

TRIBUNAL ECLESIASTICO DE LA ARCHIDIOCESIS
DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

**NULIDAD DE MATRIMONIO
(INCIDENTE 'DE IURE APPELLANDI')**

Ante el M. I. Señor Don Manuel Calvo Tojo

Decreto definitivo de 18 de junio de 1985 (*)

SUMARIO:

I. Antecedentes: 1. Matrimonio y fracaso de la convivencia. 2.3. Dubio concordado. 4. Ambigua actitud procesal del demandado, práctica de la prueba y decreto denegando la ampliación del Dubio pedida por el esposo. 5. Impugnación del decreto y cuestión de apelabilidad interpuestas por el demandado, y decreto del Juez al respecto. 6. Decreto sobre la ampliación de prueba propuesta por el demandado, y escritos de impugnación de los dos decretos. 7. Nuevo decreto y posterior providencia declarando la caducidad de la cuestión de apelabilidad. 8. Recurso del demandado ante el Tribunal Metropolitano y objeto del mismo. 9. Decisión del Tribunal Metropolitano. II. In iure et in facto: 10. Observaciones previas. 11. La cuestión de la apelabilidad: A) Aspectos generales; B) Decisiones judiciales inapelables; C) Apelabilidad del decreto que rechaza la inclusión de un nuevo capítulo de nulidad del matrimonio; D) Apelabilidad de decisiones que rechazan modos de prueba. 12. La cuestión de la apelación: A) Requisitos para la incorporación de un capítulo de nulidad y para su posterior modificación; B) En cuanto a la inadmisión de las pruebas. III. Parte dispositiva: los decretos en cuestión son apelables y son reformados.

DECRETO DEFINITIVO

Colegialmente reunidos los jueces don Juan Vázquez Camino, don Manuel Botana Agra y don Manuel Calvo Tojo (Presidente y Ponente) para deliberar en la causa incidental *de iure appellandi* promovida por don V frente a los decretos dictados por el Tribunal de C1 el 22 de octubre de 1984 y el 20 de noviembre del mismo año en la causa de nulidad de matrimonio que ante dicho Tribunal pende entre doña M y el precitado señor V, acordaron y decidieron lo que sigue:

(*) Interesante, desde el punto de vista meramente procesal, esta sentencia interlocutoria del tribunal de Santiago de Compostela. En la fijación del objeto del proceso en la admisión de los medios de prueba, se producen diversas anomalías procesales en las actuaciones del tribunal de primera instancia, tanto por parte de las decisiones del juez como cierta ambigüedad de los letrados, especialmente del de la parte demandada. En consecuencia, ésta plantea la cuestión sobre el derecho de apelación contra sendos decretos judiciales que le impedían añadir un capítulo de nulidad al dubio formulado y rechazaban varias de las pruebas solicitadas. El presente decreto declara la apelabilidad de los decretos y los reforma.

I. ANTECEDENTES

1. Don V y doña M contrajeron entre sí matrimonio canónico el día 12 de marzo de 1983 en Vigo. El varón contaba cuarenta y siete años de edad; la mujer, cuarenta; para ambos eran sus segundas nupcias: ella obtuvo la dispensa pontificia 'super rato' de su primera unión; él, la declaración de nulidad del conyugio precedente.

Dos días antes de la boda pactaron, como régimen económico matrimonial, el de separación de bienes.

No hubieron descendencia entre sí.

Ni, según parece, felicidad más allá de la primera luna, la 'de miel'.

De hecho, el 21 de julio de 1983 —a cuatro meses del conyugio— el varón requería notarialmente a su consorte para que ésta reconociese que 'su matrimonio con el requirente está roto, no siendo posible en modo alguno la convivencia entre ellos. Y que se avenga a otorgar escritura de separación de hecho' (fol. 15 vto.).

Al siguiente día, 22 de julio, es la esposa la que se persona en el puesto de la Guardia Civil, en C2 (Cantabria) a denunciar que su marido 'desde mediados de abril la viene invitando a que abandone el domicilio conyugar' (fol. 20). De ser así, es cierto que el 'matrimonio' no duró más de una luna.

2. En escrito fechado del 14 de enero de 1984, la esposa acudió al Tribunal de C1 solicitando la declaración de nulidad del conyugio por los capítulos de: A) 'Incapacitas assumendi onera matrimonii essentialia ex parte viri'; B) Dolo provocado por el mismo para obtener el consentimiento de ella; C) Exclusión de la indisolubilidad por parte del contrayente.

El demandado se personó en autos; contestó la demanda; y en el apartado duodécimo de su escrito alude a que la demandante 'había sido tratada por un psiquiatra de C3' (fol. 57).

3. El día 2 de abril de ese año 1984 tuvo lugar la sesión de fijación de los dubios; ante el Ponente asistido del Secretario comparecieron el Defensor del vínculo, el Abogado-Procurador de la promovente y el Letrado y, además, el Procurador del marido promovido.

Entre otras causas, se estableció como objeto del proceso las *tres causales* invocadas en la demanda (vide supra, núm. 2).

El acta refleja, además, que 'a petición de esta parte' (se refiere al varón) se fija como dubio de nulidad el siguiente:

'Si consta de la incapacidad de la esposa para acusar la nulidad del matrimonio, y que esta misma incapacidad anterior a la celebración le hubiese incapacitado para prestar un consentimiento válido.'

La representación de la adversa se opuso, 'in situ', *rotundamente* a la admisión de tal capítulo de nulidad porque —dijo— 'ello supondría un cambio en la actitud procesal, ya que de simple oponente a la demanda se convertiría en reconviniente' (fol. 60).

Y se levantó la sesión, previa la firma de todos los asistentes.

4. Mediante decreto del día 5 del mismo mes y año, el Ponente requiere a la representación del señor V para que manifieste al Tribunal, por escrito, si la invocada 'incapacitas' de la esposa la propone o como *excepción* o como *acción* (capítulo de nulidad de matrimonio); en este segundo supuesto 'aportará documentos y medios de prueba para

demostrar que no es fútil ni temeraria dicha alegación, pudiendo aportar otras pruebas en el momento procesal oportuno' (fol. 62).

El causídico de don V respondió al referido decreto judicial en términos un tanto ambiguos; señala, en efecto, que 'la supuesta incapacidad de la esposa no debe tramitarse como excepción, y que la actitud procesal de esta parte, en relación con ello, es únicamente de oposición' (fol. 63).

Pero, a reglón seguido, escribe: 'Respecto de la salud psíquica de la demandante no podemos aportar pruebas en este momento del proceso, ya que versarán sobre los informes médicos periciales que en su día se emitan si se admite y practica la prueba que propongamos oportunamente, y los antecedentes clínicos que se reclamen y vengan a la causa, que sólo se facilitan a petición del Tribunal' (ibid.).

El Juez, el 8 de mayo de 1984, decretó que 'visto el escrito' (a que acabamos de referirnos) del marido 'tener a dicha parte como simple opositora (oponente, quiere decir) a la pretensión de nulidad instada por la esposa' (fol. 64).

Y abrió el período probatorio del proceso, fase propositiva, por término de veinte días.

Ambas partes ofrecieron amplios y variados medios instructorios. La *esposa* pidió valerse de a) examen judicial de ambos litigantes; b) documental; c) testifical (comprensiva de una nómina de siete personas).

El varón ofertó, paralelamente, esas tres modalidades de instructoria (con una lista de seis testigos) y, *además*, solicita que se recabe informe médico-psiquiátrico al doctor A de C3, relativo a un tratamiento clínico que —según dice— dispensó en su día a la ahora demandante.

El juez, en decreto del 12 de junio siguiente, *admitió* todos los medios de prueba ministrados por cada una de las partes; rechazó, en cambio, los interrogatorios articulados por la representación del varón, y mandó intercambiar 'los escritos todos de pruebas que presentaron ambas partes, para que, en plazo perentorio de cinco días, aleguen lo que crean conveniente' (fol. 81); y a la vez, *en el mismo decreto*, ordenó 'librar los exhortos y oficios a que haya lugar' y decidió que 'se abre la segunda parte del período probatorio con plazo de cuarenta días' (ibid.).

Ese intercambio de los medios de prueba desencadenó un ir y venir de escritos de los Abogados respectivos.

Así las cosas, el Procurador del señor V solicitó a medio de escrito del 9 de julio de 1984, ampliación de la proposición de prueba documental: que se uniesen al proceso las actas del expediente administrativo de dispensa pontificia del primer matrimonio de la señora M instruido en el propio Tribunal de C1.

La adversa se opuso a tal pretensión.

El juez resolvió, decretoriamente, el 21 de julio (siempre de 1984), entre otras cosas, que 'no se admite, en este momento procesal, la ampliación de prueba solicitada' (fol. 108) añadiendo que tal negativa no significa indefensión porque le queda al peticionario —dice el decreto— la posibilidad de poder presentar nuevas pruebas en el período de publicación de las actas (c. 1998.2) e, incluso, después de la conclusión del período probatorio (c. 1600) (ibid.).

Y la práctica de la prueba siguió su curso. Declararon las partes; declararon los testigos; fue llegando la documental excepto el informe psiquiátrico solicitado a C3.

En decreto de 1.º de octubre el juez concedió a la representación del varón un plazo 'perentorio' de tres días para allegar el repetido informe médico; y, a la vez, declaró públicas las actas; y, a la vez, facultó expresamente a las partes para 'presentar otros

medios de prueba a fin de completar todos aquellos extremos que no aparezcan suficientemente claros' (fol. 314).

En escrito del día 6 de ese mismo mes, el causídico de don V solicita del Tribunal que, visto todo cuanto consta en autos, se añada al 'dubium' en su día concertado la causal de nulidad del matrimonio fundada en la 'incapacidad de doña M para constituir con el marido un consorcio para toda la vida y para la adecuada relación interpersonal conyugal' (fol. 315).

La parte contraria se opuso a tal pretensión alegando, básicamente, que: a) el varón fijó en su día su postura procesal: opuesto a la demanda; b) la acción reconvenzional hay que proponerla, por imperativo del c. 1463, en plazo de treinta días a partir de la contestación a la demanda (fol. 318).

El Tutor del matrimonio se mostró también contrario a tal pretensión del señor V (fol. 319).

El Ponente resolvió, en decreto del 22 de octubre de 1984, que 'no ha lugar a lo que se pide' y añadió que 'a tenor del c. 1629, 5.º, no cabe apelación contra este decreto, sin que ello signifique indefensión ya que al demandado le quedan dos vías abiertas: presentar una nueva demanda en base a lo que pide, y lo que se dispone en el c. 1683' (fol. 320).

5. No se aquietó el varón; en escrito del 30 de ese mismo mes manifestó su razonada disconformidad con la decisión judicial: que la petición de modificación del 'dubium' no constituye, en realidad, una reconvencción; que, en cualquier caso, dicha parte viene solicitando —ya desde la contestación a la demanda— la incorporación de capítulo de nulidad fundado en defecto de consentimiento válido en la mujer; y que las 'soluciones' que le apunta el decreto son lesivas para dicha parte y para la justicia. En base a su exposición peticiona: a) la reposición del decreto del día 22 del corriente mes; en caso negativo: b) interpone apelación frente al mismo; de no prosperar alguna de las dos precedentes peticiones, c) interpone 'cuestión de apelabilidad' (fols. 351-352).

La Asesoría Técnica de doña M alegó lo que consideró oportuno y llega a la conclusión de que ninguna de las escalonadas peticiones de la parte contraria es admisible en derecho (fols. 356-358).

La defensa del vínculo asumió, *expressis verbis*, los razonamientos del Abogado de la mujer (fol. 349).

Con fecha 20 de noviembre (1984) recayó nuevo pronunciamiento judicial sobre el tan debatido tema. El decreto recapitula lo actuado al respecto; sostiene que no es tiempo procesalmente hábil para interponer *reconvencción* y califica el incidente como 'falta de toda lógica por oponerse a la declaración de nulidad y, al mismo tiempo, pedirla', etc. Y decide 'mantener íntegramente todo lo decretado hasta el día de la fecha... no cabe apelación contra el decreto de 22 de octubre pasado y como consecuencia lógica tampoco se puede plantear la cuestión *de iure appellandi* (fol. 376); pero, en la segunda parte del mismo proveído, señala que si la parte 'insiste en la cuestión de apelabilidad lo solicitará mediante nuevo escrito, cuyo derecho no se le niega por parte del Tribunal pero sin que ello signifique la paralización del proceso'... (fol. 377).

6. Todo esto, aun siendo mucho, ¡no es todo!

Aprovechando las facultades otorgadas por el decreto de 1 de octubre (1984) al publicar las actas, ambas partes ofrecieron ampliación de prueba. La esposa, *documental* varia (fols. 321-323); el varón, *documental*, *examen judicial* complementario de cada uno de los litigantes, *testifical* (con nómina de nueve testigos), y pericial psiquiátrica sobre las actas todas de la causa (fols. 360-365).

En el ya ultrarrepetido decreto de 20 de noviembre, el Juez decidió —aparte de lo que queda ya referenciado— admitir los medios instructorios aducidos por la libelante. En relación con los del marido convenido rechazó el ‘careo’ y el complemento del examen judicial de cada uno de los consortes; de la *documental* declaró inatiente el traslado a esta sede canónica de actuaciones mantenidas por doña M ante la jurisdicción estatal los años 1964 y 1984; de la *testifical* admitió cuatro de los nueve testigos elencados; y, finalmente, la pericial médica la dejó al arbitrio de la señora M (eso significan las palabras ‘por si quiere someterse a esta prueba voluntariamente’; fol. 377/e) y, además, advierte que ‘los Peritos los designa el Tribunal’ (ibid.) (es de advertir que el proponente encomienda la pericia a un psiquiatra concreto y determinado).

La representación procesal de don V no se aquietó —una vez más— a tal pronunciamiento, e interpuso el 29 de noviembre recurso de *apelación* contra el tan repetido decreto del 20 de noviembre en la parte que deniega la admisión de tales probanzas (fol. 452) y en igual fecha, pero en escrito distinto, reiteró su anterior de apelación —y la subsidiaria de apelabilidad— contra la decisión del 22 de octubre por cuanto la del 22 de noviembre se reafirma en la denegación del derecho de la parte a apelar aquél, e incluso al de entablar cuestión de ‘iure appellandi’ (fol. 453).

7. Pero ¡hay más todavía!

El decreto de 6 de diciembre decide, entre otras cosas, a) admitir ‘el derecho de apelabilidad’ frente a los dos pluscuarrepetidos decretos del 22 de octubre y 20 de noviembre; b) que se practiquen las pruebas (de la segunda proposición) admitidas, sin paralizar el curso de las actuaciones; c) enviar fotocopia autenticada de todas las actas al Tribunal de apelación, y d) conceder a la parte recurrente ‘plazo perentorio de *diez días* para fotocopiar las actas del proceso, que serán enviadas directamente por este Tribunal al Metropolitano de Santiago de Compostela’ (fol. 455).

La copia de este decreto la recibió el Procurador del marido el día 19 de diciembre de 1984 (fol. 456).

Sin mediar petición de parte ni del Ministerio Público, en Providencia del día 3 de enero de 1985 se declara ‘a la parte demandada decaída en su derecho de apelabilidad’ (fol. 475), sin duda por estimar que había transcurrido inútilmente el plazo hábil al efecto.

8. En muy razonado escrito del 21 de diciembre (1984), presentado en la Secretaría de este Tribunal compostelano el día 29 del mismo mes y año, el Procurador prosigue, en nombre de don V, el doble recurso interpuesto reiteradamente en primera instancia.

Copia de tal escrito se envió —anexa a la cédula de citación y emplazamiento— a doña M. Esta se personó en la apelación. Y, el mismo día señalado para la fijación de los dubios, la representación de la esposa apelada presentó escrito solicitando que el recurso sea rechazado ‘a limine litis’ por haber transcurrido el plazo hábil para proseguirlo (fols. 25-27 de segunda instancia; en lo sucesivo, ésta será citada abreviadamente en guarismo: 2.*).

El causídico del marido apelante se opuso a tal pretensión pero solicitó un breve plazo para alegar por escrito, plazo que se le confirió de tres días.

Y el objeto concreto del proceso se estableció, a presencia de los representantes de ambos litigantes y del Tutor del vínculo, en estos términos jerárquicamente escalonados:

A) Si ha decaído el derecho del apelante a proseguir la apelación por el invocado transcurso del plazo otorgado al efecto.

En caso negativo (esto es, que no haya decaído el derecho en cuestión),

B) Si los decretos dictados por el Tribunal de C1 el 22 de octubre de 1984 y el 20

de noviembre del mismo año son apelables o si, por el contrario, no admiten apelación.

En caso afirmativo (esto es, que resultasen apelables, y en cuanto lo fueren),

C) Si tales decretos, en las materias en que fueron recurridos, han de ser confirmados o, por el contrario, total o parcialmente reformados (fol. 28, de 2.^a).

9. Oída la parte declamante —que negó que su derecho a proseguir el recurso hubiese decaído— y el Ministerio Público (quien sostuvo que la pretensión de la esposa ‘carece de todo fundamento jurídico y fáctico’; fol. 32 de 2.^a), el infrascrito Ponente desestimó, en decreto razonado, la ‘excepción’ de caducidad del derecho del reclamante a proseguir el recurso puesto que: A) el juez fijó, el día 6 de diciembre, un plazo de *diez días*: se refiere a la facultad de ‘fotocopiar las actas’; no por tanto, al término para proseguir la apelación; B) aun en el supuesto —no admitido más que a fines dialécticos— de que intentase delimitar los días hábiles para recurrir, tal intento sería quimérico porque los plazos de las apelaciones —de toda apelación— están fijados por la Ley (esto es, son plazos *legales*): quince días para interponer (c. 1630), un mes para proseguir (c. 1633), plazo este último que puede ser *ampliado* discrecionalmente por el Juez ‘a quo’ (c. 1633), pero *nunca* aminorado salvo que *las partes* (conjunta o separadamente) lo solicitaren (c. 1465.1) petición que en el caso presente no se ha formulado; C) en cualquier caso, el apelante actuó dentro de los diez días (porque se le notificó el decreto el 19 de diciembre y el 29 del mismo mes y año presentó su recurso en esta segunda instancia). Por tanto, vistas las razones referidas, se desestimó, lógicamente, la infundada excepción de caducidad del derecho a proseguir.

En el mismo decreto (fols. 33-35 de 2.^a) se confirió a las partes la facultad de presentar, por escrito, sus ‘conclusiones’ respecto al fondo del incidente tal como pende en esta instancia segunda. Las dos secundaron la invitación manteniendo cada una sus respectivos puntos de vista (fols. 36-42 de 2.^a).

El Defensor del vínculo opinó, finalmente, que los dos decretos en cuestión son apelables y que los dos deben ser reformados en las partes en que fueron apelados.

En sesión del día 15 de julio del año en curso el Colegio judicial respondió *afirmativamente* a los tres apartados de la concertada fórmula de dudas; esto es, que ‘no ha decaído el derecho del apelante para proseguir la apelación por el invocado transcurso del plazo otorgado al efecto; que los decretos dictados por el Tribunal de C1 —de 20 de octubre y 22 de noviembre de 1984— son apelables, y, que tales decretos han de ser totalmente reformados”.

II. IN IURE ET IN FACTO

10. Observaciones previas

1.^a De la extensa relación fáctica que antecede se infiere que la tramitación del proceso en instancia precedente adolece de una serie de deficiencias que gustaría no encontrar. Más que una serie ordenada de actos, de partes y de Juez, encaminados a la búsqueda de la verdad objetiva para poder administrar justicia con rectitud y equidad —que es el objeto de todo proceso— el presente se ofrece como un casi laberinto caótico del que quizá sólo milagrosamente podrá emanar luz nítida.

No es objeto de esta apelación señalar cada una de las deficiencias que se han deslizado hasta la suspensión de la tramitación. Se observa, eso sí (y como principio

merece ser alabado), un afán por acelerar la instrucción del proceso; pero tal afán es detestable si perjudica el recto orden de procedura establecido en el ordenamiento canónico y, en consecuencia, ensombrece —más que esclarece— el camino conducente a la verdad.

El amontonamiento de escritos no siempre es directamente proporcional al nivel de certeza a obtener; lo que casi siempre se consigue es un enconamiento por parte de todos, una aceleración del pulso con disminución proporcional de los reflejos mentales, y se suele llegar a faltar al respeto que todos los intervinientes en la causa se deben guardar desde la función que la ley encomienda a cada cual.

2.^a En esta apelación *penden exclusivamente* —como de la formulación dubial cenitalmente se deduce— unas cuestiones de carácter *estrictamente procesal*. El tema *sustantivo* que se debate en el proceso —la validez o nulidad del matrimonio; y, ésta por una o varias causales; en uno de los contrayentes o en los dos (sea, en este último supuesto, en forma *absoluta* o independiente sea con carácter *relativo*)— es totalmente ajeno a esta sede; es competencia sacramentalmente exclusiva del colegio judicial de primera instancia. Ni podemos ni queremos entrar —ni de lejos, en forma de simple suposición o insinuación— en ese espacio. Por tanto, cualquier expresión que pudiera ser interpretada en tal dirección dejamos constancia, desde ahora mismo, que es meramente fortuita y preterintencionada.

11. *La cuestión de la apelabilidad*

A) *Aspectos generales*

A nadie se le oculta que la decisión judicial, toda decisión judicial (sea sentencia definitiva, sea interlocutoria o sea un mero decreto, cc. 1589.1, 1607, 1617), puede irrogar un perjuicio al interés privado (a una parte litigante o a más de una) y/o al interés público (en las causas en que éste entra en juego). El remedio ordinario a ese perjuicio —que, eso sí, puede ser objetivo o meramente subjetivo: que ‘la parte se considera perjudicada’, c. 1628— es invocar el ministerio del Juez superior; es lo que se denomina *apelación*.

Ahora bien, en razón precisamente del excesivo subjetivismo que casi siempre anida detrás de un proceso, en razón de evitar el que los litigios se hagan ‘inmortales’, etc., el ordenamiento procesal canónico —al igual que los estatales, v. gr. en España el Título IX del Libro Primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en lo sucesivo LEC— deniega la apelación a una serie de decisiones judiciales; así, el c. 1880 de 1917 enumeraba *nueve* supuestos en los que no cabía apelación; su paralelo vigente, el c. 1629, reduce a *cinco* los casos inapelables.

Pero si la parte que se ‘considera perjudicada’ con el pronunciamiento judicial estima que éste es apelable y el juez opina que no cabe apelación surge la ‘cuestión de apelabilidad’. La Ley de procedura debe prever y regular tal hipótesis, nada infrecuente, además. El artículo 398, entre otros, de la española LEC establece los mecanismos a seguir cuando el juez de primera instancia deniega la admisión de la apelación.

El abrogado CIC de 1917 nada decía al respecto. Tan importante laguna la cubrieron, en primer lugar, las ‘Normas del Tribunal de la Santa Rota Romana’ aprobadas el 22 de junio de 1934 por el Papa Pío XI (cf. C. Bernardini, *Leges Processuales vigentes apud S. Rotae Tribunal*, ed. altera, Romae, 1947) cuyo artículo 159.1 establece que ‘si surgiere cuestión acerca del derecho a apelar la resolverá el Turno al que compete el juicio de apelación’.

De ahí pasó a la Instr. *Próvida Mater* del 15 de agosto de 1936, cuyo artículo 215.3 señala que ‘si surge alguna cuestión acerca del derecho a apelar conocerá de ella el

tribunal de apelación' (videsses J. Torre, *Processus Matrimonialis*, ed. 3.^a, Neapoli, 1956, pp. 411-413).

El Codex de 1983 no podía no aludir al tema. Lo incluye en el c. 1631: 'Si surge una cuestión sobre el derecho de apelación ha de dirimirla el tribunal de apelación...'. Añade dos importantes matices: el Tribunal de apelación ha de actuar con la *mayor rapidex* posible —'expeditissime'— ateniéndose a las normas del proceso contencioso oral.

Del texto legal se infiere, entre otras cosas, que el Juez ante el que se plantea conflicto de apelabilidad frente a cualquier decisión suya no puede él *negar nunca* el acceso al Juez de apelación (a determinar según el prescrito de los cc. 1438, 1439, 1444.1.1.º); no puede escudarse ni en la lentificación que se acarrea a la tramitación de la causa principal ni en la futilidad —según su criterio— del tema sobre el que se suscita la controversia 'de iure appellandi', etc. Está en juego el derecho de defensa de la parte que se considera gravada con la decisión dudosamente apelable, y ese derecho, por rozar el Derecho Natural, *prima* sobre cualquier otra consideración. Esto es incontestable.

Los otros dos aspectos del canon —nuevos en relación con el artículo 215.2 de la *Provida Mater*— oneran al Tribunal 'ad quem': actuará con la mayor celeridad posible y, para mejor conseguirlo, sustanciará el recurso a tenor de las normas del proceso contencioso oral (nuevas en el CIC de 1983; cc. 1656-1670).

Hasta podría parecer petulancia —por ser tema no indispensable para la resolución de este incidente— al entrar aquí en los antecedentes históricos y en los principios informadores del proceso oral (cfr., si vis, A. Nicora, *Il Principio di Oralità nel Diritto processuale civile italiano e nel Diritto processuale Canonico*, Roma, 1977; especialmente las páginas 391-418 y 609-637); ni es preciso, a los efectos aquí intentados, describir la columna vertebral —la audiencia; cc. 1662-1667— de tal proceso.

Una cosa, eso sí, es conveniente clarificar: hay que distinguir muy bien la sustanciación (en grado de apelación) de la cuestión relativa al *ius appellandi* o apelabilidad de una decisión judicial (sentencia interlocutoria/decreto), de la sustanciación *de la materia misma apelada* et quatenus sea susceptible de ser recurrida). Son dos temas diferentes sometidos —en teoría al menos— a dos actuaciones diversas y sucesivas; la primera será resolver si la parte reclamante tiene o no tiene *derecho a apelar* un pronunciamiento judicial habido en instancia precedente. Si se declara que carece de tal derecho, *res finita est*. Pero si se reconociere esa facultad, las actas serán devueltas —en teoría al menos— al Tribunal 'a quo'; y la parte presuntamente perjudicada *puede* (si quiere) interponer la apelación propiamente dicha contra ese pronunciamiento dando así lugar a una segunda etapa de actuación del Tribunal de apelación. Obvio es que esto no sucede en la práctica: quien petitiona la declaración del derecho a apelar pide también, con carácter subsidiario, que en el mismo y único veredicto se reforme la decisión del juez precedente que considera lesiva a sus intereses. Pero —entiende este colegio— el proceso contencioso oral es aplicable *solamente* a la sustanciación o reforma de la decisión misma judicial apelada; nos fundamos en la letra y en el espíritu del canon 1631 ('si surge cuestión sobre el *derecho de apelación*...'); si se tratan las dos cuestiones simultáneamente —apelabilidad, apelación— el contenido y la gravedad suelen ser muy distintos: la apelabilidad no suele ofrecer dificultades; la apelación, en cambio, puede y suele requerir la práctica de más complejas pruebas, estudio más minucioso de todo lo actuado, etc.

In facto. a) Es indudable la competencia de este Tribunal compostelano para conocer del presente recurso (c. 1438, 1.º).

b) Hemos optado por enviar la tramitación al proceso contencioso *ordinario* (si bien en la forma más abreviada posible, c. 1670) en razón a que pende no sólo la 'quaestio appellandi' sino también la 'res appellata'.

B) *Decisiones judiciales inapelables*

Están elencadas en el vigente c. 1629.

La que al presente nos atañe es la que figura en el núm. 4: 'Nunca cabe apelación... 4.º: contra el decreto del Juez o sentencia interlocutoria que no tenga fuerza de sentencia definitiva, a no ser que se acumule con la apelación contra la sentencia definitiva.'

Se repite, literalmente, el núm. 6.º del c. 1880 de 1917.

La única dificultad que ofrece el texto es —lo mismo que en la vigencia del CIC anterior— la de determinar cuándo una interlocutoria o un decreto tienen fuerza de sentencia definitiva. Y, en consecuencia, admiten apelación *independiente*.

Tema muy agitado fue éste a lo largo de los siglos.

Los *Decretales* admitían apelación de toda interlocutoria (c. 12, X, II, 28). El Concilio de Trento restringió la posibilidad de apelar de solas aquellas interlocutorias 'que tengan valor de definitiva' (sess. XIII de ref., c. 1; sess. XXIV, de ref., c. 20) (doctrina que, como se ve, adoptaron los codificadores, tanto de 1917 como de 1983, en los cc. 1880, 6.º, y 1629, 4.º, respectivamente).

Los autores fueron excogitando diversos supuestos en que la interlocutoria tiene fuerza de definitiva; así A. Reiffenstuel, apoyándose en otros, delinea cinco especies de tales interlocutorias (*Ius Canonicum Universum*, Tomus II, L. II, 18-23, Venetiis, 1735, p. 389).

F. Roberti prefiere criterios diferenciadores a la casuística; para él es sentencia interlocutoria con valor de definitiva aquella que o *excluye* la definitiva misma o la *prejuza* (v. gr. denegación de filiación legítima en demanda de herencia) (De Processibus, vol. II, Romae, 1926, pp. 171 s.). Criterios, pues, netamente *procesales*.

La Instruc. *Provida Mater*, en su artículo 214.1, repite el número 6.º del c. 1880; pero en el párrafo 2.º trata de orientar a los Tribunales diocesanos señalando que 'la sentencia o el decreto solamente tienen fuerza de definitiva cuando irrogan un gravamen que no puede repararse por la sentencia definitiva', e incluso ejemplifica el legislador: 'v. gr., si la sentencia o el decreto deniegan la admisión de pruebas que verdaderamente pueden influir en la sentencia que ha de darse'.

La Instrucción adopta, por tanto, más bien un criterio *objetivo* —'gravamen irreparable'— que los meramente *procesales* de, entre otros, Roberti. El concepto de *daño* lo tomó la *Provida* de la Jurisprudencia; concretamente de la sentencia de 17 de febrero de 1930 *coram Jullien* que introduce el concepto de 'perjuicio grave' a la parte como pista diferenciadora entre interlocutoria/decreto apelable autónomamente o inapelable. La rotal de 2 de junio de 1936 *coram Heard* concede apelabilidad independiente a aquella interlocutoria 'cuyo daño no puede ser reparado por la definitiva'.

En la práctica se vinieron adoptando, acumulativamente, los criterios procesales y los objetivos para determinar qué decisiones eran independientemente apelables (vd. v. gr. la interlocutoria de 10 de julio de 1971 de la Santa Rota Matritense, *coram* García Failde, en *Algunas sentencias y decretos*, Salamanca, 1981, pp. 263-273).

El derecho vigente —que es lo que al presente más interesa—, está contenido en el ya citado c. 1629, 4.º Si sólo a él hubiéramos de atenernos para resolver el tema que tenemos sobre la mesa, es indudable que podríamos atender a razones tanto procesales como objetivas (si bien enfocadas desde la vertiente subjetiva de la parte: el mayor o menor perjuicio que las negativas del Juez 'a quo' le acarree).

Pero el ordenamiento procesal novísimo tuvo la precaución de intentar resolver la vieja dificultad.

El canon 1618 está redactado así: 'La sentencia interlocutoria o el decreto tienen

fuerza de sentencia definitiva si impiden o ponen fin al juicio o a una instancia del mismo, al menos por lo que se refiere a una de las partes en la causa'.

Este canon es, como *prima facie* aparece, fundamental para la aplicación del c. 1629, 4.º; aquél está puesto en la Ley en función de éste. No se ve que pueda tener ninguna otra finalidad como no sea la de esclarecer la apelabilidad o inapelabilidad autónomas de esa interlocutoria o decreto a que alude el 1618. Tan esto es así que los codificadores pensaron, inicialmente, colocar lo que hoy es el c. 1618 como párrafo segundo de lo que ahora es el 1629 [*Communicaciones*, XI (1979), p. 150].

Los autores que hasta el presente comentan su texto —y que nos sean conocidos— parecen no encontrar dificultades en él; así C. de Diego-Lora (*Código de Derecho Canónico. Edición anotada*, Eunsa-Pamplona, 1983, p. 968), J. L. Acebal (*Código de Derecho Canónico*, Salamanca, 1984, pp. 226-229), L. G. Wrenn (colaboración en *The Code of Canon Law. A Text and Commentary*, obra realizada por encargo de la 'The Canon Law Society of America', London, 1985, p. 997). Se limitan todos a relevar la importancia práctica de este c. 1618 en cuanto explicatorio del 1629, 4.º Pero ninguno entra en la exégesis de su contenido.

En una primera lectura del texto se descubren fácilmente los tres supuestos en que el legislador da eficacia de definitiva a la interlocutoria/decreto: 1.º Si con tal decisión se *impide* el juicio (v. gr. si el Juez se declara incompetente; o niega capacidad procesal a las partes o a una de ellas, etc.); 2.º si con esa decisión *se pone fin* al juicio (p. e., si estima una excepción de 'pleito acabado', c. 1462.1); 3.º o, al menos, pone fin a algún grado del juicio. Confesamos que no vemos claro el sentimiento de este último *logion* del canon; si se refiere al primer grado —por cuanto el Juez decreta, v. gr., la instancia caducada (c. 1520) o renunciada por el accionante (cc. 1524, 1525, 1594, 2.º)— estaremos ante el segundo de los supuestos legales (pone fin al juicio); entendemos —*salvo meliore*— que ese tercer *comma* se circunscribe a grados posteriores al primero: sería el caso del pronunciamiento judicial que inadmita una apelación.

Esperamos, y deseamos, que la doctrina y la jurisprudencia vayan perfilando los —para nosotros— un tanto difusos términos de este canon.

La segunda lectura (o relectura) del texto nos sugiere que el legislador prescindió del criterio de la Instr. *Próvida Mater* (el 'perjuicio' o 'gravamen' del artículo 214.2, irrogado a la parte e irreparable, o difícilmente reparable, por la sentencia definitiva; el criterio que hemos llamado *objetivo*) y se encontró en lo directa y exclusivamente *procesal*, acercándose así al parecer de Roberti.

¿Es esa la voluntad del legislador? O mejor, ¿*puede* ser esa la voluntad del legislador? En otras palabras: ¿La enumeración del c. 1618 es *taxativa* o es meramente *ejemplificativa*? Esto es, ¿pueden ser autónomamente apeladas otras decisiones judiciales que no sean enmarcables en alguno de los tres espacios acotados por el pluscuánrepetido canon 1618? Esta es cuestión de fondo.

De los cuatro comentaristas citados, dos eluden al tema (Acebal y Wrenn; oo. y ll.cc.); García Failde parece inclinarse por el *numerus clausus*: 'Aclaración evidentemente importante —razona él, después de transcribir el c. 1618— porque de ella depende la posibilidad de que se impugne o deje de impugnarse con apelación autónoma una sentencia o un decreto que resuelven un incidente' (*Nuevo Derecho Procesal...*, cit., p. 229). De Diego-Lora, en cambio, entiende 'que cabe el efecto definitivo de una resolución judicial interlocutoria no incluida en las categorías que el nuevo canon establece' (*Código de Derecho...*, cit., p. 968).

Nosotros, modestamente, nos inclinamos por esta forma de leer el texto. Es cierto que no son fácilmente pensables los supuestos de interlocutorias que puedan revestir

rango de definitivas y que no estén previstas en las hipótesis registradas en el canon cuestionado. La inadmisión de alguna prueba que la parte considere de relevante valor instructorio y el juez no (es el caso previsto en el artículo 214.2 de la *Próvida* y el que, en la práctica forense, más cuestiones de apelabilidad ha suscitado), en la égida del nuevo *Códex* no desencadenará tantas reclamaciones puesto que, como veremos más abajo, el c. 1527.2 —en relación con el c. 1629, 5.º— ha arrojado una parte de la cuestión al Tíber.

Pero la negativa judicial a, v. gr., prorrogar un plazo no fatal (c. 1465.1) para presentar una prueba *importante* —pensemos en una pericial; pero puede extenderse a otras— cuya práctica ha sido *admitida* (y, en consecuencia, no está de por medio la disposición del c. 1527.2) y que por razones justificadas no pudo efectivizarse en el término señalado por el instructor (cc. 1465.2, 1466, 1577, etc.) si el Juez decreta la *preclusión* (con la correspondiente pérdida del derecho de la parte a unir tal medio probatorio a la causa) y, rogado por la parte interesada, recalitra en su decisión de inadmisión no alcanzamos a comprender que tal pronunciamiento no pueda ser apelado autónomamente. ¿De qué le aprovecha al litigante apelarlo con la sentencia definitiva (c. 1629, 4.º) si ésta resultó contraria a sus intereses por, quizá, la ausencia de ese medio instructorio?

Es decir, que el criterio del 'grave perjuicio' no debe excluirse del canon 1618, a nuestro modo de ver. O lo que es lo mismo: la enumeración *tripartita* que hace el texto *no es taxativa* sino *indicativa*.

Una armónica conjunción de ambos criterios la encontramos en el artículo 384 de la española LEC que ordena admitir las apelaciones, en ambos efectos, '... 2. De los asuntos y providencias que pongan término al juicio, haciendo imposible su continuación. 3. De los autos y providencias que causen perjuicio irreparable'.

El hecho de que el texto del c. 1618 no emplee ningún término *limitativo* (*unice, tantum, exclusive*, etc.) apuntala —eso creemos— nuestra tesis de que se trata de una bella ejemplificación; pero ejemplificación nada más. Pensamos, finalmente, que así se da cumplimiento al c. 221.2 que establece —como *derecho fundamental* de los 'christifideles'— el 'derecho a ser juzgados según las normas jurídicas, que deben ser aplicadas con equidad'. Norma *jurídica* es concepto más amplio que el de *norma legal* (tal como se deduce del mismo canon al indicar en el párrafo tercero que las penas no pueden ser impuestas si no es 'conforme a la norma legal'). Si la equidad es la exigencia natural de la justicia' [F. J. Urrutia, 'Aequitas Canonica', en *Periodica de re morali canonica liturgica*, 73 (1984), p. 67], la ley canónica general debe ser explicada y aplicada en términos que, no siendo abiertamente contrarios a la misma norma, genere la justicia en el caso concreto; o, al menos, que no cause el *iniustum*.

C) *Apelabilidad del decreto que rechaza la inclusión de un capítulo de nulidad del matrimonio*

La inadmisión de un capítulo de nulidad del matrimonio es susceptible de *apelación independiente*. Parece claro; al menos desde un planteamiento general —que es el que, de momento, nos incumbe— puesto que esa interlocutoria (o, en su caso, ese decreto *decisorio*) tiene eficacia de definitiva y, en consecuencia no está dentro de la prohibición del c. 1629, 4.º Es siempre apelable, pues. Será confirmable o será reformable, en el Tribunal ulterior, esa decisión 'a qua'. Será una cuestión de hecho; pero la de derecho —el 'ius appellandi'— es evidente.

Cada capítulo de nulidad constituye una *acción*.

No hemos de entrar aquí en la vasta literatura jurídica, canónica y extracanónica, existente en torno a la acción; en alguna otra ocasión hemos tenido oportunidad de extendernos algo sobre el tema, v. gr., en la sentencia de 22 de diciembre de 1983 (vd. *Colectánea de Jurisprudencia Canónica*, 21 (1984), pp. 68-70). Al presente bastará con indicar que acción en sentido *procesal* es 'ius persequendi in iudicio quod sibi debetur' según la

definición justiniana (Instit., 1.4, 6); es decir: la facultad de acudir a los Tribunales en petición de tutela jurídica.

Los elementos *objetivamente* constitutivos de la acción son: a) los sujetos (*personae*) activo y pasivo; b) el objeto (*petitum*): lo que se pide al órgano jurisdiccional (v. gr., la declaración de nulidad del matrimonio); c) el título por el que se pide (*causa/petendi*): unos hechos que al amparo de alguna norma jurídica, fundamentan el *petitum* (declaración de nulidad del matrimonio celebrado *por miedo, error, o con incapacidad, etc.*).

Es obvio que si los tres elementos son idénticos la acción es la misma. Pero si cambia alguno de los tres, la acción es diversa. Como señala F. Roberti, en las causas de nulidad del matrimonio hay tantos títulos (*causae petendi*) cuantos sean los hechos que causan la nulidad del matrimonio; v. gr. no es nulo sólo 'por consanguinidad' sino por *cada una* de las relaciones de consanguinidad que hubiese en los contrayentes (*De Processibus*, ed. 4.^a, Romae 1956, p. 170).

Es decir, cada 'caput nullitatis' individualiza una acción. Y cada acción es, por sí sola, suficiente para individualizar un proceso judicial o juicio.

Siempre, pues, que el Juez deniegue a un litigante la admisión de una causal o capítulo de nulidad del matrimonio está *impidiendo* el juicio y, consecuentemente, ese pronunciamiento tiene siempre fuerza de *definitivo*; y, por ende, es *apelable* siempre al no estar incurso en la inapelabilidad del c. 1629, 4.º, por impedirlo expresamente el 1618.

In hoc facto

Por todo lo expuesto, es indudable que el decreto dictado por el ponente del colegio 'a quo' el día 22 de octubre de 1984 *en cuanto deniega* a don V la petición de que la causa se defina por un capítulo más de nulidad (aparte de los propuestos por la esposa) (decreto obrante al fol. 320) es apelable; como lo es lógicamente el decreto de 20 de noviembre de 1984 (fols. 375-377) en cuanto se reafirma en la negativa de definir la causa por la causal de nulidad invocada por el varón (núm. I de la parte dispositiva; fol. 376).

Son apelables tales decisiones —en la parte a que nos estamos circunscribiendo— porque tienen rango de *definitivas*: impiden el juicio; o, al menos, ponen fin al mismo en *ese proceso*. Y, en todo caso, irrogan al varón litigantes un *perjuicio grave*; a todas luces, además, *irreparable* en la sentencia definitiva porque tales decretos excluyen, precisamente, el pronunciamiento de la definitiva en la materia a que ellos se contraen.

La apelabilidad, pues, de dichas resoluciones es incuestionable.

D) *Apelabilidad de decisiones que rechazan pruebas*

En cuanto a la *inadmisión de pruebas* hay que empezar precisando de *qué pruebas* se trata en este caso. El causídico del marido solicitó, en escrito del 6 de octubre de 1984, la incorporación a este proceso de las actas del de dispensa *super rato* de la esposa, y *anunció* otras más, pero sin especificarlas (fols. 315-316). Sobre esta petición recayó el ultrarrepetido decreto de 22 de octubre de 1984 (fol. 320); por tanto, la negativa contenida en éste es aplicable no sólo al 'caput nullitatis' de que nos hemos ocupado largamente sino también a las pruebas ofertadas en el escrito que causó el decreto. Ahora bien, esa misma parte produjo otro escrito, fechado del 30 de octubre de 1984 (fols. 360-365), especificando y concretando las pruebas anunciadas en el día 6 del mismo mes y año. Sobre esta segunda proposición se pronunció también —aparte de lo dicho acerca del 'caput nullitatis'— el decreto de 20 de noviembre de 1984 admitiendo —en contradicción con lo decidido el 22 de octubre de 1984— *parte* de los nuevos medios probatorios ofertados por el litigante (fol. 377). En consecuencia, la parte de pruebas admitidas (también las actas del proceso 'super rato' que, denegada su unión en un primer momento, en un segundo se incorporó en casi su totalidad, fols. 382-451) ni hay sobre esa parte apelación ni 'quaestio de iure appellandi'.

La controversia se ciñe a un sector del tal repetido escrito ofertante de medios probatorios. Tal vez los más significativos de éstos sean los enunciados en los apartados b) y c) de la Documental. Y, sobre todo, la pericial médica allí solicitada (y en la forma allí solicitada) (fols. 360-361).

El 'ius novissimum' otorga al Juez unas facultades casi omnímodas —y que, en consecuencia, pueden llevar a la arbitrariedad— respecto al 'juicio' acerca de la procedencia o improcedencia de alguna prueba. El c. 1527.2 establece que 'si una parte insiste en que se admita una prueba rechazada por el Juez, el mismo Juez ha de decidir la cuestión con toda rapidez' (*expeditissime*); y, dado que el c. 1629, 5.º, excluye la apelación de la sentencia o decreto recaídos en asunto de los que el derecho manda dirimir *expeditissime*, es evidente que esa tal resolución judicial es inapelable, y, en consecuencia, no cabe admitir tampoco 'cuestión de apelabilidad'.

La *ratio legis* es palmaria: evitar la serie de recursos que, al amparo de los artículos 95, 214 y 215 de la *Provida Mater*, se estuvieron multiplicando en la práctica forense. Como respuesta al constante reclamo de que el nuevo ordenamiento procesal tuviese muy en cuenta en su normativa los principios de 'agilización, presteza y eficacia' de la procedura (cfr. M. F. Pompedda, 'Diritto procesuale nel nuovo Codice di Diritto Canonico. Revisione o innovazione?', en *Ephemerides Iuris Canonici*, 39 (1983), pp. 203 pp.; M. Zayas, 'Los procesos especiales en el nuevo Código de Derecho Canónico', en *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal para Profesionales del foro*, 6, Salamanca, 1984, p. 242; etc.). Y de hecho los codificadores han atendido a tales clamores, en la medida de lo posible.

Siendo esto cierto, no lo es menos que el 'ius defensionis' es de derecho natural y, por tanto, no puede ser cercenado, en términos importantes al menos, por la ley positiva. De ahí que, en nuestra opinión, el c. 1527.2 no puede ser extravasado. Los autores, al comentar el texto, no adoptan una actitud uniforme ni del todo clara: L. del Amo escribe que 'contra esa resolución (la que deniega prueba) no hay apelación' (*Código de Derecho Canónico*, EUNSA, p. 919); esto es, según él, no parece haber apelación; Acebal es todavía más drástico: 'en ningún caso hay lugar a la apelación' (*Código de Derecho...*, cit., p. 753); García Failde es quien está —según nuestro modo de ver— en lo cierto: según el actual Decano de la Rota de la Nunciatura 'no hay apelación de la resolución desestimatoria de una determinada prueba' (*Nuevo Derecho Procesal...*, cit., p. 98). Compartimos esta su opinión; y no sólo por sus reconocidas autoridad y experiencia en la materia procesal sino también porque así lo exige el texto leído a la luz de los principios hermenéuticos del c. 17. En efecto, el párrafo 1.º del c. 1527 señala que 'pueden aportarse cualesquiera pruebas...'. Está usado el término en plural (*probationes*), mientras que el párrafo 2.º determina que 'si una parte insiste en que se admita una prueba...'; el vocablo está en singular (*probatio*) y, puesto que se trata de una ley que recorta derechos, tiene que ser interpretada restrictivamente (c. 18). Sin ir —al menos de momento— más lejos en nuestra aproximación exegética tenemos por cierto que el decreto judicial que inadmita *más de un medio instructorio* es apelable. Porque así se infiere de la letra de la ley, y, sobre todo, así lo exigen la justicia y la equidad. De lo contrario, ¿qué defensa le queda al litigante frente a un decreto judicial que le proscriba la mayor o la mejor parte de los medios instructorios de que intenta valerse para acreditar la verdad de su pretensión? ¿Cómo se resarce esa parte del *grave perjuicio* que, casi seguro, se le irroga al rechazarle *diversos medios probatorios*? ¿Con la sentencia definitiva? Si ésta resultó adversa a los intereses de esa parte ¿no vemos cómo pueda decirse que 'compensa' el daño inferido al haberle excluido medios instructorios!

Habrà, pues, que analizar en cada caso el elenco de pruebas ofrecidas al Juez por la parte, y de qué clase sean cada una de ellas: directas o indirectas, ofensivas o defensivas,

perfectas o imperfectas, simples o compuestas, personales o materiales, judiciales o extrajudiciales, públicas o privadas, etc. (cfr. L. del Amo, O. y l.cc.); y, según esa tipificación, ver si el Juez rechaza una sola o más de una, si inadmite una en su totalidad o sólo una parte de la misma (v. gr., si coarta la nómina de testigos ministrada o los rechaza todos), etc.

Según eso se podrá ver si ese decreto es apelable o no lo es. La opción dependerá del *contenido* del mismo habido cuenta, también, de las *razones* en que funda su decisión.

Lo único claro en esta cuestión es que la negativa judicial no es apelable si rechaza un solo medio probatorio (parte de él, o todo incluso).

Pero en los demás supuestos de inadmisión entendemos que su decreto es apelable; porque ya no es cuestión que el derecho reserve a ese Juez para que la resuelva *expeditissime* ni, por tanto, cae bajo el c. 1629, 5.º

En el bien entendido de que esta nuestra interpretación no se limita a una única proposición de prueba; se extiende a la que pueda acompañarse con la demanda (ahora *no es obligatorio* presentar un anticipo de prueba, tal como prescribía el artículo 59 de la *Provida Mater*), a la que se formule durante el período propiamente probatorio (c. 1516), a la que quizá se oferte en el plazo de comunicación de actas (c. 1598.2) e incluso a aquella que eventualmente pueda entrar —porque, como se ve, en el proceso canónico en materia de pruebas *no existe una estricta preclusión*— después de declarado concluso el proceso (c. 1600).

La norma del c. 1527.2 es, pues, aplicable a *toda* oferta de prueba que las partes efectúen en la causa; porque ni ese canon ni los concordantes hacen *limitación alguna*. Y donde la ley no acota no pueden acotar los intérpretes; equivaldría, lo contrario, a hacer una interpretación restrictiva que es tan intolerable como la extensiva. La *comprehensiva* es la ideal.

En resumen: cualquier decisión judicial que rechace más de un medio de prueba es *apelable*, sin que importe el momento procesal en que se hizo la oferta.

In facto

El Juez 'a quo' repelió, en su tan manoseado decreto del 20 noviembre de 1984, *parte* de la Documental, el complemento de examen judicial de los esposos, *parte* de la testifical, el 'careo' de los esposos, y la pericial médica privada la deja al arbitrio de la parte adversa ('si quiere someterse a esta prueba voluntariamente' dice el decreto, fol. 377) lo que equivale a inadmitirla porque —como cabía esperar, dada la 'alta tensión' que se detecta en todo el procedimiento— manifestó su negativa a la práctica de, quizá, un tan relevante medio instructorio (fol. 458).

Es cierto que se trata de pruebas ofertadas en el 'segundo tiempo' (al publicarse las actas); pero también es verdad que la negativa versa sobre *varios* de los medios ofrecidos. Y, consecuentemente, no es de aplicación el c. 1527.2: no puede el Juez apelado resolver él la cuestión por la vía rápida (*expeditissime*); y, por eso mismo, su negativa admite apelación. El 'ius appellandi' del reclamante tiene que ser estimado. Como así lo hace este segundo colegio.

12. *La cuestión de la apelación*

Resuelto en favor del reclamante el tema relativo a si los dos controvertidos decretos son apelables, hay que examinar ahora si esos pronunciamientos han de ser confirmados o reformados (en todo o en parte). Constituye la digamos parte 'sustantiva' del recurso.

Restat adhuc longa via. Procedamus in pace et in nomine Christi!

A) *Requisitos para la incorporación de un capítulo de nulidad del matrimonio y para su modificación posterior*

Para mejor comprensión de lo que haya de decidirse estimamos que será útil recordar algunos principios generales atinentes al proceso judicial.

1.º El proceso canónico fue inicialmente delineado por Graciano y después por Gregorio IX en las Decretales. Fue evolucionando y Schmalzgrueber lo definió como 'legitimae controversiae quae inter actorem et reum intercedit, per iudicem cognitio, discussio ac definitio' (*Ius Ecclesiasticum Universum*, T. II, tit. 1, núm. 2, Inegolstadii, 1715; definición que asumió, con ligeros retoques, el primer codificador canónico (c. 1552.1 del CIC de 1917). El nuevo *Códex* optó por no definir el proceso. Y con acierto, porque esa es tarea de la doctrina no del legislador...

Precisión hecha aquí de las diversas teorías acerca de la noción del proceso (o *juicio* o *causa* o *litis*; son diversos nombres que suelen significar lo mismo), de su *naturaleza*, de sus *finés*, etc. (cfr., entre muchos otros, G. Chioyenda, *Instituciones de Derecho Procesal civil*, T. 1.º, Madrid, 1936, núm. 11; F. Della Roca, *Instituciones de Derecho Procesal Canónico*, Buenos Aires, 1950, pp. 51 ss.; M. Cabrereros, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Bac-Madrid, 1964, pp. 189 ss.; etc.) importa relevar que 'el proceso es —escribe Acebal— el instrumento o cauce estructurado por la ley para el ejercicio de la función jurisdiccional tutelar de los derechos subjetivos' (*Código...*, cit., p. 685). El proceso o juicio así entendido no es un fin en sí mismo; tiene carácter de *instrumento* conducente a clarificar y efectivizar los derechos subjetivos. Esto último sí que constituye el objeto y el fin de todo proceso.

De esa noción y de ese fin —y también de su etimología— se infiere que el proceso tiene una naturaleza esencialmente *dinámica*: una concatenación de fases y de actos conducentes a la obtención del objetivo final: la realización de la justicia.

En el modo de realizarse esa búsqueda del objetivo final rige el principio de *legalidad* de las formas procesales en oposición al de *libertad* de las mismas. Principio de legalidad que está, precisamente, en función de la protección del derecho subjetivo: que a su titular se le administre justicia.

Esto es muy cierto; pero también lo es que no puede identificarse el criterio de la *legalidad* con el *formalismo* procesal.

La ley regula el proceso; y el procedimiento también. Marca cesuras y tiempos, etapas y actos. Pero no todas sus disposiciones tienen el mismo valor (Della Roca, *Instituciones...*, cit., pp. 53 ss.).

En este orden, hay que distinguir:

a) Los *presupuestos* (o prerrequisitos) del proceso, tanto los *generales* (comunes a todo proceso) como los *especiales* (referidos a uno determinado). Consisten en 'modo de ser', en circunstancias personales de los sujetos que van a entrar en la tripartita relación procesal: Juez-accionante-accionado. Esos presupuestos son, en realidad, independientes de la acción judicial pero tienen que existir, tal como los delinea la ley, en el momento de accionar (de proponer la demanda).

En área de estos prerrequisitos es la ley canónica estrictamente exigente: la *jurisdicción* (cc. 1401, 1671, etc.); la *competencia* (cc. 1404-1415; 1673, etc.); la *capacidad* para ser parte en la causa (cc. 1476-1480, 1674, etc.); la *legitimación* para actuar procesalmente en nombre de otro (cc. 1481, 1484, etc.). Estos son los datos que el juez tiene obligación de examinar en primer lugar (c. 1505). Si esos presupuestos no están exquisitamente conformes con las normas ordenadoras del proceso, es la propia ley la que declara nulo el resultado final: la sentencia (c. 1620, 1.º, 2.º, 5.º y 6.º). El principio de legalidad formal es, en este sector, sumamente riguroso; sin duda para garantizar la seguridad y certeza de la actuación jurisdiccional.

En cuanto al proceso propiamente dicho hay que contornear muy bien su *eje central*. La *introductio-inquisitio-discussio-definitio* forman los cuatro pilares básicos, insustituibles, del

edificio procesal. Si alguno faltase no puede, en verdad, sostenerse la validez de las actuaciones.

De ahí la normativa de los cánones que bien pudieran llamarse ‘constitutivos’:

b) *Demanda* (c. 1501); el viejo principio ‘nemo iudex sine actore’ se proclama aquí con total radicalidad; su infracción desembocaría en una nulidad insanable de la sentencia (c. 1620, 4.º). Es el principio de *iniciativa de parte* (sea ésta privada, sea pública: el Ministerio Fiscal); en la *incoación* del proceso no puede el Juez proceder *de oficio*. Ahora bien, una cosa es esa petición de parte y otra es el *modo* de hacerla: lo ordinario es la forma *escrita* y con determinadas cualidades (c. 1504) pero también cabe la *exposición oral* (c. 1503). Y esto referido siempre a la primera actuación de la parte, la accionante o promovente de la litis, que ejercita la acción. Habrá, pues, de constar, entre otras cosas, el *petitum* (la declaración de nulidad del matrimonio, cuando se trate de este proceso especial; cc. 1671-1691).

La parte promovida puede formular sus ‘propias respuestas y peticiones’ en la respuesta a la citación ‘o en las declaraciones orales hechas ante el Juez’ (c. 1513.2). Es la litis contestación que, en los casos que se prevén más complejos, ha de hacerse en sesión especial ‘para concordar la duda o las dudas a las que se ha de dar respuesta en la sentencia’ (ibid.).

Es la fijación de los términos de la controversia. Nadie duda de la facultad que asiste a la parte demandada de o bien oponerse al *petitum* en sí mismo (la declaración de la nulidad del matrimonio, tema al que nos circunscribimos aquí) o la de, sin oponerse al *petitum*, oponerse a las *causas petendi* (los títulos fáctico-jurídicos invocados por el accionante para obtener la declaración de la nulidad); en esta segunda actitud todavía el promovido puede él aducir algún otro título (*causa petendi*) que fundamente el *petitum* (la declaración de la nulidad). Si adopta esta postura nadie podrá decir que la parte demandada incurre en contradicción: *oponerse a* y simultáneamente *peticionar* la declaración de la nulidad. Convergen las dos partes en el mismo *petitum* pero divergen en las causas o ‘capítulos’ o títulos por los que lo solicitan. La oposición mutua no es a que el matrimonio sea declarado nulo (ambas partes solicitan del Juez tal declaración); la oposición se limita a los motivos por los cuales cada litigante cree que el matrimonio ha sido nulo. El demandado pasa así a ser, además, accionante: ejercita otra acción distinta, porque varía (de la del primidemandante) la *causa petendi* y, además, la situación o postura jurídica anterior.

¿Pero es una acción *reconvencional*? En el sentido estricto del c. 1690 de 1917 (aquella acción que se proponía para ‘neutralizar o aminorar la demanda’) no constituye reconvención el que el demandado (que se convierte en demandante así) invoque un capítulo más de nulidad del matrimonio: ni neutraliza ni aminora el *petitum* del promovente; lo *augmenta*, sin duda alguna.

Pero, en cuanto que el nuevo c. 1494.1 extiende el concepto de *reconvención* a que —además del ya contenido en el abrogado c. 1690— haya *conexión* de esa nueva causa con la interpuesta por el primer accionante, en este sentido es incuestionable que es *reconvención* el pedir la declaración de nulidad por otro capítulo distinto del invocado (o de los invocados) en la demanda misma. La conexión de causas es tanta que se identifican en su objeto: la declaración de nulidad del conyugio.

Esto tiene importancia solamente por: a) el tiempo en que ha de proponerse (treinta días desde que se contestó la demanda, c. 1463.1); b) el Juez y el juicio: han de ser los mismos que los de la acción principal (c. 1494.1) salvo casos muy excepcionales respecto al juicio o proceso (c. 1463.2) (cf. García Failde, *Nuevo Derecho Procesal...*, cit., pp. 18 ss.).

c) *Fase probatoria*

Las pruebas tienen por objeto el llevar al ánimo del Juez el convencimiento acerca de la verdad de la pretensión que cada parte ostenta en el proceso. De este principio arrancan los derechos de cada litigante a ofrecer y a que se practiquen esos medios instructorios; porque, además, 'la carga de la prueba incumbe al que afirma' (c. 1526.1). Puede cada cual aportar 'cualesquiera pruebas que considere útiles para dilucidar la causa y que sean lícitas' (c. 1527.1). Al Juez le confiere la ley una serie de facultades con relación a la selección y a otras concreciones acerca de las pruebas (v. gr. cc. 1527.2, 1553, 1558.1, 1575, etc.) pero es evidente que la mente del legislador es que cada parte disfrute del máximo espacio posible de libertad en la oferta de medios probatorios para tratar de cerciorar al Juez de la objetividad de su pretensión. La prueba intenta, fundamentalmente, *adverar hechos*.

En esta fase es, sin duda, donde el principio de *elasticidad* (antítesis del de *preclusión*) más aplicación tiene en el procedimiento canónico.

d) El *contradictorium* es pieza absolutamente basilar en el desarrollo del proceso. En él radica, de manera primordial, el 'ius defensionis' (c. 1598.1); su preterición conduce siempre a la nulidad de actuaciones (c. 1598.1) y a la de la sentencia (c. 1620, 7.º).

Però el contradictorio no está, en el proceso canónico, en el poner en conocimiento de la contraparte *los medios* de prueba que cada una ofertó (en ninguna parte del Codex está tal mandato); solamente está preceptuado el intercambio de la *lista* de testigos, y aun con excepciones (c. 1554) y está expresamente prohibido el dar a conocer los interrogatorios antes del examen judicial de las partes y/o testigos (cc. 1534 y 1565). El contradictorio radica, básicamente, en las amplísimas facultades que a las partes confiere el c. 1598: 'tener a la vista' todo lo hasta entonces actuado, ofrecer otras pruebas relativas al mérito mismo de la causa o encaminadas a 'defenderse' de las de la otra parte. Y son necesarios otros tantos actos de publicación cuantos sean las pruebas allegadas y que todavía son desconocidas a la parte contraria.

Y radica, además, el contradictorio en el conocimiento de los escritos de defensa presentados por la contraparte y por el Ministerio Público (Promotor de la justicia y/o Defensor del vínculo) (c. 1603) y culmina el contradictorio en un posible 'moderado debate oral ante el Tribunal para aclarar algunas cuestiones' (c. 1604.2); en aras de la mayor pulcritud del contradictorio está *terminantemente prohibido* transmitir al Juez informaciones que queden fuera de las actas de la causa' (c. 1604).

En las causas de nulidad de matrimonio, además de todo lo expuesto, el contradictorio se afina más en virtud de las facultades del c. 1678.1. La *contradictio* es, en verdad, el espíritu vivificador del proceso. Si aquélla no se observó escrupulosamente, en vano se habrán atendido plazos y fases. Y viceversa.

2.º *La renuncia de derechos*

El vigente CIC no contiene precepto alguno de *carácter general* regulador de la renuncia de derechos; pero reconoce la facultad de renunciar en múltiples ocasiones (se emplea el término 'renuncia' en más de cincuenta ocasiones).

Es principio general que los derechos otorgados por las leyes son renunciables salvo que tal renuncia ocasione perjuicio a tercero o sea contraria al interés común.

Los requisitos formales de la renuncia estarán en relación con la importancia del acto que se realice y la materia sobre que recaiga. Por eso mismo el ordenamiento canónico las especifica en cada instituto concreto (v. gr. cc. 80, 187-189, 332, 2, etc.).

La renuncia puede efectuarse en forma *expresa* (si por escrito o verbalmente se manifiesta la voluntad abdicativa del derecho) o en forma *tácita* (cuando la intención de renunciar se infiera concluyentemente de un hecho o de una conducta observada por el

agente). Pero tanto en uno como en otro supuesto la declaración de voluntad de renunciar ha de ser *terminante, clara e inequívoca*; no se la puede inferir de expresiones o actitudes de dudosa significación. La ambigüedad en la forma (tanto en la tácita como en la expresa) de la renuncia priva a ésta de eficacia jurídica [más amplias consideraciones y bibliografía pueden encontrarse en la sentencia de 29 de marzo de 1972, del infrascrito Ponente, en *Colectánea de Jurisprudencia Canónica*, 1 (1974), pp. 183-186].

El ordenamiento procesal canónico admite la posibilidad de que el accionante renuncie a la instancia judicial. Pero señala los requisitos de validez del acto. Son, entre otros:

— Que se haga por *escrito*, firmado *personalmente* por el sujeto renunciante; o, en su defecto.

— Suscrito por su Procurador dotado de *mandato especial* al efecto (cc. 1524.3 y 1485).

Tanto en uno como en otro supuesto, los términos de la escritura habrán de ser *claros y terminantes*, sin que puedan utilizarse, eficazmente, términos de dudosa significación.

Significación dudosa que se verá agravada si la parte presuntamente renunciante observó a lo largo del iter procesal una actitud completamente contraria a la cuestionada renuncia.

3.º *Modificación de los términos de la controversia*

El c. 1514 prevé la posibilidad de modificar los términos de la controversia una vez fijados (la fórmula de las dudas). Se requiere, para que la mutación sea válida: petición de parte; audiencia de las otras (en las que se incluyen los representantes del Ministerio Público); que haya causa grave para tal mutación; que el Juez, todo sopesado decreta la admisión de la modificación.

En el proceso especial de declaración de nulidad no hay disposición alguna al respecto (contrariamente a lo que ocurría en la *Provida Mater*, artículo 219.1); por consiguiente han de seguirse en éste las prescripciones del c. 1514.

La cuestión axial es, *in subiecta materia*, valorar la 'gravedad de la causa' por la que se peticiona la modificación. Es de advertir que ésta se reconduce casi siempre a la mutación de la *causa o causae petendi* (el título jurídico invocado anteriormente); si esa mutación no conlleva *ampliación* de títulos sino que se reduce a *concreción* de ése o esos títulos (lo que significará, casi siempre, una 'aminoración' de los mismos) es claro que la causa de la modificación no requiere tanta gravedad (cfr. García Failde, *Nuevo Derecho Procesal...*, cit., pp. 26 ss.).

In facto hoc:

a) Don V contesta la demanda con inusitada amplitud (fols. 42-28), contestación en la que pergeña la personalidad de doña M focalizada —esa descripción— hacia su repercusión en la convivencia conyugal; alude expresamente a un presunto tratamiento a que ella estuvo sometida con un psiquiatra de C3 (fol. 75) y, además, acompaña unos documentos que no dejan de tener, quizá, alguna tangencia con la personalidad de la demandante (fols. 49-59).

Esto no puede no tenerse en cuenta de alguna forma, sobre todo sabiendo que los capítulos de nulidad invocados en la demanda (fols. 5-6) se refieren a *exclusivamente el varón*. Lo normal de una contestación 'ad rem' sería —de intentar la *sola* y mera *oposición* al libelo inicial— centrar el escrito de respuesta en la personalidad del demandado-contestante (máxime al imputársele una 'incapacitas absoluta'). Si, en cambio, la respuesta gira en torno a la esposa, ¿no significa ello nada?

b) En la sesión de litiscontestación celebrada *coram iudice* la representación del

demandado pidió, *expresamente*, basándose en el apartado 12 del escrito de contestación a la demanda, la adición a la fórmula de dudas de un capítulo de nulidad referido a la mujer: 'Si consta de la incapacidad de la esposa para acusar la nulidad del matrimonio y que esta misma incapacidad anterior a la celebración le hubiese incapacitado para prestar un consentimiento válido' (fol. 60).

Nadie dejará de ver lo desafortunado de la redacción del texto; mezcla dos conceptos bien distintos: un *prerrequisito* de la acción (la *incapacitas actionandi*) con la acción misma.

La representación de la esposa se opuso 'rotundamente' a que se admitiese tal petición (sin distinguir la 'capacitas standi in iudicio' de la 'capacitas valide contrahendi matrimonium'), alegando para tal oposición el que, así, el varón se convertiría en 'reconviente', alegación que es insostenible por dos razones principales: a) porque no se da tal reconvención, en el sentido ya expuesto en este decreto (si se da una *conexión* de causas, conexión tan seral que tienen el mismo objetivo final: la declaración de nulidad del matrimonio); pero, aun en el sentido más amplio —el actual— de reconvención, b) el contestante *tenía derecho* a hacer allí sus propias 'peticiones' (c. 1513.1; 1463.1). Esto es, nadie le podía negar el derecho a ser, además de oponente a la demanda, accionante él mismo.

Eso sí, la representación de la esposa podía —si lo creía de su interés— oponerse a la acción de adverso (a que se declare nulo el matrimonio por el capítulo invocado por el varón); pero en modo alguno tenía derecho a oponerse a que el marido *invogue* y proponga ese capítulo de nulidad, que accione él también. Admitir la oposición —en este segundo sentido— de la esposa es situar al demandado en un evidente estado de *indefensión*; es negarle, de hecho, un derecho fundamental (c. 221) y situarse en una cuesta inclinada que podría desembocar en el abismo del c. 1620, 7.º

De las imprecisiones habidas en esa sesión de litiscontestación arrancaron muchos de los males de que adolece el procedimiento.

Pero lo que es incuestionable —y como tal lo mantiene este colegio— es que don V interpuso legítimamente un capítulo de nulidad del matrimonio, sumándose así al *petitum* de la parte contraria.

c) En decreto recaído tres días después de la sesión que acabamos de comentar el Juez ordenó a la representación del varón que manifestase: a) si sostenía la excepción; b) si iba a ser mero oponente a la acción o si optaba por la reconvención; 'en este caso —se lee en el decreto— aportará documentos y medios de prueba para demostrar que no es fútil ni temeraria dicha alegación' (acción, quiere decir) (fol. 62).

La exigencia del Juez es legítima en lo que atañe a la excepción (por referirse a un *prerrequisito procesal*); pero no las otras: a) ni la que se refiere a la *postura procesal* porque ya quedó clara en la litiscontestación (ser demandado y demandante a la vez); lo correcto era, en todo caso, el pedir un escrito razonando, *in iure et in facto*, los motivos de la 'reconvención'. Pero nada más; b) ni, menos todavía, requerir, a modo de 'conditio sine qua non', 'documentos y medios de prueba' porque tal imperativo es, en el nuevo derecho, si no antilegal sí ciertamente *alegal*; aparte de que ya estaban unidos a autos algunos documentos no del todo irrelevantes al efecto (de admitir la petición del varón; cosa muy distinta es la de estimar, en sentencia, tal solicitud).

Con tales actuaciones —la de la parte contraria, referida en el precedente apartado b); y la judicial a que acabamos de referirnos— no hay duda de que se irrogó un perjuicio al tercer miembro de la relación procesal: el marido. No se le obligó a lo que podía y debía dar; en cambio, se le exigió más de lo que la ley le manda dar.

d) El así requerido respondió al decreto judicial con su escrito del 6 de mayo de 1984. Es un escrito —ya lo hemos dicho— ambiguo, equívoco en sus expresiones. Lo

que es claro en él es que la *excepción* no la mantiene (fol. 63). Pero de todo el resto del contenido lo único claro es su oscuridad. En efecto, después de indicar que la 'incapacidad de la esposa no debe tramitarse como excepción' añade que la 'actitud procesal de esta parte, *en relación con ello*, es únicamente de oposición' (ibid.). ¿Qué significa el inciso '*en relación con ello*'? De una lectura lógica se infiere que es acerca de la excepción misma (porque no ha hablado todavía de la acción) respecto a la cual se circunscribirá la actitud de 'oposición'. Es decir, no hay claridad en la expresión. Escasa claridad que se atenúa todavía más al leer lo que sigue: Que no puede aportar pruebas 'en este momento del proceso' —cosa muy verosímil— respecto 'a la salud psíquica de la demandante'; pero se remite a lo que resulte de la prueba 'que propongamos oportunamente' (ibid.).

La pregunta es inevitable: si la actitud procesal elegida por el varón es la de 'únicamente oposición' a la demanda 'a qué viene esa clara y firme decisión de demostrar la 'salud psíquica' de la mujer? Evidentemente, sería absurdo. La única 'salud psíquica' que tal parte habría de advenir sería —desde una actitud procesal de mero oponente— la de sí mismo (cosa más fácil para él, sin duda).

Si a esto se añade que el marido persistió, *a lo largo de todo lo actuado hasta hoy*, en esa su *persuasión* de probar el capítulo de nulidad (cosa distinta es que, hasta el presente lo haya probado; es tema que no nos incumbe) hay que inferir —y esto con claridad— que su intención no fue la de renunciar a ser accionante; comprobación de esto son sus escritos de oferta de prueba; en el primero solicita *informe psiquiátrico* (fol. 72 vto.) relativo *a la esposa*; los cuestionarios para ella ofertados pivotan más sobre personalidad que sobre otros aspectos (fols. 74-78) y los redactados para la testifical no marginan tal sector (fol. 79).

Una vez publicadas las actas, el marido reforzó —si cabe— su afán probatorio en torno a la personalidad de la contraparte; y en su escrito de 6 de octubre de 1984 ya se centra 'en la incapacidad de la esposa para integrarse en el consorcio' conyugal (fol. 315) y solicita incorporar a estos autos las actas de un proceso de dispensa pontificia por ella mantenido anteriormente (al igual que ella pidió, y obtuvo, la incorporación del anterior proceso judicial matrimonial de él, fols. 142-216) y anunció nuevas pruebas (fol. 316) pruebas que especificó en escrito del 30 de octubre de 1984 (fols. 360-365), pruebas que quician todas sobre la personalidad de doña M y entre las que destaca una pericial médica (fol. 361) que viene a ser la segunda de este género solicitada por el marido (contrastando con las proposiciones de la adversa que, a pesar de haber invocado como primer capítulo de nulidad la *incapacitas* del varón, no ha propuesto, sorprendentemente, prueba tan específica y directa).

¿Puede, pues, sostenerse que la *real voluntad* del demandado haya sido la de renunciar al capítulo de nulidad por él interpuesto en la sesión de litiscontestación?

Parece cierto, por tanto, que la presunta renuncia no lo es ni puede ser considerada así porque los términos *no son ni claros ni inequívocos ni terminantes*; antes al contrario, aparecen no sólo ambiguos, sino que, además, aparece desdibujada la presunta renuncia con todo un proceder ulterior de la parte.

Pero hay más.

El Juez admitió como renuncia (fol. 64) el escrito de 6 de mayo de 1984 de la representación de don V (fols. 63). A tal decisión ha de aplicársele las consideraciones que preceden. Y, además, las que siguen:

El Procurador no podía renunciar —en el supuesto, no admitido más que a fines dialécticos, de que hubiera renunciado— a la acción por él mismo introducida. Porque los ya citados cánones 1524 y 1485 exigen, para la validez de la renuncia, *mandato especial* de la

parte. El poder con que él actuó en todo el proceso es 'poder general' (fol. 38). Y aunque en el cuerpo del mismo se emplea el término 'desistiendo' (ibid.) no vemos el *mandato especial* que *ad validitatem actus* requieren los preceptos legales de referencia. Ni Acebal ni García Failde atienden, en las obras citadas, a este dato; De Diego-Lora exige un *mandato*, distinto del 'poder para litigar', para aquellas actuaciones 'que vayan contra el interés jurídico' del poderdante (*Código de Derecho...*, cit., p. 894). Dado que el c. 1485 reproduce 'ex integro' el 1662 del CIC de 1917 es claro que con arreglo a éste ha de interpretarse aquél (c. 6.2 vigente). Al respecto, la Doctrina es clara: 'El mandato o poder *especial*... no es sólo el "especial para litigar" de que habla el c. 1659, sino otro más especial o dado expresamente para cada una de las actuaciones judiciales que se mencionan en el c. 1662' (M. Cabrerós, *Código de Derecho Canónico*, 9.^a ed., BAC-Madrid, 1974, p. 645), opinión mantenida ya antes por F. Roberti (*De Processibus*, cit. pp. 552-557), T. Muniz (*Procedimiento Eclesiásticos*, tomo III, 2.^a edic., Sevilla, 1926, p. 49), etc. Ahora bien, el *poder* (= mandato) *general para pleitos* (*mandatum ad lites* en términos canónicos) otorgado el día 14 de febrero de 1984 en C4 por don V contiene, después del 'poder general', la siguiente cláusula: 'Y en especial para comparecer ante el venerable tribunal de C1 en la causa de nulidad M-V' (fol. 39).

Lo que contiene de *especial* es la facultad de *comparecer*; pero a nadie se le oculta que en tal verbo no va comprendida la facultad de renunciar a lo válidamente interpuesto en virtud del 'poder general para pleitos'.

Por ello este colegio tiene por cierto que el Procurador y el Abogado mandatarios se habrían extralimitado de sus facultades si hubieran renunciado a la instancia (de la acción por ellos ejercitada); renuncia que habría sido nula. Y, consecuentemente, el decreto judicial de 8 de mayo de 1984 admitiendo la renuncia y reduciendo el 'dubium' a sólo los capítulos de nulidad invocados por la demandante es *nulo* de pleno derecho (en cuanto a esos dos pronunciamientos) (fols. 164).

Por tanto, 'actum est de quaestione': hay que mantener el objeto del proceso tal como se concertó en la sesión de litiscontestación celebrada el día 2 de abril de 1984 y tal como consta en el acta de la misma (fol. 60). La sentencia habrá de 'dirimir la controversia discutida ante el Tribunal, dando a cada duda (cuatro, en el caso presente) la respuesta conveniente' (c. 1611.1.º).

e) Cuestión distinta de la que precede es la también solicitada por el causídico de don V en su escrito del 6 de octubre de 1984: que el 'caput nullitatis' por él invocado en la litiscontestación sea *concretado* (con evidente imprecisión terminológica llama 'nueva causa de nulidad matrimonial' a lo que —según la misma parte también señala— no es más que un aspecto parcial del tema cifrado en términos generales: 'incapacidad para prestar consentimiento válido' (fol. 60). Pide, en realidad, que ese concreto 'dubium' se formule (y se sentencie en su día) así: 'Si consta de la nulidad del matrimonio, en este caso, por falta de suficiente capacidad de la contrayente para cumplir los deberes esenciales del matrimonio'.

Tal petición de la parte no puede ser desestimada. Porque: a) es cuestionable que se trate de una verdadera modificación, en el sentido del c. 1514, y no sea sólo aparente (cfr. García Failde, *Nuevo Derecho Procesal...*, cit., pp. 30 s.); aunque sea una modificación; b) es *reductiva* (no amplía la 'causa petendi', sino que la aminora). Y, por tanto, favorece a la adversa y al mismo Tribunal al *especificar y concretar* el título jurídico; c) y se da en el caso, evidentemente, la *causa grave* requerida por el c. 1514 (mejor sería, aquí, llamarla *causa suficiente*). ¿O no es causa grave y suficiente el 'redondear' bien uno de los puntos a que debe focalizarse la sentencia? (y la instrucción previa!). ¿O no es causa suficientemente grave el hecho de engarzar, con esa concreción, la prueba de la 'incapacitas' invocada por

las dos partes, al situarse ellas mismas en una relación de bilateralidad, de 'incapacitas' no tanto *absoluta* —casi siempre difícil de advenir— cuanto de incapacitas *mutua o relativa*?

¡Si en lugar de escribir tanto se hubiera leído y pensado algo más por parte de todos, probabilísimamente no estaríamos ahora haciendo un esfuerzo casi pírrico para... remover unas arenillas! ¡Y la causa principal estaría terminada o casi terminada!

B) *En cuanto a la inadmisión de pruebas*

En área jurídica ya hemos hecho al respecto las suficientes aportaciones anteriormente.

In facto

a) La incoherencia del decreto de 20 de noviembre de 1984 en cuanto deniega al varón la admisión de medios probatorios presentados en su escrito del 20 de octubre de 1984 (fols. 360-365) salta a la vista. Porque, si se consideraba al demandado como 'simple oponente' ¿por qué se le admiten pruebas nuevas que se refieren, indirectamente al menos, a la nulidad del matrimonio por él invocada?

Y si se le tenía —como en realidad lo era y lo es— por accionante, ¿por qué se expelen algunos de los que pueden resultar más significativos?

b) Es innegable el acierto del juez al inadmitir, como medio probatorio, el 'careo' de los litigantes si se tiene en cuenta todo cuanto obra en autos.

c) También procedió atinadamente, en principio al menos, el instructor al reducir el número de testigos a cuatro (fol. 374) (c. 1553).

d) No se puede decir lo mismo respecto al 'complemento de examen judicial de los esposos'. Si se tienen en cuenta las especiales facultades que otorgaba el c. 1530, y particularmente la tan novedosa como importante norma del c. 1536.2, y, finalmente, considerando que en los exámenes judiciales precedentes (fols. 121-126; 249-252) no se ahondó quizá lo suficiente en los aspectos psicológicos de los contendientes, parece claro que tal 'complemento' puede resultar útil.

e) *La documental* suele ser la prueba más objetiva y, a la vez, la más fácil de allegar. Resulta inexplicable que se hayan denegado los apartados introducidos con las letras a), b) y c) (cuando, para más 'inri', parte de las actas del proceso administrativo de dispensa pontificia andan 'inflando', todavía más, las presentes; fols. 382-441; cuando pertenecen al mismo Tribunal lo normal es una unión *plena* 'en cuerda floja').

Documental, pues, que debe ser admitida y practicada.

f) La pericial psiquiátrica es de carácter legal en este género de causas (cc. 1574 y, particularmente, 1680). Hay una pericia *oficial* (cc. 157501580) y una pericia *privada* (c. 1581) ésta introducida por el nuevo *Códex*. Tal peritación —la privada— no puede el Juez denegarla si se lee atentamente dicho canon regulador: sólo le compete la 'aprobación' del Perito/s y dar o no el permiso para que los tales peritos no oficiales hayan de ver las actas (c. 1581) pero no vemos que pueda negar la pericia misma; ni, menos, que la deje al arbitrio de la contraparte. Esta puede —si es ella el objeto de la prueba— prestarse o no (facultad del Juez es valorar, en su momento, esa ausencia) a la práctica de la peritación; pero nunca podrá tener en su mano la negativa a que la prueba en cuanto tal se realice.

En el presente caso se avinagra más la cuestión teniendo en cuenta que el peticionario centra el informe del especialista *en solas las actas* (sin solicitar siquiera la entrevista clínica de doña M con el doctor P1 (fol. 361).

Es, por ello, palmaria la improcedencia de la decisión judicial; el demandado-demandante tiene derecho —lo mismo que la parte contraria— a 'designar peritos privados' (c. 1581.1); el Juez tiene el derecho —y, en los casos exigidos por la ley, el *deber*— de nombrar los peritos 'oficiales' o 'públicos' (c. 1575).

III. PARTE DISPOSITIVA

Por todo lo expuesto, atendidas las razones de derecho y de hecho, oído el Defensor del vínculo, decidimos:

Primero: Que los decretos pronunciados por el Tribunal de C1 los días 22 de octubre de 1984 y 20 de noviembre del mismo año, en cuanto deniegan a don V su petición de incorporar a la fórmula de dudas u objeto del proceso el capítulo de nulidad del matrimonio por él invocado y (el segundo de los decretos) la admisión de determinadas pruebas (o parte de otras), *son apelables*.

Este pronunciamiento es inapelable por imperativo del c. 1629.4 en relación con el 1631.

Segundo: Que los decretos mencionados en el apartado precedente y en las materias expresadas deben ser reformados, como de hecho los *reformamos* en la forma siguiente:

1.º Se ha de tener por legítimamente interpuesto el capítulo de nulidad de matrimonio aducido por la representación del marido en la sesión de litiscontestación.

La formulación concreta del mismo será efectuada —*servatis de iure servandis*— con arreglo a los términos contenidos en el escrito que, fechado del día 6 de octubre de 1984, la representación de don V entregó al Tribunal.

2.º En cuanto a las pruebas propuestas y solicitadas, en su escrito de 30 de octubre de 1984, por la representación del aquí apelante se estará a lo que sigue:

A) Admitase y practíquese la Documental propuesta bajo los apartados a), b) y c).

B) Practíquese, *praelibatis praelibandis*, el examen judicial complementario de cada uno de los litigantes.

C) Ha de admitirse y efectuarse la pericial médica privada instada por don V, sin perjuicio de todo lo demás que en derecho proceda.

Este pronunciamiento puede ser apelado en el plazo de quince días útiles a contar desde el siguiente al en que se haya tenido notificación legítima de la decisión.

Las costas devengadas en este segundo grado serán satisfechas por cada litigante las causadas a su instancia; las comunes, por iguales partes.

Notifíquese.