae: *Decisiones seu sententiae selectae inter eas quae anno 1954 prodierunt cura eiusdem Apostolici Tribunalis editae*. Vol. XLVI, Typis Polyglottis Vaticanis, 1964.

f) c. P. Mattioli, Annecien., 28 julii 1954, pág. 678 s.: el Fiscal diocesano acusó la nulidad de un matrimonio que uno de los cónyuges le había denunciado por exclusión del “bonum prolis”; como dicho Fiscal rehusara apelar contra la sentencia adversa, el esposo recurrió al Romano Pontífice que se dignó facultar al Fiscal de la Rota Romana para que hiciera suya la causa.

1. Conviene distinguir la facultad de “acusar” y la facultad de “denunciar” la nulidad de un matrimonio. Quien acusa ejercita en juicio la acción con todos los derechos que corresponden a las partes litigantes; quien denuncia da ocasión para que otra persona capacitada ejercite esa acción.

2. La legislación eclesiástica considera “inhábil para acusar” su matrimonio al cónyuge que fue causa “directa y dolosa” del impedimento propio (can. 1067-1080) o impropio de la nulidad (can. 1971; respuestas de la P. C. de I., 12 marzo 1929 —AAS. 25, 1929, 171—; 17 de julio 1933 —AAS. 25, 1933, 345—; 27 de julio 1942 —AAS. 34, 1942, 241—; art. 35, § 1, n. 1 y 37, § 1, de la Instrucción “Provida Mater” —AAS. 28, 1936, 313)—.

3. Los conceptos de causa “directa” y de causa “indirecta” vienen a identificarse con los conceptos estudiados en moral de “voluntario in se” y, respectivamente, de “voluntario in causa”.

Aunque toda causa “dolosa” sea, a la vez, causa “directa”, no toda causa “directa” es causa “dolosa”. Quien, por ejemplo, excluye el derecho a la procreación por juzgar que está obligado a excluirlo para no engendrar hijos tarados, o quien añade a su consentimiento una condición lícita que no se verifica, causa directamente, pero no dolosamente, la nulidad del matrimonio.

Por eso no es una redundancia el exigir, para la incapacidad de acusar, además de la causa “directa”, la causa “dolosa”.

El “dolo” de que habla la Pontificia Comisión de Intérpretes (Resp. de 27 de julio de 1942: AAS. 34, 1942, 241) debe entenderse en conformidad con el can. 2200, o sea como la intención deliberada de violar la ley —y no como en otros cánones (v. gr., cann. 103, § 2; 542, 1; 235; 2361)—.

Supone, pues, el dolo un acto intelectual de deliberación (o de actual advertencia suficiente para contraer culpabilidad moral grave) que es, en conformidad con el principio filosófico “nihil volitum quin praecognitum”, prerequisite esencial para el acto intencional de voluntad, en el que cabalmente consiste el dolo. La deliberación incluye un conocimiento perfecto: a) de la existencia de la ley en cuanto obligante (no en cuanto penal: can. 2202, § 2 —aun cuando a veces esa ignorancia excuse de las penas l. s. en conformidad con el can. 2229, §§ 2 y 3— ni en cuanto irritante o inhabilitante: can. 16, § 1 y 2229, § 3, n. 1); b) de que la acción u omisión es contraria a la ley.

La intención incluye: a) libertad de obrar; b) decisión positiva de realizar u omitir el acto contrario a la ley (no es necesario, sin embargo, que el motivo sea precisamente la violación directa de la ley).

Todo delito supone imputabilidad moral interna y externa (can. 2195, § 1) grave (can. 2218, § 2) —por eso toda ley cuya violación esté sancionada con

una pena canónica obliga “sub gravi”—; esa imputabilidad moral depende del dolo o de la culpa jurídica (can. 2199); luego el dolo incluye responsabilidad moral o culpa teológica grave; aunque no toda causa moralmente grave sea siempre dolosa.

Cualquier circunstancia que excuse de esa imputabilidad moral grave suprimirá el dolo (can. 2219, § 2) y, por tanto, la pena de la inhabilidad (la inhabilidad para acusar es una pena, como acertadamente sostiene Gasparri en su tratado *De Matrimonio II*, 1932, pág. 292, n. 1260, en contra de Vermeersch-Creusen, “*Epítome J. C.*”, III, pág. 151, n. 286 y de Roberti, “*Apollinaris*” 1933, pág. 442, para quienes es una restricción de un derecho) y una pena nacida no, como otras penas (can. 2199), de la culpa jurídica o del dolo sino únicamente del dolo.

La requerida deliberación puede faltar: a) habitual y actualmente (v. gr., en un niño), b) habitualmente pero no actualmente (v. gr., en el lúcido intervalo de un demente), c) actualmente pero no habitualmente (v. gr., en un embriagado): can. 2201.

¿Y en la ignorancia de la ley falta siempre esa deliberación?

Ciertamente hay culpa jurídica, a tenor del can. 2199, cuando existe ignorancia negativa (carencia “*scientiae*”) o positiva (error), aun meramente transitoria (inadvertencia), gravemente culpable acerca de la existencia, naturaleza o extensión de la ley: can. 2202; y esa ignorancia existe siempre que, con previa advertencia de la obligación moral de conocer la ley, no se emplea la debida diligencia para conocerla (cann. 2202, § 1 y 2203), con tal de que, en conformidad con el can. 16, § 2, sea legítimamente probada.

Pero cualquier ignorancia —exceptuada quizás, como veremos a continuación, la afectada— es incompatible con la intención directa de violar la ley i. e. con el dolo; así se deduce de la conocida definición de esas clases de ignorancia y del can. 2229, § 3.

La ignorancia afectada supone que se ha omitido la debida diligencia en conocer la ley precisamente con el fin de violarla más libremente. Esta ignorancia, pues, aun cuando psicológicamente no pueda equipararse a la “*scientia*” adquirida, parece que no disminuye sino que más bien aumenta la culpabilidad moral en la violación de la ley (cfr. S. Thomas I-II, q. 3, art. 8; q. 6, art. 8; q. 76, art. 3; Suárez, *De censuris*, disp. IV, sect. 10, n. 3; can. 2229, § 1). Sin embargo el can. 2202, § 1 da a entender que incluso la ignorancia afectada disminuye la culpabilidad criminal aunque no en tal grado que excuse de la pena (can. 2229, § 1). Parece, por una parte, que la ignorancia afectada incluye un dolo virtual (cfr. can. 2229, §§ 1 y 2); pero, por otra parte, parece que lo que, en este caso, es dolosa o directamente intentado es únicamente la ignorancia de la ley y que la violación posterior de la ley es querida sólo indirectamente o “*in causa*”.

La violación “*ex metu grave*” de la ley no es dolosa, será “*per se*” voluntaria (“*voluntas coacata voluntas est*”: Paulus L. 21, § 5 D. 4, 2) —aunque “*secundum quid*” involuntaria (can. 103, § 2)— y, por tanto, no siempre

moral y criminalmente inculpable (can. 2205); pero nunca es dolosa; porque en ese caso se pretende directamente evitar el daño inminente y sólo indirectamente la violación de la ley; en tanto se quiere violar la ley en cuanto se comprende que el daño no puede ser evitado más que por medio de esa violación). Justamente, pues, la legislación canónica considera el miedo grave como eximente de la pena de la incapacidad para acusar el matrimonio (P. C. I., 17 julii 1933 —AAS. 25, 1933, 345—; art. 37, § 3 de la Instr. Provida).

Pero la coacción moral puede producir la nulidad del matrimonio o directamente (a tenor del can. 1087) o indirectamente (provocando, como causa motiva subjetivamente proporcionada, la simulación total o parcial). El resultado de cada uno de esos dos actos es muy diverso: en el primero es la existencia de un consentimiento matrimonial válido y, a la vez, ineficaz; en el segundo es la inexistencia de ese consentimiento. Pero ambos actos son igualmente voluntarios “per se” e involuntarios “secundum quid” y no “dolosos”.

Es doctrina común que no peca, al menos gravemente, quien “cum metu grave” simula el matrimonio —excluida naturalmente la intención de consumir el matrimonio que conoce será nulo— (S. Alphonsus, *Theologia Moralis*, libr. VI, n. 62; D’Annibale, *Sumula Theologiae Moralis*, III, § 427, nota 28; Gasparri, *De Matrimonio*, pág. 37, n. 816; Cappello, *De Matrimonio*, pág. 573, n. 596) y, a fortiori, quien “ex metu grave” celebra el matrimonio —sin la mencionada intención de consumarlo— (Cappello, o. c., pág. 595, n. 613; Gasparri, o. c., pág. 50, n. 834). Y parece evidente: ambos casos se trata de impedimentos dirimientes impropios que no afectan a la capacidad natural de los contrayentes, sino a la validez del contrato; en todo impedimento dirimente se distinguen —según el can. 1036— dos aspectos: a) prohibición grave de celebrar el matrimonio que será nulo, b) invalidez del matrimonio; aunque esos dos impedimentos sean, en cuanto al segundo aspecto, de derecho natural (se discute si lo es el primer impedimento), en cuanto al primer aspecto son de derecho eclesiástico: aunque en ambos casos el matrimonio sea nulo por derecho natural, la ley, que prohíbe a las partes (no inhábiles por otro capítulo de derecho natural, v. gr., impotencia coeundi, amencia plena, etc.) celebrar ese matrimonio, es de derecho eclesiástico; pero esta clase de leyes eclesiásticas no obligan, al menos sub gravi, con gran incómodo accidental o con peligro de un daño grave (la obligación de esas leyes únicamente se extiende a lo moralmente posible): can. 2205, § 2 —incómodo o peligro que lleva consigo la coacción moral grave—; luego la celebración coaccionada (“ex metu”) o simulada por miedo (“cum metu”) del matrimonio no lleva consigo —por razón de esta falta de culpabilidad moral grave— la pena de la incapacidad de acusar.

4. El can. 2200, § 2, establece que, una vez violada la ley, se presume en el fuero externo la existencia del dolo. Una vez que se ha demostrado suficientemente que el pretendiente litigante quebrantó la ley penal, se le podrá

y deberá considerar (sin necesidad de probar que la violación de la ley fue dolosa) incurso en la pena de la inhabilidad para acusar su matrimonio. No puede presumirse, sin embargo, la existencia del dolo ni, por tanto, puede ser irrogada la mencionada pena en el caso en que —aun constando la violación de la ley— se pruebe al menos con probabilidad que tal violación no fue dolosa: en la duda acerca de la existencia de cualquiera de los elementos constitutivos (y en nuestro caso: el dolo) del delito, no puede ser aplicada la pena canónica (can. 2233, § 1; 2228; 2219, § 1).

5. Recordemos que esta incapacidad no lleva consigo la incapacidad de ser parte incluso activa en el juicio ni, por tanto, la nulidad insanable —a tenor del can. 1892, n. 2— de la sentencia (P. C. I. 4 januarii 1946 —AAS. 38, 1946, 162—; C. Bernardini, “Apollinaris” 1949, págs. 551 ss.).

6. Pero el cónyuge inhábil para acusar su matrimonio es también inhábil para apelar contra la sentencia favorable a la validez del matrimonio (P. C. I., 3 maii 1945 —AAS. 37, 1945, 149; Graziani, “Ephemerides J. Canonici”, 1946, pág. 128); si apela, pecará gravemente; pero la sentencia tampoco será —por no estar el apelante privado de la citada capacidad “standi in iudicio”— insanablemente nula.

7. Ese cónyuge, sin embargo, no es inhábil para denunciarle al Ordinario del lugar (que deberá transmitir la denuncia al Fiscal de su tribunal: art. 40 Instr. Provida) o al Fiscal (competente en la causa: P. C. I., 6 decembris 1943 —AAS. 1944, 94; Oesterle, “Ephem. J. Can.”, 1945, págs. 141 ss. y 160 ss.) la nulidad de su matrimonio (art. 37, § 4, Instr. Provida).

Los artículos 38 y 39 de la citada Instrucción limitan el derecho de acusar que al Fiscal compete (por razón de su oficio de tutelar, a tenor del can. 1586, el bien público) en ciertos casos: cuando el cónyuge culpable denuncia su matrimonio nulo por el capítulo de la simulación total o parcial o de la condición contraria a las sustancia del matrimonio (art. 38) o por otro capítulo distinto del de consentimiento viciado (art. 39).

Efectivamente el art. 38 exige: a) que la supuesta nulidad se haya hecho pública; b) que haya realmente escándalo; c) que el cónyuge culpable denunciante haya dado, a juicio del Ordinario, verdaderas señales de arrepentimiento; d) que existan argumentos de hecho y de derecho, suficientes para producir completa probabilidad intrínseca de la nulidad del matrimonio.

Y el art. 39 requiere: a) que el impedimento se haya hecho público; b) que existan argumentos de hecho y de derecho tan firmes que no se pueda dudar razonablemente de la existencia del impedimento; c) que, a juicio del Ordinario, la acusación esté reclamada por el bien público: por la remoción del escándalo; d) que no pueda conseguirse que, una vez cesado el impedimento, se celebre debidamente el matrimonio. Algunos de estos requisitos merecen un breve comentario:

a) Nulidad “pública” no es lo mismo que nulidad “cierta” (el art. 38 exige publicidad de la nulidad y, a la vez, se conforma con que haya mera probabilidad acerca de la existencia de esa misma nulidad). Nulidad “pública”

equivale a nulidad “divulgada” entre un número, al menos, notable de fieles (sin esta divulgación carecería de sentido la exigencia de la otra condición: el escándalo). Pero esa divulgación no surge necesariamente de la formulación oficial de la denuncia ni del examen previo de algunos testigos, etc., etc. (si así no fuera, resultaría inútil exigir expresamente la condición de la publicidad porque siempre se da la citada denuncia y el citado examen previo de los testigos, etc.).

b) De la divulgación de la nulidad tampoco nace necesariamente el escándalo (así se deduce de la consideración de ambos conceptos y así lo supone el artículo 38 que pide, además de la publicidad o divulgación, la existencia del escándalo); escándalo en sentido teológico y jurídico u ocasión de pecado que a los demás se les sigue de la celebración del matrimonio o de la convivencia conyugal.

c) Los argumentos “in iure” et “in facto”, con que previamente ha de contar el Fiscal, deben demostrar con seria probabilidad la nulidad que se pretende acusar. El “fumus iuris” necesario y suficiente para la admisión de una demanda en los casos ordinarios no parece bastar para introducir la referida acusación. El decreto judicial, que admite o que rechaza esa demanda, no juzga del fondo de la cuestión; esa demanda puede ser aceptada con tal de que conste de una manera general que la causa no es fútil ni temeraria (cánn. 1915; 1708, n. 3; art. 57, n. 3 y art. 59 de la Ins. Provida) sin que sea necesaria ni conveniente una larga información previa; y debe ser rechazada cuando la causa se presente tan claramente falsa que aparezca inútil cualquier discusión (art. 64 Inst. Provida); por eso concluye Wermeersch-Creusen: “Ex his iudex aestimabit num actio admittenda vel reiicienda, v. gr., quia falsitas factorum est notoria vel petitio manifeste injusta” (“Epitome Juris Canonici”, vol. I, n. 144, 2).

En nuestro caso se trata, más bien, de un “fumus iuris” parecido al que se requiere, en conformidad con el can. 1903 y con el art. 217, § 3 de la Instr. Provida, para la nueva revisión de una causa matrimonial después de dos sentencias conformes (un “fumus iuris” que sugiera la probabilidad de la reforma de la sentencia o, en nuestro caso, la probabilidad de que la acusación prosperará).

Durante esta inquisición previa —que reviste un carácter puramente administrativo— el Fiscal actúa “pro rei veritate”; durante el proceso provocado por su acusación, el Fiscal, si debe actuar como actor, defenderá —“salva veritate”— la nulidad del matrimonio.

No sería nula la sentencia si el Fiscal interpone la acusación sin que previamente se hayan verificado las condiciones exigidas en los citados artículos 38-39.

8. El Fiscal puede, sin previa denuncia, acusar —por derecho propio o “vi muneris” (P. C. I., 17 julii anni 1933- AAS. 25, 1933, 345)— la nulidad cuando se trata de impedimentos públicos por su naturaleza (can. 1971, § 1, n. 2; art. 35, § 1, n. 2). Esto significa que el Fiscal deberá acusar en

tanto en cuanto lo reclame la misión propia de su cargo —que según el can. 1586 es la defensa no del provecho privado de los cónyuges, sino del bien público o interés de la sociedad eclesial—.

Mucho se viene discutiendo acerca del significado que en el can. 1971 tiene la expresión “impedimentos públicos por su naturaleza”. Puede verse la exposición de las distintas sentencias en la obra de Glynn, *The Promotor of Justice*, (Washington, 1936), pp. 155-167.

Para Wernz-Vidal (*Jus Matrimoniale* —1946— pág. 181, n. 147 sub VIII) el impedimento público por su naturaleza se identifica con el impedimento de derecho público i. e. con el impedimento que “principaliter instituta sunt propter bonum commune publicamve matrimonii honestatem et sanctitatem”. Noción que reiteradamente ha adoptado la S. Rota Romana (cfr. SRRD. vol. 20 dec. 46; vol. 26 dec. 11; vol. 28 dec. 8 y 42; vol. 30 dec. 76, etc.).

Otros autores le dan, de una o de otra manera, el mismo sentido que el impedimento público tiene en el *can. 1037* “quod probari potest in foro externo” (cfr. Vermeersch-Cresusen, “*Epitome Juris Canonici*” III —1946— pág. 152, n. 286 sub f; V. del Giudice, *Nozioni di diritto canonico* —1953— pág. 268, n. 129; Vlaming-Bender, *Praelectiones Juris Matrimonii* —1950— pág. 122) o *en el canon 2197* (Cfr. Gasparri, *De Matrimonio I* —1932— 127, n. 209 una cum II, pág. 292, n. 1259-1260; Bartocetti, *Commentarius in Judicia ecclesiastica III* —1950— pág. 88 sobre el art. 35 de la Instr. Provida); o *en ambos cánones 1037 y 2197* (Cfr. Cappello, *Summa Juris Canonici III* —1948— pág. 332, n. 498; Noval, *De processibus I* —1920— pág. 569, n. 850).

Nosotros hacemos nuestro lo que Mons. León del Amo dice en su artículo “El desistimiento de la acusación de matrimonio denunciado” publicado en *Revista de Derecho Privado*, abril 1963, págs. 401-409: “Considerando que nuestro canon 1971 se halla entre los que regulan los juicios y teniendo en cuenta la razón del escándalo, el fin primordial de la acusación de oficio, la misma naturaleza del cargo del Promotor de la justicia, nosotros juzgamos más probable la opinión de quienes interpretan las palabras: “impedimentos por su naturaleza públicos” en el sentido de impedimentos que se funden en un hecho de suyo público cuya divulgación afecte al bien público y ella sea capaz de producir escándalo” (l. c., pág. 403). Por tanto:

1) Tratándose de impedimentos que no son “públicos por su naturaleza” a) si los cónyuges son inhábiles, el Fiscal no puede interponer, sin previa denuncia de la nulidad, la acusación; b) si los cónyuges no son inhábiles, el Fiscal no debe presentar la acusación —ni aun previa denuncia formulada por ellos, denuncia que el Fiscal no debe aceptar: cfr. art. 35, § 1, n. 2; 41, § 2; 37, § 4; 39; 46, § 1 de la Instr. Provida—.

2) Tratándose de impedimentos que son “públicos por su naturaleza”: a) si los cónyuges no son inhábiles, con ellos comparte el Fiscal el derecho cumulativo a entablar la acusación, derecho que el Fiscal puede ejercitar sin o con previa denuncia; b) si los cónyuges son inhábiles, con ellos no

comparte el Fiscal su derecho a acusar, derecho que puede ejercer sin o con previa denuncia de la nulidad.

9. El Promotor de Justicia, en tanto en cuanto acusa, interviene *como actor*. Pero, una vez presentada la acusación, está obligado a intervenir *como verdadero actor* en los demás actos procesales?

Alguna sentencia rotal (SRRD., vol. 29 dec. 7, n. 8; coram Jullien; "Ephemerides Juris. Can." 1951, pág. 255 c. Staffa) así como algún canonista (Roberti, "Apollinaris" 1938, pág. 578 y Consultationes Iuris Canonici II, página 300, 309-310; Cappello, De Matrimonio —1950—, pág. 891, n. 881 sub 7) y algún artículo de la Instr. Provida Mater (art. 71, § 2; 123, § 1; 179, § 1; 180, § 2) aconsejan una respuesta afirmativa.

Pero otras decisiones rotales (SRRD., vol. 28 dec. 8, pág. 77 coram Wynen); otros canonistas (León del Amo, La defensa del Vínculo —1954—, pág. 461, n. 398; J. Torre, Processus Matrimonialis —1956—, pág. 99); el art. 46 de la Instr. Provida juntamente con la respuesta de la P. C. I. del 4 de enero de 1946 (AAS. 38, 1946, 162) se inclinan por la opinión contraria.

Juzgamos que en ambas hipótesis (así como cuando hace suya la instancia por haber sido declarada contumaz la parte actora que acusó el matrimonio: can. 1850, § 2 y art. 91 de la Instr. Provida) el Fiscal goza (como cualquier litigante) del derecho a remitirse en primera instancia y, sobre todo, en apelación a la justicia del tribunal (sin que por eso pierda su cualidad de actor ni desista de la instancia) renunciando a realizar los actos judiciales futuros que dependen de su voluntad, v. gr., el proponer pruebas o excepciones o animadversiones o el recibir notificaciones, etc., etc. (cfr. can. 1740; art. 89, § 4 de la Instr. Provida; arts. 71 y 73, § 1 de las Normas de la Rota Romana: J. M. Pinna, Praxis Judicialis Canonica —1952— págs. 157 y 158; art. 35 del Reglamento de la Rota Matritense: Normae a Rota Nuntiaturae Apostolicae in Hispania servandae necnon et Ordo... —1962— página 39).

10. El Fiscal, que entabló la acusación, puede y debe renunciar a ella si durante la tramitación del proceso llega a adquirir la certeza moral de la inexistencia del requerido fundamento sólido en derecho o en hecho (art. 41, § 4 de la Instr. Provida) —en cambio el actor puede, sin contar con esas condiciones, renunciar a la instancia: can. 1740—.

Para desistir de la acusación se requieren motivos más graves que para plantear la acusación. Para plantearla es suficiente que la nulidad aparezca probable (art. 38 de la Instr. Provida); para abandonarla se precisa certeza moral de la falta de fundamento "iuris" o "facti" en la acusación.

11. El Tribunal superior debe considerar íntegramente —y, por tanto, incluso la legitimidad o ilegitimidad de la acusación y de la apelación— la causa definida en la anterior instancia. El Fiscal de ese Tribunal superior no está sometido al criterio del Fiscal de ese Tribunal inferior. El primero puede disentir del segundo en la apreciación de los requisitos necesarios para sostener la acusación y, por consiguiente, puede abandonar la acusación

presentada por el segundo; y esto aun cuando la sentencia apelada haya sido favorable a la acusación (si la sentencia fue negativa necesariamente surgirá la duda razonable de la falta de fundamento de la acusación).

El citado art. 41 se refiere principalmente a la falta de fundamento en el mérito de la causa; pero no excluye los casos de falta de aquellos otros requisitos legales que fueron indispensables para entablar la acusación (el art. 41 se refiere a la falta de fundamento "iuris" o "facti" no de la nulidad, sino de la acusación).

No es al Tribunal sino al Ordinario del lugar a quien compete, si juzga que el bien público lo exige, obligar al Fiscal a acusar o proseguir la acusación en contra de su criterio. Ni es a los tribunales de la Santa Sede, sino a las Sagradas Congregaciones correspondientes, can. 1601, a quien el Fiscal puede recurrir en contra de ese mandato del Ordinario. El Promotor de Justicia depende, en su función de proteger el bien público o, más bien, de que el bien público sea protegido por el tribunal, del Ordinario del lugar (cfr. cánn. 329; 336; 1586) o —tratándose de tribunales superiores como la Rota Española o la Rota Romana— del Sr. Nuncio y, respectivamente, de la Santa Sede, sin que, por eso, se le niegue al tribunal el derecho a exigir en algunas ocasiones, por razón del bien público, la intervención del Fiscal (Cfr. art. 16, § 1 y art. 190, § 2 de la Instr. Provida).

B) *Querrela de nulidad*

II. Especial interés merece la decisión c. P. Mattioli, Nullitatis sententiae et nullitatis matrimonii, 26 februarii 1954, págs. 174-188; así como la sentencia c. E. Bonet, Nullitatis sententiarum et nullitatis matrimonii, 5 maii 1954, págs. 370-374.

A) Primera: el tribunal diocesano había decretado la nulidad de u. matrimonio por el capítulo de la coacción moral: el Defensor del vínculo interpuso apelación ante la Rota Romana; admitida ya la apelación, el Defensor del vínculo de la Rota acusa de nulidad la citada sentencia.

De este modo quedaba planteada una cuestión prejudicial: porque la Rota Romana juzga en ulterior instancia las causas que, definidas por los tribunales inferiores, han sido legítimamente apeladas a la Santa Sede (can. 1599, § 1) y en contra de una sentencia nula no cabe apelación (can. 1880, n. 3), era preciso examinar si la sentencia apelada era válida o nula para poder afirmar o negar la competencia de la Rota; y si aquella sentencia fue nula, la Rota debía remitir el juicio sobre el mérito de la causa al tribunal de primera instancia. Por eso fue pedida "ad cautelam" y obtenida comisión Pontificia para que la Rota pudiera, en el supuesto de que declarase la nulidad de la sentencia, definir en primera instancia la cuestión de fondo acerca de la acusada nulidad del matrimonio.

Y así la decisión —que comentamos— examina primeramente la cuestión de la nulidad de la sentencia y después la cuestión de la nulidad del matrimonio.

Siguiendo el criterio de que, por derecho natural y positivo, pueden existir más casos de nulidad de sentencia que los contemplados en los cánones 1892, 1894; y concretamente apoyándose en que

“*ipso naturae jure praeter quam legis praescripto, insanabilis nullitas cuiuscumque actus sequitur, cum certo in ipso deficiunt ea quae ad essentiam requiruntur... Nunc autem nomine iudicii ecclesiastici, in lege Nostra “intelligitur controversiae in re, de qua Ecclesia jus habet cognoscendi, coram Tribunali Ecclesiastico, legitima disceptatio ac definitio” (can. 1552). Nullum ergo datur iudicium absque disceptatione, nullaue disceptatio haberi potest ubi materia, de qua disceptandum est, uniuscuiusque ex illis, qui iudicio necessario intersunt, plenae cognitioni, ex integro, non deferatur... Quam essentialis, in iudicio nullitatis matrimonii sit... Tutoris Vinculi interventus, huiusque quivis judiciali actui praesentia aut physica aut moralis, latissime patet ex toto legislationis complexu... extra controversiam ponitur nulla et irrita prorsus a jure haberi ea quaelibet, sive a Iudice, sive a partibus, aut a quovis alio posita, in quibus contradicendi facultate Defensor uti non potest.*”

Pressius de sententia judiciali agens, lex inter alia praecipit per can. 1869: “§ 1. Ad pronuntiationem cuiuslibet sententiae requiritur in iudicis animo moralis certitudo circa rem sententia definiendam. § 2. Hanc certitudinem Iudex haurire debet ex actis et probatis”.

“*Praescripta huiusmodi essentiam judicialis sententiae respicere, nemo est qui dubitet. Quapropter, si praescripta certitudo non ab actis sed a privatis aut externis documentis aut elementis hauriretur, non esset judicialis sententia sed aliud... Tandem, essentia judicialis sententiae vulneratur, quoties rationes seu motiva, quibus dispositiva pars innititur (cfr. can. 1873, § 1, n. 3; can. 1874, § 4), falsa haberi debeant, aut evidenter —opera Iudicis— torta atque subversa sint” (pág. 176-177).*”

Establecidos estos principios, considera en la parte “in facto”:

a) “*considerandum... Iudices... cuilibet judiciali disceptationi subtraxisse nonnulla elementa valde momentosa, super quibus innixi decisionem in favorem actoris dederunt*”; b) “*insuper, nedum extra acta, aliquando argumentati sunt, sed contra acta, idest contra patentem, a nemine impugnatam, vel, utcumque, non impugnabilem, factorum atque adiunctorum evidentiam*” (pág. 178); c) *relata... demonstrat Iudices, in casu, extra acta certitudinem hausisse illam, per quam, rejectis ut falsis testimoniis unius partis, constare de bono juris alterius tenuerunt ac pronuntiarunt. Quod idem est ac apertissime violare praescriptum can. 1869, § 2: ipsi, non ut Iudices, sed ut personae privatae, dederunt suam decisionem, cui nomen judicialis sententiae prorsus non competit, deficientibus ipsis essentialibus ac cardinalibus sententiae fundamentis*” (pág. 179).

“*Patet occultas illas informationes etiam subtractas fuisse cognitioni Defensori Vinculi... Igitur Defensor Vinculi, saltem quoad ea quae ignoravit, facultate opportune atque intelligenter contradicendi uti non potuit. Essentialem ergo iudicii disceptationem in casu prorsus defecisse dicendum est*” (pág. 180). Y concluye declarando la nulidad de la sentencia apelada (pág. 188).

B) La otra decisión asienta en la parte “in jure”:

“*Aprime distinguenda est nullitas sententiae ab eius inexistencia. Sententia enim, iuxta definitionem canonis 1568, est: “legitima pronuntiatio qua iudex causam a*

litigantibus propositam et judiciali modo pertractatem definit". Hinc, essentialis est sententiae pronuntiatio, ac proinde si Judex pronuntiationem non emittit ad controversiam definiendam, sententia non existit; superfluum ergo et inutile esset de ipsius nullitate disserere".

"Nec nullitas pronuntiationis judicialis seu sententiae facile est admittenda: nullitatis enim sententiae capita a iure specificè designantur, nec Judici licet, in re tam odiosa, ad alia capita extendere. Attamen, ut ait una coram R. P. D. Many, diei 15 maii 1913 (AAS., 1913, pág. 281), Lege positiva minime sublatae sunt nullitates sustantiales seu de iure naturae"... Proinde valide non agerent Iudices substituentes causam petendi petitionis iudicialis, decernendo e.g. nullitatem matrimonii ex capite minime a partibus proposito; solemne enim est in iure processuali principium: "Nec eat Judex extra petita partium"; nec ulla de causa Iudices possunt praeterire limites promotae actionis. Quod a fortiori est dicendum cum non tantum pronuntiatio judicialis sit ultra petita, sed desit etiam discussio in contradictorio, quae necessario requiritur ut iudicium, prout a can. 1552, § 1 definitur, habeatur" (pág. 371, 2-3). "Adhuc incongrua dicenda est sententia seu pronuntiatio, quae controversiam ita definiat, ut actiones inter se contradictorias eadem affirmativa decisiobe admittat: sicuti e.g. si matrimonium nullum declaretur ex capite amentiae et ex capite metus gravis amentis. Siquidem, uno capite probato, necessario alterum removetur. Prohibetur enim cumulus actionum, quae secum ipsae configant (can. 1669, § 1). Et, etiamsi eiusmodi cumulus tolerari posset, si subordinate proponeretur in disceptatione iudiciali, nullo modo sustineri potest in decisione, quae contradictionem inniti nequit" (pág. 372, 4).

En la parte "in facto" considera: a) la parte actora había impugnado, ante el tribunal diocesano, la validez de su matrimonio por el doble capítulo de la simulación por parte del convenido y del miedo inferido a la actora, pág. 372 sub 6; b) el tribunal decidió abstenerse de enjuiciar y decidir el capítulo de la simulación y, por tanto, "deficiente pronuntiatione seu definitione controversiae, deficit existentia ipsius sententiae, ideoque sententia de dicto simulationis capite non existit", pág. 372 sub 7; c) el tribunal, por el contrario, introduce por su cuenta un nuevo capítulo (la enfermedad mental de la actora) del cual nada se decía ni en la demanda ni en la fórmula de dudas ni en la discusión de la causa; pero que, a juicio del tribunal, aparecía suficientemente demostrado en la instructoria del proceso; y, en consecuencia, el matrimonio es declarado nulo por este nuevo hecho jurídico; d) el Turno rotal (en la sentencia que comentamos) considera que el tribunal inferior ha decidido "ultra petita":

"Palam est, ergo, in casu agi de responsione "ultra petita". Deficit enim petitio, concordantia dubii, patronus defensionem non scripsit, nec Vinculi Defensor animadversiones exhibuit; unde, et disceptatio deest".

Y, por consiguiente, la decisión de ese tribunal acerca de la enfermedad mental de la actora es nula:

"Inde sententia, quoad caput amentiae, dicenda est nulla. Nullitas enim non solum oritur ex defectu citationis conventi (cfr. can. 1894, 1)... quae nullitas ex defectu propositionis querelae nullitatis tempore debito ipso iure sanaretur, sed est nulla iure naturae utpote non respondens controversiae in Tribunali agitatae, nec com-

plectens objectum litigantibus, et ipsi Vinculi Defensori notum, super quo iura sua praedicti defendere non potuerunt; seu "deficiunt quae actum ipsum essentialiter constituunt" (can. 1680). Et, hoc in casu, defectus actus juridici ope legis non sanatur. Aliud enim est cum agitur de solemnitatibus seu conditionibus a sacris canonibus sub poena nullitatis requisitis, aliud cum agitur de elementis quae ipso jure naturae requiruntur" (pág. 373, sub 8).

Además —prosigue el turno rotal— aquella sentencia es contradictoria por afirmar cumulativamente la existencia de la coacción (que supone la existencia del consentimiento matrimonial) inferida a la actora y la existencia de la amencia de la misma actora (que lleva consigo la ausencia total de aquel consentimiento matrimonial) (pág. 373 sub 9). Esa sentencia, por ser nula, es inapelable. Y, por tanto, el tribunal que en apelación falló acerca de esa sentencia pronunció un dictamen también nulo "Deest enim in casu objectum iudicii secundi gradus"; nulo "ex jure naturae ob defectum controversiae iudicialis quoad caput amentiae"; nulo "ex praescripto juris, hoc est ex defectu eorum quae requiruntur ad proferendum iudicium appellationis, quoad alia capita" (pág. 373 sub 11; 374 sub 12).

Y, en consecuencia, el turno rotal define que tanto la primera como la segunda sentencia son nulas y aplaza la discusión del mérito de la causa (pág. 374 sub 14 y sub 15).

C) A la luz de estas dos sentencias merece la pena reflexionar un poco acerca del remedio procesal de la querrela de nulidad. Conocida es la discusión acerca de si la enumeración de los motivos de nulidad de sentencia enumerados en los cánn. 1982 y 1984 es exclusiva en orden a promover la querrela de nulidad. En caso afirmativo, una sentencia nula, por otro capítulo distinto de los señalados en esos cánones, no podrá ser impugnada por el remedio procesal de la querrela de nulidad.

Autores y sentencias rotales hay que categóricamente lo afirman: (Wernz-Vidal, *De Processibus* —1949—, pág. 593, n. 623; Muñiz, *Procedimientos eclesiásticos*, vol. III, n. 502; León del Amo, *La defensa del Vínculo*, pág. 448, n. 387; SRRD., vol. 19 dec. 34, pág. 280, n. 6 coram Parrillo; vol. 29 dec. 51, pág. 514, n. 6 coram Teodori; vol. 37 dec. 20, pág. 199, n. 5 coram Wynen; vol. 41 dec. 82, pág. 503, n. 9 coram Wynen; vol. 41 dec. 77, pág. 475, n. 5 coram Staffa; "Monitor ecclesiasticus", 1953, pág. 588, coram Staffa; "Monitor ecclesiasticum", 1960, pág. 421, coram Sabattani).

Otros autores y otras sentencias rotales lo niegan (Roberti, *Consultationes Juris Canonici I*, pág. 244 y *De Processibus* —edic. 3— vol. I, n. 626 y vol II, n. 487; "Monitor Ecclesiasticus", 1950, pág. 72 coram Wynen; 1957, pág. 274 coram Wynen; 1957, pág. 431, coram Mattioli; 1962, pág. 473 coram Mattioli; J. C. Heard, decreto 16 martii, 1953, en Torre, *Processus Matrimonialis*, pág. 390).

Mientras que otros sostienen que la enumeración del canon 1894 es simplemente demostrativa y la del can. 1892 es taxativa (Lega-Bartocchetti, *Commentarius in Iudicia ecclesiastica*, vol. II —1950—, pág. 1025, n. 1 y 2) y

otros, finalmente, que la del canon 1894 es exclusiva y la del can. 1892 es demostrativa (Cappello, De Processibus, pág. 274, n. 323 sub 2 y pág. 277, n. 325 sub 2; "Monitor Ecclesiasticus", 1959, pág. 198 coram Pinna).

No puede negársele probabilidad intrínseca y extrínseca a la opinión afirmativa. Existe, pues, un "dubium juris" en cuya virtud los capítulos de nulidad de sentencia, no incluidos expresamente en los citados cánones 1892 y 1894, no pueden ser invocados para interponer la querrela de nulidad; sin olvidar que la querrela de nulidad —como la nulidad de la sentencia— es "res odiosa", sujeta, por tanto, a interpretación estricta (ni aun por analogía puede extenderse "de casu ad casum"); sin olvidar tampoco el principio general "quod in dubio standum est pro valore actus" (cfr. D. XXIV, 5, 12; c. 25, X, V, 40; cánn. 11 y 15). Ya en el Derecho romano se requería expresamente, para declarar la nulidad de un acto, que la nulidad fuera clara (1.12 y 19, Dig. 49, 1).

Conviene advertir que si una sentencia define dos capítulos —de los cuales uno solo fue propuesto y concordado y discutido—, la sentencia habrá decretado "ultra petita" respecto únicamente al capítulo no presentado; y aun cuando se afirme que por derecho natural fue nula en cuanto a este capítulo, no será nula respecto al capítulo propuesto, etc., porque "utile per inutile non vitiatur" (cfr. 1. 1 D., 45, 1). Contra la sentencia nula por un capítulo, distinto de los contemplados en los cánones 1892 y 1894, puede haber el remedio de la apelación o de la revisión de la causa o de la restitución "in integrum". (Cfr. Wernz-Vidal, De Processibus, pág. 593, n. 623). Ciertamente el can. 1880, n. 3, establece que la "sentencia vitio nullitatis infecta" es inapelable; pero se entiende de la sentencia que es nula por uno de los vicios señalados en el can. 1892 y, quizás, en el canon 1894 (Cfr. Lega-Bartocchetti, o. c., vol. II, pág. 281, n. 6)

La revisión de la causa impugnada de ordinario sentencias válidas; pero puede también impugnar sentencias nulas (al menos) por vicio insanable.

C) Restitución "in integrum"

La sentencia coram A. Fideicicchi, Baren., 12 januarii 1954, págs. 17-18, se plantea la cuestión de si en contra de una sentencia, confirmativa de otra que había rechazado la nulidad de un matrimonio impugnado por el capítulo de la amencia de la esposa, cabe el remedio de la "restitutio in integrum". Se invocaban dos motivos: a) la sentencia "rationibus decidendi fere est destituta"; b) "impeditam fuit jus defensionis" por defectuoso cumplimiento del can. 1862.

El turno rotal, estimando que la impugnada sentencia no adolecía de ninguno de esos dos defectos, deniega el explorado beneficio de la "restitutio in integrum". No deja de extrañarnos que haya sido admitida a discusión la aplicación de este remedio procesal contra una sentencia que definió una cuestión matrimonial. No negamos que existan otras decisiones rotales que

avalan esta orientación de la sentencia coram Fideicicchi (Cfr. SRRD., vol. 41 dec. 77, pág. 475, n. 5 coram Staffa; vol. 41 dec. 82, pág. 503, n. 9 coram Wynen; vol. 41 dec. 85, pág. 532, c. Felici —aun cuando estas sentencias no se plantean expresamente la cuestión—).

Pero nosotros creemos, en conformidad con algunos canonistas y algunas sentencias rotales que no es admisible (Cfr. Lega-Bartocetti, o. c., III, pág. 33, n. 3; Miguélez (Revista Española de Derecho Canónico”, 1949, página 360; SRRD., vol. 4 dec. 37, pág. 432 coram Sincero; decreto del 29 de mayo de 1952, c. Pinna, —en Torre, Processus Matrimonialis, pág. 389—; AAS., 11, 1919, 299 decisión de la Signatura Apostólica), porque el objeto específico de la restitución “in integrum” es —como señala el can. 1905, § 1— la “res iudicata” a tenor del can. 1902; y las sentencias matrimoniales, aunque puedan obtener la firmeza suficiente para ser ejecutadas (cánn. 1903, 1989) de una manera provisional (can. 1917, SRRD., vol. 14, dec. 19, n. 4, pág. 192, c. Parrillo), no adquieren —al menos mientras el matrimonio perdure la categoría de “res iudicata” (pudiera discutirse si la adquieren, una vez disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges; por la opinión negativa cfr. “Ephemerides Juris Canonici”, 1961, págs. 123 ss., c. Sabbatani; SRRD., vol. 25 dec. 1, pág. 2, c. Jullien; por la opinión afirmativa cfr. “Monitor Ecclesiasticus”, 1951, pág. 632, c. Teodori, comentada por Pinna; SRRD., vol. 14 dec. 19, pág. 192, c. Parrillo. Pero este no es el caso que comentamos).

La misma Instrucción “Provida” que con tanto detalle regula los remedios procesales, aplicables a las causas matrimoniales, da a entender, al silenciar la restitución “in integrum”, que este remedio no cabe en estas causas.

D) *Prueba, provocación y condonación del adulterio*

IV. La dec. coram J. M. Pinna, Cyprien., 20 maii 1954, págs. 425-433 trata un caso de separación perpetua por adulterio y de separación temporal por adscripción a una secta acatólica.

Nos interesa detenernos un poco en el primer capítulo.

Acertadamente afirma la sentencia:

“Qui adulterii compartis fuit tantummodo causa indirecta, v. g., quia noluit cum ea cohabitare, vel ei debitum aut alimenta denegavit, ius non amittit, iuxta communiorum doctrinam, divertendi...” (pág. 427, n. 5).

“Absonum est affirmare heic agi de adulterio dubio, eo quod sub Iudice erat validitas matrimonii cum Maria. Quousque enim non constet per iudicalem sententiam definitivam, nulli iam appellationi obnoxiam, de invaliditate, tamquam validum matrimonium considerandum est (can. 1014). Quod si, edita quoque duplici sententia conformi affirmativa, quaestio ad novum examen legitime revocetur, nondum constare de nullitate matrimonii dicendum erit, et standum por eius valore. Quapropter nuptiae attentatae, pendente iudicio super validitate vinculi, sunt illicitum contubernium; actus vero pseudoconiugales constituunt adulterium certum, formale, consummatum” (pág. 429, n. 9).

ivos parece oportuno añadir algunas consideraciones acerca: 1) prueba del adulterio; 2) provocación; 3) condonación.

1. En cuanto a la primera cuestión:

a) A veces hay testigos que en juicio declaran haber presenciado la realización de la cópula. No falta quien afirma que: “si testis deponeret de visu copulae, esset falsus seu de falso suspectus” (Cosci, De separatione tori coniugalis, II, cap. 14, n. 1). Pero conviene recordar lo que afirma la sentencia rotal coram Julliem (SRRD., vol. 24 dec. 19, pág. 170, n. 4): “In causis quae sunt difficilis probationis, ac praesertim si ex facti natura alii testes haberi non possint, admittantur oportet testes qui alias non admitterentur”; que viene a ratificar la opinión de Reiffenstuel: “Infames admittuntur in delictis nocturnis, in quibus alii testes haberi non possunt... eo quod aliae personae honestae communiter ibi non reperiantur... hoc maxime tunc procedit, quando neque actu neque habitu potest veritas negotii sive delicti aliter haberi, hoc est quando ex natura talis actus, siu criminis, non poterunt alii testes occurrere: uti accidit in furto, in adulterio et huiusmodi criminibus, quae communiter in occulto fieri solent” (Reiffenstuel, Ius can. univ., libr. II, tit. 20, n. 51 y 52).

b) Esos testigos son, a veces, los cómplices en el delito. Si atentamente consideramos lo que acerca de esta clase de testimonios afirman los canonistas de nota, debemos reconocer que, aunque esas declaraciones nunca constituyan prueba plena del adulterio pueden incluso tener valor de prueba semiplena (Cfr. Sánchez, De Matrimonio, libr. 10, disp. 12, n. 48; González Teller, Commentarium in Decret., libr. 2, tit. 18, cap. 1, n. 5-6; Santi-Leitner, Praelectiones Juris Canonici, libr. 4, tit. 19, n. 5; Reiffenstuel, o. c., libr. 2, tit. 18, n. 24, n. 107, n. 109; Schmalzgrueber, Jus ecclesiasticum universum, libr. 2, tit. 18, n. 5, n. 6, n. 9; Barbosa, Collect. Doct., libr. 2, tit. 16, cap. 5, n. 4 y libr. 2, tit. 20, cap. 10, n. 1, n. 3; Engel, Collegium univ. jur. can., libr. 2, tit. 20, n. 36, etc., etc.).

c) En otras ocasiones es el mismo litigante quien fuera del juicio eclesiástico o en el mismo juicio eclesiástico reconoce su delito. La primera confesión es extrajudicial. Su valor debe ser apreciado en cada caso por el juez a tenor del can. 1753.

La segunda confesión es judicial. Con ella puede convertirse el adulterio en notorio “notorietate juris” (can. 1750 y 2197, n. 2) de tal suerte que, a veces, no sea necesaria una ulterior prueba (can. 1747, n. 3) —porque esa confesión, tan contraria a la inclinación natural a autoacusarse tan gravemente, no puede menos de constituir un argumento gravísimo probatorio—. Tratándose, sin embargo, de un asunto en el que está interesado el bien público (de interés público es la obligación de la convivencia conyugal nacida de la misma naturaleza de la institución matrimonial) esa confesión no siempre es suficiente para considerar demostrado el adulterio en orden a decretar la separación perpetua.

d) Lo normal es que la realización de la cópula no pueda probarse con certeza moral más que de una manera indirecta o presuntiva en virtud del principio establecido en la Regla de Derecho 43 del Sexto: "Inspicimus in occultis quod est verissimilius et quod plerumque fieri consuevit" (Cfr. Victorio Bartoccetti, *De Regulis Juris* —1955—, pág. 168). Para un amplio estudio de la noción, división, valor probativo, etc., de la presunción nos permitimos remitir a nuestra obra: "La prueba presuntiva en los procesos rotales de nulidad matrimonial por simulación total y parcial", Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1960.

La presunción, en sentido subjetivo, es una conclusión racional deducida de unos hechos concretos y moralmente ciertos que, sin ser el hecho que constituye el objeto de esa conclusión, están —según dicta la experiencia basada en las leyes de la naturaleza humana y en las circunstancias del caso— relacionados con él. Esa conclusión será tanto más firme cuanto más estrecha sea —según da a conocer aquella experiencia— la conexión de los hechos primeros con el hecho segundo que se trata de descubrir. Para llegar, pues, a una conclusión presuntiva, pero moralmente cierta, de la existencia de la cópula es preciso: a) demostrar con certeza moral, por cualquier medio probatorio legal, la existencia de unos hechos determinados; b) que estos hechos, aunque no sean la cópula misma, estén con ella tan necesariamente relacionados —en el caso que se ventila— que no puedan razonablemente explicarse si no se admite la realización de la cópula (porque la experiencia enseña que, cuando esos hechos se dan, de ordinario se da también la cópula). El derecho no especifica —ni puede especificar— qué hechos tienen, en cada caso, esa relación tan íntima con la cópula; es el recto criterio del juez el que, —atendidas todas las circunstancias de lugar, tiempo, personas, etc.— debe determinarlo, teniendo en cuenta que el conjunto o convergencia de varios hechos puede dar a conocer la requerida conexión (con la cópula), de la que uno a uno carecería.

2. Respecto a la segunda cuestión planteada baste señalar la autoridad incuestionable de varios canonistas que sostienen que el cónyuge inocente no queda privado del derecho a la separación perpetua por el adulterio del otro cónyuge cuando él fue causa no directa, sino simplemente indirecta (v. gr., negándose a cohabitar, negándose a sostener económicamente a la familia, etc., etc.) del referido adulterio: (Sánchez, o. c., libr. 10, disp. 5, n. 6; Reiffenstuel, o. c., libr. 4, tit. 19, n. 70; Gasparri, *De Matrimonio*, vol. II —1932—, pág. 244, n. 1173; Wernz-Vidal, *Jus Matrimoniale*, pág. 843, n. 639, nota 113; Cappello, *De Matrimonio*, pág. 825, n. 826 sub 5; Vlaming-Bender, *Praelectiones Juris Matrimonii*, pág. 513, II sub b).

Pero si indirectamente lo provoca con la dolosa intención de que el otro cónyuge, obligado por la necesidad, adultere, consentiría implícitamente en ese adulterio.

3. El adulterio expresa o tácitamente condonado por el cónyuge inocente priva del derecho a obtener la separación conyugal perpetua (can. 1129, § 1).

Así como el consentimiento es revocable y afecta únicamente al adulterio futuro, la condonación es irrevocable y no puede recaer más que sobre adulterios pasados; no tiene, pues, ninguna eficacia respecto a los adulterios que se cometan con posterioridad a la condonación de un adulterio pretérito (Schmalzgrueber, *Jus Ecclesiasticum Universum*, libr. 4, tit. 19, n. 108; Sánchez, o. c., libr. 10, disp. 5, n. 20) ni, por consiguiente, respecto al adulterio habitual (Santi-Leitnez, o. c., libr. 4, pág. 341; SRRD., vol. 40 dec. 28, n. 6); presupone el conocimiento cierto (sin que sea suficiente la duda o la sospecha) del adulterio, porque “nulla est remissio injuriae ignoratae” (Pirhing, *Jus Canonicum*, libr. 4, tit. 19, n. 14); conocimiento que no se presume (Cosci, o. c., libr. 3, cap. 10, nn. 12-14) a no ser que el adulterio sea notorio (cánn. 16, § 2 y 2197; Michiels, *Normae Generales Juris Canonici*, I, pág. 449, n. 4; Michiels, *De delictis et poenis*, I, pág. 140, nn. 1-2).

Para que deje de tener eficacia la presunción establecida en el can. 1129, § 2 —sobre la condonación tácita— no es suficiente acusar el adulterio en orden a obtener el castigo del culpable y no en orden a conseguir la separación conyugal perpetua; así la condonación del adulterio en cuanto de él procede el derecho a interponer la acusación criminal pero no en cuanto a él se deriva el derecho a solicitar la separación conyugal, no priva de este último derecho.

Un adulterio condonado no puede neutralizar o compensar otro adulterio que el cónyuge condonante cometa posteriormente (Sánchez, o. c., libr. 10, disp. 6, nn. 6-7, pág. 335; Schmalzgrueber, o. c., libr. 6, tit. 19, n. 108, pág. 412).

La condonación debe ser sincera (Cosci, o. c., libr. 2, cap. 9, nn. 48-49).

La condonación tácita existe cuando el cónyuge inocente, conocedor del adulterio convive pacíficamente con el cónyuge culpable tratándolo (sin que ningún motivo aun de simple urbanidad le obligue) con familiaridad y afecto (Sánchez, o. c., libr. 10, disp. 14, n. 17-19; Reiffenstuel, o. c., libr. 4, tit. 19, n. 77-78). La convivencia material que no vaya acompañada de afecto marital no bastaría; aun cuando esa convivencia argüirá, al menos con frecuencia, ese afecto marital; especialmente si el cónyuge culpable, una vez expulsado del domicilio, es de nuevo espontáneamente admitido (Sánchez, l. c., n. 17; SRRD., vol. 29, dec. 1, n. 5).

El canon 1129, § 2, establece que la tácita condonación (o mejor, atendiendo al can. 118, § 2, del Código matrimonial oriental, el afecto marital) se presume si el cónyuge inocente deja pasar un semestre, después de haber conocido con certeza el adulterio, sin despedir o abandonar o acusar, en orden a obtener la separación, al cónyuge culpable.

Para que cese, pues, esta presunción es preciso que el cónyuge inocente realice, antes de transcurrir el semestre, cualquiera de los tres actos señalados (advértase que a los actos de “despedir” o “abandonar” se equipara el hecho de quedar disuelta la convivencia conyugal). Será necesario y suficiente que, durante ese plazo, o el inocente —que aún sigue cohabitando con el culpable— interponga la demanda de separación, o quede rota la con-

vivencia porque el culpable se marchó o fue despedido o fue abandonado (el solicitar del tribunal competente la separación no se requiere, por tanto, más que en el caso en que, antes de finalizar ese período, no hay quedado disuelta la cohabitación; como tampoco es necesario que, antes de concluir el semestre, quede rota la convivencia más que en el caso en que, antes de cesar el semestre, no haya sido oficialmente solicitada la separación por parte del inocente).

Se trata, sin embargo, de una presunción "juris" que, por tanto, admite prueba en contrario que debe ser aportada por el cónyuge inocente; él es quien debe probar que esa convivencia prolongada por ese semestre —sin que haya sido interpuesta la demanda de separación— fue puramente material (y no familiar, afectuosa, espontánea). Cuando se alega, pues, una condonación expresa o tácita (que, a la vez, no es *presunta* o legalizada por el can. 1129, § 2) debe probar su existencia el cónyuge culpable que la invoca y mientras él no la demuestre con certeza moral, el cónyuge inocente no puede ser privado, por razón de la presentada condonación, del derecho cierto, de que goza, a la separación perpetua.

En cambio si se trata de una condonación expresa o tácita y, a la vez, presumida en el citado can. 1129, § 2, al culpable compete únicamente la obligación de demostrar con certeza moral el hecho constitutivo de la presunción, y sobre el inocente recaerá el peso de probar, también con certeza moral, que la convivencia, aunque se prolongó durante el semestre, no fue espontáneamente afectuosa, etc.

Finalmente la sentencia, que comentamos, toca un punto de importancia: "Ex contractu nuptiali oritur obligatio viri praestandi alimenta uxori, et versa vice si vir, citra culpam, in egestatem inciderit. Hoc officium non cessat per institutam accusationem nullitatis matrimonii vel per petitam separationem. Ideo nequit vir eximi ab alimentis uxori praestandis "ne tunc quidem cum mulier ex se, vel ex sua familia, habeat unde vivat". Declarata autem nullitate matrimonii, vel vinculo dissoluto, cessat obligatio, minime vero separatione impetrata, esto ob uxoris culpam" (pág. 428, n. 7).

Acerca del estudio de esta cuestión nos permitimos remitir a nuestro comentario publicado en esta misma Revista, vol XVIII, septiembre-diciembre, 1963, núm. 54.

JUAN JOSÉ GARCÍA FAILDE

Fiscal del S. Tribunal de la Rota Española